

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**  
**UNIVERSIDAD FEDERAL DE PELOTAS**

**TESIS DE DOCTORADO**

**VILSON FARIAS**

**LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE UN**  
**ENFOQUE CRIMONOLÓGICO Y CIVIL**

**GRANADA, 2011.**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Vilson Farias  
D.L.: GR 483-2012  
ISBN: 978-84-694-6663-6

**VILSON FARIAS**

**LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE UN  
ENFOQUE CRIMONOLÓGICO Y CIVIL**

**Tesis presentada al Programa  
de Doctorado “Análisis  
Interdisciplinar de la  
Responsabilidad Civil” de la  
Universidad de Granada, como  
requisito para la obtención del título  
de Doctor en Derecho, bajo la  
Dirección de la Profesora María del  
Carmen García Garnica y la  
Orientación del Profesor David  
Lorenzo Morillas Fernández.**

**GRANADA, 2011.**

## SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	11
I. LA VICTIMOLOGÍA – LINEAS CONCEPTUALES.....	23
1. CONCEPTO DE VÍCTIMA.....	23
1.1. AUTONOMÍA DE LA VICTIMOLOGIA.....	25
1.2. CLASIFICACIONES.....	28
A) HANS VON HENTIG.....	28
B) BENJAMIN MENDELSON.....	29
C) ELÍAS NEUMAN.....	30
D) MATTI JOUTSEN.....	31
E) LUIS JIMÉNEZ ASÚA.....	32
F) HANS GÖPPINGER.....	32
G) LOLA ANIYAR DE CASTRO.....	33
H) SELLIN y WOLFGANG.....	33
1.3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA.....	34
1.4. ¿QUÉ ES UNA VÍCTIMA?.....	35
1.5. ESTUDIOS ESTADÍSTICOS SOBRE VÍCTIMAS.....	37
1.6. TRATAMIENTO, RESARCIMIENTO Y REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	40
2. LAS POLÍTICAS DE ASISTENCIA, REPARACIÓN, APOYO Y ATENCIÓN. LA SOLEDAD DE LAS VÍCTIMAS. VISIÓN CONSTITUCIONAL. LA NUEVA CONCIENCIA.....	48
3. ANTECEDENTES.....	51

4. EL CAMBIO DE MENTALIDAD JUDICIAL, COMO CONDICIÓN PARA ENCAUSAR LAS NUEVAS POLÍTICAS ASISTENCIALES.....	54
5. LOS NUEVOS MODELOS. CARACTERÍSTICAS.....	56
6. MUDANZA DE PARADIGMA: DE LA RESPUESTA CONFLICTIVA A LA RESPUESTA NEGOCIADA.....	63
7. OTRAS FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DE LOS NUEVOS DERECHOS RECONOCIDOS A ÉSTA.....	65
II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	71
1. INTRODUCCIÓN.....	71
2. EL DAÑO.....	72
3. LA REPARACIÓN.....	73
4. RESARCIMIENTO.....	77
5. INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL ESTADO.....	82
5.1. INDEMNIZACIÓN ESTATAL: EJEMPLOS.....	86
6. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA REALIDAD.....	94
7. LA LEY DE AUXILIO A LAS VÍCTIMAS.....	96
7.1. LA LEY PARA AYUDAR A LAS VÍCTIMAS EN BRASIL.....	98
7.2. LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.....	102
7.3. EL SISTEMA CRIMINAL BRASILEÑO.....	105
7.4. LA VÍCTIMA CRIMINAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	109
7.5. CONCLUSIONES PARCIALES.....	115
III. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA.....	118
1. INTERÉS PENAL.....	118

2. INTERÉS PROCESAL.....	121
3. INTERÉS CIVIL.....	124
4. EL ROL DEL ESTADO.....	125
5. OTROS INTERESES.....	127
6. COMPOSICIÓN PRIVADA DEL CONFLICTO.....	128
IV. DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO.....	131
1. PREJUDICIALIDAD.....	136
2. OBJETO.....	139
3. LEGITIMACIÓN.....	140
4. SUBORDINACIÓN TEMÁTICA Y EFICACIA PRECLUSIVA.....	140
4.1. En las Decisiones Condenatorias.....	140
4.2. En las Decisiones Absolutorias.....	142
4.3. La Negativa de Autoría.....	145
4.4. Responsabilidad Civil de Terceros.....	147
5. LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	153
6. LA EJECUCIÓN CIVIL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA Y LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO.....	158
6.1. LA LEY 11.719/2008.....	158
6.1.1 Alteraciones promovidas por la Ley 11.719/2008 a la Acción Civil Ex Delito.....	158
7. EL MINISTERIO FISCAL Y LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO.....	168
8. EJECUCIÓN PENAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.....	172
8.1. Cálculo Propio de la Sentencia e Impugnación Parcial.....	186

V. LAS NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL BRASILEÑO (INTRODUCIDAS POR LA LEY 11.690/08).....	188
1. EL ASISTENTE COMO CUSTUS LEGIS.....	205
VI. LA JUSTICIA RESTAURATIVA, EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y EL ABOLICIONISMO PENAL.....	208
1. EL PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA COMO ALTERNATIVA POSIBLE A LA PROPUESTA ABOLICIONISTA.....	218
VII. SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: TENDENCIAS INTERNACIONALES....	222
VIII. LA REPARACIÓN Y EL SISTEMA PENAL: ¿UNA TERCERA VÍA PUNITIVA?.....	228
1. ¿LA TERCERA VÍA EN EL SISTEMA PENAL ALEMÁN?.....	228
1.1. La reparación como atenuante o eximente de la pena.....	229
1.2. Reparación como condición o instrucción impuesta al condenado.....	233
1.3. La reparación como condición o instrucción aceptada voluntariamente por el imputado.....	239
1.4. Importancia y peligro del párrafo 153 <sup>a</sup> StPO.....	244
1.5. Reparación y tercera vía.....	246
2. ¿La tercera vía en el sistema penal austríaco?.....	247
3. ¿La tercera vía en el sistema penal portugués?.....	254
4. ESPANHA: ¿La tercera vía en el sistema penal español?.....	269
4.1. La resolución consensuada en el proceso penal español.....	272
IX. INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA.....	278
1. SISTEMA ESPAÑOL.....	278

1.1. Relevancia de la Conducta de la Víctima en Orden a la Atenuación de la Pena en Sistema Español.....	278
1.2. Propuestas Doctrinales y Jurisprudenciales de Exclusión de la Responsabilidad Penal del Autor en los Delitos Imprudentes.....	280
1.3. Propuestas de Fundamentación de la Atenuación de la Pena.....	282
1.4. Atenuación Basada en la Disminución del Injusto del Hecho.....	286
1.5. Atenuante de Análoga Significación y Propuestas de Lege Ferenda.....	289
2. SISTEMA ALEMAN.....	295
2.1. El Fiscal y la Víctima en Alemania.....	297
2.2. El Proyecto Alternativo Alemán de Reparación.....	297
2.3. Medidas Informales de Conciliación.....	302
3. SISTEMA BELGA.....	308
3.1. Terminación del Procedimiento.....	309
3.1.1. Por el Ministerio Fiscal.....	309
3.1.2. Por Órganos de Instrucción.....	310
3.1.3. Por Órganos de Juicio.....	311
3.2. El Juicio sobre la Culpabilidad y sobre la Pena.....	311
4. SISTEMA FRANCÉS.....	312
4.1. Intervención Procesal de la Víctima.....	312
4.2. Compensación para la Víctima.....	314
5. SISTEMA ITALIANO.....	316
6. ACUSADOR PÚBLICO E VÍTIMA EN EL DERECHO COMPARADO.....	320
7. UNIENDO ACCIONES PRIVADAS Y PÚBLICAS.....	323



7.1. Persecución privada e inicio del procedimiento.....	323
7.2. La Acción Privada sin el Poder de Iniciar el Procedimiento.....	324
7.3. Conclusiones Parciales.....	325
X. LOS DERECHOS DEL ACUSADO Y DE LA VÍCTIMA .....	327
1. El Derecho al Proceso Judicial desde el Punto de Vista de la Víctima.....	328
1.1. Relato de la Infracción y Representaciones.....	328
1.2. “Acción” Movida por la Parte Privada.....	329
1.3. Responsabilidades de los “Participantes” Privados.....	332
2. LA RELACIÓN ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA ACCIÓN	
PENAL. ANÁLISIS DE DERECHO EXTRANJERO.....	333
2.1. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN	
ESPAÑOLA.....	335
2.2. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN	
MEXICANA.....	335
2.3. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN	
CUBANA.....	341
2.3.1. INTRODUCCIÓN.....	341
2.3.2. DESARROLLO.....	342
XI. VÍCTIMAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: PROTECCIÓN EN EL	
ÁMBITO INTERNACIONAL.....	354
1. INTRODUCCIÓN.....	354
2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS.....	357
2.1. Naciones Unidas, Organismos Internacionales y Tutela de las	
Víctimas.....	357
2.2. Tutela de las Víctimas en el Ámbito Europeo.....	365

2.2.1. Consejo de Europa.....	366
2.2.2. Unión Europea.....	373
3. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MENORIDAD PENAL.....	381
3.1. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	381
3.2. Abordaje de la Violencia de Género.....	391
3.3. Causas de la Violencia Doméstica.....	392
3.4. Clases de Violencia.....	393
3.5. La Función del Ministerio Fiscal en la Persecución de la Violencia de Género.....	395
3.6. Propuestas de Medidas Judiciales instadas por el Ministerio Fiscal de protección a las Víctimas de Violencia de Género.....	399
3.7. Víctimas Especialmente Vulnerables en el Delito de Violencia Doméstica.....	422
4. LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	432
5. VÍCTIMA MENOR DE EDAD.....	442
5.1. Víctimas Menores y la Reparación del Delito en el Derecho Español.....	460
5.2. Las Especialidades Procesales: Especial Incidencia en el Testigo Menor de Edad.....	468
5.3. Protección de testigos menores.....	509
5.4. Sobre la coordinación entre las distintas Instituciones públicas....	511
6. MEDIDAS PROCESALES.....	514

6.1. La creación del Servicio de Violencia Doméstica Familiar y el Registro en el ámbito de las Fiscalías.....	518
7. LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO.....	520
7.1. La Ley 9.099/95.....	527
7.2. La Multa Reparatoria en el Código De Circulación.....	531
7.3. La Pena de Prestación Pecuniaria.....	534
XII. VICTIMIZACIÓN DE LAS MINORÍAS – EL RACISMO.....	537
1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL RACISMO Y LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN PENAL BRASILEÑA.....	537
1.1.El tratamiento dado al tema de la igualdad.....	541
1.2. La criminalización de la práctica de racismo.....	543
1.3. Imprescriptibilidad.....	546
1.4. Inafianzabilidad.....	550
1.5. Legislaciones penales anti discriminatorias promulgadas después de 1988.....	551
CONCLUSIONES.....	565
BIBLIOGRAFIA.....	601

# PRESENTACIÓN

El Título de la Tesis es: **LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE UN ENFOQUE CRIMONOLÓGICO Y CIVIL**. Los gérmenes de las ideas que en este trabajo de pesquisa han sido desarrolladas, nacieron durante los innumerables comentarios respecto del Sistema de Justicia Criminal, y del constante cambio de ideas y experiencias con innumerables personas relacionadas a este medio. Se debatían que el Sistema de Justicia Criminal resuelve el caso jurídico, pero no resuelve el problema de las personas envueltas en el conflicto. Una de las respuestas para obtener solución de ese problema, estaría en un mejor abordaje y valoración de la víctima en el proceso penal. De este diálogo participaban docentes, funcionarios del Ministerio Fiscal y profesionales de otras áreas.

Las circunstancias personales del doctorando también han influido de modo decisivo en la elección del tema. Desde su inicio en la vida pública como Escribano de Policía, 1971-1979, en la época que era estudiante de derecho, puede observar en el día a día las angustias que sufrían las personas perjudicadas que comparecían en las dependencias policiales para narrar las circunstancias en las que se daba el delito. Trabajaba en una Comisaría de Hurtos y Robos y la policía, en aquella época, apenas conseguía esclarecer un número reducido de delitos y en consecuencia no recuperaba la “res furtiva”, un tormento para el sujeto pasivo del delito.

Posteriormente, actuando como Delegado de Policía y ahí, entonces, ya formado en derecho, al dialogar con las víctimas de delitos en mi gabinete, pasé a observar que el Estado era deficiente y no poseía políticas que dieran respuestas inmediatas o mediatas para los lesionados. En los delitos sexuales, por ejemplo, las

víctimas no recibían la debida atención que podría atenuar, al menos, el sufrimiento de las mismas.

Dada la precariedad de las dependencias de las Comisarías de Policía, las víctimas muchas veces se encontraban frente a frente con el sujeto activo del delito, lo que, como mínimo, las intimida, fenómeno éste, que la doctrina suele clasificar como “victimización secundaria”.

Posteriormente, al ingresar en el Ministerio Fiscal y al actuar como Fiscal de Justicia Criminal he constatado, también, que en el día a día del foro, la víctima sufría las mismas angustias y sinsabores de la fase de instrucción preliminar (Informe Policial) y, pues, tanto el Ministerio Fiscal como el juzgador no están, como no estaban, debidamente estructurados para recibir a las víctimas de los delitos.

Después de la fase procesal, la víctima no encuentra respuestas por parte del Estado, principalmente, en lo que se refiere al resarcimiento del delito, cuando el reo es pobre. Por otro lado, también constatamos, que en el transcurrir del proceso muchas veces el Fiscal de Justicia, por una mala evaluación procesal o por fallos en el sistema de persecución criminal, acaba perjudicando a la víctima en favor del autor del delito, pues el modelo de doble instrucción, adoptado en nuestro país, acaba por tener un carácter ambiguo. El trabajo inquisitorial de la policía es empujado para abajo, dentro del sistema jerarquizado de la Justicia. Otorgándose a la policía una amplia autonomía, ella cumple con su tradicional función de selección social. Separa los representantes de las clases de renta baja, de las clases económicamente privilegiadas, a través de la aplicación desigual del derecho y de la violencia.

Al no intervenir nunca, los fiscales y jueces legitiman esta repartición de tareas judiciales. Como justificación para esta sistemática omisión, ellos se sirven del modelo de proceso penal.

A nuestra manera de ver, otro problema existente en nuestro país y que contribuye a una sociedad pronunciadamente desigual, es la ausencia de cooperación institucional y de responsabilidad horizontal. Las prácticas penales demuestran cómo el proceso penal brasileño, a primera vista, puede ser considerado como modelo liberal, ya que éste – como sistema acusatorio – sigue principios de publicidad, igualdad de las partes y presunción de inocencia, principios que a través de elementos inquisitoriales, demostrados a lo largo del trabajo, son diluidos por la “puerta de atrás”, discretamente. Razón por la cual concluí que sería beneficiosa a posibilidad de incluir en la fase procesal la figura del Asistente de Acusación, la cual suele aparecer en los procesos en los que la familia o la propia víctima tienen capacidad económica, pues el Ministerio Fiscal acaba tornándose parcial en esa fase del proceso.

Después de reunir todas esas experiencias, por el hecho de jubilarme, acabé por ingresar en la abogacía y, actuando en el área criminal, encontrándome con casos concretos, en los que actué como asistente de acusación en procesos criminales y busqué, posteriormente, en el civil, el resarcimiento del delito a través de acciones para la indemnización del daño moral y material, lo que hace parte de los anexos, adjuntos a la tesis.

Por todo eso, resolví entregarme a este trabajo y realizar una profunda investigación en el derecho brasileño y en el derecho comparado, en especial al derecho español. Pero tampoco puedo olvidar que al participar de un curso de postgrado, cuyos patrocinadores fueron la Pontificia Universidad Católica y la Escuela Superior del Ministerio Fiscal, me he encontrado con juristas de la estirpe de Luis Flávio Gomes (Brasil), Raul Cervini (Uruguay), Eugênio Raul Zaifaroni (Argentina), adquirí innumerables conocimientos que me incentivaron a profundizar acerca de la víctima en

el ámbito del Derecho Criminal, ampliamente utilizados en el desarrollo de esta tesis junto a el Programa de Doctorado de la Universidad de Granada.

La experiencia adquirida con todas estas actividades referidas fue factor decisivo, de acuerdo con lo que ya he expuesto, para la elección del tema. Diría, aún, por la importancia y actualidad del tema, nos despierta un profundo interés.

La observación de los datos recae, como es natural, y según apunta Guasp<sup>1</sup>, sobre aquel conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico. Para tanto, se utiliza el método de investigación del derecho procesal y también del derecho material, pero no nos limitamos sólo a esto, pues no nos quedamos sólo en la ley. En el análisis no adaptamos un método dogmático reducido, utilizamos el método deductivo (del general al particular) y también el método inductivo<sup>2</sup> (del particular al general), pues los mismos se complementan recíprocamente.

**Se trata de una tesis sobre la reparación de la víctima en el ámbito del derecho criminal, con un enfoque non sólo de los aspectos penales sino también civiles de la cuestión, con amplio campo de observación del derecho positivo por la utilización constante del método jurídico comparativo.**

Como fuente subsidiaria acudiremos, también, a ordenamientos jurídicos vigentes en otros países, con mayor intensidad cito: España, Cuba, Argentina, Uruguay, Brasil y con menor intensidad, México, Inglaterra, entre otros.

En las interpretaciones de las normas penales, conforme la situación que se procesaba, utilizamos desde la simple interpretación gramatical, pasando por la lógica, la historia y también la sistemática.

Finalmente, destacamos que todos los aspectos a los que nos referimos durante el curso de este trabajo, se describen en síntesis, sin agotar el asunto relativo a la

---

<sup>1</sup>GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid, Civitas, 1997, p. 87.

<sup>2</sup> Método inductivo é aquele que parte de questões particulares até chegar a conclusões generalizadas.

situación y el desarrollo de la victimología, así como a los rumbos que ella toma delante de la crisis del Derecho Penal y también delante de la criminología y con relación a la política criminal actual que se observa en los diversos países citados. Pues es tarea de esa disciplina no sólo describir la situación social contra la delincuencia, sino también, determinar las líneas básicas que deben ser seguidas en el sentido de una mayor eficacia. De la misma manera “*el mutatis mutandis*” y con mayor énfasis, hoy no se cuestiona la primacía de las políticas, tanto preventivas como de tratamiento y, asistencias y ayudas que los Estados deben formular, desarrollar e implementar para “*enseñar a vivir*” como muy bien se refiere Abelardo Rivera Llano, en su importante obra “*La victimología*”<sup>3</sup> y convivir en sociedades de alto riesgo “*victimal*” como las actuales, entre las cuales, cito Brasil y Argentina.

Por eso, no es sin razón que los juristas afirman que el siglo XXI será el siglo de las víctimas. Esto implica un nuevo estudio de la función de política criminal para realizar un puente de unión con la nueva victimología, la cual se preocupa por la seguridad del ciudadano como muy bien nos enseña el profesor Juan Busto Ramírez<sup>4</sup>.

Por otro lado, hoy se aboga frente a la realidad que discurrimos cada vez más por el reconocimiento de los derechos y garantías de las víctimas, que trascienden de la mera pretensión resarcitoria que se busca mediante la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, lo que en la mayoría de las veces es mera utopía, pues los reos son pobres, ahí está el porqué el Estado debe también cuidar de eso, conforme nos referimos en la conclusión de nuestro trabajo.

La intención de la tesis es dar un mayor impacto al movimiento victimológico en el Derecho Penal, con la finalidad de realizar la inserción de una temática

---

<sup>3</sup> LLANO, Abelardo Rivera. “*La Victimología - Un problema criminológico?*”.

<sup>4</sup> RAMÍREZ, Juan José Bustos. *Presenti y Futuro de la Victimología*. Ed. Temis: Santa Fé de Bogotá, 1993.



predominantemente criminológica en el área jurídico-penal, orientada al resarcimiento a la víctima de delito, que tanto carece de esa especie de contribución.

El trabajo se basa en la evolución histórica de la víctima, pasando por las tendencias actuales y, aún, proyecta perspectivas futuras del papel de la víctima en las cuestiones penales y fundamentos referentes a una Política Criminal de acuerdo con la realidad.

En la investigación jurídica, la doctrina es la fuente de consulta por excelencia. Por eso, la organización de la bibliografía es importante y exige algunas consideraciones. Todas las obras que integran la bibliografía fueron consultadas y citadas en la tesis. En el apéndice consta la totalidad de datos necesarios para su identificación.

Como nuestra investigación es prospectiva, se trata de saber cómo es aplicado el ordenamiento presente, siendo como debe ser el ordenamiento futuro. Además, entendemos, la tesis es un campo fértil y fecundo para la libre manifestación de ideas y decisiones, exigiendo que el investigador esté libre de cualquier especie de freno que no sea la racional y motivada argumentación.

La estructura de la tesis merece una especial atención, pues entendemos que la simetría y la armonía son elementos imprescindibles en un trabajo científico.

En el primer capítulo - **LA VICTIMOLOGÍA – LINEAS CONCEPTUALES** – fue vista toda la línea evolutiva del concepto de la víctima, que se vuelve cada vez más amplio, así como el impacto que la misma crea en el proceso penal.

Apuntamos la posición que la víctima ocupa actualmente en el proceso penal y la que ella tenía antiguamente con las debidas modificaciones a través de los tiempos.

En el capítulo segundo - **LA REPARACIÓN DEL DAÑO** - discurrimos sobre los movimientos y organizaciones de defensa de los derechos de las víctimas de delitos y de abuso del poder en Brasil. Intentamos mostrar la nueva dimensión dada a la víctima por la Ley 9.099/95, donde quedan garantizados sus derechos y su personalidad de ciudadana.

La reforma de 2008 (Leyes 11.689, de 09/06/2008: Tribunal del Jurado; 11.690, de 09/06/2008: Pruebas y 11.719, de 20/06/2008: Suspensión del proceso, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* y procedimientos) demostró mayor preocupación por la víctima en el ámbito del Código de Proceso Penal, que siempre se mantuvo en 2º plano, como bien nos enseña Scarance Fernandes cuando afirma que es “generalizada la tendencia consistente en dar a la víctima un nuevo papel en el proceso criminal, sacándola del ostracismo que le fue impuesto en los últimos tiempos”.<sup>5</sup>

La modificación más emblemática fue haber alterado la disciplina de la acción civil ex delicto, proyectando mejorar la situación de la víctima, permitiendo que el magistrado fije, en el ámbito criminal, una indemnización a la víctima, debido a los daños causados por el delito, al analizar el art. 63 y 387 introducidos por la Ley 11.719/08.

Aún diría que esta propensión de poner luces sobre la víctima puede ser observada por la propia modificación del nombre del capítulo, que antes se llamaba “De las preguntas al ofendido” y ahora pasó a ser más amplio, denominándose “Del Ofendido” (201, CPP), lo que demuestra que la víctima no es vista sólo como fuente de la prueba, con el legislador preocupado en resguardar su integridad física, así como otros aspectos relacionados con la práctica delictiva.

---

<sup>55</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. Malheiros Editores: São Paulo, 1995.

La nueva legislación prevé que el ofendido, aún cuando no se haya animado a ocupar la posición de Asistente de Acusación, puede participar en la práctica de la prueba, con formulación de cuestiones e indicación de Asistente Técnico. Por eso se debe repetir que la Ley 11.690/08 que trajo innovaciones extensivas a la figura del ofendido, que ahora puede ser considerado como parte o sujeto del proceso, cuando no quiera integrar el proceso como Asistente, como se deduce de la interpretación de los arts. 159, § 3º, CPP, y 201, §§ 2º, 4º y 5º, CPP.

También hicimos observaciones sobre la justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos, a fin de restaurar una convivencia pacífica entre víctima y ofensor.

Divulgamos la prioridad de la victimología, el estudio de la persona victimizada, de su génesis, de su desarrollo, del estudio del proceso de victimización, la relación entre el victimario y su víctima, objetivando la creación de condiciones sociojurídicas para que la víctima supere el daño sufrido y que, principalmente, la misma sea restituida tanto moral como materialmente.

Hacemos parte diariamente de la globalización que también provoca víctimas para descubrir que ella es generosa con aquellos que pueden ser parte de ella y perversa con la mayoría, que de ella apenas paga los perjuicios.

Intentamos exponer las innovaciones procesales y jurídicas relativas a la víctima en nuestro país, el Brasil, como la multa reparatoria en el Código de Tránsito, la pena de prestación pecuniaria; la Ley complementaria n.º 79 de 07 de enero de 1994, que crea el Fondo Penitenciario Nacional - FUNPEN - y que establece en su artículo 3º, inciso IX, que los recursos del Fondo serán aplicados en programas de asistencia a las víctimas de delitos; el artículo 245 de la Constitución Federal que dispone sobre las posibilidades y condiciones en que el Poder Público va a dar la asistencia a los parientes

e incapaces dependientes de personas victimizadas por delito doloso, sin perjuicio de la responsabilidad civil del autor del delito, así como todos los procedimientos judiciales con relación a la compensación y restitución del daño causado por el delito.

En el tercer capítulo - **EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA** - analizamos los intereses civiles de la víctima en relación al daño sufrido por razón del delito, su efectividad y las medidas cautelares civiles en el proceso penal, incluso otros papeles por ella ejercidos, con énfasis en su posición frente la prueba penal y las técnicas de protección y asistencia que le son destinadas

En el capítulo cuatro - **DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO** – hacemos un análisis de conductas que afectan más intensamente al patrimonio (moral y económico) de determinada persona, permitiendo intervenciones judiciales distintas de la respuesta penal, delante de la diversidad y pluralidad de grados de ilicitud que las acompañan. En estas situaciones, cuando la repercusión de la infracción haya de atender también al campo de la responsabilidad civil, tendrá lugar la llamada acción civil ex delicto, que otra cosa no es sino el procedimiento judicial orientado a la recomposición del daño civil causado por el delito.

En el quinto capítulo - **LAS NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO** - destacamos las nuevas tendencias en relación a la víctima, revisiones e interpretaciones de nuevas normas procesales, así como la necesaria construcción de nuevos dispositivos más cercanos a la realidad sociopolítica en la que la víctima está inserta.

En el capítulo sexto - **LA JUSTICIA RESTAURATIVA, EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y EL ABOLICIONISMO PENAL** - tratamos de la relación de la víctima con los eventos criminalizables que, de una manera u otra, no son efectivamente

criminalizados, del movimiento abolicionista, así como la opción del legislador brasileño por el Principio de la Intervención Mínima.

En el capítulo siete - **SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: TENDENCIAS INTERNACIONALES** – analizamos as medidas reparatorias, en uno u otro de los modelos aquí sucintamente expuestos, especialmente como condición para obtención de algún favor legal, encuentran previsión en las legislaciones de muchos países, y no se puede decir que tal hecho constituya absoluta novedad. Lo que es novedad es la intensidad de los debates académicos y de las reformas legislativas que tienden a introducir la reparación en el sistema penal.

En el octavo capítulo - **LA REPARACIÓN Y EL SISTEMA PENAL: ¿UNA TERCERA VÍA?** – estudiamos una nova forma de entender el derecho penal, en la que caben el consenso y la reparación, frente a conductas que deberían ser analizadas desde una perspectiva diferente. Este es el espacio en el que quedan posibilidades para el diálogo y la resolución alternativa del conflicto, en síntesis, para la justicia restaurativa.

En el capítulo nueve - **INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA** - intentamos extraer elementos fundamentales del sistema para tener una visión equilibrada de las normas procesales vigentes, procurando una correcta interpretación a partir de la presencia de la víctima en la investigación criminal, pasando por sus funciones en la acción penal de iniciativa privada, para llegar a su actuación en la acción penal de iniciativa pública. A partir de ahí se analizan varios aspectos, como el condicionamiento de la acción a la manifestación de la víctima; su control sobre la acusación pública; el concurso o cooperación del ofendido, entre otras.

En el décimo capítulo - **LOS DERECHOS DEL ACUSADO Y DE LA VÍCTIMA** – hacemos un abordaje de los derechos de los acusados y de las víctimas de crímenes en el derecho comparado, por ejemplo Cuba, México y España.

En el capítulo once - **VÍCTIMAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL** - estudiamos diversos grupos que históricamente fueron victimizados, como los negros, víctimas de los más crueles castigos a lo largo de la historia, y que hasta hoy son una víctima cotidiana de nuestro día a día, las mujeres, ellas que ahora luchan por tener sus derechos reconocidos, incluso el derecho a la vida. A ellos se han de atribuir varias victorias e innumerables derrotas. También los menores, cuya violencia surge aterradora, pues se enmascara en el arquetipo de la pureza, que se asocia a la tierna edad; aquí vimos la violencia practicada por y contra los jóvenes.

También anexamos al presente trabajo materias divulgadas por el gran periódico brasileño *Folha de SP* respecto a las investigaciones actualizadas sobre el racismo en Brasil.

La Ley 11.340/2006, conocida como Ley Maria da Penha, introduce medidas de naturaleza penal, civil y aún abarca otras ramas del Derecho, pretendiendo proteger los intereses de la mujer. En realidad, viene al encuentro de los modernos principios victimológicos que proponen proteger a la víctima, principalmente en el ámbito del Derecho Criminal, pero va más allá, pues inserta principios de otros dispositivos del Derecho, apunta una solución más rápida para la violencia doméstica. Sobre el asunto, escribimos diversos artículos ya publicados, con la colaboración de otros letrados, los cuales siguen en anexo.

En algunos temas, el análisis de los mismos nos exigía una crítica más contundente acerca de ciertos presupuestos jurídicos, de reglamentaciones legislativas y

jurisprudencia. Por eso, si en algún momento nos excedemos en las críticas formuladas, pedimos que sea interpretado como un método crítico de análisis del problema, en el plano teórico doctrinal y no como una falta de respeto a la doctrina.

Concluyendo, juzgamos oportuno transcribir lo que bien ha citado en su tesis, “mi estudiante de ayer y hoy Doctor por la Universidad Complutense de Madrid, Aury Celso Lima Lopes Junior”, en nuestro trabajo de cada día recordamos de *Alcalá-Zamora* y *Castillo* y de su intranquilidad, cuando fue consultado para hablar sobre el Mandado de Seguridad en São Paulo. Decía el brillante procesalista: “¿*Qué iba a poder decir, a una asamblea con evidente predominio de los juristas brasileños, respecto a un tema ciento por ciento brasileño?*”.

Al comentar ordenamientos jurídicos de otros países, experimentamos una sensación similar y debemos decir que no es nada agradable. Por el contrario, es tremendamente preocupante. Tendría razón *Alcalá-Zamora* cuando decía que el peligro ofrecido a cada instante era el de pretender descubrir por esta altura, el Mediterráneo, inventar la pólvora o según la expresión española, “*llevar hierro a Vizcaya*”. Él miedo que sentimos fue igual, sin embargo existe una gran diferencia: *Alcalá-Zamora* escribió uno de los mayores trabajos que existe sobre el tema, y nosotros, seguros de haber incurrido en múltiples equívocos, lo que pretendemos es, sinceramente, aprender un poco de los ordenamientos de los diversos países aquí citados. Nada más.

# I. LA VICTIMOLOGÍA – LINEAS CONCEPTUALES

## 1. CONCEPTO DE VÍCTIMA

La Victimología, como ciencia vinculada al fenómeno criminal, emergió de la Criminología y, mediante su evolución, se ha independizado de ella considerándose por algunos autores como autónoma, recuerda Germán Aller<sup>6</sup>.

Desde los orígenes de la Criminología, partiendo de la suposición relativa de que fue Ezequías Marco César Lombroso su creador en 1872<sup>7</sup>, se presentó como objeto de su estudio un hecho único visto desde tres perspectivas diferentes: el crimen, el criminal y la criminalidad. Las diferentes corrientes criminológicas fueron dando prioridad a su estudio en algunos de estos aspectos. Así, las llamadas corrientes Clásicas del Derecho penal, que dan origen a la Criminología Tradicional o Clásica, ponían el acento – primordialmente – en el hecho delictivo (el delito). Al nacer el Positivismo italiano con Lombroso y desarrollarse con Enrico Ferri (dilecto alumno de Francesco Carrara) y Rafael Garófalo, se produjo un cambio trascendente, ya que centraron su estudio en el criminal (el delincuente). Estudiaron sus rasgos físicos, pero luego también su entorno social<sup>8</sup>. La aparición y desarrollo de las corrientes antro-po-sociológica o Escuela de Lyon de Alejandro Lacassagne y su continuador Gabriel De Tarde absorbieron el impacto de las ideas lombrosianas, reaccionaron y encontraron el fenómeno del crimen como propio del medio<sup>9</sup> (la criminalidad). A pesar de ser la

---

<sup>6</sup> ALLER, Germán. Concepto y Tipos de Víctimas. In Victimología. Fundación de cultura universitaria: Montevideo, 1998. p. 9.

<sup>7</sup> En 1872 se editó la primera edición de “L’Uomo Delinquente”.

<sup>8</sup> De allí nace la idea de E. FERRI sobre los “substitutivos penales”.

<sup>9</sup> A. LACASSAGNE, prestigioso médico antropólogo francés destacó la influencia que el medio o “milieu” ejercía sobre las personas, al punto de llevarlos a delinquir. Su discípulo y seguidor G. DE TARDE, jurista y miembro de la más alta sociedad parisiana, dió un enfoque de tipo sociológico y jurídico al planteo inicial de Lacassagne.



Criminología una disciplina moderna, su historia es extensa en capítulos y corrientes. Así la aparición de la Política Criminal (disciplina autónoma) desde la Escuela de Marburgo de Franz Von Liszt, buscó un punto de conexión entre las diversas posturas criminológicas de fin del siglo pasado. Se sucedieron las corrientes, evolucionaron y se llegó a un momento históricamente crucial a partir de la influencia de las teorías del Conflicto Social, el Interaccionismo Simbólico y, en definitiva, las de la Reacción Social que desembocaron en las corrientes Críticas de la Criminología y el Derecho penal.

Este veloz paneo por la historia de la Criminología muestra la evolución del enfoque científico del fenómeno criminal, pero poco y nada respecto del protagónico papel que le tocó asumir a la víctima. Al llegar a nuestros días, sabemos que esa trilogía estaba dejando de lado al otro protagonista del drama criminal.

Ya desde las leyes de UR NAMÚ (2.050 a.C.) se mencionaba la reparación o compensación a la víctima<sup>10</sup>. Las leyes de HAMURABBI (1.700 a.C.), a pesar de todo lo que se criticara, significaron el primer muro de contención para la venganza<sup>11</sup>. Es así, pues plasmaron uno de los Principios básicos del Derecho penal al establecer la medida de la pena proporcionalmente (en la visión de la época) a la culpabilidad del agente<sup>12</sup>.

Avanzando en este estudio, a mediados de este siglo se comenzó a observar que existía otro protagonista del drama criminal que generalmente de los casos es el criminal el que crea su propia víctima, la intervención de ésta, comisiva u omisiva, podría muchas veces determinar el acto criminal.

La extensión que puede derivar del estudio de la víctima ha dado lugar al surgimiento en Estados Unidos en particular y Europa en general, de un nuevo tipo de

---

<sup>10</sup> MIGUEL LANGON, "Criminología – Historia y Doctrinas", ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, p. 14.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>12</sup> Es el primer antecedente histórico del actual Principio penal de la Proporcionalidad.

investigador, el victimólogo, cuya actividad no siempre se centra exclusivamente en la víctima de un acto criminal<sup>13</sup>.

Tenemos entonces 2 conceptos<sup>14</sup>:

1) Limitándolo a personas que fueron sujeto pasivo del delito y sufrieron algún perjuicio como consecuencia de un acto criminal.

HANS SCHULTZ: Define a la víctima como la persona afectada en sus relaciones interindividuales. De esta manera, sigue un criterio restringido.

H. VON HENTIG: Con criterio amplio, dice que víctima puede ser tanto un individuo aislado como una comunidad entera y cita el ejemplo del delito de alta traición o terrorismo, genocidio, etc.

2) Expresión genérica de daño o sufrimiento de individuos o colectividades producidos no sólo por actos delictivos, sino por cualquier otro tipo de actos, incluso cataclismos atmosféricos. Lo que, como ya se indicó, en esta oportunidad queda fuera de nuestro estudio.

## **1.1. AUTONOMÍA DE LA VICTIMOLOGIA**

A partir de 1941, especialmente durante la 2ª Guerra Mundial, se comienza en Europa a concebir la existencia de la Victimología. Su autonomía fue resistida por varios autores, entre ellos están Luis Jiménez de Asúa, Cornil y Manuel López Rey.

Este punto ni puede delimitarse de una forma precisa, según Dr. Germán Aller. Es importante tener en cuenta la autonomía tal como lo explicaba M. Langon en clases pasadas respecto de la Criminología. No perdamos de vista que lo autónomo atañe al

---

<sup>13</sup> Se sostiene que la Victimología debe comprender todos los tipos de víctimas, no sólo las de delito, sino también de holocaustos, cataclismos, catástrofes, accidentes naturales, accidentes en general y, de esa forma, constituir una ciencia que estudie integralmente todo el fenómeno de la victimización.

<sup>14</sup> MIGUEL LANGON, "Introducción a La Victimología", La Justicia Uruguaya, Tomo LXXXVII, p. 62.

aspecto formal, pero no hace al rigor científico de la disciplina. Si la Criminología asume o no para sí a la Victimología, es de valor relativo, pues de todas formas la problemática de la víctima está vinculada a muchas otras ciencias como la Sociología criminal, Psicología criminal, Psiquiatría criminal, Criminalística, política Criminal y, lógicamente, el Derecho penal. Aunque en este último caso, sabemos que en él y en los Códigos Penales Latinoamericanos y los procedimentales en materia penal, la víctima no merece consideraciones relevantes y efectivas en cuanto al tratamiento y resarcimiento.

Creemos que hoy no es una disciplina completamente autónoma, sino relativamente autónoma por su tan estrecha vinculación con otras. No obstante, similarmente pensamos de la Criminología. Estas disciplinas, como ya se dijo, utilizan métodos científicos de tantas otras, además de los propios. Ambas tienen un objeto compartido con otras, aunque en el caso de la Victimología, presenta alguna variante, ya que el delito es el referente, pero no el centro de estudio, pues lo es la víctima. Pensamos, en definitiva, que la posibilidad de la Victimología de ser autónoma radica en el desarrollo de una ciencia global que estudie a todas y cada una de las víctimas, no dejando de lado a aquellas provenientes de hechos accidentales, naturales, ajenos al delito definido como tal. Si alcanza ese grado de desarrollo, entonces creemos que será autónoma realmente.

¿Cómo nace la victimología?

HANS VON HENTING, fallecido en 1974, fue un alemán que debió abandonar su patria al ser expulsado por el nazismo y se estableció en los Estados Unidos en 1941, publicó un trabajo refiriéndose al tema de las víctimas<sup>15</sup>. Sin embargo, fue BENJAMIM MENDELSON, israelí, quien en 1946 publicó su obra denominada

---

<sup>15</sup> HANS VON HENTIG, "Remarks on the interaction of perpetrator and victim", luego en 1948 publicó "The criminal and his victim". En estos libros destacó la interacción existente entre autor y víctima y la responsabilidad del Derecho penal en velar por las garantías y derechos de las víctimas.

“Victimología”<sup>16</sup> tratando allí a las víctimas de las que hablaba H. Von Hentig, pero dando además el nombre a esta disciplina científica. De esta manera, quedó acuñado el nombre de algo que hace casi 50 años ni sus propios “padres” imaginaron: otra perspectiva para el mismo fenómeno, pero sin el heroísmo del crimen-protesta, ni la malformación o atavismo físico, sino el sufrimiento y menoscabo del 50% de todo delito: la víctima.

Ambos autores, según Dr. Gérman Aller, destacaron la importancia de esta disciplina con el rango de autónoma. A partir de ellos surge un movimiento que alteraría el concepto del fenómeno criminal<sup>17</sup>. Estas ideas desacreditaron al, aún entonces vigente. Positivismo que pretendía ser científico y se limitaba a la definición legal de delito. En definitiva, él es un artificio, por lo que no se le puede dar, como pretendió Rafael Garófalo<sup>18</sup>, un concepto natural a algo que, como el delito, es una definición legal de tipo formal.

Los continuadores inmediatos de H. V. Hentig y B. Mendelshon fueron HENRY ELLENBERGER y MARVIN E. WOLFGANG, quienes continuaron en el estudio de “la pareja autor-víctima”. H. Ellenberger señaló que en muchas oportunidades el autor fue antes víctima de violencia, maltrato, abusos sexuales y explotación, ya sea en su niñez o juventud y afirmaba que la “victimogénesis” se originaba – principalmente – en el aislamiento social<sup>19</sup>. M. Wolfgang elaboró el concepto de que la víctima, en ocasiones, “precipita” el delito cuando es quien

---

<sup>16</sup> Con MENDELSON se desarrolla aún más el concepto de interaccionismo entre autor y víctima. Con sus obras “New bio-psycho-social horizons: Victimology”, publicado en 1946 y su célebre conferencia en el Hospital Colțea de Bucarest en 1947, nace el término “Victimología”. Además, propicia la contraposición de términos como: “victimity, victimology – criminality, criminology”, pues ante un mismo delito aparecen factores provenientes del criminal y de la víctima.

<sup>17</sup> Crimen-criminal-criminalidad

<sup>18</sup> RAFAEL GARÓFALO, quien por vez primera tituló un libro con el nombre “Criminología”, creyó encontrar, analizando diferentes tipos de sociedad, que la violación de los sentimientos de probidad y piedad constituían un crimen social natural. A ello lo denominó “delito natural”. También a él se debe el concepto de “temibilidad”.

<sup>19</sup> HENRY ELLENBERGER, “Psychotherapie und Medizinische Psychologie”, 4, 1954, págs. 261 y ss.

comienza la violencia física, ya sea esgrimiendo un arma, propinando un golpe en un altercado y así iniciando el drama de su propio asesinato<sup>20</sup>.

El estudio de las víctimas nos plantea la incógnita de determinar quiénes son ellas. En primer lugar, es víctima el individuo que fue sometido a una situación aparentemente injusta, el sujeto pasivo del delito, el titular del bien protegido por la norma penal. Pero extendiendo la figura de la víctima hacia la colectividad misma, se llega a veces a afirmar que podría serlo hasta el Estado mismo. Hecho éste que no aceptamos, excepto que consideremos a las personas físicas que lo componen<sup>21</sup>, pero nunca a la persona jurídica y, menos aún, el Estado.

## **1.2. CLASIFICACIONES**

Se han esbozado muchas clasificaciones de víctimas. Ellas dependen de la óptica criminológica con que se observe el fenómeno. Por eso, no podemos atarnos a una sola clasificación debido a lo difuso de los límites señalados, pero sí mencionar algunas de las más importantes. En puridad, ninguna de ellas excede la dimensión de la problemática de las víctimas y son válidas al reconocer que todo delito tiene una víctima.

**A) HANS VON HENTIG** clasificaba a las víctimas en:

- Deprimidas
- Adquisitivas

---

<sup>20</sup> MARVIN E. WOLFGANG, "Victim and precipitation in Victimology and Law", ponencia presentada en el V Simposio Internacional sobre Victimology, Zagreb, 18 al 23 de agosto de 1985.

<sup>21</sup> Suponiendo, por tanto, asumir a la víctima como el individuo en particular y no al conglomerado institucional que es el Estado.

- Desenfrenadas
- Libertinas
- Solitarias
- Temerosas
- Atormentadas
- Bloqueadas
- Luchadoras

Decía que cada víctima tiene su autor, porque muchas veces aquella fabrica a su propio victimario. Por ejemplo, el inmigrante que se encuentra desprotegido en una sociedad extraña como lo eran los cubanos, los demás latinos y otros grupos étnicos en los Estados Unidos. Esta inferioridad social aumentaba la posibilidad de transformarse en víctimas, ya que eran más propensos. Cabe destacar que nos parece más conveniente hablar de víctimas propensas en vez de natas, pues no creemos que estas últimas sean reales.

## **B) BENJAMIN MENDELSON<sup>22</sup>**

Dice que siempre hay una interacción entre el autor y la víctima. Entre ellos hay un diálogo sordo, es decir, se es víctima porque se dan las condiciones para que determinado individuo delinca. Es este autor quien señala la inevitable conformación bilateral del crimen a través de la “pareja autor-víctima”, que ya había indicado H. V. Hentig, pero que con B. Mendelshon alcanza su mayor desarrollo.

Para él las víctimas se clasificaban de la siguiente forma:

Inocentes o meramente casuales: serían el caso de un hurto o rapiña callejera, aunque podría darse que ciertas condiciones del transeúnte (ser mujer, anciano, estar distraído, hacer ostentación de valores) hubieran propiciado el delito contra él.

De culpabilidad menor o ignorancia voluntaria: es la hipótesis de la eutanasia, el suicidio y su entorno.

Más culpable que el criminal: estos son los imprudentes que realmente provocan al delincuente hasta el punto de generar inconscientemente el acto delictivo.

Únicamente culpable: es el caso de la simulación del delito; se pone en esa situación inventando el delito o aumentando su grado y puede llegar también a ser el victimario.

Este célebre autor indicaba que el Derecho penal debía considerar la situación de cada crimen al momento de exigir responsabilidades, tomando en cuenta la participación de la víctima en el acto criminal, ya que, en casos como el último mencionado en su clasificación, también ella debería ser sancionada con una pena algo inferior a la del autor.

### **C) ELÍAS NEUMAN<sup>23</sup>**

- Individuales
- Familiares
- Colectivas
- Sociales

Esta clasificación es de tipo sociológico, ya que atiende – primordialmente – a la forma de convivencia y ámbitos en que se desencadena el crimen. Este prestigioso autor argentino ha profundizado en el estudio de los procesos de victimización y

---

<sup>23</sup> ELÍAS NEUMAN, “Victimología”, ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 64 y ss.

denunciado aspectos hipócritas del sistema de Control Social: “El delincuente canaliza esa tendencia y adjetiva lo que inconscientemente deseáramos realizar y trabajamos con el buen reflejo de los frenos inhibitorios”<sup>24</sup>.

#### **D) MATTI JOUTSEN<sup>25</sup>**

Este autor ha hecho una interesante clasificación:

Consciente: es el individuo normal que ha observado el comportamiento de un buen padre de familia y es inocente respecto del delito de que es víctima.

Facilitante: es la persona que no se cuida, deja la cartera o el maletín abierto generando una tentación casi irresistible para el descuidista u oportunista.

Invitante: es el caso típico del caminante solitario y nocturno. Obviamente invita al acto criminal, ya que, al exponerse, aumenta las probabilidades de ser objeto de un delito.

Provocadora: es víctima por represalia. Por ejemplo, una persona insulta violentamente a otra, ésta reaccionada y mata o hiere a la que lo insultó. En este caso, quien provocó e inició el conflicto insultando a la otra persona es luego la víctima.

Consciente: el que acepta el riesgo, acepta ser víctima. Por ejemplo, el jugador clandestino.

Investigadora: elige ser víctima, se deja hurtar o asaltar para defraudar a su jefe. Es el caso del cobrador que le quitan \$ 1.000 y luego miente al denunciar que le quitaron \$ 2.000.

Simuladora: no es víctima, inventa la situación haciéndose pasar por tal.

---

<sup>24</sup> ELÍAS NEUMAN, op. cit., pág. 42.

<sup>25</sup> MATTI JOUTSEN, “The role of the victim of crime in european criminal justice systems”, Helsinki, EE.UU., 1987, págs. 74 y ss.



## **E) LUIS JIMÉNEZ ASÚA<sup>26</sup>**

Indiferentes: No interesan demasiado al criminólogo, ya que no determinan el acto delictivo y no tienen relación personal con el agente. Llevan a la prevención del delito estudiándolo y difundiendo las técnicas delictivas. Son las fungibles de Seelig. Este autor destaca que, si bien al delincuente no le interesa su víctima, puede necesitar cierta actitud psicológica para la elección (por ejemplo, el carterista). Nuvolone señala, al respecto, que la falta de discriminación pone de manifiesto el grado más alto de peligrosidad (por ejemplo, terrorismo, secuestro de aeronave) porque, según afirma, existe mayor indulgencia para los delincuentes políticos y el tratamiento punitivo estimula su generación.

Determinadas: son aquellas relacionadas con el autor y, por tanto, de mayor relevancia por el vínculo existente entre ambos. Las subdivide en:

1. resistentes: resultan de delitos como violación, extorsión o secuestro.
2. cooperadoras: son las que intervienen en el proceso de desencadenamiento criminal. Como la estafa, donde a veces el estafado cree hacer un gran negocio, incluso aceptando la posible ilicitud o reprobación social.

## **F) HANS GÖPPINGER<sup>27</sup>**

El célebre catedrático de Criminología de la Universidad de Tubinga (Alemania) hizo una doble clasificación:

Substituibles: sin ellas el delito habría podido consumarse sobre otro. Por ejemplo, el hurto de automóviles estacionados en la vía pública.

---

<sup>26</sup> MIGUEL LANGON, LJU, op. cit. pág. 62.

<sup>27</sup> HANS GÖPPINGER, "Criminología", ed. Reus S.A., Madrid, 1975, págs. 368 y ss.

Insustituibles: relacionadas estrechamente al autor. Por ejemplo, el uxoricidio y homicidio pacto-precio, donde la identidad de la víctima es esencial. Éstas son las que más importan, pues son perfectamente determinadas porque la circunstancia es sólo para esa persona. También respecto a la peligrosidad, ya que el sujeto será más peligroso en cuanto a lo determinado o no de la víctima (por ejemplo, el terrorismo contiene mayor peligrosidad para toda la sociedad, pero menor en lo individual de la mayoría de la gente).

Individuales – Colectivas – Reincidentes (estas últimas son particularmente imprudentes porque incitan a la comisión del hecho delictivo).

### **G) LOLA ANIYAR DE CASTRO<sup>28</sup>**

Singulares y Colectivas: Apunta al Estado, los temas generales, grandes intereses muchas veces difusos. Esta célebre autora venezolana, profesora de la Universidad de Zulia, Distrito de Maracaibo (Venezuela), ha sido una de las grandes propulsoras de la Criminología Crítica en Latinoamérica. En el caso de las víctimas colectivas nos permitimos no incluir al Estado o personas jurídicas, ya que allí cabría más bien indemnización de daños y perjuicios y no entrarían en el concepto de víctima como persona o grupo humano.

### **H) SELLIN y WOLFGANG<sup>29</sup>**

Establecen tres grados en cuanto a las víctimas:

1er grado: individual

---

<sup>28</sup> MIGUEL LANGON, LJU, op. cit. pág. 63.

<sup>29</sup> HANS GÖPPINGER, op. cit., pág. 63.

2er grado: núcleos de personas (ej. delitos contra la empresa).

3er grado: delitos contra la sociedad

### **1.3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA**

Esto nos lleva al análisis del interés tutelado por el Derecho penal, porque si el individuo que hurtó o se apropió indebidamente de algo, lo devuelve a la víctima y ésta recupera el bien, de todos modos la acción penal continúa<sup>30</sup>. Hay, entonces, que observar el funcionamiento del Control Social y la prevención (general y especial), ya que el Estado utiliza el poder de imperio que posee. Esto proviene de la idea de que quien posee el poder debe ejercerlo tal y como está estipulado. Se acepte o no esa prerrogativa, conforme al principio de territorialidad de la norma, se aplicará al pacto social<sup>31</sup>. El Estado, con su actuar, nos recuerda que el poder debe ser ejercido sólo por él.

Observemos que en los delitos contra la Administración Pública en bien tutelado penalmente va más allá del objeto de la tutela, ya que involucra al poder mismo del Estado y a la propia credibilidad en su efectividad. Compartir o no este criterio es lo de menos, lo que importa es plantear la cuestión del Control Social, la prevención penal, el poder estatal y la reparación del ordenamiento jurídico del Estado. Y, al mismo tiempo, preguntarse dónde queda la víctima.

---

<sup>30</sup> En los delitos perseguibles de oficio se nota claramente el alcance de la “expropiación del conflicto” por parte del Estado, al extremo que, restituido el bien a la víctima, el Estado aún reclama para sí la satisfacción de su ordenamiento penal violentado por medio de la aplicación de la pena. De hecho, el reintegro de la cosa sólo podrá influir en el quantum de la pena.

<sup>31</sup> JEAN JACOB ROUSSEAU, “El Contrato Social”, UNAM, México, 1969, págs. 10 y ss.

#### 1.4. ¿QUÉ ES UNA VÍCTIMA?

JEAN PINATEL, el gran criminólogo francés, nos lleva a la comprensión de ciertos aspectos psicológicos y sociales manejando la fase previa del acto delictivo<sup>32</sup>, pues la víctima es co-protagonista del hecho criminal y pieza fundamental en la etapa pre-delictiva.

Etimológicamente, “víctima” es una palabra de origen latino que significa ofrenda viva que se sacrifica y mata en el ara del altar en holocausto a los dioses<sup>33</sup>. Pero esto, aunque acertado, no alcanza. Hay quienes, como STANCIU, sostienen que víctima es quien padeció o sufrió un daño injusto. No encontramos que este concepto fuere inapropiado, pero existen víctimas que ignoran que lo son, además es obvio que parte de la sociedad – o toda – es víctima de delitos contra el ambiente, la seguridad, etc. M. LANGON<sup>34</sup> vuelve la atención sobre la cuestión de si todo lo legal es justo. Decididamente no. Si consideramos que el delito tipificado como tal es una creación legislativa y humana, encontraremos que variará con las épocas y los lugares; como claro ejemplo citamos al nacional socialismo que legalmente admitirá conductas aberrantes a nivel humanitario, pero en aquella época fueron legales por así establecerlo ese régimen. En este, y muchos otros casos, lo lícito y lo justo no van de la mano. La licitud o ilicitud es algo preestablecido, es la verdad normativa, pero la justicia se aproxima más a un ideal o creencia altruista que a lo normativo. Prueba de ello es la incesante variación y contradicción entre normas legales, al punto de que conductas lícitas devengan en ilícitas y a la inversa.

Por otra parte, no es necesario percatarse del propio sufrimiento para ser víctima, pero sí que exista un menoscabo, daño y sometimiento a otra persona. Debe

---

<sup>32</sup> MIGUEL LANGON, LJU, op. cit. pág. 67.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 62.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 62.

existir un autor o victimario que conculque el precepto penal definido legalmente, un perjuicio o daño a otra persona, aún cuando no lo sepa y que el afectado sea persona física. El sufrimiento es la última instancia dentro del concepto de víctima. Es este el elemento constitutivo más importante, pero no siempre está presente en forma consciente, por ello, su aparición muestra la mayor degradación de los valores humanos al cometerse un delito que haga sufrir a otros. Sobre esta línea de razonamiento, “víctima” sería, en nuestro concepto, el individuo sacrificado a los intereses o pasiones de otro.

Precisamente, por esta dicotomía que existe entre lo justo y lo lícito, se vuelve aún más difícil elaborar un concepto de víctima que compatibilice a ambos, ya que cuando no es así debemos recurrir a la libertad científica del investigador para desentrañar el alcance de cada uno de esos extremos. Por eso, al estudiar las víctimas y el propio concepto, más que la definición de delito, debemos cruzar esa frontera e introducirnos en el ámbito de la conducta antisocial, desviada, transgresora y no sólo delictual. El delito funciona como horizonte, sin que en nuestro avance dejemos de lado esas conductas antisociales, pre-delictivas, determinantes y llamativamente presentes en todos los estratos socioeconómicos.

Los procesos de victimización son complejos, podemos ver que el sistema crea sus propias víctimas al estigmatizar a un recluso ante la sociedad por un hecho pasado, al imputado injustamente, al torturado, a la misma víctima por el mero hecho de haber sido tal (por ejemplo, la persona violada sexualmente). Además, se debe incluir a los deudos y familiares de las víctimas.

Por último, vemos con cierta frecuencia en el terreno del Derecho penal la idea de que existen delitos sin víctimas. Como ejemplo se manejan los casos de tráfico de estupefacientes, aborto, homosexualismo y conductas contra el ambiente. Al igual que

M. Langon, pensamos que todo delito tiene una víctima y ella es una persona física. Opinión de Dr. Germán Aller al respecto es que para toda posible conducta delictiva no especificada en cuanto a su víctima, hemos de buscar si ésta existe, si no, no deberá ser delito. En tal caso, se podrá recurrir a instancias administrativas o civiles que den una solución al problema, pero fuera del contexto penal.

### **1.5. ESTUDIOS ESTADÍSTICOS SOBRE VÍCTIMAS**

Es importante el desarrollo científico de la Victimología como instrumento para comprender los campos oscuros de la criminalidad y así determinar lo más aproximadamente posible la cifra negra. Para ello se recurre a métodos de gran efectividad como las encuestas de victimización<sup>35</sup>. En ellas, el encuestador obtiene información del encuestado sobre conductas presuntamente delictivas que este último sufrió. De esta forma, con grupos humanos preseleccionados por el investigador que permitan conocer la cantidad porcentual de casos que trascendieron al ámbito del sistema represor y fueron tratados por él, se obtiene una aproximación a la realidad delictiva y al grado de eficiencia punitiva del segmento penal<sup>36</sup>.

A efectos de dar una idea de la trascendencia de la investigación en la materia, hacernos mención de algunos datos:

En 1966 en USA se hicieron encuestas en hogares y resultó que, de 10.000 hogares, en un año, el 20% había sido víctima de un delito. Sobre 141 estudiantes de sexo femenino, la mitad había sido víctima de abuso sexual, incluido el exhibicionismo. Solo el 6% fue sometido a la justicia penal<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Tesis sustentada por EDWIN SCHUR y criticada por LANGON. op. cit. pág. 63.

<sup>36</sup> En buena medida el nacimiento de los movimientos feministas, en los años setenta, llevó a profundizar en estos estudios al denunciar la violencia y discriminación hacia la mujer.

<sup>37</sup> Dilucidar

En Washington las 2/3 partes de las 151 víctimas de violaciones registradas conocían al autor. En violencia grave, de 131 víctimas, el 19% no conocía al autor, el 11% eran cónyuges, el 10% eran parientes y el 60% eran personas a quienes la víctima conocía superficialmente<sup>38</sup>.

Otro dato de importancia es que, de las víctimas que se encuestaron, sólo la mitad había denunciado el hecho a la Policía. En los delitos sexuales, la mayoría de las chicas violadas eran conocidas por el violador; en 245 casos, en el 31% hubo provocación, el 43% se resistió y el 26% permaneció indiferente<sup>39</sup>.

Respecto a la estafa, los hombres víctimas tenían un prometido de edad de 51 a 60 años y las mujeres de 41 a 50 años<sup>40</sup>. En cuanto a razas, en términos generales, los negros eran más propensos a ser víctimas, a excepción de los delitos de hurto, y las mujeres negras eran las que padecían mayor cantidad porcentual de delitos de violación (cuatro veces más)<sup>41</sup>. En 1975 el 54,7% de las víctimas de homicidio estaban alcoholizadas<sup>42</sup>.

Estas investigaciones tienen la importancia que, gracias a ellas, se podrán sacar conclusiones para especificar qué grupos por edad, vínculos familiares, laborales y sociales serán propensos a qué tipo de delitos<sup>43</sup>.

En el terreno de las hipótesis, si tenemos un individuo de 18 años de edad que va a pie por la noche en el barrio del Cordón, es más factible que se cometa un ilícito contra él que contra uno de 30 años de edad y, probablemente, sea más reticente a efectuar la denuncia. Al mismo tiempo, es probable que el delincuente seleccione al más

---

<sup>38</sup> Investigación realizada en la Universidad de Chicago en 1967 a instancia de la "National Commission on Law Enforcement and Administration of Justice.

<sup>39</sup> HANS GÖPPINGER, op. cit., pág. 367. Sobre estudios de M. Wolfgang (67, 179).

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 368. Sobre estudios de Schönfelder.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 371. Según investigación de E. Lenz (61, 62).

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 372. Según investigación de NORC (Ennis 67, 32, 33).

<sup>43</sup> *Ibidem*, pág. 371. Según investigación de Milovanic (35, 32 y s).

joven, porque sabe que será menos arriesgado para él, aún cuando su posible víctima tuviere menor cantidad de dinero encima.

Las personas que conducen automóviles por la noche son más propensas que quienes lo hacen en el día, porque, si bien se cometen más actos delictivos durante horas del día o al anochecer, en la noche circula una cantidad menor de personas y, por lo tanto, las probabilidades de ser víctima respecto del que conduce por la noche, son mayores. Imaginemos que la zona por la que circula es también factor que determine la probabilidad. Supongamos que se cometen cada noche 10 delitos en Ciudad Vieja y que, por diversas razones, caminan habitualmente 200 personas por sus calles. Eso significa que, probablemente, el 5% será víctima cada noche, pero no se puede anticipar quiénes de esas personas serán las víctimas.

Respecto del Seguro, cuando nos hurtan hacemos la denuncia ante la Policía y decimos que estamos asegurados para cobrar el seguro. La Policía comienza a ver que su rol es meramente administrativo, constatando el hurto a efectos de dar trámite al pago por parte del seguro. Poco interesa que aparezca el autor, la policía no se va a preocupar mayormente, ya que el Seguro repondrá el bien o dará una suma por él. Así, la empresa que asegura ve que, al no esclarecerse estos casos, se le vuelve más oneroso y menos lucrativo, y opta por encarecer la póliza o, directamente, deja de asegurar determinados bienes. Por esta vía, que constatamos frecuentemente, se burla todo el sistema punitivo, se incentiva al delincuente, pues no siente la misma presión por dilucidar los delitos de parte de la Policía y la víctima descrece de la eficacia del sistema, sólo se preocupa por cobrar la póliza.

Todo lo indicado demuestra que la víctima y su autor son la llave que enciende la marcha del aparato penal. El conocimiento y tratamiento de la víctima depende del propio interés en denunciar. Como sabemos, la mayoría de los delitos no llegan a ser



tratados por el segmento penal, excepto los ilícitos difíciles de esconder como el homicidio, lesiones graves, actos de terrorismo y grandes estafas.

## **1.6. TRATAMIENTO, RESARCIMIENTO Y REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA**

Tanto la normativa internacional predominante, como el sentido común, nos indican que la víctima de un delito necesita comprensión<sup>44</sup>, ayuda, solidaridad, asistencia médica, psicológica y psiquiátrica (si ellas correspondieren) y, como principio básico, respeto por parte de la sociedad y del sistema penal. En efecto, las largas demoras y esperas en las Sedes Judiciales, las pericias médicas, la cosificación de su persona, la falta de consideración hacia su momento psicológico, la indiferencia por su problema familiar y laboral, el doble proceso por ser víctima primaria de un delito y secundaria respecto del aparato penal. En fin, todo un largo y tortuoso camino que se ha de recorrer para obtener la sanción del autor de la conducta criminal, pero que, difícilmente, signifique algún tipo de reparación o resarcimiento a la víctima.<sup>45</sup>

La vía Civil o Administrativa un cumple el objetivo propuesto de resarcir los daños y perjuicios causados por el delito. Al respecto, la jurisprudencia en estas materias está llena de silencio. Es impostergable dar a esta disciplina científica y a su objeto, la víctima, un lugar dentro de la protección normativa y preceptivamente reparar – dentro de lo posible – el daño a que ha sido sujeta. El primer paso, a nuestro entender,

---

<sup>44</sup> A su vez, permiten tomar conciencia social respecto de la frecuencia y proximidad del delito. Las conductas criminales se generan en grupos sociales que, en general, tienden a rechazar su vinculación con la génesis del delito.

<sup>45</sup> Esto lleva al concepto de “vulnerabilidad de la víctima”: riesgo que corre una persona o colectivo de personas determinadas de convertirse en víctimas de ciertos delitos. Extraído de ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit. pág. 89. Al respecto, HILDA MARCHIORI, “Victimología” (6º), V Curso de Victimología, Córdoba, págs.. 17 y ss, afirma: La víctima vulnerable es la persona que no percibe el peligro de la agresión ni tiene posibilidad de reaccionar, es una víctima absolutamente indefensa y por ello padece los mayores sufrimientos individuales y familiares.

refiere al tratamiento que le hemos de dispensar. Entendiendo por él no sólo lo clínico, sino también el entorno social y, específicamente, el trato de los operadores del sistema con estas personas que soportan el pesado rol social de víctima. No se trata de cuestionar a quienes operan el sistema (jueces, fiscales, abogados, técnicos y funcionarios), sino de hacerlo respecto de la insensibilidad sistémica que lleva a estos operadores a no tener instrumentos aptos para abarcar debidamente la problemática en cuestión.

Sobre el efectivo resarcimiento y reparación del daño, se puede afirmar – como ya lo hemos hecho – que tal cosa hoy no existe. Por esa razón, sin quererlo, se fomenta la delincuencia en virtud de la sensación de despenalización que lo genera al propio delincuente el hecho de que, si es castigado, la víctima le será ajena y no responderá ante ella, sino ante un sistema impersonal. Lo corroboramos a través de los medios de prensa que informan sobre la captura y juzgamiento del autor del delito, destacando el castigo que el castigo que él ha de padecer (o que debería padecer), pero nunca el resarcimiento del daño a la víctima.

Por esa razón, siguiendo a Antonio García-Pablos de Molina,<sup>46</sup> se propone la instrumentación de:

- Programas de asistencia inmediata, tanto en la órbita estatal como no estatal.
- Incluso aún cuando no exista la denuncia penal<sup>47</sup>.
- Programas de reparación o restitución a cargo del propio infractor, pero en este caso deben ser con necesaria intervención del sistema jurídico penal.

---

<sup>46</sup> No debe sentirse compasión por la víctima, pues ello la ubicaría en un peldaño más bajo aún dentro del esquema social. En cambio, comprender su situación es comenzar a darle una salida a su problema. La compasión sólo logra debilitar su voluntad.

<sup>47</sup> J. L. SANGRADOR, “La Victimología y el sistema jurídicopenal”, Madrid, pág. 84.

- Programas de prevención, asistencia, reparación y tratamiento a las víctimas. Ya sean dentro o fuera de lo estatal. Es el más elemental de los objetivos, pero pocas veces alcanzado. En algunos países existen “bolsas de compensación”.

Al hablar de víctima, pone de relieve David Lorenzo Morillas Fernández que estamos haciendo referencia a una figura olvidada en el tiempo debido, principalmente, al papel central que ha desempeñado el delincuente en el Derecho Penal. Sin embargo, es a partir de 1950 cuando surge una fuerte corriente criminológica de protección a la víctima, sustentada en las ideas de actuación y prevención del delito, que va a desembocar en una disciplina propia encargada de su estudio, la victimología.<sup>48</sup>

Mira hacia atrás David Lorenzo Morillas Fernández que el término víctima ha sido empleado desde tiempos muy antiguos. Así, se encuentran manifestaciones de la misma en el Código de Hammurabi (1728-1686 a.C.), en sus secciones 22-24, en donde se dice que “Si un hombre ha cometido un robo y es atrapado, tal hombre ha de morir; si el ladrón no es atrapado, la víctima del robo debe formalmente declarar lo que perdió (...) y la Ciudad (...) debe reembolsarle lo que haya perdido. Si la víctima pierde la vida, la Ciudad o el alcalde debe pagar un “maneh” de plata a su pariente”.

Recuerda David Lorenzo Morillas Fernández que son innumerables las referencias históricas que se hacen a la víctima aunque siempre desde un plano secundario. En tal sentido, destacan las aportaciones realizadas por Ferri<sup>49</sup>, quien plantea la necesidad de facilitar la reparación del daño ya sea como pena sustitutiva de la pena de prisión, aplicando el trabajo del reo al pago, como pena para delitos menores, como obligación del delincuente hacia la parte dañada o como función social a cargo del

---

<sup>48</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., Análisis criminológico del delito de violencia doméstica, Cádiz, 2003. p. 63 y ss.

<sup>49</sup> FERRI, Enrico, *The positive school of Criminology*, USA, 1968, pág. 101. apud MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., Análisis criminológico del delito de violencia doméstica, Cádiz, 2003. p. 63 y ss.

Estado; por Garófalo<sup>50</sup>, quien propugna la idea de la indemnización a las víctimas del delito; y más tarde, en 1941, por Von Hentig, en su poco conocido trabajo “Remarks on the interaction of perpetrator and victim”, en donde propugna una concepción dinámica e interaccionista de la víctima del delito. Así, la víctima, según Hentig, no es un objeto, un elemento pasivo, sino un sujeto activo que contribuye decisivamente en el proceso de criminalización, en la génesis y en la ejecución del hecho criminal. En consecuencia, el sistema penal no debía limitarse a velar sólo por los derechos y garantías del acusado, sino también, y sobre todo, por los de la víctima del delito.

La idea de víctima ha de ser enfocada, pues, desde una perspectiva plural; esto es, no basta una concepción unitaria que pretenda abarcar toda una definición sino que es necesario conjugar una serie de ideas que permitan una aproximación al concepto genérico de víctima.

De inicio ha de señalarse la existencia de una dicotomía conceptual a la hora de definirla. Existen diversas posiciones alrededor del término víctima cada una de ellas tendente a darle una protección concreta dependiendo de la rama, jurídica o social, que suscite interés. Así, según la acepción victimológica asumida, se podrán hallar definiciones históricas y sociales o, por el contrario, si se está más interesado en una perspectiva jurídica podrá manejarse, de un lado, una cuya conducta agresora esté tipificada como delito o bien optar, de otro, por una concepción más amplia en la que no sea necesario que el hecho ilícito sea constitutivo de delito.

El primer paso para obtener un concepto válido de víctima, enseña Morillas Fernández, ha de ser, necesariamente, analizar su significado etimológico. El término víctima proviene del latín “victima”, el cual designaba a la persona o animal sacrificado.

---

<sup>50</sup> GARÓFALO, Raffaele, *Indemnización a las víctimas del delito*, Madrid, s. f., pág. 59. apud MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Cádiz, 2003. p. 63 y ss.

Como es lógico, este concepto ha ido evolucionando con el paso del tiempo hasta conformar los parámetros actuales.

Si se recurre a una definición gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, observa que la misma ha de ser enfocada desde tres perspectivas distintas: 1. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.

A nivel internacional, explica Morillas Fernández, que existe cierto consenso a la hora de definir el término víctima. Con tal fin la Organización Nacional de Naciones Unidas planteó, en su VI Congreso (Caracas, 1980), así como en las reuniones preparatorias del VII Congreso (Milán, 1985), que el término “víctima” puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que: a) Constituya una violación a la legislación penal nacional. b) Suponga un delito bajo el derecho internacional, que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente. c) Que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

En consecuencia, la víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.

Para el VII Congreso, y con miras al proyecto de declaración propuesto se expusieron las tres hipótesis siguientes: a) La de que la tipificación como “víctimas” debía basarse únicamente en las leyes penales nacionales imperantes; b) La de que la tipificación como “víctimas” debía incluir a las personas afectadas por los casos de abuso de poder producidos dentro de la jurisdicción nacional y aún no proscritos por el

derecho penal o posiblemente ni siquiera por el derecho civil; c) La de que la tipificación como “víctimas” debía incluir a las personas afectadas por las violaciones del derecho penal internacional o las violaciones de las normas reconocidas internacionalmente, relativas a los derechos humanos, la actuación de las empresas, o los abusos de poder económico o político, como señala Morillas Fernández.

Finalmente, se llegó a la conclusión de manejar el concepto de víctima en dos grandes grupos: las víctimas de delito y las de abuso de poder.

Conforme Morillas Fernández el concepto inicial de víctima nace y se perfila en lo que Mendelsohn denomina “pareja penal” formada por el criminal y su víctima o, por lo que Von Hentig llama, delincuente y víctima, y que no ha de confundirse con la “pareja criminal”, término estudiado por Sighele, referente a dos delincuentes.

De inicio, la pareja penal no es armónica sino contrapuesta puesto que ambos tienen intereses distintos. No obstante, en algún caso puede comenzar siendo armónica pero lo que interesa al delincuente es causar, al final, esa desarmonía que determina y destaca los roles del acto delictual.

De este modo, enseña Morillas Fernández que el concepto de víctima en relación con la “pareja penal”, tal y como indican, entre otros, V. Hentig, Paasch y Nagel<sup>51</sup>, hace referencia a personas humanas que experimentan subjetivamente un malestar o dolor ante una lesión objetiva de bienes jurídicos.

El principal problema imputable a dicha definición es que deja fuera de la consideración de víctima a las personas jurídicas e intereses supraindividuales, puesto que, parece obvio, determinadas organizaciones, o incluso la propia sociedad, el Estado o la Comunidad Internacional también pueden ser víctimas de delitos.

---

<sup>51</sup> KAISER, G., *Introducción a la Criminología*, traducción al español de Rodríguez Devesa, Madrid, 1988, págs. 94 y ss. apud MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Cádiz, 2003. p. 65 y ss.

El brillante Prof. Dr. David Lorenzo Morillas Fernández hace en su trabajo un gran enfoque en la víctima<sup>52</sup>.

Mendelsohn, por su parte, afirma que “es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso físico, psíquico, económico, político o social así como el ambiente natural o técnico”. Además, continúa este autor, se puede ser víctima: de un criminal; de sí mismo, por deficiencias o inclinación instintiva, impulso psíquico o decisión consciente; del comportamiento antisocial, individual o colectivo; de la tecnología; de energía no controlada<sup>53</sup>.

Separovic, de otro lado, indica que la víctima podrá ser “cualquier persona física o moral, que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente”<sup>54</sup>.

En un sentido más restringido se manifiesta Stanciu al señalar que la víctima es un ser que sufre de una manera injusta dos rasgos característicos, el sufrimiento y la injusticia, aclarando que lo injusto no es necesariamente lo ilegal<sup>55</sup>.

De Vega Ruiz, por otra parte, entiende que, en la actualidad, existen disposiciones doctrinales totalmente distintas para definir a la víctima del delito. De un lado, la doctrina tradicional dogmática equipara la víctima al sujeto pasivo de la infracción que directamente sufre en su persona el menoscabo de sus derechos, en cierto modo identificado con el perjudicado. Por tanto, quedarían relegados todos los demás afectados de forma mediata por el delito a la consideración de terceros.

---

<sup>52</sup> MORILLAS FERNANDEZ, D. L., “Análisis Criminológico del Delito de Violencia Doméstica”, Cadiz, 2003, p. 65.

<sup>53</sup> MENDELSON, Benjamin, “La victimología y las Necesidades de la Sociedad Contemporánea”, año 4, n. 7, México, Messixs, 1974, pp. 58 y ss.

<sup>54</sup> SEPAROVIC, Z. Paul, “Victimology, a New Approach in Social Sciences”, I Symposium, Israel, 1973.

<sup>55</sup> STANCIU, V., “Etat Victimal et Civilization”, Etudes Internationales de Psychosociologie Criminelle, núms. 26-28, 1975.

Una segunda posición doctrinal considera víctima no sólo al sujeto pasivo sino a toda persona física o jurídica que directa o indirectamente sufra un daño notable como consecuencia inmediata o mediata de la infracción<sup>56</sup>.

En términos parecidos a esta segunda posición doctrinal se manifiesta Rodríguez Manzanera al definir a la víctima desde un doble punto de vista: a) victimológico general, “individuo o grupo que padece un daño por una acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita”; b) victimológico criminal, “aquella persona física o moral que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado”<sup>57</sup>.

Bustos Ramírez entiende que las víctimas no sólo son los afectados por cualquier delito contra las personas (homicidio, detención ilegal, injuria, violencia doméstica, etc.) sino que también habría que incluir a todos aquellos afectados personalmente por delitos contra el funcionamiento del sistema (intoxicados por el medio ambiente, por la calidad del consumo, etc.); aunque, de otro lado, considera diferente la situación si se trata de la colectividad o del Estado como tal ya que, según el autor en cita, es dudoso hablar de víctima, en el sentido antes expuesto, y se ha de usar mejor el término sujeto pasivo. Continúa su razonamiento con la necesidad de diferenciar entre el concepto de víctima de la victimología y el del Derecho penal puesto que ambos son sustancialmente distintos. Así, frente a los conceptos penales que se han venido manejando, para la victimología víctima es cualquier afección que sufra una persona en sus derechos, definición ésta que escapa a la del Derecho penal; así, por ejemplo, para la victimología el testigo, en cuanto se encuentre desprotegido en su

---

<sup>56</sup> VEGA RUIZ DE, J. A., “*Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*”, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 42.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, L., “*Victimología – Estudio de la Víctima*”, 2 ed., México, 1990, p. 66.



función, o el propio delincuente, en la medida en que le sean negados sus derechos, pueden ser también víctimas, aunque el Derecho penal no las recoja como tales<sup>58</sup>.

Concluye Morillas Fernández que en definitiva, de conformidad con todo lo expuesto, se observa como el término víctima puede adoptar varias acepciones, desde la originaria (ofrenda a la divinidad), la popular (de sufrimiento), la jurídica (padecer por un acto ilícito), la penal restringida (sujeto pasivo), la penal amplia (sociedad ofendida por el delito) o la victimológica, ya sea en su vertiente general o criminal.

Así pues, no existe un concepto unitario de víctima y la definición de la misma dependerá, en todo caso, del campo o rama jurídica o social en el que pretenda desenvolverse. En este caso concreto, debido al objeto de estudio, la violencia doméstica, voy a inclinarme por la acepción penal (entender víctima como sujeto pasivo) aunque, como desarrollaré posteriormente en el epígrafe víctimas especialmente vulnerables, también la concepción victimológica va a jugar un papel importante a la hora de determinar otras víctimas que, en algunos supuestos, como el del niño que ve como algo normal el maltrato que infringe su padre a su madre, se convertirán en futuros agresores.

## **2. LAS POLÍTICAS DE ASISTENCIA, REPARACIÓN, APOYO Y ATENCIÓN. LA SOLEDAD DE LAS VÍCTIMAS. VISIÓN CONSTITUCIONAL. LA NUEVA CONCIENCIA**

Como bien enseña Abelardo Rivera Llano, la reparación de la víctima es uno de los temas centrales y preferentes que ocupa actualmente el interés de la doctrina

---

<sup>58</sup> BUSTOS RAMÍREZ J., LARRAURI PIJOAN, E., “*Victimología: Presente y Futuro*”, Barcelona, 1993, p. 17 y ss. apud MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “*Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*”, Cádiz, 2003, p. 67 y ss.

penal, en cuyo seno se vienen produciendo interesantes debates y que, de todas maneras, han contribuido a favorecer la posición de la víctima en el sistema penal.<sup>59</sup>

Tales discusiones se han visto enriquecidas con estudios sobre las ventajas e inconvenientes (en términos económicos, sociales, político-criminales y técnico-jurídicos), que plantean las formas de reacción contra el delito, diferentes a la pena privativa de la libertad, hoy en crisis, ante el fracaso del Estado en el monopolio de ius puniendi que se abrogó; al asumir el control social directo e institucionalizado, crisis claramente develada, en un tiempo, entre otras corrientes, por la llamada criminología crítica o radical<sup>60</sup>, sumado al elevado y siempre creciente costo social del delito, incluyendo al sub-sistema penitenciario o de ejecución de las penas.

Esta reflexión crítica ha encontrado eco en las diversas tendencias legislativas, fácilmente perceptibles en el plano internacional (Alemania, Italia, España, Francia, entre otros muchos países europeos y latinoamericanos) y aún en Colombia, por medio de las políticas de signo más despenalizador y desjudicializador, introducidas, tanto al Código Penal como al procesal civil y penal (conciliación, terminación anticipada del proceso e indemnización).

Es justamente en el marco de esta idea donde se observa la ley del eterno retorno a las instituciones históricas vigentes, antes del surgimiento del Estado Moderno, mediante la compositio y la solución del conflicto entre las partes involucradas, como acontecía en las sociedades primitivas. El ejercicio de la acción penal, con su carácter público e irrenunciable, como criterio general hizo que la víctima pasara a ocupar una postura marginal dentro del proceso penal, lo que vino a agudizarse, aún más, con el advenimiento del positivismo penal, donde el actor central, a quien se

---

<sup>59</sup> LLANO, Abelardo Rivera. Op. cit.

<sup>60</sup> BERGALLI, Roberto, en *“El pensamiento criminológico (Un Análisis Crítico y Estado y Control)”*, vols. I y II, Ed. Península, Barcelona, 1983; PAVARINI, Massimo, en *“La Criminología”*, Ed. Le Monnier, Firenze, 1980; TRAVESSO, G. B., VERDE, A., en *“Criminología Crítica”*, Ed. Cedam, Padova, 1981; DEL OLMO, Rosa, en *“Ruptura criminológica”*, Universidad Central de Caracas, 1979.

rodea de plenos derechos y garantías, es el imputado y el procedimiento gira a su alrededor, en orden a demostrar su responsabilidad y culpabilidad o ya a aspectos negativos de dichos estratos analíticos del delito. Y dentro de él la víctima ha sido desplazada en parte por el Ministro Fiscal. Por ello y como se ha dicho en otro lugar, ella queda reducida a servir como testigo de hecho y de sus circunstancias, enfrentándose, casi que dialécticamente, al victimario, sin tomar en cuenta las necesidades de aquella o, lo que es peor, permaneciendo indiferentes a las consecuencias psicológicas traumáticas, que generan, en el más de los casos lo que se conoce genéricamente como síndrome de estrés postraumático.<sup>61</sup>

De ahí su soledad, pues, como igualmente hemos destacado, vivimos en un sistema social que, básicamente es un sistema de control, el cual centra su actividad, prioritariamente, en reprimir al agresor y la víctima se pierde ante “la fascinación por el castigo”, en clara sindéresis con uno de los fines esenciales de la pena, cual es la retribución.

Conclúyese que la preocupación que hoy se observa, por rescatar el papel inicial de la víctima, no sólo en la visión inicial de la victimología de primera generación o de segunda, sino y fundamentalmente, para la configuración de las nuevas políticas relacionadas con la compensación y asistencia. Ella debe ser también asistida en sus problemas y necesidades, como secuelas del hecho de haber sido victimizada. Esta es la razón por la cual se habla de los derechos de la víctima con la misma intensidad e importancia aquellos reconocidos al sujeto activo del hecho punible, que

---

<sup>61</sup> Sabido es que la exposición a la crueldad humana, el sentimiento de deshumanización y la experiencia de debilitamiento que genera, crea en la víctima un pobre sentido de sí misma. El mismo psicoanálisis demuestra, por ejemplo, que las víctimas de violación, cuando crecen, tienen la autoestima baja, desconfían demás y ellas mismas. Suelen pasar del miedo a la rabia, de la tristeza a la euforia, de la autocompasión al sentimiento de culpa. Por ello es necesario que aprendan a hablar del tema, lo que se consigue por medio de las técnicas de terapia postraumática. Véase al respecto el importante trabajo del profesor Frank M. Ochberg, en *Post-Traumatic Therapy*.

han constituido el fundamento del derecho penal científico y humanitario, iniciado, en su tiempo, por el Marqués De Beccaria<sup>62</sup>.

### 3. ANTECEDENTES

Históricamente los datos más antiguos de la preocupación por la víctima han estado centrados en ofrecerle una compensación, lo que no ha sido virtual y operante, pues con el desarrollo de los Estados, esta reparación no fue efectivamente garantizada. Hubo períodos en que el poder eclesiástico o estatal tomaba en su provecho las indemnizaciones, desplazando a la víctima. Es sólo en el siglo XIX, y sobre todo en los congresos internacionales, penales y penitenciarios, en los que se planteó la necesidad de la reparación de las víctimas de los delitos<sup>63</sup>.

Algunas legislaciones recogieron esta propuesta de compensación a cargo del victimario. En Colombia, en desarrollo de lo previsto en el artículo 2341<sup>64</sup> del C. Civil y en ejercicio de la acción de esta misma índole, reconocida a la víctima, mediante la constitución de parte dentro del proceso penal, el juez, al declarar la responsabilidad del acusado, debe condenarlo, de acuerdo con las voces de los artículos 103 y ss. del C. P., al pago de los daños y perjuicios (morales y materiales), causados con el delito. (De la responsabilidad civil derivada de hecho punible).

Las tendencias legislativas actuales son las de consignar el deber de compensar al agraviado por parte del Estado, habiendo sido Nueva Zelanda uno de los primeros

---

<sup>62</sup> BECCARIA, Cesar, “*De Los Delitos y de las Penas*”, Alianza Editorial: Madrid, 1986.

<sup>63</sup> RAMIREZ, Rodrigo, “*La victimología*”, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

<sup>64</sup> Reza la norma: “El que ha cometido un delito de culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

países en ofrecer un programa de asistencia y compensación a las víctimas, pero es en EE.UU. y Gran Bretaña donde estos programas han encontrado mayor desarrollo<sup>65</sup>.

Debe aclararse que ya desde los tiempos de BENTHAM, luego en el período del positivismo con Ferri y Garófalo<sup>66</sup>, se abogó por la indemnización a la víctima a cargo del Estado.

Se destaca, igualmente, que si bien es cierto que el autor del hecho punible es el llamado natural a la compensación o restitución, los efectos del delito, especialmente los más graves por la calidad del bien jurídico afectado o por las circunstancias que lo acompañan (el caso de terrorismo, del secuestro, del llamado atraco – hurto calificado -, de la violación carnal, etc.) hacen necesario un tipo de asistencia que, indudablemente, correría a cargo del Estado, en desarrollo del principio de la protección de la sociedad, así como de las garantías propias de los derechos individuales que están en juego en los delitos, habida cuenta, además, de las graves secuelas traumáticas ya destacadas.

Las políticas que se vienen incrementando en la materia, no solamente son de carácter preventivo, sino de asistencia post-delictual, centradas en ayudar a las víctimas a aprender nuevamente a manejar sus vidas, que nunca serán las mismas después de pasar por una situación de violencia, pues la victimización no es otra cosa, en el fondo, que una invasión a la esencia misma del ser, ya que es un acto que llega no a las primeras capas sino al mismo centro, por lo que destruye partes del sentimiento natural de seguridad propios del ser humano no violentado. La experiencia clínica recogida en

---

<sup>65</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit. En el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, ob. cit., p. 71 y ss.

<sup>66</sup> FERRI, Enrico, “*Sociología Criminale*”, Ed. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1900, p. 847, n° 88. Aquí el autor sostiene que el resarcimiento del daño sufrido por la víctima del delito puede ser considerado desde tres aspectos diversos:

Como obligación del delincuente hacia el ofendido; Como sanción para sustituirse a la pena carcelaria en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales; Como función social que le corresponde al Estado en interés directo del privado ofendido, pero también en el interés indirecto y no menos eficaz de la defensa social.

GARÓFALO, Rafael, en “*Criminología*”, Frarelli Bocca, Torino, 1885. La segunda parte está destinada a la “Reparación a las víctimas del delito”. Fija los criterios de la reparación en la época.

estas materias enseña, por ejemplo, que en caso de un asalto a una casa, duele más que violen la intimidad del dormitorio que los bienes mismos que puedan sustraer los delincuentes. Después de la intromisión, vienen las pesadillas y el insomnio, ya no se quiere vivir en el lugar.

Se debe tener en cuenta, asimismo, que las necesidades de las víctimas son complejas, desde las económicas, emocionales, asistencia de salud física y problemas anexos de carácter social y laboral, consecuencia del acto criminal. De otra parte, en la mayoría de los casos, existen víctimas indirectas, como los hijos huérfanos debido al homicidio en agravio de su ascendiente, o padres desamparados que dependían de la víctima, entre otros casos, las cuales requieren protección o ayuda que el Estado no debería descuidar, en desarrollo del principio constitucional de la solidaridad.

En el VII Congreso de las Naciones Unidas se dijo claramente que la prestación de servicios y asistencia a las víctimas, en muchos países, se afrontaba como parte de todo el sistema de bienestar o seguridad social.

En Italia, por ejemplo, la ley penitenciaria de 1975, en su art. 73 crea una Caja para el socorro y la asistencia de las víctimas de delitos, que se hallan en condiciones de comprobada necesidad y urgencia. En sus artículos 74 y 75 estipula además la creación del “Consejo de Ayuda Social” a la víctima. Pese a ello, la normativa ha sido objeto de críticas, dado el lugar donde se ubicó, en el que no debería considerarse a las víctimas.

En suma, las recomendaciones y sugerencias que provienen del campo victimológico, fruto de congresos internacionales, así como de organismos de esta índole, son que las instituciones gubernamentales y no gubernamentales deben facilitar gratuitamente la asistencia médica de emergencia y continuada, la psiquiátrica, la psicológica, así como los servicios sociales a las víctimas de delitos.

#### 4. EL CAMBIO DE MENTALIDAD JUDICIAL, COMO CONDICIÓN PARA ENCAUSAR LAS NUEVAS POLÍTICAS ASISTENCIALES

Enseña Abelardo Rivera Llano<sup>67</sup> que “Como consecuencia de las nuevas políticas criminales que se vienen implementando por doquier en torno a la materia, se han propuesto modelos básicos<sup>68</sup> que van desde los que proponen la atención legal, pasando por los centrados en el bienestar social y la propia comunidad, hasta culminar en los de atención integral. Daremos, por lo tanto, una visión de conjunto sintética de ellos, dada su importancia y habida cuenta de la poca o ninguna sensibilidad que en Colombia existe sobre la materia, especial y fundamentalmente, en la rama Judicial, llamada, como la más, a incorporar a su quehacer funcional en el seno de la sociedad esta importante disciplina y las políticas, sobre todo, de apoyo y asistencia de que se viene hablando, con lo cual la justicia ennoblecería, aún más, su tarea y ganaría espacio, presencia y reconocimiento social. Se impone la urgencia de cambiar la tradicional mentalidad de que el juez, en una sociedad, sólo está para dictar sentencias, mandar a la cárcel a los culpables o absolver a los inocentes. Esta visión miope y pobre, choca contra la filosofía y ética que inspira no sólo el nuevo Estado Social de Derecho, sino el mismo techo ideológico de la Constitución colombiana de 1991, que, en el sentido de su creación, es generosa y finalista, como se vio en otro lugar, en lo que se refiere al nuevo plexo de los derechos individuales y sociales (sumados a los económicos y culturales). La definición central de aquél, está fundada en la dignidad humana, la solidaridad y la

---

<sup>67</sup> LLANO, Abelardo Rivera. Op. cit. p. 288.

<sup>68</sup> SORIA VERDE, Miguel Angel. “*La víctima: entre la justicia y la delincuencia (Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización)*”, Ed. PPV, Barcelona, 1993. p. 157 y ss. Véase igualmente y desde una perspectiva crítica, el trabajo del profesor español Josep M. Tamarit Sumalla, en “La reparació a la víctima en el Pret Penal” (Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminals), publicado por la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, Barcelona, 1993.

prevalencia del interés general <sup>69</sup> y entre otros postulados básicos, complementados con aquellos otros que consagran la prevalencia de los derechos inalienables de la persona (artículos 5-94), la obligación de protección de los débiles, la promoción de la igualdad material (artículo 13). Allí mismo encuentran lugar la protección de la mujer y de los niños, tan permeables a la victimidad en nuestro medio. Todo esto explica, a la vez, el por qué, (como explícitamente lo dice el Preámbulo de la Carta), su objeto es garantizar, entre otros valores, el orden social justo (artículo 2, C.N.). Por ello, los poderes del Estado (la justicia es uno de ellos) deben estar estructurados de manera tal que respondan a los valores que en ella prevalecen.

Los jueces, en la nueva dimensión y función de la justicia que implica un Estado de bienestar, como lo es el social, deben interpretar la necesaria tensión entre realidad y sistema, con la mediación de nuevos paradigmas hermenéuticos, fuera de los tradicionales de la escuela histórica del Derecho, coherente en su época (pasado), diametralmente opuesta a la actual, donde la proyección externa del pensamiento que implica la realidad, con su sustrato material que le es inherente, representado, como se apuntó, por los distintos elementos del hecho, entre ellos, justamente, los sujetos (activo y pasivo), así como la conducta y los objetos (jurídico y material) que deben asumirse a la luz de la nueva epistemología jurídica, enriquecida con los aportes de las ciencias sociales y humanas (entre ellas, la victimología de nuevo cuño).

La interpretación debe estar en armonía y coherencia con la realidad del presente, por lo mismo, existencialista fenomenológica a la vez <sup>70</sup>, vitalista (yo soy yo y mis circunstancias) orteguiana, a fin de que el sistema jurídico (la dogmática) no

---

<sup>69</sup> Además, el C. P. P., en su artículo 14 (Principio rector) consagra el “restablecimiento del derecho”, en los siguientes términos: “*Cuando sea posible, las autoridades deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados*”.

<sup>70</sup> HEIDEGGER, Martín, “*El Ser y el Tiempo*”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.



funcione, sólo exclusiva y excluyentemente, con la vida <sup>71</sup>, para que esa deseada expresión judicial, sea más humana, ética y política, en el sentido superior y más noble del término, pues la “equidad y la epiqueya” deben presidir y orientar esta delicada y compleja tarea asignada hoy a los jueces que difieren sustancialmente del rol-función tradicional del Estado liberal” <sup>72</sup>.

## 5. LOS NUEVOS MODELOS. CARACTERÍSTICAS

Los distintos programas que se contemplan comprenden aspectos como la conciliación, reparación e indemnización, de asistencia jurídica. Los principios-características de tales programas los explica el profesor Gerardo Landrove Díaz<sup>73</sup> en los siguientes precisos términos, que permiten una visión de conjunto de las condiciones-requisitos que deben cumplirse para la efectividad de estas políticas asistenciales que, desde luego, están en relación directa con el desarrollo económico de cada país, resultando, muchas de ellas, utópicas en nuestra realidad, propia de los países en vía de desarrollo, pero que, al mismo tiempo, no son óbice para que, con imaginación y creatividad, se proponga una política en la materia, que vaya más allá de una mayor cobertura de la protección de testigos a cargo de la Fiscalía General, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Penal.

El citado autor español se expresa en los siguientes términos en la ya citada obra *Victimología*:

---

<sup>71</sup> NAUCKE, Wolfgang, en “*La Filosofía Social del Derecho Penal Orientado a Las Ciencias Sociales*”, en D. P. y Ciencias Sociales, U. Autónoma de Barcelona, 1982, p. 73 y ss.

<sup>72</sup> DIETER, Simón, “*La Independencia del Juez*”, Ed. Ariel, nº 31, Barcelona, 1981. En este sugestivo libro, el autor contraponen el modelo del “juez histórico”, al “juez no vinculado”, al “juez político”, “el juez al desnudo”, para referirse, finalmente “al futuro juez”. Véase, además, p. 317, nota 13.

<sup>73</sup> DÍAZ, Gerardo Landrove. *Victimología*. Valencia: Ed. Tirant Llobrich, 1990. p. 73 y ss.

1) Todas las legislaciones afirman el carácter subsidiario de la indemnización estatal, es decir, exigen la ausencia de indemnizaciones alcanzadas por otra vía (caso, por ejemplo, de los fondos nacionales de garantía con relación a los accidentes automovilísticos). La intervención del Estado en la materia se contempla, pues, como un último recurso.

2) Ayudas que – también con carácter general – se conceden incluso en los supuestos en que resulta imposible perseguir o condenar al autor del hecho delictivo, especialmente en los casos en que éste se encuentra en paradero desconocido.

3) La mayoría de los programas limitan la asistencia a las víctimas de actos criminales violentos; con ayuda a los familiares dependientes de la persona fallecida o asistencia en los casos de incapacidad permanente o temporal para las actividades profesionales. Menos frecuentes son las provisiones indemnizatorias en los supuestos de delitos patrimoniales; las que existen suelen restringirse a los casos de situación económica desesperada de las víctimas.

4) También se observa un criterio claramente restrictivo respecto a la indemnización de los daños morales (incluida, sin embargo, en los sistemas de muchos Estados norteamericanos, algunas provincias canadienses y en la ley francesa de 1983).

5) Es mayoritario el criterio de limitar las indemnizaciones a los supuestos en que el daño causado a las víctimas entraña un perjuicio de tipo económico. Exigiéndose, en ocasiones, una grave situación material de la víctima como consecuencia de la infracción. Este principio, sin embargo, genera muy severas críticas por estimarse que no deben las víctimas ser sometidas a los mismos criterios que inspiran los programas de asistencia social; la condición de víctima – se afirma – no debe valorarse en función de la situación económica del sujeto. Además, los propios administradores de alguno de los programas en que está legalmente impuesto aquel criterio denuncian, no sólo su

carácter discriminatorio, sino también las costosas investigaciones que supone su efectiva aplicación en la práctica.

6) La casi totalidad de los programas fijan, para las indemnizaciones, unos límites – máximos y mínimos – con la finalidad de reducir gastos y de eliminar, en el segundo caso, un elevado número de peticiones de sumas de escasa relevancia; no faltan críticas a esta solución que sólo perjudica a las víctimas de peor condición financiera y para las que incluso muy limitadas indemnizaciones pueden suponer algo no desdeñable. Una vez más, los problemas de financiación inciden decisivamente en esta problemática.

7) Con frecuencia se limitan las indemnizaciones a los daños derivados de delitos dolosos; ello no obstante, existen programas que compensan a las víctimas de delitos contra la vida y la integridad personal incluso cuando el delincuente ha actuado culposamente. En cualquier caso, se exige que la conducta básica constituya una infracción prevista y sancionada en las respectivas leyes penales, si bien se engloban, también los daños causados por personas en estado de demencia, por ejemplo.

8) La mayoría de las legislaciones excluyen las indemnizaciones – o las reducen sustancialmente – cuando la víctima, de una u otra forma, contribuye a la realización del resultado dañoso: es decisivo, pues el comportamiento del sujeto que pretende la indemnización y, sobre todo, sus relaciones con el autor del hecho criminal. En consecuencia, sólo resulta indemnizada la víctima enteramente inocente, dudoso estereotipo de ambigua significación. En Bélgica, por ejemplo, para cuantificar el importe de las ayudas se tienen en cuenta, entre otras cuestiones, el comportamiento del solicitante de la misma en los supuestos en que éste hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la producción del perjuicio o a su agravamiento y las relaciones de la víctima con el delincuente.

9) Muchos países, y con la finalidad de que la indemnización no beneficie al autor del delito, excluyen de la ayuda a las víctimas unidas al delincuente por un lazo familiar o por la simple convivencia. Por supuesto, disposiciones de esta naturaleza eliminan del ámbito indemnizatorio a ciertas categorías de víctimas que se encuentran en condiciones muchas veces dramáticas; piénsese, por ejemplo, en las mujeres maltratadas por su pareja. Precisamente por ello, y para no excluir a todas las víctimas de la violencia doméstica, existen programas que contienen una excepción a la regla general antes aludida y que permiten indemnizar en estos supuestos cuando lo requiera el interés de la justicia. Muchos programas norteamericanos contienen disposiciones de esta naturaleza.

10) En algunos países esta compensación a las víctimas se abona a través de un pago único, con cargo a un fondo especial (caso de Inglaterra, por ejemplo); en otros se ha optado por la concesión de una pensión asistencial (República Federal Alemana o Austria).

11) Con relativa frecuencia, se prevé la posibilidad de conceder, por razones de urgencia, ayudas provisionales a la víctima o sus derechohabientes y complementos de ayuda cuando – otorgada ésta – el perjuicio se hubiera agravado de forma notable. Ambas posibilidades se contemplan, por ejemplo, en la normativa belga.

12) En cuanto a las cuestiones de procedimiento, todos los sistemas exigen la solicitud presentada dentro de un determinado plazo; en los diferentes Estados de Norteamérica varía éste entre los tres meses y los dos años. Francia lo ha fijado en un año. En Suecia se extiende hasta los dos años a partir del momento en que se produjo la infracción.

13) Muchas legislaciones exigen – además de la petición expresa - que la víctima haya denunciado la infracción ante las autoridades judiciales o la policía.

Incluso, no faltan los países en los que se requiere una cooperación con la policía en el curso de las investigaciones o comparecencia para testificar, etc. En definitiva, sólo es indemnizable la víctima cooperadora. Además de perseguir el reforzamiento de la colaboración ciudadana con la justicia, exigencias de esta naturaleza se consideran necesarias para actuar como filtro de posibles demandas fraudulentas.

14) Es frecuente, también, que en los distintos programas se aluda a la posibilidad de que el Estado exija el reembolso total o parcial de las ayudas concedidas cuando éstas se hubieren logrado, en todo o en parte, en función de declaraciones falsas u omisiones de la víctima o de sus derechohabientes.

15) En algunos países existen – incluso – indemnizaciones especiales, previstas para los supuestos de actos intencionales violentos contra miembros de la policía y contra particulares que hubieren acudido en ayuda de las víctimas de agresiones de aquella naturaleza. En este sentido, se contiene una minuciosa regulación en el programa de Bélgica.

16) Una última cuestión es profundamente polémica y muy diferentes las respuestas legislativas ofrecidas a la misma. Se trata de la problemática de los extranjeros. La condición supone en muchos países un obstáculo insalvable para obtener las indemnizaciones (Austria, por ejemplo). En otros no existe discriminación entre nacionales y extranjeros (Holanda e Inglaterra). No faltan los que incluyen en los programas limitadoras cláusulas de reciprocidad, caso de la República Federal Alemana o Francia, al margen de otro tipo de valoraciones, de denuncia de la falta de generosidad que evidencia este criterio, sobre todo con relación a los trabajadores extranjeros, quienes – además – pagan sus impuestos en el país en que desarrollan su actividad laboral.

“De la conjugación de los más extendidos criterios antes mencionados, cabe deducir un concepto de víctima indemnizable, de alcance muy limitado si se compara con el número de víctimas reales. En efecto, lo sería tan sólo aquella que ha sufrido una lesión en su integridad personal, que se encuentra en precaria situación económica, que no ha colaborado en su victimización y que coopera con el aparato represivo estatal en la persecución de la delincuencia. En definitiva, la mayoría de las víctimas de hechos criminales no resultan protegidas por los otros programas aludidos”.

Se desprende de la exposición transcrita, en primer lugar, que el modelo legal, como su nombre lo indica, está encaminado a brindar a la víctima la información pertinente, en el campo legal, en orden a lograr una adecuada defensa de sus intereses personales; de los derechos e indemnizaciones que puede reclamar e invocar y para colocar a la víctima en una relación de equidad con el agresor durante el proceso penal.

El desarrollo de este modelo por sus proyecciones, de un lado, hacia la sociedad, con la creación e implementación de organizaciones de víctimas, que cumplen un rol dinamizador y de “presión social sobre los responsables de la seguridad pública”, o del “ámbito judicial”<sup>74</sup>, encaminada a evitar o disminuir la llamada “victimización secundaria”, derivada del tránsito de la víctima por el segmento judicial o de la policía; de otra parte, como generador de otros servicios que van más allá del informativo, como asumir la representación de los intereses de la víctima; fomentar la capacitación del personal que presta los distintos servicios, para aprender, como dice BERISTAIN, “a escuchar a las víctimas” y sugerir nuevas políticas al Estado sobre la materia .

En segundo término, el esquema basado en el “bienestar social” permite el acceso a los servicios de carácter público, brindados por el Estado y organismos paraestatales, incluyendo servicios clínicos, psicológicos, jurídicos, financieros o físicos, o sea, que es “multidisciplinar”.

---

<sup>74</sup> SORIA VERDE, Ángel, ob. cit., p. 161 y ss.

En lo tocante a los modelos centrados en el seno de la propia sociedad, cabe resaltar el importante radio de acción que, a este respecto, cumplen y están llamadas a desempeñar las distintas organizaciones surgidas de la iniciativa particular, especialmente las que patrocinan los derechos humanos, las de voluntariado social y otras, aún de origen religioso que, movidas por un sentimiento humanitario y de servicio altruista, prestan alguna ayuda-asistencia a las víctimas, organizaciones estas que el Estado debe coordinar, integrar, respaldar, estimular y apoyar económicamente dentro de una clara política en la materia que hoy frente a la nueva Carta Política, es imperativa.

Finalmente, el modelo ideal de atención integral que se sugiere es el que comprende una mayor órbita de servicios (sociales, psicológicos, jurídicos, religiosos y económicos), como lo explica el psicólogo español, especializado en asistencia a víctimas<sup>75</sup>.

“... la idea esencial es la facilitación y orientación correcta de la víctima en tres ámbitos fundamentales: jurídico-penales, sociales y psicológicos, analizando sus posibilidades de actuación y facilitándole aquellos nuevos mecanismos o estrategias facilitadoras de la resolución, o reducción, de la problemática vivida. Entre otros aspectos debemos destacar la preparación para el juicio oral, el apoyo psicológico, el seguimiento jurídico, procesos de mediación, etc.”

---

<sup>75</sup>SÓRIA VERDE, Angel. Op. cit.

## **6. MUDANZA DE PARADIGMA: DE LA RESPUESTA CONFLICTIVA A LA RESPUESTA NEGOCIADA <sup>76</sup>**

Luiz Flávio Gomes muy bien nos enseña que es llegado el momento de pensar más lejos, más profundamente. La incapacidad operacional del sistema criminal actual constituye una verdad incontestable. Esa incapacidad operacional está directamente unida al modelo clásico de justicia y de proceso: modelo conflictivo (que significa investigación morosa, denuncia, proceso, pruebas, contradictorio, sentencia, recursos, etc.). Ese clásico modelo de justicia, una vez adoptado como regla, es totalmente incompatible con la actual realidad criminal.

Deberíamos pensar seriamente en una mudanza de paradigma: del conflictivo para el negociado (plea bargaining), partiendo de varias premisas (ya correctivas del criticado sistema norteamericano):

a) la fase de negociación jamás podría tener inicio sin la instauración de un proceso criminal, es decir, sólo después de recibida formalmente la denuncia es que se abriría espacio para una eventual negociación;

b) el instituto procesal adecuado para servir a ese nuevo paradigma sería el de la suspensión condicional del proceso; en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, el proceso retoma su andar, teniendo prioridad de tramitación;

c) jamás cualquier tipo de negociación podría ser hecha sin la participación efectiva e impostergable del abogado;

---

<sup>76</sup> GOMES, Luiz Flávio. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da aprendizagem. Revista de los Tribunales. Año 100. vol. 906. abril 2011. Edictora Revista de los Tribunais, São Paulo, 2011. p. 249 - 250



d) jamás la sanción negociada podría ser la pena de prisión (que, así, queda reservada para los procesos conflictivos clásicos o para casos de violencia contra la persona);

e) el límite insuperable de la suspensión condicional del proceso, en ese nuevo paradigma, sería la criminalidad violenta con pena mínima superior a dos años (en esos casos graves de criminalidad violenta no se abriría espacio para la justicia negociada).

f) requisitos subjetivos (primariedad, buenos antecedentes, etc.), como los previstos en el actual art. 89 de la Ley 9.099/1995, podrían ser llevados en consideración (sin transformar la justicia criminal en una justicia de autor);

g) la tríplice preocupación de la suspensión del proceso debería ser la siguiente: respuesta preventiva represiva (sin la imposición de la pena de prisión), reparación de los daños en favor de la víctima y confisco de bienes (hasta el límite de las ganancias ilícitas);

h) la pena de prisión quedaría reservada para casos excepcionales (sea en relación a la macrocriminalidad económica, sea ante cualquier otro tipo de crimen no violento);

i) en el lugar de la pena de prisión habría prisión domiciliar con monitorización electrónica; en los casos más preocupantes, esa prisión domiciliar monitorizada podría ser incrementada con otras medidas de cautela (interpretación telefónica frecuente, v.g.);

j) para el cumplimiento de las finalidades procesales patrimoniales (reparación de los daños a las víctimas y aprehensión de bienes hasta el límite de las ganancias ilícitas) todo un arsenal de medidas de cautela reales debe ser desarrollado: inalienabilidad de bienes, secuestro de bienes, etc.

## **7. OTRAS FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DE LOS NUEVOS DERECHOS RECONOCIDOS A ÉSTA**

En el ámbito del proceso penal se han abierto caminos reivindicatorios del rol de la víctima en la dinámica y realización del proceso, reconociéndole derechos, tales como:

a) El de examinar las actuaciones en tanto en cuanto no se opongan a ello intereses preponderantes dignos de atención del imputado o de un tercero.

b) El derecho del ofendido a ser informado acerca del resultado del procedimiento.

c) El derecho a una mayor protección frente a una exposición pública, mediante la posibilidad de excluir al público durante la declaración testimonial del ofendido, especialmente en los delitos contra la libertad y honor sexuales.

Estas conquistas señalan que el ofendido asciende, cada vez más, de su papel tradicional de mero instrumento o medio de prueba, por la vía del testimonio o, como lo ha reiterado en jurisprudencia, como señalador del victimario, al de sujeto procesal, conformador del procedimiento penal.

Pudieran señalarse las reformas que, en la materia y en las leyes de protección de víctimas, se registran en Alemania, Austria, Italia, Francia, Suiza, España y en el ámbito continental, en Argentina y México (en lo atinente a la ley de auxilio a las víctimas)<sup>77</sup>, orientadas, en términos generales, por los principios-parámetros ya señalados. Todo lo cual evidencia y anuncia, a la vez, los nuevos rumbos políticos y culturales, nacidos de una realidad del mundo de hoy y de su sociedad, que orientarán al

---

<sup>77</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, ob. cit., p. 347.

nuevo derecho penal en gestación que habrá de regir en el próximo milenio, una vez depurada en el inconsciente colectivo, la conciencia vindicativa y carcelera hoy dominante, en sociedades como la colombiana laceradas por la violencia y su natural respuesta, la venganza y la más cruda retribución.

Dentro del debate suscitado por el movimiento abolicionista y, en general, del derecho penal alternativo, se aboga igualmente por dos nuevos derechos: el de la reconciliación, el perdón y la solución del conflicto, al cual nos referiremos más adelante y el derecho a la relación recíproca entre víctima y delincuente que culmina en el derecho de aquélla (al igual que los ciudadanos), a tomar parte activa en la concreción de la pena,<sup>78</sup> y, después del proceso, al “encuentro” del condenado con la víctima que, como se viene constatando con experiencias realizadas, tanto en Alemania, promovidas por el profesor Schneider, en La Universidad de Munster, como en Canadá y EE.UU. de Norteamérica, están produciendo resultados altamente positivos. Así lo afirma el citado catedrático alemán:

“Un sistema de control social que separe a ambos o incluso los avoque a una nueva enemistad no puede facilitar una reconciliación”.

Agregaríamos nosotros, ni una plena comprensión de lo sucedido en la génesis y dinámica del delito.

Resulta claro y evidente, para no pecar de ingenuidad, que estas nuevas posturas están en directa relación con el grado de cultura y civilización alcanzados por una sociedad, que haya trascendido o superado la escala evolutiva que va de lo instintivo-violento, a lo emocional, para llegar a lo racional, donde con el predominio de la inteligencia, que es comprensión, pueda centrarse una reflexión-comprensión más profunda y transpersonal del problema, donde la filosofía de la reconciliación encuentre un espacio de análisis y aceptación pues, sólo en esta dimensión, se entendería

---

<sup>78</sup> BERISTAIN IPIÑA, Antonio, ob. cit., p. 222.

cabalmente la célebre e inquietante expresión aquella de que, a fin de cuentas “todos somos responsables frente a todos”. Es quizás, en estas materias, donde el aporte de la psicología humanista, del célebre psiquiatra italiano Roberto Assaggioli – la psicosisíntesis – (de amplia y entusiasta difusión actual en el mundo), ofrece un valioso instrumento, en manos de la victimología, para entender cabalmente estos conflictos que hoy agobian a las sociedades. Pues, sin asumir indeseables posturas mesiánicas, pero evitando, al mismo tiempo, el misoneísmo <sup>79</sup> sólo cuando los procesos educativos propendan por la bio-psico-síntesis individual, interindividual, de las parejas, en especial la del matrimonio, de la pareja en relación con los grupos, de las naciones y entre las naciones, a la humanidad y, por último, la universal, se estará en el camino y se crearán las condiciones de la reconciliación, del perdón, de la paz, de la auténtica solidaridad, de la ética y de la convivencia armoniosa, fin último de toda sociedad civil e igualitaria donde, como dijera el poeta Guillermo Valencia, “la vida sea una copa para todos llena”.

Somos plenamente conscientes de que, a la luz de la circunstancia histórica y evolutiva, estos planteamientos aparecen meramente idealistas y utópicos; no obstante y pese a ello, son el necesario punto de partida para enfrentar, hacia el futuro, los retos del cambio y proyectar la nueva visión epistemológica de lo que es y quiere ser la nueva victimología, en su papel substitutivo de un sistema penal, hoy en bancarrota y de una justicia duramente cuestionada en su mentalidad y funcionamiento, como se constata por doquier. El inicio de próximo milenio reclama una nueva cultura, nuevas instituciones y una nueva forma de concebir la vida y el mundo, gobernado por otros principios diferentes al odio o la violencia, hoy dominantes, que no se conocieran como canon de vida, al menos, en las sociedades arcaicas. Es una nueva conciencia lo que hoy

---

<sup>79</sup> Es decir, posturas de odio, o de temor a lo nuevo.

se impone y ello no se logra sin la transformación del individuo pues, en última instancia, una sociedad, se ha dicho, es el resultado de la suma de sus miembros.

Mucha tinta han derramado los distintos autores, tratadistas y expertos en explicar los variados e complejos problemas que configuran el objeto, cada vez más omnicomprendido de la victimología y del mismo Derecho Penal y de la Criminología; pero muy poca, sobre los aspectos coyunturales claves que, como puntos de partida, deben tenerse en cuenta para emprender el cambio que se busca para fundamentar y articular las nuevas políticas y para lograr su viabilidad y general aceptación.

Creemos, entonces, y así lo afirmamos, que sólo mediante un nuevo método globalizante, no excluyente o parcializado, las nuevas políticas de asistencia y prevención, así como los “nuevos derechos” aludidos, podrán encontrar y alcanzar su vigencia, reconocimiento y adhesión, generando la necesaria mutación de mentalidad, así como la superación progresiva de visiones, ya dadas por vencidos por la evolución, en el recorrido del hombre por el tiempo y por la historia. Si no fuese así, no podríamos superar el tránsito a que hoy se asiste, por la vía pendular de la venganza, a formas diversas que retoman, entre tales alternativas, la conciliación, en su nueva versión cultural y jurídica, así como la solución del conflicto, por la vía menos traumática y violenta, de la reconciliación, que implica, una nueva forma de organización social y un paso adelante en la escala de la cultura, pues no debe olvidarse que además de las tradicionales e imprescindibles funciones del derecho (prohibiciones, mandatos, autorizaciones, competencias), es y constituye, a la vez, una forma de organización que hoy recobra capital importancia en el Estado Social y dentro del derecho penal mínimo. La concepción realista del Derecho Penal, en su misión, representada por ANTOLISEI, tantas veces recordada, aparece en esta fase histórica, con plena significación y alcance.

Dentro de este orden de ideas, no debe perderse de vista que la ciencia jurídica no sólo se ocupa del derecho positivo de su génesis, eficacia y validez, lo que le es inherente, sino también de la idea del derecho de la justicia<sup>80</sup>, de su contenido mudable, de su significación para la vida ética y cultural de un pueblo. Por ello estudia el fenómeno jurídico, tal como ha sido en el pasado como se ofrece en el presente y cómo debe ser en el futuro. Es aquí donde se impone el cambio de mentalidad, supuesto necesario para enfrentar la construcción de un nuevo orden social que los pueblos deben forjar, como respuesta a las crisis consolidadas, para una nueva expansión cultural. Es éste, en síntesis, el movimiento iniciado por las corrientes de pensamiento conocidas como del abolicionismo, en materia penal y, en general, del derecho penal alternativo, del proceso despenalizador y del derecho penal en cuanto política criminal<sup>81</sup>.

De otro lado, las plurales dimensiones del derecho<sup>82</sup>, concebido, ya como sistema normativo (que lleva a su validez), ora como realidad social (que conduce a su eficacia, de la mano de sociología), o como sistema de legitimidad (que nos muestra su justificación) y nos ofrece la filosofía jurídica, por cuya vía actualmente se perfilan los horizontes nucleares de los nuevos derechos esbozados ante las novedosas políticas citadas, y de los nuevos fines del Derecho y de la justicia, cimentados sobre la tolerancia, la comprensión, la amistad, la caridad y el perdón<sup>83</sup> que, de otro lado, siempre han constituido la base ética del Derecho, que hoy se orienta hacia la solución

---

<sup>80</sup> KELSEN, Hans, “*Qué es la justicia?*”. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

<sup>81</sup> MARTINEZ SÁNCHEZ, Maurício, en “*El Problema Social. Sistema Penal*”: el sistema acusado por los abolicionistas, ponencia presentada en el coloquio internacional. “*Sistema penal para o terceiro milenio*” celebrado en Rio de Janeiro, en el mes de sep. de 1990, publicada en las Actas del coloquio, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1991, págs. 144 y ss. véase, igualmente, “*El proceso despenalizador*”, del profesor español Jaime Miguel Peris Rieira, U. de Valencia, 1983; “*Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*”, de Elías Carranza, Mario Honed y otros, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, y “*Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social*”, de Winfried Hassemer, en D. P. y ciencias sociales, U. Autónoma de Barcelona, 1982, p. 117 y ss.

<sup>82</sup> RIVERA LLANO, Abelardo, ob. cit., p. 65 y ss.

<sup>83</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi, en “*Amicizia carità e diritto*”, Ed. Giuffré, Milano, 1974; LEGAZ Y LACAMBRA, “*El derecho y el amor*”, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, Véase cap. XX, p. 313 y ss.

del conflicto que, quizás, pueda ser uno de los desarrollos culturales de los países. Son los retos de las grandes utopías, a que alude el epígrafe que encabeza el capítulo.

## II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

### 1. INTRODUCCIÓN

Como bien enseña Luis Rodríguez Manzanera<sup>84</sup>, la reparación del daño causado a la víctima de un delito, es una antigua preocupación entre los juristas y criminólogos.

La necesidad de la reparación del daño es un tema en el que todos los autores de todas las escuelas están de acuerdo. No parece haber excepción.

El tema de la reparación ha sido uno de los favoritos en materia victimológica, se ha tratado en los diferentes Symposia y se han ocupado de él todos los victimólogos.

Naciones Unidas, en su multicitada Declaración, deja consignado en su artículo 4º el derecho a la reparación de las víctimas:

“Art. 4º - Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.”

Este capítulo está consagrado al análisis de la reparación del daño en sus diversas formas, tanto a cargo del delincuente como del Estado, con todos los problemas que esto representa. Se dan ejemplos tanto nacionales como extranjeros y estadísticas que demuestran nuevamente el abandono en que se encuentran las víctimas.

---

<sup>84</sup> MANZANERA, Luis Rodríguez, op. cit.



## 2. EL DAÑO

El daño equivale al menoscabo o deterioro de una cosa. Siempre que en virtud de la infracción cause el agente tal resultado, deberá procurarse la reparación, es decir, el resarcimiento del mismo.<sup>85</sup>

El daño puede ser material o moral. Daño material es aquel que consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de un tercero.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Aunque las pérdidas materiales y económicas son más fáciles de calcular, y quizá por esto son de las que generalmente se ocupa el juzgador, no pueden olvidarse los daños morales, pues los menoscabos psicológicos y sociales son en ocasiones más graves, y producen efectos más profundos y duraderos en las víctimas.

Son directamente dañados por el delito los sujetos pasivos, esto es, las personas físicas o jurídicas sobre cuyas personas, cosas o derechos recae directamente el delito (daño material), o cuya seguridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas, el delito ataca directamente (daño moral).

Son indirectamente damnificados las personas que a raíz del delito sufrido por un tercero experimentan uno de esos efectos por repercusión. Estas personas pueden integrar la familia de la víctima o ser simplemente terceros.<sup>86</sup>

El daño en ocasiones puede ser colectivo, los avances de la tecnología nos ponen a todos en ese peligro.

---

<sup>85</sup> CÓRDOBA RODA, Juan, “*Comentarios al Código Penal*”, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1972, p. 563.

<sup>86</sup> NUÑEZ, Ricardo, “*Derecho Penal Argentino*”, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1965.

En estos casos la reparación es más complicada; como ejemplo citamos el artículo 10 de la Declaración de la ONU, que prevé los casos de contaminación y destrucción ambiental:

“Art. 10. – En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen el desplazamiento de una comunidad.”

### **3. LA REPARACIÓN**

La reparación del daño producido por una conducta ilícita es conocida desde los más remotos tiempos; la encontramos en el Código de Hammurabi (1728-1686 a.C.), en las Leyes de Manú (S. VIA.C.) y en las Doce Tablas Romanas (S. VA.C.).

En el Código de Hammurabi se obliga al delincuente a compensar a su víctima; en casos de robo o daño debía restituir 30 veces el valor de la cosa; cuando el delincuente era insolvente, el Estado (la ciudad) se hacía cargo reparando el daño a la víctima o a su familia, en los casos de homicidio.

En las Leyes de Manú, la compensación es considerada como penitencia, y se extiende a los familiares en caso de desaparición de la víctima.

En las Doce Tablas, el ofensor está obligado, en todos los casos de delito y cuasidelito al pago de daños y perjuicios. Así, en el robo se paga el doble de lo robado en los casos “in fraganti”, en los demás será el triple. En otros delitos se toma en cuenta la calidad de la víctima y las circunstancias del hecho.

En el Congreso Penitenciario de Roma (Noviembre, 1885), Garófalo propuso las multas en beneficio de una caja que sirviera para compensar a las víctimas del delito; esta multa sería proporcionada a la fortuna del delincuente; los deudores solventes serán detenidos hasta que paguen y los insolventes sufrirán descuentos de su salario hasta extinguir la deuda.<sup>87</sup>

En 1885, en el célebre primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en Roma, Garófalo presenta las mismas conclusiones, y Ferri, Fioretti y Venezian propusieron que la reparación es de interés inmediato para el perjudicado y para la defensa social preventiva y represiva del delito, y por lo tanto manifiestan el deseo “de que las legislaciones positivas pongan en práctica en los procesos lo más pronto posible los medios más convenientes contra los autores del daño, los cómplices y los encubridores , considerando la realización de la reparación como una función de orden social confiada de oficio a las siguientes personas: al ministerio fiscal durante los debates, a los jueces, en las condenas, y a la administración de las prisiones, en la recompensa eventual del trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional”.<sup>88</sup>

En 1889 el tema vuelve a tratarse en el Congreso de Derecho Penal (Bruselas) y en el Congreso Jurídico de Florencia de 1891, en que se contempla el embargo preventivo y la hipoteca de los bienes del victimario para garantizar la reparación a la víctima.

En 1891, el Congreso de la Asociación Penal Internacional (Cristiania) insiste en la utilización del trabajo del reo para la reparación, y el Congreso Penitenciario de París (1895) reitera la preocupación del abandono a la víctima.

---

<sup>87</sup> GARÓFALO, Raffaele, “*Indemnización a las Víctimas del Delito*”, La España Moderna, Madrid, España, s/f.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 154.

En el momento actual, la reparación existe como obligación materialmente en todas las legislaciones del mundo, encontrándose también en prácticas tradicionales, como en el derecho consuetudinario africano, en la shariah islámica y en los países asiáticos (India, Paquistán, Filipinas, etc.).<sup>89</sup>

En el derecho consuetudinario africano, se utiliza día, o dinero de sangre que debía pagarse en los casos de homicidio, obligación que recaía sobre todos los hombres adultos del grupo al que pertenecía el infractor (Somalia).

La diyya, es la indemnización que pagan el infractor o sus familiares a la víctima o a la familia de ésta y la kassana, que prevé la compensación de la víctima a cargo del Estado, ambas en la shariah islámica.

En los países asiáticos, se prevé el arreglo de controversias sin recurrir a los tribunales ordinarios, mediante la mediación y el arbitraje, como por ejemplo los panchayats indios, los diyats paquistanés y los barangays filipinos.

En Alemania se maneja el Wiedergutmachung, que es la compensación e indemnización a las víctimas de violaciones masivas de derechos, y la Weltanschauung, que es el “remediar una injusticia”.

Cabe afirmar, en términos generales, y de acuerdo a un documento de la ONU,<sup>90</sup> que refleja el sentir general, que el delincuente, bien se trate de una persona individual o colectiva, es decir una organización económica o entidad comercial, un Estado o un grupo de individuos, a quien quepa imputar una conducta que entrañe una violación de derechos, debe considerarse responsable de la reparación debida a la víctima de dicha conducta, y debe estar sujeto a cualquier otro tipo de sanciones y medidas correctivas que, a tenor de las circunstancias, resulte justo y adecuado imponerle.

---

<sup>89</sup> Cfr. ONU. E/AC.57/1984/14, p. 15.

<sup>90</sup> Cfr. ONU. E/AC.57/1984/14, p. 15.

Así la norma 5 de la Declaración de la ONU dice: “Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.”

Y la norma 8 agrega: “Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos.”

Como puede observarse, para garantizar la reparación se necesita un adecuado trabajo legislativo, además de personal administrativo y judicial debidamente seleccionado y capacitado.

En esta forma, la Declaración, en su artículo 16 dispone:

“Art. 16. – Se capacitará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado para informarlo de las necesidades de las víctimas y proporcionarle directrices para garantizar una ayuda apropiada y rápida.”

Zaffaroni, en su notable informe sobre sistemas penales y derechos humanos en América Latina<sup>91</sup> se ocupa del tema, señalando cómo la reparación de daño es una medida de “pacificación social”, por lo que debe fomentarse, haciendo que el condenado pruebe hacer indemnizado a la víctima antes de obtener cualquier beneficio, creando fondos de reparación, posibilitando la extinción o suspensión de la acción penal

---

<sup>91</sup> ZAFFARONI, Raúl (Coordinador), “*Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Depalma, Argentina, 1986, p. 96.

cuando el procesado hubiere reparado el daño, extendiendo el plazo de la prescripción de la acción civil emergente, etc.

#### **4. RESARCIMIENTO**

Antes que nada, enseña Manzanera que es necesario aclarar que se hace la distinción entre los conceptos resarcimiento e indemnización.<sup>92</sup>

El resarcimiento es la reparación del daño a cargo del delincuente. El concepto de resarcimiento implica una gama amplia de daños, incluyendo perjuicios morales, lesiones personales y menoscabos patrimoniales.

En unos casos la responsabilidad es del propio delincuente, pero en otros los ordenamientos jurídicos establecen la obligación, directa o subsidiaria, según los casos, de tercera persona de reparar económicamente los danos y perjuicios causados por el autor material del ilícito penal. Es el caso de empleadores, padre.

Uno de los problemas interesantes en lo referente al resarcimiento consiste en dilucidar su naturaleza jurídica, es decir si debe considerarse o no como una pena.

La Declaración de la ONU consigna en su artículo 9 que:

“Art. 9. – Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.”

Entre las metas del proceso penal deben subrayarse, más de lo que se hace actualmente, la imposición al culpable del deber de cumplir sus obligaciones para satisfacer los perjuicios causados y prestar la asistencia completa a su víctima. Esta relación personal inmediata entre sujeto activo y sujeto pasivo del crimen puede

---

<sup>92</sup> MANZANERA, Luis Rodríguez. Op.cit. p. 356.

contribuir notablemente a la mejor satisfacción del segundo, y a la, tan deseada como fracasada, “repersonalización del primero”.<sup>93</sup>

Eriger en todos los casos el resarcimiento del daño o reparación en pena tiene el inconveniente de ser de principal interés para la paz social lo que en muchos casos no lo es y de desvirtuar la verdadera función del Derecho Penal, aparte de que eventualmente puede llegar a crear situaciones de notoria desigualdad, puesto que se trataría de una pena que las personas de menores recursos no podrían satisfacer.<sup>94</sup>

Efectivamente, si se utiliza el resarcimiento indiscriminadamente como substitutivo de las sanciones penales, se puede caer en chocantes diferencias, y podría parecer que los delincuentes ricos pueden comprar su impunidad a base de reparación del daño.

El resarcimiento debe ser sanción penal en los casos en que el interés público y la paz social así no reclamen. Por lo general a la víctima lo que le importa es que sus daños sean reparados.

Se debe fomentar por todos los medios el resarcimiento: dando las oportunidades al reo de tener un trabajo decoroso, condicionando la obtención de beneficios a los condenados a una efectiva reparación del daño, al menos en la medida de sus posibilidades, previendo la extinción o suspensión de la acción penal para casos de reparación espontánea, no en delitos violentos o graves.

Así, en Bélgica el resarcimiento puede ser una condición para un procedimiento sin juicio; en Austria, el arrepentimiento activo manifestado por la reparación a la víctima antes del procedimiento puede tener como consecuencia una excepción de pena para ciertas infracciones.

---

<sup>93</sup> BERISTÁIN, Antonio, “*Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*”, Tirant le Blanch, Valencia, España, 1994, p. 354.

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Raúl (coordinador), op. cit. p. 345.

En otros sistemas la reparación puede ser una de las condiciones para la “*probation*” u otras formas de libertad condicional, o puede tener influencia para que el juez elija la sanción.

Se debe tener especial cuidado en dejar abierta a la víctima la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria, acción personal que nace del daño actual y directo, consecuencia de un ilícito penal. Por la vía civil hay diversos sistemas jurídicos: en unos, el ofendido puede ejercer simultáneamente la acción persecutoria (penal) y reparadora (civil) ante los tribunales penales; en otra, puede ejercer en vía penal la acción persecutoria y la reparadora en vía civil, o incluso en vía penal, a su elección; y en otra sólo puede utilizar la civil, siendo la acción persecutoria monopolio del Estado.

No obstante, no parece conveniente que sea sólo el juez penal el que se ocupe de la reparación, ya que en la práctica civil las posibilidades de una satisfacción más amplia son mayores. Dejar la reparación en manos de la justicia civil tampoco es aconsejable, pues ésta es más lenta, y las víctimas con pocos recursos se verían en desventaja.

Por lo tanto, lo ideal es la posibilidad de que el ofendido pueda optar por reclamar la reparación en vía penal o civil, a su elección.

Ahora bien, no debe cerrarse el panorama a las dos vías tradicionales, sino ampliarse a otras posibilidades.

El arbitraje, los amigables componedores, el aseguramiento del pago, la transacción extrajudicial y otras formas de arreglo deben ser contemplados en beneficio de la víctima y aún del victimario, que puede ahorrarse el problema de un juicio penal.

Finalmente, anotamos que la relación entre víctima y victimario no puede constituir una base para negar al ofendido la reparación. Sin embargo, en los casos en



que la víctima participó en los hechos, con gran imprudencia, o conscientemente, o aún provocando, la compensación pudiera reducirse o aún negarse.

Guilherme de Souza Nucci ya defendía la idea de que el magistrado pudiera condenarlo al reo sobre los perjuicios causados al sujeto pasivo de la infracción penal. En ese sentido: “(...) Para quien ya sufrió la lentitud de la Justicia en el proceso criminal, se trata de la segunda via crucis enfrentada por el ofendido o por sus familiares, ahora para recibir reparación civil. Por eso, lo ideal sería autorizarlo al juez penal a proceder, siempre que sea posible y habiendo prueba en los autos, a la condenación también por el perjuicio sufrido en la esfera civil”.<sup>95</sup>

Como se encuentra en el sistema antiguo, no sería dado al juicio criminal ingreso en el campo de la responsabilidad civil por cometer ilícitos penales, cuya discusión, por lo menos en lo que toca al quantum debeatur, debería ser suscitada en la sede propia (fase de liquidación de la obligación).

Por la actual sistemática, le cabrá al juez proferir la sentencia penal condenatoria y fijar el valor correspondiente a los perjuicios causados al ofendido, acelerando, así, la formación del título ejecutivo judicial, hasta entonces incompleto por la ausencia de cuantificación de los daños ocasionados por la infracción penal.

Sin embargo, nos preocupa la redacción del ya transcrito párrafo único del art. 63 del CPP, incluido por la Ley 11.719/2008: “Transitada en juicio la sentencia condenatoria, la ejecución podrá ser efectuada por el valor que se ha fijado en los términos del inciso IV del capítulo del art. 387 de este Código sin perjuicio de la liquidación para la apuración del daño efectivamente sufrido”.

Por lo que se pudo ver, quiso el legislador determinar un juicio criminal que se fijara en un “valor inicial” de indemnización, que podría ser efectivamente apurado en la liquidación de la obligación.

---

<sup>95</sup> Código de Proceso Penal comentado, 6. ed., São Paulo: RT, p. 177.

Así, creemos que, persistiendo la literalidad de la ley, la función del magistrado sentenciante será la de arbitrar un valor inicial, cabe decir, provisoriamente, de los daños provocados por el crimen a la víctima, que será pasible de nueva discusión en la esfera civil.

En esta dimensión, vemos que no habrá, de hecho, una real aceleración de la futura acción civil ex delicto promovida por la víctima, su representante legal o herederos, salvo si se conformaran con el valor arbitrado por el juicio criminal, hipótesis que dará inicio al proceso de ejecución independientemente de previa liquidación.

Para que la jurisdicción penal no se transforme en un palco de divergencias de índole eminentemente civil, creemos que deberá el magistrado, en el transcurso del proceso crimen, determinarle a la víctima que demuestre los perjuicios sufridos, para que no se arbitre valor absolutamente divorciado de la realidad.

Por otro lado, por la redacción del inciso IV del art. 387, el juez criminal apenas deberá fijar el valor de la indemnización ocurrida por los daños materiales, más específicamente de los daños emergentes, que son fácilmente apurados por prueba documental o de testigos.

Los daños materiales, como lucros cesantes, deberán ser discutidos en previa liquidación a propósito de la acción civil ex delicto. Entendemos que sea eso lo que se extrae del nuevo inciso IV del dispositivo legal que referimos anteriormente, para que el juez fije valor mínimo para el reparo de los daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido. Cuando la ley le determina al magistrado que fije un valor para el reparo de los daños, está tratando específicamente de los datos emergentes (especie de daños materiales), exactamente por determinar una forma fija correspondiente a los perjuicios soportados por la víctima.

## 5. INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL ESTADO

Si no hay discusión respecto a la compensación a la víctima sí hay discrepancia respecto a si la reparación debe quedar exclusivamente a cargo del infractor o si es el Estado el que debe pagar en forma parcial o subsidiaria.

Argumentos en pro y en contra se han esgrimido, como veremos a continuación:

**Los sistemas de indemnización a cargo del Estado pueden justificar porque:**

A) El Estado del mismo modo que se ocupa de los sectores de población en condiciones desventajosas: como inválidos, personas sin trabajo, ancianos, etc., es pertinente que extienda su acción en beneficio de las víctimas de actos delictivos.

B) El Estado tiene la obligación de indemnizar a las víctimas de actos criminales, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, dado de que ésta paga los servicios de policía, tribunales, cárceles, etc.

C) La aportación de una ayuda financiera hacia las víctimas de actos criminales, facilitará su colaboración respecto al sistema de justicia criminal. Se trata de estimular a la víctima en una doble vía: a) que denuncie el delito, asista y participe en el proceso y b) que contribuya con la policía en la detección y prevención de la criminalidad.

D) El estado de insolvencia económica en que se encuentran la mayor parte de los delincuentes, sea porque son condenados a largas penas de prisión o porque carecen de capacidad económica ellos o sus familiares, para pagar los delitos causados a sus víctimas.

E) La policía no llega a detectar la tasa real de crímenes, y múltiples delincuentes escapan a la acción de la justicia, dejando a la víctima sin ningún recurso o protección.

F) Los sistemas de indemnización a cargo del Estado son un argumento sobre el plan político. Puede ser ventajoso en el momento electoral, atenúa las reacciones en contra de las reformas penitenciarias, etc.

Efectivamente, se ha hecho consciente la responsabilidad social hacia la víctima, y la obligación común de reparar el daño sufrido, así como de auxiliar y asistir al ofendido. La obligación del Estado no puede terminar en proteger a través de un código penal diversos bienes jurídicos, ni siquiera se agota persiguiendo y castigando al responsable de su violación, es necesario reparar los daños causados por la conducta antisocial.

Al tomar el Estado bajo su responsabilidad la seguridad ciudadana, toma también la obligación de reparar sus fallos, atendiendo a las víctimas.

**Entre los defectos que se han señalado a la indemnización estatal se señalan:**

A) La criminalidad puede sufrir un incremento si las víctimas son indemnizadas (víctimas fraudulentas, mayor liberalidad del criminal si sabe que será el Estado quien asuma los menoscabos de las víctimas).

B) Se considera injusto que las víctimas de actos criminales, posean un privilegio sobre otras víctimas (guerras, accidentes, catástrofes naturales).

C) La implementación de un sistema de indemnización a las víctimas de actos criminales, traería consigo una elevada carga económica a los contribuyentes.

Efectivamente, habría un aumento de gastos, la distracción de recursos que son tan necesarios en otros campos, la creación de una burocracia encargada de la operación, e indudablemente el nacimiento de una criminalidad similar a la que defrauda a las compañías de seguros. Pero éstas son consecuencias naturales de toda actividad estatal.

En las reuniones internacionales se ha debatido el problema ampliamente; sin mencionar los Symposia de victimología, que merecen mención aparte. Vemos como ejemplos:

El XI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest, Hungría, en septiembre de 1974, dedicó su sección III al tema de la compensación a la víctima con fondos públicos, con conclusiones interesantes como que la obligación del Estado quede limitada a delitos contra la vida e integridad personal o patrimoniales excepcionalmente graves; la reparación es un derecho y no un acto *ex gratia*; las características deben ser fijadas por las legislaciones nacionales; el beneficio debe ser para todo sujeto que esté en el territorio nacional.

En la reunión de Bellagio (1975) se propusieron unas reglas generales para simplificar los procedimientos y la apelación a la decisión.

La resolución de los Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 14 de marzo de 1975 es fundamental, pues se trata de un documento corto (19 artículos) y claro, que se ocupa del resarcimiento de los daños en caso de lesiones personales y muerte, dando a la víctima el derecho al resarcimiento “es decir, que debe ser puesta nuevamente en una situación lo más idéntica posible a aquella que sería la suya si no hubiese ocurrido el hecho”. En un reporte final,<sup>96</sup> se consigna que el Estado debe contribuir a la

---

<sup>96</sup> Conseil de l'Europe. Doc. DPC/CEPC XXIX, Repport final d'activités sur le dédommagement des victimes d'actes criminels, Strasbourg, 1977.

indemnización, sea dentro del cuadro de la seguridad social o por la institución de un régimen específico.

Como podemos ver, la opinión mayoritaria se ha inclinado hacia la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas. La Declaración de la ONU en su artículo 12 dispone:

“Art. 12. - Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves.

b) A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.”

Este artículo resume en mucho las conclusiones anteriores; es lógico que en una declaración de principios fundamentales se limite a las víctimas de delitos graves y que sufran lesiones físicas o mentales de importancia.

La Declaración se preocupa también por los fondos para poder atender a las víctimas, así, el artículo 13 dice:

“Art. 13. – Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.”

Finalmente, mencionamos que la Declaración contempla en su artículo 11 el caso de servidores públicos que afectan a ciudadanos al violar la ley a título oficial o semioficial:

“Art. 11. – Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.”

### **5.1. INDEMNIZACIÓN ESTATAL: EJEMPLOS**

A continuación daremos algunos ejemplos de gobiernos que han impuesto ya la indemnización a cargo del Estado.

Francia (1951), Bélgica (1956) e Italia (1969) y España tenían ya un sistema de compensación por parte del Estado en los casos de lesiones causadas por hechos de tráfico, cuando el autor sea desconocido o insolvente (sin seguro).

La Ley Francesa del 31 de diciembre de 1951 instituyó bajo la denominación de fondo de garantía, un órgano dotado de personalidad civil, cuyo fin es pagar los perjuicios debidos a las víctimas o a sus representantes, en el caso en que el responsable de un daño corporal, causado por vehículo motorizado, sea desconocido o se manifieste total o parcialmente como insolvente.

En Italia, la ley que reglamenta el seguro obligatorio para la responsabilidad derivada del circulación de vehículos de motor estableció un “fondo de garantía para las víctimas de la calle” (ley 990).

Bélgica formó en 1956 un fondo común para reparar los daños de lesiones corporales causadas por vehículos automotores que no tuvieran seguro, que hubieran sido robados o que no hubiesen sido identificados.

En España esta indemnización se hace a cargo del “consorcio de compensación de seguro”.

En 1963 se estableció en Nueva Zelanda, la indemnización a cargo del gobierno, que fue vista como parte de las medidas lógicas que debe tomar todo Estado benefactor. Se establecieron sistemas independientes de compensación, administrados por tribunales especialmente constituidos.<sup>97</sup>

Se cubren los gastos por lesiones o muerte (a la familia), pérdidas pecuniarias, incapacidad parcial y “dolor y sufrimiento” de la víctima.

En 1964 se estableció en Inglaterra, restringido a las víctimas de crímenes de violencia.<sup>98</sup> Sus características básicas son: un mínimo y un máximo en el momento de la reparación, no se aplica si víctima y victimario son parientes, es administrado por un tribunal especial, la solicitud debe presentarse dentro del año a contar desde el momento en se producen los daños y es considerado hasta cierto punto “informal”. El sistema ha sido criticado por reducido, complejo y confuso, por no dar pagos de emergencia y porque no se considera la reparación propiamente un derecho.<sup>99</sup>

En Estados Unidos de Norteamérica se desarrolló a partir de 1965 en California, seguido de Nueva York (1966), Hawai (1967), Massachusetts (1967), Maryland (1968), Nevada (1969), y Nueva Jersey (1971). En 1984 el Congreso aprobó “The victim’s of crime actum”, dedicando una fuerte cantidad al programa. Para 1986, cuarenta y cuatro Estados y el Distrito de Columbia tenían ya implantada la indemnización por parte del Estado.

---

<sup>97</sup> WALLER, Loiuís, “*Compensating the Victims of Crime in Australia and New Zeland*”, I Symposium, Israel, 1975.

<sup>98</sup> WILLIAMS, Donald Brian, “*Compensating Victims of Violence another a Comparative Analysis*”, I Symposium, Israel, 1973.

<sup>99</sup> HASSON, Uzi y Sebba Leslie, “*Compensation for Victims of Crime: Look at the Schime*”, I Symposium, Israel, 1973.



Las características son muy variables de un Estado a otro. En la década de los 70 el coste nacional del programa fueron de entre 145 y 260 millones de dólares anuales; en 1974 el gastos médicos para 76.696 víctimas fue de 22.5 millones de dólares.<sup>100</sup>

En Canadá se desarrolló a partir de 1967, en ocho provincias. Se excluyen la victimización intrafamiliar, los hechos de circulación y los delitos patrimoniales.

Además de los daños causados, se pagan las medicinas, prótesis, abogados, parto y mantenimiento del niño producto de una violación.<sup>101</sup>

El sistema Austriaco fue establecido en 1972, cubriendo daños corporales o alteraciones de la salud y muerte de la víctima que deje desamparada a la familia, siempre que sean causados por una acción punible y deliberada.<sup>102</sup>

En Italia, la ley 354 de 1975 constituye la “Caja para el socorro y la asistencia a las víctimas del delito”, con la particularidad de que queda en el contexto del ordenamiento penitenciario, y está situada en la Dirección General para los institutos de prevención y de pena.<sup>103</sup>

Los fondos de la Caja son destinados a socorrer y asistir a las víctimas que por causa de un delito se encuentran en condiciones de comprobada necesidad.

En Bélgica, a partir de 1985 se constituyó un fondo, alimentado por los condenados, para las víctimas que han sufrido daños corporales graves o menoscabo a la salud como resultado de actos internacionales de violencia.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> HARLAND, Alan T., “*Compensating Crime Victims in the Evolution of Criminal Justice*”, SAGE, USA, 1978, pp. 58 y ss.

<sup>101</sup> VÁSQUEZ, Ángela, “*La Víctima como Objeto de la Criminología*”, Criminalia, Año XLIX, núms. 1-1. Porrúa, México, 1983. pp. 95 y ss.

<sup>102</sup> DOLEISCH, Wolfgang, “*Compensation of Victims*”, I Symposium, Israel, 1973.

<sup>103</sup> RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo, “*La Victimología*”, Editorial Temis, Colombia, 1983, p. 57.

<sup>104</sup> SCREVEN, Raymond, “*La Protection des Droits de la Victime*”, Revista de la Facultad de Derecho núm. 11, Universidad Complutense, España, 1986, p. 610.

En casos de urgencia se da una ayuda provisional; la indemnización alcanza a los dependientes de la víctima (alimentos), y se toma en cuenta la situación económica del reclamante, su participación en los hechos y su relación con el victimario.

Dinamarca ha adoptado el sistema (1973) al igual que Francia (1977).

Han establecido también el procedimiento: Finlandia, Holanda, Luxemburgo, Japón, Noruega, República Federal de Alemania y Suecia.

En España, según Gerardo Landrove Díaz, durante muchos años sólo ha existido una normativa reguladora de las indemnizaciones a las víctimas de delitos terrosita y limitada – entonces – a los daños corporales<sup>105</sup>. Sólo en estos casos asumía el Estado la responsabilidad por hechos ajenos a sus propios servicios con el propósito – político, en no escasa medida – de paliar las consecuencias lesivas sufridas por las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, al menos en los supuestos más graves<sup>106</sup>. Con ello, se ha tratado de superar la consideración de hombres olvidados suele atribuirse a las víctimas de esta naturaleza<sup>107</sup>; a las víctimas de una delincuencia muchas veces teledirigida, en expresión de Stanciu<sup>108</sup>, habida cuenta que el lugar en que se toma la decisión criminal raramente coincide con el de su ejecución.

Al margen de las limitaciones de signo económico que subyacen muchas veces en la imposición de criterios en la materia, muy pronto se especuló en España sobre las razones determinantes de que el Estado negase – en un primer momento – su protección

---

<sup>105</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La desprotección de las víctimas en El Derecho español, em Victimología, Servicio Editorial de La Universidad de País Vasco, cit., fundamentalmente págs. 17 y ss.

<sup>106</sup> Sobre la naturaleza especial de estas indemnizaciones, vid.: J. L. Martínez-Cardós Ruiz, La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas, en Revista española de Derecho administrativo, 1985, págs. 563 y ss.; ÁLVAREZ-VALDÉS, I. Gordillo, Legislación antiterrorista y derechos humanos, en Actualidad penal, 1989, 1, pág. 1125; GARCÍA BELDA, A., Naturaleza jurídica de las prestaciones económicas del Estado a las víctimas de acciones terroristas, en Revista española de Derecho militar, nº 62, 1993, p. 119 y ss.

<sup>107</sup> Vid. con carácter general: H. J. Schneider, Opfer des Terrorismus, en Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1980, p. 407 y ss.

<sup>108</sup> STANCIU, V. V., Les droits de la victim, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 47.

económica a las víctimas que sufrían daños corporales por delitos comunes y, sin embargo, se concediese a los perjudicados por el terrorismo.

La respuesta hay que buscarla – se argumentó - en el terreno de lo político: “No puede desconocerse que el móvil terrorista es de alguna manera político, aunque utilizar así este término es degradarlo y confundirlo precisamente con lo que nunca debe ser la política; de cualquier forma, y para entendernos, aceptaremos que es un fin político en la medida en que no busca el lucro particular y pretende cambiar las estructuras sociales, teniendo al Estado en el punto de mira de su violencia. En este extremo radica, como es obvio, la diferencia fundamental con la delincuencia común y es aquí donde, a nuestro juicio, está la clave de la cuestión que vamos a analizar. En efecto, aunque en ambos tipos de delitos se altera gravemente la convivencia y la paz, la causa de los daños que sufre el ciudadano es diferente y la víctima, a los ojos de la población, aparece más inocente si cabe cuando el móvil es político. En este caso el sujeto pasivo no es un fin en sí, sino un medio para atacar al Estado y, por tanto, es contra éste contra el que surge más explícitamente el descontento social y a quien se culpa de alguna forma de tales actos. Para constatar lo que afirmamos sólo hay que recordar las manifestaciones hostiles a las autoridades que suelen producirse en los funerales de las víctimas. Late en esta indignación social no sólo una imputación de responsabilidad al Gobierno por su negligencia, que no sería lo más grave, sino también, y sobre todo, una acusación al sistema que permite esta violencia, a veces con el recuerdo nostálgico de otros regímenes más represivos. Se asocia, pues, violencia y Estado de Derecho, terrorismo y democracia, en definitiva. Esta es una situación grave, ya que el terrorismo puede ser una amenaza real contra el sistema de libertades, pues la crispación social que provoca es fácilmente aprovechable para una involución política (piénsese que las dos crisis graves de la democracia, la de enero de 1977 y la de febrero

de 1981, estuvieron relacionadas directamente con el recrudecimiento de terrorismo). Creemos que la imputación al sistema es falsa y nunca será justificable la ruindad de quien pretende aprovecharse de esta tragedia social para sus propios fines, pero no podemos dejar de reconocer la realidad de la situación y es ella la que, a nuestro criterio, determina la asunción por el Estado de la responsabilidad económica. Éste, en última instancia, pretende paliar el descontento social del que él mismo es objeto.”<sup>109</sup>

El criterio de conceder un tratamiento diferente a las víctimas en función de que lo sean o no de actos terroristas ha tenido acceso, también, a otros sistemas europeos; bien en cierto que no siempre de forma tan drástica como en España. Así, en el Derecho francés, la Ley de 8 de julio de 1983 consagra – con carácter general – el principio de indemnización total de los daños corporales sufridos por las víctimas del terrorismo<sup>110</sup>. Por el contrario, en Italia la Ley de 13 de agosto de 1980 optó por una solución semejante a la tradicional española, limitando las indemnizaciones a las víctimas de atentados terroristas<sup>111</sup>.

No es ajeno a las soluciones legislativas mencionadas el reconocimiento de que el terrorismo da lugar a una muy extensa victimización<sup>112</sup>: de índole directa, en primer término, por las víctimas que genera y, además de naturaleza indirecta, porque somete a amplios sectores de la ciudadanía a la presión del terror y sumisión, o resignación, por miedo a las represalias de los terroristas.

---

<sup>109</sup> ÁLVAREZ GÁLVEZ, J. y DÍAZ VALCÁRCCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo, en *La Ley*, 1985, 3, p. 923 y ss.

<sup>110</sup> Em sentido crítico, vid. AL respecto: D’HAUTEVILLE, *Victimes mieux aidées, mieux indemnisées: des perspectives nouvelles*, en *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1989, p. 172.

<sup>111</sup> Sobre La restrictiva normativa italiana, vid.: CASAROLI, G., *Réparation du dommage et indemnisation publique em Italie: occasions manquées, premières expériences et perspectives législatives*, en *revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1988, fundamentalmente p. 38 y ss.

<sup>112</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Criminalidad y abuso de poder*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 29 y ss.; ROMERO COLOMA, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*, cit., p. 97 y ss.

En esta línea, ha subrayado GARCÍA VALDÉS<sup>113</sup> la evidencia de que el fenómeno de la delincuencia terrorista afecta a un amplio sector de la población española; sobre todo a los familiares de las víctimas, en su mayoría miembros del aparato represivo del Estado o mandos del ejército, pero también al resto de los ciudadanos que conmueven ante la impiedad de muchos de los atentados o sufren las molestias derivadas de la intervención policial operada a través de identificaciones o controles generalizados. A ello cabe añadir el retraso sufrido en la persecución de objetivos sociales – prioritarios en tiempos de normalidad – habida cuenta que el Gobierno se ha visto obligado a dar una respuesta legislativa, y a ejecutar medidas urgentes, para intentar detener la escalada terrorista.

Por todo ello, parece razonable explicar la originaria decisión de reducir el ámbito de indemnización a las víctimas del terrorismo en función de criterios fundamentalmente políticos. Bien es cierto que la justificación esgrimida estatalmente para asumir tal carga – es decir, la ineficaz tutela de determinados bienes jurídicos – amparada también la deseable ampliación de las ayudas a las víctimas de otros ataques violentos no provenientes de la actuación de elementos o bandas terroristas. Algo que sólo se alcanzaría bastantes años después.

En otro orden de cosas, parece innecesario subrayar que el terrorismo constituye hoy uno de los más acuciantes problemas en España. Sin embargo, la condena de actividades de esta naturaleza no puede limitarse a la estigmatización del terrorismo “común”, practicado por grupos minoritarios (étnicos, religiosos, políticos o filosóficos). Pueden existir otros terrorismos<sup>114</sup>, en plural inquietantes, como el

---

<sup>113</sup> Vid.: GARCÍA VALDÉS, C., La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas, en Anuario de derecho penal y Ciencias penales, 1984, p. 293.

<sup>114</sup> Vid. OTTENHOF, R., ¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1989, págs.. 947 y ss.; CUESTA GOROSTIDI, C., Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: situación personal y respuesta social e institucional, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1995, p. 526.

institucional (determinadas prácticas policiales o penitenciarias) y el de Estado, que no cabe silenciar, sobre todo porque pudieran servir para alimentar y justificar el terrorismo subversivo. Es buena prueba de ello el siniestro ejemplo de los GAL, esa amplia correlación de complicidades entre los restos de fuerzas parapoliciales heredadas del franquismo y supuestos demócratas psicópatas de la razón de Estado que justifican la violación de los derechos humanos en nombre de razones superiores no demostrables.<sup>115</sup>

México puede considerarse un país pionero en este terreno, ya que el 20 de agosto de 1969 se aprobó la Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México, que ordena la formación de un fondo para asistir a víctimas de delitos que carecen de recursos propios para subvenir a sus necesidades inmediatas, cuando no les sea posible obtener en forma lícita y adecuada auxilio de otra parte.

Es interesante conocer la experiencia de países africanos. Nkpa, de la Universidad de Nigeria nos relata cómo la sociedad Igbo tenía sistemas de compensación, tanto si era afectado el individuo como si era lesionada la comunidad. Al imponerse un código penal en la época colonial, la situación cambió, pues favorecía más el sistema de pena que los beneficios a las víctimas. El Código fue derogado en 1960 y se está regresando a sistemas anteriores.<sup>116</sup>

Barofia, de la Universidad de Tanzania, expone cómo se intentó el sistema de seguros, así como el Sistema Inglés, fallando ambos, por lo que se ha optado por regresar a los sistemas tradicionales en que la gente salda sus propias disputas.<sup>117</sup>

Con esto podemos ver que no se trata simplemente de transplantar sistemas extranjeros, sino de buscar soluciones propias.

---

<sup>115</sup> Cfr. RUBIO, A. y CERDÁN, M., El origen del GAL. “Guerra sucia” y crimen de Estado, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1997, pág. 15. Vid. también: GIMÉNEZ GARCIA, J., Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes, en jueces para la Democracia, nº 30, 1997, fundamentalmente p. 20 y s.

<sup>116</sup> NKPA. Nwokocho, K. V., “*The Practice of Restitution to Victims of Crime in a Traditional Society*”, II Symposium, USA, 1977.

<sup>117</sup> BORAFIA, Abdul W. M., “*Compensation to Victims of Crime*”, II Symposium, USA, 1977.

## 6. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA REALIDAD

A título ilustrativo, la situación en México es la siguiente:

En la práctica la situación no se presenta nada agradable: tan sólo el 6.49% de las personas que declararon ser víctimas fueron compensadas en alguna forma por sus daños, como podemos ver en el cuadro N° 31 (Xalapa).

Traemos cuadros con porcentajes de daños compensados conforme búsqueda del INACIPE, en obra de Luis Rodríguez Manzanera<sup>118</sup>.

### CUADRO N° 31

#### COMPENSACIÓN

Se compensó?	Hombres	Mujeres	Total	%
Sí	51	33	84	6.49
No	433	400	833	64.32
Sin respuesta	182	196	378	29.19
Total	666	629	1.295	100.00

En la investigación del INACIPE la situación es aún peor: en el Distrito Federal sólo el 4.9% de las víctimas recibió compensación, en la zona conurbada el porcentaje desciende a 1.7%.

Es importante conocer la opinión pública, en cuanto a la reparación y de dónde debe provenir ésta. Dividimos las respuestas dadas por aquellos que han sido víctimas en el año anterior de aquellos que no lo han sido, obteniendo los resultados siguientes: (cuadro N° 32).

### CUADRO N° 32

#### REPARACIÓN (FONDOS)

	Víctimas	No víctimas
De fondos obtenidos por multas que paguen los culpables	40.4%	35.9%

<sup>118</sup> MANZANERA, Luis Rodríguez, op. cit. pp. 354 y ss.

De los fondos obtenidos solamente por otros ingresos públicos	3.0	4.5
De los fondos obtenidos por otros ingresos públicos y multas que paguen los culpables	20.0	15.1
No estoy de acuerdo. Ninguna compensación se debe pagar a víctimas de algún delito	2.4	3.0
Ninguna opinión sobre este tema	14.5	13.6
Otra respuesta	1.8	0.0
Sin respuesta	17.8	27.8
	99.9%	99.9%

El cambio de opinión en las víctimas es perceptible, ya que desean en mayor proporción una compensación, y que ésta sea a cargo del criminal o de la comunidad.

Las no víctimas dejan de responder mayormente a esta pregunta.

En el D.F. y Z.C. se obtuvo el siguiente cuadro: (cuadro N° 33)

#### CUADRO N° 33

#### REPARACIÓN (FONDOS)

	F. absoluta		F. relativa %	
	D.F.	Z.C.	D.F.	Z.C.
De ingresos públicos	135	62	7.0	6.4
De multas de los culpables	1.195	503	62.1	51.7
De ingresos y multas de los culpables	364	198	18.9	20.3
Ninguna opinión	185	182	9.6	18.7
Otro	44	28	2.3	2.9
Sin dato	46	27	Ajustado	
Totales	1.969	1.000	100.0	100.0

Una de las soluciones al problema del desamparo de la víctima es el seguro, que en algunos casos se ha planteado como obligatorio.

En nuestra investigación, tan sólo el 20% de las víctimas tenía alguna forma de seguro.

Es de aclarar que algunas se refieren al Seguro Social, al que son inscritas forzosamente al ingresar al trabajo.

Del total de las víctimas sólo el 3.40% se ha visto beneficiada por el seguro.



En otras palabras, de todos los asegurados sólo el 17.12% pudo cobrar algo en el seguro, el 10.9% logró un pago total, y el 6.2% un pago parcial.

Esto nos lleva a la preocupación de que los seguros, además de caros, son difíciles de cobrar, por lo que debe hacerse una ampliación efectiva.

La investigación del D.F. nos confirma lo anterior, pues el 8.0% dijo no tener seguro y al 79.9% no se le pagó nada. Sólo el 6% de las víctimas recibió la protección total. En la Zona Conurbada la situación es peor pues el 34.1% no tiene seguro, al 57.3% no le pagó nada y sólo el 4.9% obtuvo los gastos totales.

## **7. LA LEY DE AUXILIO A LAS VÍCTIMAS**

En México, uno de los avances más notables es la Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México, del 20 de agosto de 1969.

El auxilio que presta esta ley es independiente de la reparación del daño, y consiste en una ayuda en los casos en que la víctima de un delito carece de recursos propios para subvenir a sus necesidades inmediatas, no siéndole posible obtener en forma lícita y adecuada auxilio de otra parte.

El Departamento de Prevención y Readaptación Social es el encargado de prestar auxilio, que puede ser de cualquier clase.

Se establece un fondo de reparaciones integrado por:

I. La cantidad que el Estado recabe por concepto de multas, impuestas como pena por las Autoridades Judiciales.

II. La cantidad que el Estado recabe por concepto de cauciones que se hagan efectivas en los casos de incumplimiento de las obligaciones inherentes a la libertad

provisional bajo caución, la suspensión condicional de la condena y la libertad condicional, según lo previsto por las leyes respectivas.

III. La cantidad que por concepto de reparación del daño deban cubrir los reos sentenciados a tal pena por los Tribunales del Estado, cuando el particular beneficiado se abstenga de reclamar en tiempo dicha reparación, renuncie a ella o cuando la misma se deba al Estado en calidad de perjudicado.

IV. El 5% de la utilidad líquida anual de todas las industrias, servicios y demás actividades lucrativas existentes en los reclusorios estatales; y

V. Las aportaciones que para este fin hagan el propio Estado y los particulares.

Podemos concluir con Carrara que: “Es útil y justa la reparación subsidiaria introducida por algunas legislaciones, y que consiste en establecer una caja pública, cuyos fondos se forman con las multas impuestas a los delincuentes, y a la cual se recurre para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados por personas insolventes. No es moral que el Gobierno se enriquezca con los delitos que no ha sabido prevenir, pero sí es moral que la sociedad, cuya protección tienen derecho a exigir los buenos ciudadanos, repare los defectos de la falta de vigilancia.”<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> CARRARA, Francesco, “*Programa del Curso de Derecho Criminal*”, Depalma, Argentina, 1944, p. 370.

## 7.1. LA LEY PARA AYUDAR A LAS VÍCTIMAS EN BRASIL

Como nos enseña Lélío Braga Calhau<sup>120</sup>, en los primordios del Derecho, la víctima y su familia ocupaban una posición de destaque. A ellas se les facultaba requerir la venganza o la compensación<sup>121</sup>. Con la evolución social y política y el desaparecimiento de la venganza privada, el Estado pasó a ser el titular de la *persecutio criminis* y la víctima migró de una posición central para una situación periférica<sup>122</sup> junto al Derecho.

La protección de la víctima de infracción penal constituye preocupación de los estudiosos desde la segunda mitad del siglo XIX. En fines de ese siglo, en los congresos penitenciarios que se realizaron en el continente europeo, fue objeto de preocupación de iusfilósofos como Berenger, Mittemaier y Garofalo<sup>123</sup>.

Un punto que llama la atención en las sociedades modernas es el desamparo en que se encuentran las víctimas abandonadas por la máquina estatal, y por la sociedad civil, cuando ocurren los hechos delictuosos.

Contrariando el aspecto racional, que sería el fin del sufrimiento o la disminución de la situación de la acción del sistema represivo estatal, la víctima sufre daños psíquicos, físicos, sociales y económicos, añadidos, en consecuencia de la reacción formal e informal derivada del hecho. No son pocos los autores a afirmar que

---

<sup>120</sup> CALHAU, Lélío Braga. Víctima, Justiça Criminal e Cidadania: O Tratamento da Víctima como Fundamento para uma Efetiva Cidadania. In Vitimologia no Terceiro Milênio. SÉGUN, Elida (Coordenadora). Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 59 a 75.

<sup>121</sup> Vigila un sistema de venganza privada.

<sup>122</sup> La multa de reparación, inicialmente, era destinada a la víctima. Con la estatización de la justicia criminal, pasó a ser fuente de recetas del Estado.

<sup>123</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, Novas Penas Alternativas – Análise político-criminal das alterações da lei 9.714/98, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p.20.

esa reacción trae más daños efectivos a la víctima que el perjuicio derivado del crimen practicado anteriormente.

Esa situación es llamada de “sobrevictimización del proceso penal” o “victimización secundaria”<sup>124</sup>, es decir, el daño adicional que causa la propia mecánica de la justicia penal formal en su funcionamiento<sup>125</sup>.

Si de un lado la víctima, en Brasil, no recibe ninguna atención del sistema penal actual, con la única excepción del Juzgado Especial Criminal, por otro, la propia sociedad también no se preocupa e ampararla, llegando, muchas veces, a incentivarla a mantenerse en un cobarde anonimato, contribuyendo para la formación de la “cifra negra”, grupo formado por la cantidad considerable de crímenes que no llegan al conocimiento del sistema penal.

Esa “cifra negra” es una de las responsables por la falta de legitimidad del sistema penal actual de Brasil, pues una cantidad ínfima de crímenes llega al conocimiento del Poder Público, y de esta, una gran parte no recibe ninguna respuesta por parte del Estado.

Esa “cifra negra” acaba generando un “efecto dominó”, citado por el Profesor Louk Hulsman de la Universidad de Rotterdam: “Si un gran número de víctimas no denuncia los hechos punibles a la Policía, esta también no transmite todos los hechos al Parquet, lo que, por su vez, lejos de mover procesos en relación a todos los hechos que le son sometidos, archiva la mayor parte”<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Calhau ten preferencia por esta expresión “victimização secundaria”. El daño a la víctima criminal ya comienza en la Comisaría de Policía, antes mismo del proceso del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, donde tendríamos, entonces, el proceso criminal.

<sup>125</sup> CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*, traducida por Eliana Grania et al. 2ª ed, São Paulo, RT, 1995, p. 232.

<sup>126</sup> HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro, LUAM, 1997, p. 65.

Dentro de esa realidad muchas veces las víctimas dejan de buscar sus derechos junto a la Justicia por no creer que tendrán una solución rápida y digna.

Lo cierto es que la víctima es olvidada por el modelo criminal actual. El propio maestro Francesco Carnelutti, en “Miserias del Proceso Penal”, muestra, en colores vivos, el drama de la Justicia Penal, hablando del Juez, del Ministerio Fiscal, del Abogado y del acusado, pero de la víctima penal nada se comenta<sup>127</sup>.

En el mismo sentido, la opinión de Elías Neuman:

*“Ya no fue posible alzar de hombros frente a la víctima. En las leyes sustanciales y formales que componen el orden legal, el delincuente tuvo y tiene muchos más derechos y garantías que su víctima. Allí está los principios de legallidad o reserva, de defensa en juicio, de inocencia...Y, al menos en la letra de la ley, las posibilidades de un hábitat carcelario digno, el tratamiento, la readaptación social. Entretanto, la víctima quedaba en la indiferencia, librada a la suerte, bajo la pesada losa de sus necesidades insatisfechas y sin contención material o mora<sup>128</sup>”.*

En el concepto moderno de ciudadanía el ciudadano no es apenas el que posee derechos, mas también es el cumplidor de deberes cívicos. Por eso la verdadera ciudadanía requiere simultaneidad en los derechos y en el cumplimiento de los deberes, unos y otros inherentes a la participación en la vida de la sociedad política<sup>129</sup>.

La víctima está en ese contexto. Una sociedad que no protege y no presta asistencia a las víctimas de sus crímenes no obtiene niveles de ciudadanía dignos para el momento histórico en el que la humanidad se encuentra.

---

<sup>127</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli, Conan, Campinas, 1995, p. 5.

<sup>128</sup> NEUMAN, Elias. *Mediación y Conciliación Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 22.

<sup>129</sup> SOUSA, José Pedro et allis. *Dicionário de Política*. T. A Queiroz, São Paulo, 1998, p. 93.

En ese sentido, la protección a los derechos de la víctima es también recordada por Alessandro Baratta: “El cuidado que se debe tener hoy en día en relación al sistema de justicia criminal del Estado de Derecho es ser coherente con sus principios de ‘garantías’: principio de la limitación de la intervención penal, de igualdad, de respeto al derecho de las víctimas, de los imputados y de los condenados”.<sup>130</sup>

En fin, esa preocupación de respeto a la posición de la víctima es reafirmada por la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU), en sus “Recomendaciones sobre la Cooperación Internacional en Materia de Prevención del Crimen y de Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo”, ítem 13, de 14.XII.1990:

Respecto a las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder, hay que preparar un guía que contenga un amplio inventario de medidas de información sobre los medios de protección contra la criminalidad y sobre la protección, asistencia e indemnización a las víctimas. Este guía se aplicaría de acuerdo a las circunstancias jurídicas, socioculturales y económicas de cada país, teniendo en cuenta el importante papel que cabe, en esta materia, a las organizaciones no gubernamentales.

---

<sup>130</sup> BARATTA, Alessandro. “Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, IBCCrim, volume 5, p. 23.

## 7.2. LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La palabra principio tiene dos acepciones; una de naturaleza moral, y otra de orden lógico.

Cuando decimos que un individuo es hombre de principios, estamos empleando, evidentemente, el vocablo en su acepción ética, para decir que se trata de un hombre de virtudes, de buena formación y que siempre se conduce fundado en razones morales<sup>131</sup>.

El otro de orden lógico puede ser explicado por la Filosofía del Derecho de la siguiente forma. Para eso debemos atenernos a los conocimientos revelados por los juicios, que son apreciaciones a respecto de algo y, cuando combinamos juicios entre sí, según un nexo lógico de consecuencia, decimos que estamos pensando, que estamos en verdad raciocinando. Raciocinio, por lo tanto, es un conjunto ordenado y coherente de juicios<sup>132</sup>. No es posible haber ciencia sin que ocurra esta operación elemental de enunciar juicios y de combinar juicios entre sí. La ciencia implica siempre una coherencia entre juicios que se enuncian. Es necesario que los enunciados – y la enunciación es la esencia del juicio – no entren en choque y ni entren en conflicto, pero que se ordenen de tal manera que entre ellos exista un nexo común que les asegure coherencia y validez<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 17ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p.59.

<sup>132</sup> REALE, op. cit., p.59.

<sup>133</sup> REALE, op. cit., p.60.

El Derecho no escapa a esa realidad. Son varias las legislaciones que incluyen entre las formas subsidiarias del derecho, además de las costumbres, los principios generales del derecho como la brasileña, argentina, mexicana, italiana etc.

Los principios se conceptúan como proposiciones ideales que informan la comprensión del fenómeno jurídico. Son directrices centrales que se infieren de un sistema jurídico y que, tras inferidas, a ellos se reportan, informándolo<sup>134</sup>.

Las cosas tienden a persistir mientras no cesan las razones que les dictaron el surgimiento. Así también, los principios del derecho vinieron antes de la ley y sobreviven a ellas<sup>135</sup>.

Se puede concluir que la idea del principio o su concepto, sea cual sea el campo del saber que esté en mente, designa la estructura de un sistema de ideas, pensamientos o normas de una idea maestra, por un pensamiento clave, por una norma, donde todas las demás ideas, pensamientos o normas derivan, reconducen y/o se subordinan<sup>136</sup>.

El principio de la “dignidad de la persona humana” es definido como uno de los fundamentos de la Republica Federativa de Brasil (Título I, De los Principios Fundamentales, art. 1º, III, de la Constitución Federal de 1988). Más que un principio general del derecho ahora él se encuentra positivado en el instrumento jurídico máximo del Estado brasileño.

---

<sup>134</sup> DELGADO, Maurício Godinho, *Introdução ao Direito do Trabalho*, São Paulo. Ed. LRT, 1995, p.174.

<sup>135</sup> LIMA, Francisco Meton Marques. *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. Revista LTr, Volume 61, no. 5, maio de 1997, p. 621

<sup>136</sup> ESPÍNDULA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo, RT, 1998, p. 47.



No hay que negarle al principio constitucional su naturaleza de norma, de ley, de precepto jurídico, aunque con características estructurales y funcionales bien distintas a otras normas jurídicas, como las reglas del derecho. Por su propia esencia, evidencia más de lo que comandos generalísimos estampados en normas, en normas de la Constitución; expresan opciones políticas fundamentales, configuran elección de valores éticos y sociales como fundadoras de una idea de Estado y de Sociedad<sup>137</sup>.

Reforzando tal idea viene la lección del eminente Profesor J.J. Gomes Canotilho de la Facultad de Derecho de Coimbra:

*“Ante las experiencias históricas de la aniquilación del ser humano (inquisición esclavitud, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocidios étnicos) la dignidad de la persona humana como base de la república significa, sin transcendencias o metafísicas, el reconocimiento del “homo noumenon”, es decir, el individuo como límite y fundamento del dominio político de la república”<sup>138</sup>.*

No se contenta el Estado Democrático en mostrar los medios legales y materiales para la protección de la vida corpórea, mas busca también preservarla de un sentimiento personal de satisfacción por la propia vida que debe devotar el hombre al contemplarla y comprenderla<sup>139</sup>.

Cualquier acción en relación a la víctima debe ser realizada en plena consonancia con el principio de la dignidad de la persona humana. Pero, ¿qué dignidad humana hay si la víctima es simplemente depreciada en Brasil?

---

<sup>137</sup> ESPÍNDULA, op. cit., p. 75

<sup>138</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, direito constitucional e Teoria da Constituição, 2ª Ed., Lisboa, Almedina, 1998. p. 219.

<sup>139</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição: Princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo, IBCCrim, 1997, p.183.

### 7.3. EL SISTEMA CRIMINAL BRASILEÑO

En el modelo clásico de Justicia Criminal la víctima fue neutralizada; su marco de expectativas es muy pobre; el reparo de los daños no es prioridad, sino la imposición del “castigo”<sup>140</sup>. Viene de Kant ese principio de la igualdad, pagar el mal con el mal como fundamento válido de la justicia penal.

Agravando esa situación, el sistema penal Brasileño no trae aún ninguna forma de amenazar su trastorno durante cualquier fase del proceso punitivo. La situación inhumana de las víctimas es una verdadera *via crucis* criminal que la aflige.

La víctima sufre con el crimen; es maltratada con la atención, muchas veces, en pésimas condiciones, realizada en las Comisarías de Policía; se somete a la intimidación ante el Poder Judicial en la fase procesal, y en la casi totalidad de las veces, desacompañada de un abogado o de cualquier persona, encontrándose, aún, por los pasillos del foro, con el acusado, temiendo una futura represalia que pueda ocurrirle al prestar correctamente su deponer.

Añadiendo a esa situación la agonía y las dudas por desconocer como anda su proceso criminal, como si existiera una posibilidad efectiva o no de tener su daño reparado algún día.

Hecho deprimente constatado en el cotidiano de la práctica forense es la expectativa de la víctima al saber que la compensación de su daño será atendida por el Juez Criminal. Resuelta parcialmente por la entrada en vigor de la Ley del Juzgado

---

<sup>140</sup> GOMES, Luiz Flávio. Criminologia – Introdução a seus Fundamentos Teóricos. Em co-autoria com Antonio García-Pablos de Molina, 2ª ed, São Paulo, RT, 1997, p. 468

Especial Criminal en 1995<sup>141</sup>. El sistema ordinario penal brasileño no tiene una prioridad en el intento de reparo del daño por el acusado. La víctima tendrá que buscar obtener reparo ante juicio distinto al criminal, dificultando, aún más, la solución definitiva del conflicto como un todo.

El Código Penal con la reforma introducida por la Ley 7.209/84 declara en su artículo 16: “en los crímenes cometidos sin violencia o grave amenaza a la persona, reparado el daño o restituida la cosa, hasta recibir la denuncia o la queja, por acto voluntario del agente, la pena será reducida de uno a dos tercios”<sup>142</sup>.

No resta duda en ese sentido de que el nuevo texto tiene su *mens legis* anclada en el interés de resguardarla a la víctima de la criminalidad patrimonial violenta, además de constituir una solución de Política Criminal a favor del delincuente<sup>143</sup>.

Los daños causados a las víctimas son evaluados cuando se fija la “pena base” por el Juez Criminal, por fuerza del artículo 59 del Código Penal determinando, entre las ocho circunstancias que serán examinadas por el juez, una sobre las consecuencias del crimen.

Y aquí encontramos gran dificultad en cuanto al tema. Si aceptamos que los agentes que practican crímenes violentos o con grave amenaza tengan acceso al instituto de la reparación del daño (art. 16 del CP) ¿no estaremos, de cierta forma, perjudicando

---

<sup>141</sup> El constituyente ya atento a esta situación aprovechó la experiencia realizada por los Juzgados de Pequeñas Causas. Determinó en el artículo 98, I, de la CF que Juzgados Especiales Criminales fueran creados a fin de juzgar las infracciones penales de menor potencial ofensivo. Siete años después, en 26.09.95, fue promulgada la referida Ley.

<sup>142</sup> Ese dispositivo ya trae una severa injusticia para la víctima, teniendo en vista que, si el agente practica un crimen violento o con grave amenaza no tendrá el incentivo de la ley de reparar el daño y tener su pena reducida.

<sup>143</sup> DOTTEI, Renê Ariel. *O Problema da Vítima*, publ. em RT 648, Ed. RT, São Paulo, p. 261.

un efecto resocializante para el acusado, ya que obtendrán los mismos beneficios que los criminales no violentos?

Aquí está el punto principal, concerniente a la relación entre la compensación a la víctima del crimen y a los objetivos (otros) del sistema penal. Esto es especialmente importante para esclarecer si el reparo del daño que el ciudadano sufrió deba tener prioridad sobre otros objetivos del sistema penal y de que modo y en cuales casos.

Se llega a una verdadera paradoja: ¿cómo trabajar la relación entre la resocialización del ofensor, de un lado, y de otro, la compensación a la víctima? Son cuestiones que la propia sociedad civil se debe hacer, buscando un crecimiento en cuanto al tema. Ha llegado un momento de darle un basta a este sistema criminal vengativo.

La preocupación con la víctima le da al Brasil aires de una nación progresista; ella es objeto de reforma procesal penal que está en curso. Entre los puntos de acentuado relieve en la mejoría de la legislación procesal penal brasileña se encuentra la preocupación en tutelar la víctima.

Se ve la preocupación no apenas en el reparo de las hipótesis de acuerdo, también con la suma de un inciso VII al artículo 387, y un párrafo al artículo 63, ambos del Código de Proceso Penal, fijados en un valor mínimo para el reparo de los daños causados; y, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido, la ejecución de ese valor tras el tránsito en juicio de la sentencia condenatoria, sin perjuicio de la liquidación para la apuración del daño efectivamente sufrido<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para os Sistemas de Penas*. 2ª edição, São Paulo, RT, 1998, p. 303.

Son las palabras del Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, Presidente de la Comisión de Reforma del Código de Proceso Penal, sobre las reformas que se están efectuando:

“...reflejan las tendencias modernas del proceso penal en la busca de realizar el interés público en la prevención y represión de la criminalidad sin descuidar de las garantías y de los derechos del acusado, así como la preocupación con la víctima y sus dependientes, atendiendo a la seguridad jurídica y a las coordinadas del Estado democrático de derecho, proclamado por la Constitución, que tiene en la dignidad de la persona humana su primero y más valioso fundamento.<sup>145</sup>

Infelizmente, en Brasil, no hay una cultura propia de estudio de la justicia criminal y tampoco de la víctima criminal. El problema ha sido dejado siempre para el Estado. No existe una discusión seria en la sociedad civil. Las medidas criminales, muchas veces, van de encuentro a los reales intereses de la sociedad. Medidas de necesidad social no son ni siquiera estudiadas. Existe un cierto sentimiento de fuga de la población en cuanto a eso. No se discute el problema. Lo que se supone es que el no existe.

En cuanto a esos acontecimientos queda una advertencia de extrema importancia: en términos del Derecho Brasileño, tenemos que responder por nuestros problemas respetando siempre la dignidad de la persona humana, fundamento de la República Brasileña, artículo 1º, III, de la Constitución Federal.

Podemos comprobar la situación de desprestigio de la víctima, vista como ciudadana, en una interpretación sistemática de la Constitución Federal, pues, si sobre el

---

<sup>145</sup> PAPALETTO, Celso Cezar. *Programas Assistências às Vítimas do Crime*. Edição especial, dezembro de 1997, Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, p. 178.

acusado tenemos varias referencias a derechos y garantías fundamentales (art.5o,CF), por otro lado, no encontramos protecciones a la víctima en ese terreno.

Hay como mucho una referencia a una hipotética ley<sup>146</sup> (ADCT, art. 245), que dispondrá sobre las hipótesis y condiciones que el Poder Público dará asistencia a los herederos y dependientes carentes de personas víctimas, por crimen doloso, sin perjuicio de la responsabilidad civil del autor del ilícito.

La norma programática arriba (de aplicación futura dudosa) trae seria injusticia por no proteger a las víctimas de crímenes culposos, dejándolas desamparadas por el Poder Público. Con el fin de cohibir tal injusticia material, se incluyen en la protección de las víctimas, también aquellas víctimas de crímenes culposos en las mismas condiciones arriba referidas.

En fin, no existe ciudadanía si no se proporciona a la víctima el mismo “tratamiento asistencial” que el Estado recibe cuando sucede la práctica de un crimen, pues la víctima, como ciudadana, es el elemento estructural del Estado Democrático de Derecho.

#### **7.4. LA VÍCTIMA CRIMINAL EN EL DERECHO COMPARADO**

En el Derecho Comparado son cada vez más numerosos los casos de “redescubierta de la víctima”. Los Estados están reconociendo, la importancia de la víctima, vinculando el tema a la cuestión de la ciudadanía.

El examen de la legislación penal extranjera revela la existencia de institutos con características semejantes al instituto Brasileño del arrepentimiento posterior y

---

<sup>146</sup> Extraído del sitio de la OVC/USA.

demuestra que el legislador penal alienista utiliza la reparación del daño a la víctima como medida de política criminal para discriminalizar infracciones penales, reducir las sanciones o sustituirlas por otras menos graves, simplificar o evitar el proceso penal y reducir la carga del sistema judicial y penitenciario. En esa línea están Alemania, Grecia, Portugal e Italia<sup>147</sup>.

En diversos países ya existen textos legislativos específicos de amparo a las víctimas: Austria(Ley 288/72), Alemania, Inglaterra, Holanda, EEUU (California).En Italia la preocupación ya viene desde el Código Leopoldino (1786); después con el Código Penal para las Dos Sicilias (1819), y, en los últimos tiempos, en función de la Ley 13 de 02.I.1958. Suecia, Países Bajos, Italia y Bélgica tienen legislación que beneficia a víctimas del crimen. Nueva Zelandia, en 1964, instituyó el primer programa moderno de compensación a las víctimas del crimen.

De gran importancia, también, son los programas asistenciales a las víctimas del crimen, actuando principalmente ante el sufrimiento humano y social de los ofendidos por el crimen. Los procedimientos en el proceso criminal, están presentes, para superar la ignorancia y la demora de legítimos derechos

Hay críticas, acusando a los programas, llamándolos de inductores de ensayar testigos. Advertir sobre estratagemas de abogados, desfavorables a la víctima y que puedan industrializar a los asistidos contra la defensa. La advertencia es lícita y, de un modo general, la asistencia de los programas es vista con seriedad.

---

<sup>147</sup> ADVOCACIA E JUSTIÇA CRIMINAL. Organizada por Luiz Flávio Borges D'urso. Anais do II Encontro dos Advogados Criminalistas, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p. 47.

En 1997, reforzando el rescate a la víctima, dijo el Presidente de los Estados Unidos de América, William Jefferson Clinton, en “1997 National Crime Victims' Rights Week Proclamation”:

“This year, we can take one more historic step to ensure that victims throughout the country are guaranteed the fundamental rights to be present, to be informed of significant developments in their cases and of their rights, and to be heard at sentencing and other appropriate times throughout the criminal justice process. The Congress should pass a Victims' Rights Amendment to the United States Constitution that will, when ratified by the States, ensure that crime victims are at the center of the criminal justice process, not on the outside looking in.”

Fundada en 1975, la “Organización Nacional para Asistencia” (NOVA) es una de las más antiguas organizaciones del mundo que presta asistencia a la víctima. Con sede en Washington, la organización asesora a entidades reconocidas, y dispone de centro de datos, cubriendo todo el país. Una de sus directorías orienta programa y los controla; entrena agentes, da asistencia técnica de “hobbies for victims and witness”; auspicia anualmente a la “Semana Nacional de los Derechos de la Víctima”; instruye para la compensación mediante pago, y asegura asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica, providenciando recursos a favor de las víctimas impedidas de trabajar.

Iniciativa de gran valor fue el “Acto Víctimas del Crimen”, de 1984, (VOCA) que instituyó un Fondo para las víctimas de crímenes en el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos, además de la creación, por el Departamento de Justicia de aquel país, de la agencia OVC (Office for Victims of Crime) para gestionar diversos programas que acaben beneficiando a las víctimas de crímenes.



La OVC ofrece fondos para la asistencia de la víctima y programas de compensación, así como, da soporte en los entrenamientos para la educación en la justicia criminal a otros profesionales. Todos los años millones de dólares son depositados aún en el Fondo de Asistencia de las Víctimas (VOCA), oriundos de rentas de los diversos programas de la justicia criminal.

Existen también programas de compensación a las víctimas de los crímenes administrados por todos los Estados de la Federación norte americana. Esos programas proporcionan asistencia financiera a las víctimas de crímenes de orden federal y estadual. El típico programa de compensación estadual requiere que las víctimas reporten los crímenes en 3 días y reivindiquen indemnizaciones dentro de un período fijo de tiempo, normalmente dos años. La mayor parte de los Estados de la Federación puede extender esos límites, si hay necesidad, exclusivamente.

La asistencia a las víctimas incluye, mas no limitada, los siguientes servicios: intervenciones en las situaciones de crisis, consultas, abrigo de emergencia, abogacía en la justicia criminal, transporte de emergencia. Por toda la nación existen, aproximadamente, 10.000 organizaciones que proporcionan auxilios y otros tipos para las víctimas de crímenes. Alrededor de 2.800 de esas reciben alguna contribución de los fondos VOCA.

Ese tipo de iniciativa demuestra claramente que los Estados Unidos se concienciaron de que la víctima, como ciudadana, debe ser de la misma forma asistida como el Estado, que posee su aparato propio para la defensa del Derecho (Ministerio Fiscal, Policía , etc.) cuando ocurra un crimen.

Según Heitor Piedade Júnior, Presidente de la Sociedad Brasileña de Victimología: “Aquí al lado, en Argentina, en Córdoba, nosotros tenemos un centro de apoyo a las víctimas del crimen y del abuso de poder. En España tenemos cerca de 50 (cincuenta) y tantos centros de apoyo a la víctima.

En Portugal, existe la Asociación Portuguesa de Apoyo a la Víctima (APAV), con sede en Lisboa, y que presta servicios a las víctimas criminales, como apoyo jurídico, psicológico y social.

La APAV es compuesta por técnicos, voluntarios y practicantes de varias formaciones académicas. Ellos trabajan en una necesaria multidisciplinariedad, dado que cada caso, con sus especificidades reclama la contribución de varias áreas disciplinares. Estas áreas, en la APAV, nunca trabajan de forma estanque, mas participan activamente en una discusión de los casos, permutando informaciones específicas que se muestren válidas y necesarias al proceso de intervención.

En el área jurídica, la APAV realiza los siguientes servicios a las víctimas: información y consejos a la víctima en términos jurídicos, esclareciendo sobre las sentencias y otras piezas procesales; encaminamiento de la víctima para los tribunales y autoridades policiales; realizan el pedido de indemnización civil; instrucción de los pedidos de indemnización al abrigo de la legislación portuguesa de protección a las víctimas de crímenes violentos; elaboración de queja crimen cuando esta deba ser presentada al Ministerio Fiscal (si es solicitada), así como otros requerimientos necesarios a la buena conducción del proceso; establecimiento de contactos con magistrados y con el Ministerio Fiscal; elaboración de relatorios e informaciones auxiliares para los tribunales y otras instituciones; auspicio gratuito de la víctima en

casos excepcionales; acompañamiento personal de la víctima junto a los tribunales y a las autoridades policiales.

En el área psicológica, la APAV presta apoyo regular a la víctima de crimen y/o familiares que sufran directamente los efectos del crimen: oyen a la víctima; la encaminan a los servicios de Psicoterapia y Salud Mental cuando se detecta una problemática subyacente a la del crimen y se estima necesaria una psicoterapia de larga duración; la encaminan a los mismos servicios de los casos cuya problemática no se incluye en el ámbito de intervención de la APAV; elabora informes sobre la víctima a petición de los tribunales; comparecen los profesionales de la entidad en los tribunales como testigos y/o peritos a petición del abogado de defensa de la víctima; prestan acompañamiento personal a la víctima en diligencias varias (tribunales, autoridades policiales, hospitales, etc.).

En el área social, la APAV clasifica la naturaleza de la situación y del problema. La oye a la víctima, capacita para la resolución de su problemática, estableciendo con él un compromiso donde ambas partes tienen diligencias que tomar; informan a la víctima criminal todas las posibilidades y dificultades del proceso de intervención; encaminamiento para otras instituciones cuando la problemática no se insiere en el ámbito de intervención de la APAV; la colocan a la víctima en contacto con la red institucional, donde podrá solicitar bienes y servicios para la situación de su problema; le dan asistencia material a la víctima; los profesionales atestiguan en tribunales a pedido del abogado de defensa de la víctima; acompañamiento personal en las varias diligencias del circuito institucional.

En el año de 1997 la APAV atendió un total de 3.126 víctimas (siendo 2.379 mujeres). Las víctimas por tipos de crímenes fueron: crímenes sexuales 138; malos

tratos 1166; ofensas a la integridad física 295; difamación/injuria/amenaza 514; secuestro/rapto 16; robo 131; abuso de confianza/burla/daño 110; homicidio 28; violación de la obligación de alimentos 35; inexistencia de crimen 240; otros crímenes 67; no identificado 278.

Tenemos en Australia, aún, la “The Victim Support Service Inc. of South Australia”, organización que presta servicios de apoyo a las personas que sufren daños resultantes de actos criminales. Ella también trabaja junto a la comunidad defendiendo los intereses y derechos de las víctimas.

En el área de tráfico, existe en Europa la “European Federation of Road Traffic Victims”. La Federación es formada por asociaciones nacionales europeas de las víctimas y familias de las fallecidas o incapacitadas en situaciones ocurridas en las carreteras europeas. Ella tiene “estatus” de ser una organización no gubernamental, reconocida por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.

Iniciativas menores, mas en un número razonable, existen aún en otros países, demostrando un inicio de concienciación global a favor de la víctima de crímenes.

## **7.5. CONCLUSIONES PARCIALES**

En el actual sistema de Justicia Criminal que Brasil adopta, la víctima ha sido olvidada; su ámbito de expectativas es muy escaso; el reparo de daños no es prioridad, sino la imposición del castigo. Se busca, únicamente, la aplicación de la pena para los acusados.

La situación está disminuyendo por la entrada de la Ley del Juzgado Especial Criminal (Ley 9099/95), que en el ámbito de la criminalidad pequeña y mediana, introdujo en Brasil el modelo consensual de Justicia Criminal. La prioridad ahora no es el castigo del infractor, sino y, sobretodo la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito a favor de la víctima.

El Derecho Penal brasileño innovó a partir de 1984 con la institución del “Arrepentimiento Posterior”, beneficiando acusado y víctima, como medida de política criminal.

Se hace necesaria una reflexión inmediata del aparato estatal en cuanto al tratamiento prestado a la víctima en las Comisarías de Policía, Secretarías Criminales, Poder Judicial y Ministerio Fiscal. Víctima no es testigo. Las víctimas no deben continuar siendo tratadas como objetos de derecho, y sí, como sujetos de derecho.

El artículo 245 del ADCT, de la Constitución Federal vigente expone la ley que dispondrá sobre la asistencia a los herederos y dependientes carentes de personas victimadas por crimen doloso, pero aún no fue reglamentado. Cuando ocurra, si es posible, un buen acuerdo sería la inclusión de las víctimas de crímenes culposos.

La sociedad civil debe buscar participar de forma inmediata en el problema de las víctimas. El Estado debe fomentar, a través de subsidios, la creación de ONGs que den asistencias a las víctimas criminales.

Varios Estados, entre ellos Estados Unidos, Nueva Zelandia, Inglaterra y Portugal, poseen organizaciones que prestan gran asistencia a las víctimas, incluso a nivel jurídico, psicológico y social.

La sociedad para que llegue a un valor básico de “dignidad de la persona humana”, también debe cuidar los derechos de las víctimas promoviendo la creación de entidades, como las asociaciones de protección a las víctimas existentes en Estados Unidos, dándoles subsidios con fondos provenientes de las multas aplicadas en el sistema de la Justicia Criminal brasileña.

Sin la protección de la víctima no hay ciudadanía.

### **III. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA**

Como bien señala Ulf Christian Eiras Nordenstahl<sup>148</sup>, el interés del Estado en un sistema tradicional de justicia penal de corte retributivo estará centrado en la persecución y punición del autor. Esta potestad punitiva cuya titularidad recae en la autoridad pública, concluye en la aplicación de una pena, con sus finalidades sancionadoras y preventivas.

Sin embargo, trataremos de identificar aquí brevemente, los intereses de la víctima, quien amén de poder compartir los mencionados como propios del Estado, tiene otras inquietudes, aspiraciones y necesidades que no siempre son contempladas en ese esquema.

Las consecuencias que el acto victimizador puede producir, y desde el mismo momento en que ocurre, dan lugar a una triple esfera de intereses que la víctima puede manifestar.

#### **1. INTERÉS PENAL**

En lo que se refiere al primero de ellos, la circunstancia de que alguien haya sido víctima de un delito no necesariamente implica la posibilidad de que se ponga en marcha el aparato estatal de persecución penal.

Para ello es necesario, en la mayoría de los casos, cuando no se inician de oficio, que el sujeto formalice una denuncia ante la autoridad que corresponda.

---

<sup>148</sup> “*Donde Está La Víctima? – Apuntes sobre Victimología*” - Colección Visión Compartida - Librería – Editorial Historica Emilio J. Perrot.

En realidad, si tenemos en cuenta que las estadísticas más optimistas hablan de que únicamente el 40% de los delitos cometidos ingresan en el sistema judicial, esto nos está indicando que no siempre las víctimas deciden dar a conocer a la autoridad correspondiente mediante la denuncia el hecho padecido.

Muchos son los motivos que permiten este fenómeno. Descartando en principio causas naturales pero que igualmente pueden ser atribuibles al Estado como puede ser el factor geográfico (lejanía de centro administrativo) , o el llamado “filtro” institucional que en la práctica realiza una verdadera selección de los casos que terminan ingresando al sistema, entre otros; y también dejando de lado la imposibilidad física o mental de la víctima para realizar una denuncia; existen otros factores que, entendemos, coadyuvan a aumentar lo que se ha dado en llamar “cifra negra” o “cifra oculta” del delito y que a continuación desarrollaremos:

a) Temor: la víctima teme represalias por parte del denunciado. Tiene la certeza de que no será debidamente protegida. El hecho de tener que aportar los datos personales en una denuncia aumenta esa sensación de inseguridad.

b) Gravedad: los delitos considerados “menores” o “de bagatela” son soportados por los damnificados quienes realizan la ecuación de la desproporción entre lo que deben invertir en tiempo, molestias y costes y los resultados que en el mejor de los casos podrían obtener.

c) Desconfianza: también resulta indicativo de la falta de confianza de la comunidad en sus instituciones encargadas de velar por su seguridad y servicios de justicia. En la opinión pública la policía permanece aún en un cosmos de sombras pese a los esfuerzos, por lo menos publicitados, en modificar sus estructuras, sus programas de estudio y preparación de los agentes, la persecución interna de la corrupción, etcétera.



d) Burocracia: este ítem viene de la mano del anterior. Aquí el problema es la propia maquinaria que tan bien refleja Franz Kafka en su obra “El Proceso”. Tal como lo analizáramos en el Capítulo 3 en lo que se refiere a la revictimización, realizar una denuncia puede ser lo más parecido a abrir la caja de Pandora. No sabemos precisamente cómo continuará, qué consecuencias acarreará y en qué complicaciones nos habremos metido. Los papeles y documentación a presentar, las demoras, las citaciones, los permisos en el trabajo y todo lo que trae aparejado participar en un proceso nos desmotivan y terminan por vencer la resistencia.

e) Parentesco: En que el delito es cometido por un miembro de la familia. Por distintos motivos se trata de ocultar: vergüenza, temor, mandato social, entre otros. En caso de abuso y de la llamada violencia doméstica se da muy a menudo esta situación. Uno de los desafíos de los programas de asistencia a las víctimas es el de vencer las barreras del silencio en la problemática intrafamiliar.

f) Agresora: la propia víctima pudo ser a la vez agresora. En este caso salvo que tenga que ganar es muy difícil que interponga una denuncia, por el contrario lo más probable es que se trate de impedir precisamente su concreción.

g) Autor anónimo: cuando no sabemos quien fue el autor y no existen posibilidades concretas de averiguarlo es muy común que no se inicie ningún procedimiento.

Por lo pronto tenemos que el primer indicio del interés de la víctima estaría dado por la posibilidad de formalizar una denuncia. Para ello realiza llamadas telefónicas, consultas, se traslada hasta la sede de la autoridad pertinente, presta declaración, recaba datos de testigos, presenta documentación y permite la disposición momentánea o hasta permanente de bienes propios para la realización de pericias.

Este interés en denunciar refleja el de comprobar el delito, identificar, perseguir, y posteriormente acusar al autor y en su caso la aplicación de una pena prevista por el Código Penal en retribución por el delito cometido. A ello debe sumarse el ánimo solidario de evitar que esa conducta pueda volver a repetirse afectando a otros miembros de la sociedad.

## **2. INTERÉS PROCESAL**

El siguiente interés lo identificamos como el procesal. La víctima puede tener la intención de participar en el proceso, de ser un protagonista y no un actor de resarcimiento. Tal como ya lo adelantáramos, durante mucho tiempo se le ha negado esa posibilidad. La asunción por parte del Estado de la representación de los intereses del lesionado jurídicamente impidió que el verdadero damnificado se sintiera parte.

Dentro del procedimiento penal se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del Derecho Procesal Penal, donde se queda solamente el rol de mero objeto del proceso. En varios procedimientos se han aceptado 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, también del procedimiento penal, por cierto, aún queda por ser escrita una ‘Historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento’.<sup>149</sup>

En el ordenamiento jurídico argentino la posibilidad de que la víctima actúe como una parte del proceso fue plasmada tradicionalmente en las figuras del querellante, particular damnificado, acusador particular o actor civil. Estas figuras clásicas dejaban de lado el carácter de víctima como una categoría propia,

---

<sup>149</sup> ESER, A. “*Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Proceso Penal*”, en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

encadenándola de esta manera al Ministerio Fiscal (querellante, particular damnificado y acusador particular) o al demandante civil *in genere* (actor civil).

Así, y más allá de algunas pequeñas diferencias, tanto el querellante como el particular damnificado intervendrán en la causa con facultades tales como:

- Presenciar y controlar actos procesales
- Proponer medidas probatorias
- Acusar, alegar y solicitar imposición de penas
- Apelar ciertas resoluciones

Para actuar en ese rol se debe acreditar ser víctima o damnificado por el hecho delictivo (legitimación), o el representante legal de la misma cuando corresponda (persona incapaz, víctima fallecida).

En todos estos casos se requiere el patrocinio legal del presentante, lo que implica un escollo para aquellas personas que no poseen medios económicos para la contratación de un abogado. Salvo contados casos no está prevista en los servicios de defensa pública la representación legal de víctimas en procesos penales.

No volveremos a insistir aquí en el desarrollo histórico, pero sí debemos recordar que en los últimos años la legislación se ha hecho eco del reclamo y se ido incorporando a los textos normativos disposiciones relativas al la salvaguarda de los derechos de la víctima, nuevos institutos mediante los que a través de un mayor protagonismo adquiere una posición de sujeto procesal relevante, legitimándola para participar en el procedimiento penal, más allá de las figuras descritas anteriormente.

Como bien señala Maier, 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 el caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.<sup>150</sup>

De esta manera surgió una nueva figura procesal, a la que algunos denominan “víctima a secas”, que puede asimilarse a una especie de “víctima privada” planteada por alguna doctrina. Esta víctima está determinada por la persona humana individual (en algunos casos incluso se contemplan aspectos colectivos) que ha sufrido una lesión u ofensa a sus intereses legítimos por la infracción a una norma penal y que interviene en el proceso reclamando una categoría procesal relevante.

Entre los derechos que ya forman parte de la legislación en la mayor parte del país tenemos los siguientes:<sup>151</sup>

- A recibir un trato digno y respetuoso
- A la documentación clara y precisa de lesiones y daños
- A la salvaguarda de su intimidad y la protección de la integridad física y moral propia y del entorno familiar
- A la información sobre los resultados del acto procesal
- Lleva a cabo el acto procesal en el lugar de residencia
- Al sufragio de los gastos de traslado para realizar medidas
- A la información sobre el estado de la causa y la situación del imputado
- A requerir el inmediato reintegro de efectos sustraídos
- A reclamar por demora o ineficiencia en la investigación

---

<sup>150</sup> MAIER, J.: “*La Víctima y el Sistema Penal*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

<sup>151</sup> Arts. 79/81 del Código Procesal Penal de la Nación. Arts. 83/88 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Este interés por el impulso del proceso va acompañado por la intención de ser protagonista de su propio conflicto, evitar cualquier tipo de revictimización y de obtener por parte de la autoridad las garantías suficientes para su actuación en aquél, para su seguridad y la posible reparación de lo sufrido.

Ahora bien, es sabido que la sola objetivación en una norma no implica de por sí el efectivo goce de un derecho. Para ello hace falta proveer los recursos y la oportunidad. Eso implica además poner en práctica medidas tendentes a garantizar dichos derechos. Por ejemplo, teniendo en cuenta que una fuente de victimización pueden ser las consecuencias negativas de la publicidad del caso, en algunos lugares se tiene cuidado en evitar la publicación de los datos que impliquen la individualización de la víctima, como así también no se les exige consignar sus domicilios en el momento de declarar.

### **3. INTERÉS CIVIL**

Desde la óptica civil, el interés de la víctima se centra precisamente en lograr algún tipo de reparación por los daños padecidos en virtud del hecho ilícito de otro. La concreción de una denuncia, ya culminación de un proceso penal mediante una sentencia condenatoria no necesariamente representarán la satisfacción de la víctima en cuanto a sus pretensiones restauradoras.

Cualquier forma de resarcimiento económico deberá ir acompañada de un procedimiento o, al menor, de un pronunciamiento especial. Por un lado, se podrá intentar en el mismo proceso penal siempre y cuando se encuentre previsto en el ordenamiento jurídico. Si bien se argumenta que es preferible la vía civil debido a las cuantías indemnizatorias, lo cierto es que aún así son pocos los juicios civiles iniciados

como consecuencia de ilícitos, exceptuando los derivados de los delitos llamados culposos (accidentes, mala praxis, etcétera) y daños. Ocurre además que la demora en lograr una sentencia definitiva en el fuero penal termina por diluir las fuerzas para encarar luego la acción civil correspondiente.

#### **4. EL ROL DEL ESTADO**

Por más que parezca natural la obligación de compensar a las víctimas por lesiones, pérdidas y daños sufridos, esa responsabilidad que recae en el autor del delito y que mencionáramos como “responsabilidad civil” implica la necesidad de demandarlo judicialmente.

Ahora bien, es posible que existan condiciones que impidan el ejercicio de ese derecho, tales como la falta de individualización del victimario o la imposibilidad de avance en la investigación a los fines de probar dicha responsabilidad, e inclusive la falta de solvencia económica por parte del obligado.

En razón de ello, desde hace un tiempo a esta parte ha aumentado el número de Estados que vienen implementando sistemas de resarcimiento de víctimas de delitos por parte del erario. Esta tendencia está enmarcada en una serie de tratados internacionales tales como la Convención Europea sobre la Compensación a las Víctimas de Crímenes Violentos que rige desde 1988 y diversas disposiciones relativas a la situación de la víctima en el derecho procesal penal.

El primer sistema de indemnización a víctimas de actos criminales por parte de un Estado se desarrolló en Nueva Zelanda en 1963 a través de la instauración de un tribunal que interviene en demandas de indemnización, y posterior aparecieron sistemas similares en Europa (Gran Bretaña, Francia, Dinamarca, etcétera) y América (Canadá,

México, Puerto Rico, etcétera).<sup>152</sup> En Argentina son muy pocas las jurisdicciones que han establecido programas en ese sentido.

Los modos y características de cada uno de ellos pueden diferir, ya que en algunos casos se trata de fondos asignados a programas de bienestar social, en otros de sistemas nacionales de seguros o planes específicos de indemnización a víctimas.

Generalmente se alude a ellos cuando resulta imposible lograr la reparación de parte del autor del delito o de alguna otra fuente obligada (compañía de seguros), por lo que puede preverse que la posibilidad de la víctima de obtener la compensación del Estado está restringida a determinados tipos de delito e importes que pueden compensarse.

A veces se trata de una indemnización y en otros de una compensación de emergencia sujeta a la determinación de la cuantía definitiva de la indemnización.

Según las jurisdicciones también serán variables la extensión de la cobertura y quiénes pueden ser beneficiarios, como así mismo si se tratará de un trámite meramente administrativo, o si requerirá una instancia judicial.

El origen de los fondos destinados para ese fin también difiere, ya que mientras en algunos países surge de la recaudación de multas y tasas cobradas en la justicia penal de los activos y bienes confiscados a los delincuentes, en otros se acude a obtener donaciones mediante exenciones fiscales a los donantes, la aplicación de impuestos y tasas a los planes de seguros, llegando inclusive a prever la asignación de prioridad a la víctima en el cobro de la indemnización sobre las multas y otros pagos de carácter punitivo que el victimario deba efectuar al Estado.

A medida en que se fueron desarrollando estos programas de indemnización, los Estados fueron perfeccionando el modo de informar a las víctimas sobre los mismos a la mayor brevedad posible después del hecho.

---

<sup>152</sup> VÁZQUEZ, A. “*La Víctima como Objeto de la Criminología*”, Revista Criminalia, México, XLIX.

## 5. OTROS INTERESES

No quisiéramos terminar sin mencionar algunos casos en los que la víctima, más allá de haber impulsado mediante su denuncia la formación de una causa penal, manifiesta interés en otro tipo de solución que se aparta de los resultados normales esperables del proceso.

Es sabido que los procesos judiciales, tal como están estructurados, no atienden ciertas necesidades que tanto la víctima como el ofensor tienen interés en satisfacer.

Existen, sin embargo, otros mecanismos y procedimientos que amplían la esfera tan limitada de intervención que tiene el juicio tradicional.

Nos referimos aquí a los programas de justicia restaurativa o de víctima-ofensor (V.O.R.P.)<sup>153</sup> y ciertos institutos denominados “métodos alternativos de resolución de conflictos” en los que se le ofrece a las partes involucradas en el hecho la posibilidad de participar en un espacio neutral con la colaboración de un tercero capacitado en técnicas y herramientas de comunicación, para tratar de encontrar una resolución que satisfaga las necesidades e intereses de las mismas.

Mucho se ha discutido acerca de la posibilidad de implementar métodos alternativos de resolución de conflictos en el fuero penal.

Roxin, al tratar el tema de la reparación de la víctima en el proceso penal, señala que existirían tres soluciones para elaborar jurídicamente esa idea:

---

<sup>153</sup> V.O.R.P.: Victim-Ofensor Restorative Program. El concepto o filosofía de la justicia restaurativa surgió durante las décadas de los 70 y 80 en los Estados Unidos y Canadá. Varios modelos han sido ensayados y perduran aún hoy, destacándose los programas de la Iglesia Menonita en Estados Unidos, los Círculos de Paz en pueblos nativos de Canadá, Justicia Juvenil en Nueva Zelanda, etcétera.



## 6. COMPOSICIÓN PRIVADA DEL CONFLICTO

Incorporación de la reparación como una tercera clase de pena, junto a la privativa de libertad y la multa, introducción de la restitución en el Derecho Penal como fin de la pena.

Concluye el autor en que sería recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un ‘tercer carril’ del Derecho Penal.

El problema para Roxin es que la reparación (...) 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.<sup>154</sup>

Pero cuando nos adentramos en el análisis, es factible identificar en el derecho comparado tres modelos de sistemas reparatorios.

El primero de ellos implica una imposición del tribunal, con lo que equivale a un tipo de pena. Las llamadas “*compensation orders*” del sistema anglosajón pueden incluir desde el incremento del resarcimiento en función de la pena (punitive damages), la entrega de sumas de dinero, hasta el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad (community service) o a favor de la propia víctima.

En este modelo de “sanción de representación” la víctima no tiene incidencia, ya que la decisión está en manos del juez decisor. Así también el imputado sólo ve modificada la forma en que deberá cumplir una determinada condena, viéndose en la mayor parte de las veces beneficiado, al igual que el estado que frecuentemente impone este modelo por razones de política criminal tales como la excesiva recarga de causas en los tribunales o la superpoblación carcelaria.

---

<sup>154</sup> ROXIN, C., “*La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena*”, trad. Julio Maier, en De los delitos y de las víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

El segundo vendría a ser una deformación del anterior. Con los mismos objetivos el Estado establece modalidades de suspensión de juicio poniendo a prueba al imputado, quien deberá cumplir con una serie de pautas impuestas por el juez durante un período determinado.

Este modelo denominado “suspensión del juicio a prueba” o comúnmente “probation” puede incluir entre sus medidas la reparación del daño causado a la víctima, así como trabajos comunitarios. Esta reparación provendrá de un ofrecimiento que realiza el imputado junto a su defensor al juez; y éste, sin importar en el caso la opinión de la víctima, podrá aceptar e imponer como regla de conducta.

El tercero, que nos interesa a los fines de este trabajo correspondería a un modelo que prácticamente establece una forma alternativa al sistema penal. El resultado surge de un proceso de intermediación entre autor y víctima, ampliando de esta manera el primitivo enfoque meramente reparador, llevándolo a un verdadero intento por autocomponer situaciones, revincular sujetos y restablecer la paz social.

Durante mucho tiempo se negó en el Derecho Penal la posibilidad de que las partes en pugna puedan resolver su problemática. Esto en parte se debió a que el propio Estado, mediante el llamado “proceso de expiación del conflicto” no permitió la real participación de los verdaderos protagonistas del mismo.

El monopolio del poder sancionador en manos del Estado, implicó el menoscabo de una efectiva participación ciudadana en la resolución de los conflictos que la atañen, con el consabido abandono sistemático de la voluntad de la víctima, en post de un interés superior vinculado a la protección misma del Estado. Estado que, a través de su sistema penal, termina reproduciendo los mismos conceptos atroces que declara combatir. El sufrimiento moral y físico y la estigmatización social del victimario son la contra-cara del abandono y el olvido permanente de la víctima, de su

victimización a través de las prácticas judiciales y del propio sistema que tiene como finalidad su protección.<sup>155</sup>

La historia de las penas es, sin dudas, más horrenda e infame para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más crueles y más numerosas que la violencia producidas por los delitos ha sido la producidas por las penas, y porque, mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y necesaria, la violencia impuesta por medio de la pena es siempre programada, conciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la artificial función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido en el género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.<sup>156</sup>

Señala Zehr que la justicia restaurativa tiene un especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema penal. Debido a la definición legal del crimen y la naturaleza del proceso penal existirían cuatro necesidades: información, narración de los hechos, recuperación del sentido de control y reparación o reivindicación.<sup>157</sup>

Hay oportunidades en que la víctima puede sentir mayor necesidad de encontrar un espacio en el que tenga la posibilidad de ser escuchado, de pedir explicaciones, de conocer la otra historia, de permitir el arrepentimiento y la disculpa, y también de obtener una reparación al daño sufrido. Igualmente para el ofensor, la posibilidad de poder encontrarse con su víctima, su necesidad de responsabilizarse positivamente y restaurar su imagen como persona, asumir compromisos y conductas valiosas para el futuro.

---

<sup>155</sup> CHRISTIE, Nils, “*Conflicts as Property*”, en *British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977.

<sup>156</sup> FERRAJOLI, L., “*Derecho y Razón*”, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

<sup>157</sup> ZEHR, H., “*Justicia Restaurativa*”, Goodbooks, 2007.

Un espacio que coloque a la víctima en una situación de protagonismo de la que antes carecía, permitiendo que junto al responsable del hecho recompongan la situación, sin incluir en dicho proceso la necesaria violencia que todo proceso penal implica.

Un modelo de justicia, en realidad, que tenga como prioridad los intereses concretos de la víctima sobre los intereses abstractos del Estado.

En definitiva, la oportunidad para la comunidad de administrar sus conflictos y permitir una resocialización pautada, asumida por todos.

Existen actualmente en el mundo muchos programas de justicia restaurativa y de mediación penal, cada uno con características distintas. De esta manera, encontramos modelos operados por instituciones públicas (Poder Judicial, Ministerio Fiscal, Poder Ejecutivo) y también por entidades privadas (Centros de Mediación, Iglesias, Colegios Profesionales, etcétera); gratuitos u onerosos; con mediadores abogados o con equipos interdisciplinarios; dentro del proceso o extrajudicial; adecuándose cada cual a la idiosincrasia y peculiaridades de cada comunidad.

Sin embargo, ciertas características son comunes (voluntariedad, confidencialidad, autocomposición, imparcialidad del mediador) y existen algunas directrices que no se pueden dejar de lado:

- a) El centro estará en el daño ocasionado o la ofensa cometida más que en la violación de la norma.
- b) Se demuestra el mismo interés y compromiso hacia las víctimas que hacia los ofensores.
- c) Se trabaja por la resolución de las víctimas atendiendo a sus necesidades.
- d) Se apoya a los ofensores evitando su estigmatización.

- e) Se genera oportunidad para el diálogo.
- f) Se estimula una solución acordada en espacio colaborativo.

g) Pero cualquiera que fuere el modelo que utilicemos, es fundamental en la evaluación del caso, determinar el grado de compromiso subjetivo que presentan tanto la/s víctimas/s con el victimario ante el hecho de violencia acontecido, las pautas autorreguladoras que posean estos sujetos en un momento histórico-cultural dado, la plasticidad psíquica para adaptarse e incorporar una nueva lógica y/o un nuevo orden, la disposición al cambio y el acceso a redes de contención, tanto familiares como institucionales con las que cuenta el individuo. Tarea ésta que entendemos solo puede realizarse mediante un equipo interdisciplinario capacitado.<sup>158</sup>

Por lo tanto, cualquier propuesta de aplicación de programas de justicia restaurativa, o métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación o conciliación en materia penal, no puede dejar de contemplar la preparación de sus operadores en la cuestión victimológica, a la par que deberá centrar su funcionamiento y operatividad en un modelo de abordaje que contemple la situación de la víctima, que permita que ella sea tenida en cuenta y escuchada, y que posibilite la reparación del daño por parte del victimario en una solución del conflicto del que no puede estar ausente la comunidad a través de sus redes. No puede existir un programa de mediación sin su articulación con un programa de asistencia a víctimas.

---

<sup>158</sup> EIRAS NORDENSTAHL, U., “*Mediación Penal – de la práctica a la teoría*”, Ed. Librería Historica, Buenos Aires, 2005.

## **IV. DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO**

Como señala Eugenio Pacelli de Oliveira respecto al bien jurídico protegido por la norma penal incriminadora, la lesión causada por el delito puede incidir, directamente, en la colectividad del cuerpo social, sin la completa particularización o personificación de la víctima, tal como ocurre con el tráfico de drogas, por ejemplo, como puede también afectar más intensamente al patrimonio (moral y económico) de determinada persona.

En la segunda hipótesis, tales conductas darán oportunidad a intervenciones judiciales distintas de la respuesta penal, delante de la diversidad y pluralidad de grados de ilicitud que las acompañan. En estas situaciones, cuando la repercusión de la infracción haya de atender también el campo de la responsabilidad civil, tendrá lugar la llamada acción civil ex delicto, que otra cosa no es sino el procedimiento judicial vuelto a la recomposición del daño civil causado por el delito.

Existen varios y diferentes sistemas procesales reglamentando la materia, ora permitiendo el enjuiciamiento simultáneo de los pedidos (penal y civil) en un solo juicio (el penal), ora previendo la separación entre las instancias, con mayor o menor grado de independencia entre ellas. Se entiende por independencia entre el juicio penal y el juicio civil la posibilidad de obtención de decisiones judiciales diversas sobre un mismo y único hecho, lo que solamente puede ser admitido, al menos en términos absolutos, en un sistema de separación total de instancias.

En Brasil, se adopta el sistema de la independencia relativa o mitigada, en razón de la existencia de una subordinación temática de una instancia a otra, específicamente en relación a determinadas cuestiones, de acuerdo con lo que desarrollaremos a continuación.

Eugenio Pacelli de Oliveira destaca que existe, sin embargo, una novedad. Y de gran importancia práctica.<sup>159</sup>

La Ley 11.719/08 ha alterado el dispuesto en el art. 387, CPP, renumerando el inciso IV, para en él incluir, ahora, el deber del juez, en la sentencia condenatoria, de fijar el valor mínimo para la reparación de los daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido. Así, de acuerdo con los términos previstos en el art. 63, párrafo único, con la redacción dada por la Ley 11.719/08, la víctima o legitimados implicado en el redacción del mismo dispositivo (art. 63, CPP) podrán ejecutar, desde luego, en el juicio Civil, la cuantía mínima reparatoria resultante del art. 387, IV, CPP, sin perjuicio de proseguir en la apuración del montante efectivamente debido.

Se observa, entonces, que la vía judicial elegida podrá ser la ejecutoria, caso de la ejecución de la sentencia penal condenatoria, consonante el dispuesto en el art. 584, II, del CPC (título ejecutivo judicial, cuya certidumbre deriva del dispuesto en el art. 91, I, CP), y, ahora, en el párrafo único del art. 63, CPP, relativamente a la cuantía mínima para la reparación de los daños sufridos por la víctima, o por medio del proceso de conocimiento, debiendo ser encaminados ambos pedidos (de ejecución o de condena civil) al juicio civil, de acuerdo con lo previsto en el art. 63 del CPP.

En las dos situaciones, estaremos delante de la acción civil fundada en el delito (ex delicto), sometida, en uno y otro caso, a las reglas de subordinación temática, o sea, a la eficacia de las decisiones del juicio criminal, previstas, sea en la legislación procesal, sea también en el Código Civil.

---

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, “*Curso de Processo Penal*”, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008. p. 165 y ss.

Con las nuevas disposiciones referentes al derecho de las obligaciones y en el campo de la responsabilidad civil, se imponen aquí algunas observaciones acerca de la Ley 10.406, de 10 de enero de 2002, cuya vigencia tuvo inicio en enero de 2003.

El art. 2.043 del nuevo Código Civil dispone que: “Hasta que por otra forma se disciplinen, continúan en vigor las disposiciones de naturaleza procesal, administrativa o penal, de leyes cuyos preceptos de naturaleza civil hayan sido incorporados a este Código.”

Con eso, las disposiciones relativas a la acción civil ex delicto previstas en el CPP, art. 63 al art. 68, mantienen su vigencia.

Dudas existieron, eventualmente, no con referencia a las normas de contenido procesal, en virtud del citado art. 2.043 del CC, sino con relación a posibles cambios en la propia legislación civil, teniendo en vista que el tema de que estamos tratando se sitúa precisamente en el campo de la responsabilidad civil.

Sin embargo, lo que se observa es que la Ley 10.406/02 (Código Civil) ha mantenido la esencia de todas las disposiciones referidas por el CPP a la legislación civil.

La más importante, por ejemplo, en lo que toca más de cerca a la cuestión de la acción civil ex delicto, señala respecto a la regla de la separación de instancias, el reconocimiento de la supremacía del juicio criminal en relación a algunas materias. De hecho, el actual art. 935 repite por entero el contenido del antiguo art. 1.525, resaltando que no más se discutirá en el civil la decisión criminal que reconozca la existencia del hecho y su autoría.

Del mismo modo, el antiguo art. 1.519, en el que se reservaba el derecho a la indemnización al dueño de la cosa, o a la persona lesionada, cuando no hubieren actuado con culpa, se encuentra reproducido en el actual art. 929. Es también lo que



ocurre con el actual art. 188 (corresponde al revocado art. 160) y con el actual art. 932 (correspondiente al revocado art. 1.521).

Cuestión especialmente polémica, que por cierto podrá provocar debates entre los civilistas, es la relativa a lo dispuesto en el nuevo art. 933 del CC, que establece la responsabilidad objetiva, esto es, independientemente de culpa, de los responsables por actos de empleados; hijos menores; huéspedes, moradores y educados, tal como lo prevé el art. 932, I, II, III y IV, del CC. Relativamente al deber de indemnizar de los padres y tutores, por actos delictivos practicados por sus hijos y tutelados, incapaces, no existe ningún problema ni novedad. Pero, en lo que toca a la obligación del empleador o comitente por la práctica de actos criminales practicados por sus empleados, en el ejercicio del trabajo que les compete o en razón de él, la institución de la responsabilidad civil objetiva merecerá toda la atención.

## **1. PERJUDICIALIDAD**

Como sucede en diversos ordenamientos jurídicos que se preocupan de la uniformidad de las soluciones judiciales para casos idénticos, sobre todo cuando la hipótesis sea de un único y mismo caso, sometido a competencias distintas (juicio criminal y juicio civil), prevé el párrafo único del art. 64 del CPP que “[...] intentada la acción penal, el juez de la acción podrá suspender el curso de ésta, hasta el juicio definitivo de aquella”.

La ratio esendi del apuntado dispositivo legal puede ser fácilmente identificada. Tratándose del juicio de un mismo hecho y de la misma causa de pedir, la búsqueda de una única solución para ambas instancias debe pasar necesariamente por un modelo procesal en el que haya previstas menores restricciones a la prueba y en que el grado de certidumbre obtenido en la reconstrucción de los hechos, sea elaborado a partir

de pruebas materialmente comprobadas. Por eso, el camino a ser elegido debe ser el del proceso penal.

De hecho, una vez admitida la hipótesis de subordinación de una instancia a otra, aunque apenas en relación a determinadas cuestiones, la relación de dependencia ha de ser del juicio criminal. En éste, la verdad procesal es obtenida a partir de criterios más rigurosos, no admitiéndose como suficiente la comprobación de una alegación, por ejemplo, la simple ausencia de impugnación tempestiva a ella, tal como ocurre en el proceso civil (art. 302, CPC).

Así, en los términos del art. 64, párrafo único, del CPP, una vez propuesta la acción en el juicio criminal, el juez del civil podrá suspender el curso de ésta hasta la solución final de la acción penal. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el art. 265, IV, § 5º, del CPC (que es posterior al Código de Proceso Penal), la suspensión del proceso en el civil no podrá traspasar el plazo de un año, al fin del cual el juez retomará obligatoriamente su jurisdicción.

Y más: el vocablo *podrá*, constante del citado art. 64, párrafo único, del CPP, confiere verdadero poder discrecional al juez del civil, acerca de la conveniencia de la suspensión del proceso en aquella instancia. Aunque algunos autores entiendan que el término (*podrá*) contemplaría verdadero deber, entendemos que la hipótesis es de discrecionalidad. Eso porque, solamente a partir del examen del estado de desarrollo procedimental de uno y otro proceso (la acción civil y la penal) se podrá evaluar la conveniencia de suspenderse el proceso en el civil. Así, cuando se paraliza la instrucción en la acción civil, no habrá, según nos parece, ninguna razón para la suspensión del proceso si, por ejemplo, están aún en el inicio el procedimiento criminal. La cuestión de la suspensión, hasta porque la propia ley prevé plazo limitado (art. 265, CPC), debe, pues, situarse en el ámbito de la discrecionalidad, y no de la obligatoriedad.

Sin embargo, si ambas acciones están en fases procedimentales igualmente desarrolladas, o aún cuando la acción civil esté más adelantada, pero no concluida su fase instructora, la suspensión del proceso civil se revelará extremadamente oportuna y conveniente, en la medida en que determinadas cuestiones, una vez resueltas en el juicio criminal, subordinan el contenido de la decisión a ser proferida en el civil. Por eso, y, sobre todo, en atención al amplio espacio probatorio destinado al proceso penal, en tales situaciones, la suspensión del juicio podrá evitar el enjuiciamiento posterior de acciones rescisorias (cuando quedan, en los términos del art. 485, CPC), si es inviable el reconocimiento de los hechos de la decisión criminal en la vía recursal civil, o sea, después de la firmeza de la sentencia civil.

Esta es la razón de la inexistencia de preponderancia de margen probatoria en el proceso penal, en lo que se refiere específicamente a las cuestiones relativas al estado de las personas (para cuya materia rigen las mismas restricciones previstas para el juicio civil, de acuerdo al art. 155, párrafo único, CPP), porque, excepcionalmente, se difiere a la instancia civil cierto poder subordinante en relación a la criminal, cuando la decisión sobre la existencia de la infracción depender de la solución de controversia, seria y fundada, de cuestión de esta naturaleza. En tales situaciones, el Juez Criminal deberá, obligatoriamente, suspender (art. 92, CPP, cuestión prejudicial obligatoria) la acción penal hasta la solución definitiva, no corriendo, por eso, el plazo prescripcional para la acción penal (art. 116, I, CP).

## 2. OBJETO

Frecuentemente, la doctrina busca distinguir como restitución, resarcimiento, reparación e indemnización a las diversas modalidades de recomposición civil de los daños causados por la infracción penal.

El objeto, o contenido, de la acción civil, que viene a ser precisamente la apuntada recomposición patrimonial o pecuniaria derivada de la ilicitud, también civil, se puede identificar en un pedido de simple restitución del bien sustraído o apropiado indebidamente, o, cuando mayor el daño, de resarcimiento, en que buscará satisfacer, además del daño emergente, también aquello que el ofendido ha dejado de recibir con la fruición del bien (lucros cesantes). Como se percibe, en ambas modalidades de recomposición citadas, el daño causado es de naturaleza económica.

Sin embargo, aunque toda la clasificación construida con rigor conceptual sea indispensable a la elaboración científica, el hecho es que la legislación brasileña, incluyendo la propia constitución, no obedece a las definiciones anteriormente apuntadas, tratando por indemnización cualquier pedido de naturaleza resarcitoria o reparatoria (ver, por ejemplo, art. 5º, V, CF, y art. 68, CPP).

La actual legislación civil codificada (Código Civil) bien demuestra la concreta inutilidad de las apuntadas clasificaciones, en el punto en que, en el primer capítulo del Título IX, sobre la responsabilidad civil, dispone acerca de la obligación de indemnizar, refiriendo se a cualesquiera de sus modalidades.

Por último, conviene referir que el pedido de restitución de bien, sustraído o apropiado indebidamente, aunque incluíble en el proceso civil, puede ser aviado en la instancia criminal por medio de un simple incidente de restitución de cosas aprehendidas, de acuerdo con lo previsto en los arts. 118 y siguientes del CPP, en la

hipótesis, evidentemente, de ya haber sido aprehendido el bien objeto del ilícito penal y de inexistencia de duda en relación a su propiedad (art. 120, § 4º, CPP).

### **3. LEGITIMACIÓN**

Tanto la ejecución del pronunciamiento civil de la sentencia penal condenatoria como el enjuiciamiento de la acción de conocimiento en el juicio civil podrán ser propuestas por el ofendido o su representante legal, en el caso de incapacidad (minoría, alienación mental etc.). Tratándose de pretensión de naturaleza civil, con repercusiones de índole patrimonial, se tiene que la legitimación para la acción, en la falta del ofendido, o de su representante legal, es atribuida a sus herederos, conforme a lo dispuesto en el art. 63, caput, del CPP, no limitándose a la lista de personas enumerada en el art. 31 del mismo Código.

### **4. SUBORDINACIÓN TEMÁTICA Y EFICACIA PRECLUSIVA**

#### **4.1. En las Decisiones Condenatorias**

De acuerdo con lo ya referido, el sistema procesal brasileño, en lo que toca a la vinculación de instancias en relación a un hecho único, adopta el modelo de la independencia relativa o mitigada.

Aunque no se renuncie al ideal de la jurisdicción, manifestación del mismo Poder Público, no son todas las decisiones proferidas en una instancia que permitirán soluciones diversas en otra, adoptando el legislador los criterios de la eficiencia o suficiencia probatoria y de la extensión material de lo juzgado para la determinación de la subordinación temática.

Así, en los términos del art. 935 del CC, una vez comprobada en el juicio criminal la existencia del hecho, así como su autoría, tales cuestiones no podrán ser más discutidas en la instancia civil.

Se trata, pues, de decisión con eficacia preclusiva subordinante, a la medida en que impide la reapertura de la discusión en cualquier otro proceso o juicio, en homenaje a la unidad de la jurisdicción.

Por ello, la materia vedada a la discusión en la instancia civil se limita, exclusivamente, a la existencia del hecho y a la respectiva autoría. Así, nos parece perfectamente posible la alegación, en el civil, de la concurrencia de culpa en el evento dañoso, aunque tal cuestión no haya sido abordada en el juicio criminal, o, caso de serlo, no se haya mostrado suficiente para alejar la responsabilidad penal.

Aunque pueda parecer absurda la posibilidad de un ilícito penal que no sea también un ilícito civil – el contrario no siempre es verdadero, como se sabe -, el hecho es que, en tal situación, es la propia ley (art. 935, CC) la que hace la restricción específica a los hechos preclusivos de la decisión criminal. La hipótesis antes mencionada, a mi modo de ver, no se encuadra en las exigencias de la cosa juzgada (arts. 467 y 468, CPC), en tanto puede no existir ni siquiera identidad de partes en la acción penal y en la civil.

Lo que no nos parece sujeto a nuevas indagaciones en el civil, se refiere al elemento subjetivo de la acción delictiva; esto es, la decisión acerca del dolo o culpa imputados al autor, sobre todo por tratarse de materia indisociable de la decisión relativa a la propia autoría.

## 4.2. En las Decisiones Absolutorias

Aún valiéndose de los criterios de la suficiencia probatoria y de la extensión material de juzgado, el Código de Proceso Penal prevé que ha cosa juzgada en el civil la sentencia penal que reconocer haber sido el acto practicado en estado de necesidad, en legítima defensa, en estricto cumplimiento del deber legal o en el ejercicio regular del derecho (art. 65 del Código de Procedimiento Penal Brasileño<sup>160</sup>).

Como se percibe, en todos los casos referidos, la subordinación se vincula a la demostración cabal y suficiente de la existencia de una de las llamadas causas de justificación de la conducta o excluyentes de ilicitud.

Hay quien entiende aplicable la referida norma legal también a las hipótesis de legítima defensa o estado de necesidad putativos, o sea, cuando el agente, por error plenamente justificado por las circunstancias, supone situación de hecho que, si existiera, tornaría la acción como legítima (art. 20, § 1º, CP).

Referido posicionamiento puede ser explicado por la calidad y suficiencia de la prueba producida en el juicio criminal, determinante de la absolución del acusado con fundamento en el art. 386, VI, del CPP, en que constará, de la parte dispositiva de la sentencia, la existencia de circunstancias excluyentes del delito o exoneradores de pena, o sea, de cualesquiera de las excluyentes de tipicidad, ilicitud o de culpabilidad previstas en el art. 20 (error de tipo y discriminantes putativas), art. 22 (coacción irresistible y obediencia jerárquica), art. 23 (causas de justificación), arts. 26 y 28 (inimputabilidad por incapacidad o derivada de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito o fuerza mayor).

---

<sup>160</sup> Art. 65. Hace cosa juzgada en el civil la sentencia penal que reconocer haber sido el acto practicado en estado de necesidad, em legítima defensa, em estricto cumplimiento del dever legal e no ejercicio regular del derecho.

Así, y sobre todo porque la discriminante putativa tendría recibido el mismo tratamiento dispensado a las causas de justificación reales (legítima defensa, estado de necesidad etc.), para fines de absolución, sería posible interpretar, extensivamente a aquéllas la regla del art. 65 del CPP.

En mi opinión, sin embargo, esta hipótesis no convence. En lo que se refiere exclusivamente al criterio de la suficiencia probatoria, en relación a los elementos subjetivos de la conducta del acusado, la argumentación que parece incontestable, a la cuenta de la unidad de la jurisdicción.

Todavía, cuanto a la extensión material del juzgado, se puede mismo objetar que la ley (art. 65, CPP) no hace ninguna referencia a las discriminantes putativas entre las hipótesis abarcadas por la cosa juzgada. Con eso, nos parece inconveniente, en el mínimo, pretender una interpretación extensiva o analógica en un tema de tal magnitud.

Cuando se acepta, por ejemplo, la eficacia de la decisión en relación a la legítima defensa real, se debe tener por resuelta la cuestión pertinente a la existencia, a la inminencia o actualidad y a la injusticia de la agresión. Así, si de la reacción del agredido (en legítima defensa) resultar a la muerte del ofensor, sin que se pueda hablar en exceso de legítima defensa, la consecuencia, en el campo de la responsabilidad civil, es muy relevante, dado que estará supeditada la vía de la recomposición de los daños para los herederos.

Sin embargo, no nos parece acertado pretender la misma solución cuando la hipótesis sea de legítima defensa putativa, dado que, en realidad, ni siquiera habría existido la equivocadamente vislumbrada agresión y mucho menos su injusticia. A juicio de Eugenio Pacelli de Oliveira<sup>161</sup>, pues, tratándose de legítima defensa putativa, no estará excluida la responsabilidad civil.

---

<sup>161</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Op.cit. p. 171.



De acuerdo con lo anterior conviene referir que, aunque sea vedada la reapertura de la discusión acerca de la materia entonces decidida (excluyentes reales), la responsabilidad civil no estará alejada cuando haya una expresa previsión legal en este sentido, o sea, previendo la recomposición del daño, similar en las hipótesis de legítima defensa, estado de necesidad, estricto cumplimiento del deber legal o ejercicio regular del derecho.

Así, por ejemplo, prevén los arts. 929 y 930 del CC que el agente causador del daño a la cosa, deberá indemnizar a su propietario, aunque haya actuado – y, así, causando el daño – en legítima defensa o en el ejercicio regular de un derecho (art. 188, I y II, CC), o con la finalidad de remover peligro inminente, desde que no sea aquél (el dueño de la cosa) culpado por el peligro o responsable por la agresión, y haya, efectivamente, sufrido perjuicio.

Por obvio, y específicamente para aquellos autores que admiten los hechos de la cosa juzgada también en los casos de excluyentes putativos, todo lo que anteriormente dicho acerca de las causas de justificación o excluyentes de ilicitud reales, en lo que se refiere al no alejamiento de la responsabilidad civil cuando prevista en ley, sería igualmente aplicables a aquéllas.

También cuando la sentencia absolutoria penal aparezca probada categóricamente – o sea, en la parte dispositiva (art. 386, I, CPP) -, la inexistencia del hecho, no se podrá discutir tal cuestión en el juicio civil, restando, así, definitivamente alejada la responsabilidad civil. Todo en conformidad con el dispositivo en el art. 66 del CPP.

Como veremos posteriormente, la Ley 11.719/08 como novedad también en materia de acción civil ex delicto, dando una nueva redacción al art. 386 del CPP, incluye, como hipótesis de absolución, la certidumbre judicial fundada en el hecho de

estar probado que el reo no concurrió en la infracción penal (art. 386, IV, CPP). Tratándose, entonces, de juicio de certidumbre, la unidad de la jurisdicción impone la vinculación de la instancia civil a la referida fundamentación absolutoria.

#### **4.3. La Negativa de Autoría**

Comprende, como escribe Eugenio Pacelli de Oliveira, una de las cuestiones más interesantes respecto a la decisión judicial absolutoria en la que se pretende ver reconocida una eventual negativa de autoría.<sup>162</sup>

Antes de la Ley 11.719/08, que dio nueva redacción al art. 386 del CPP, no era raro encontrar, en algunas decisiones de nuestros tribunales, una referencia a la denominada negativa de autoría como suficiente para el impedimento de la instauración de la acción civil ex delicto. En ese sentido, por ejemplo, pero sin aplicar la definición legal de la negativa de la autoría, STF – MS n° 23.188/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie – Informativo STF n° 295, diciembre de 2002, fl. 3.

Nos parece, sin embargo, que semejante entendimiento contrariaba frontalmente las reglas procesales relativas a los procedimientos judiciales absolutorios previstos en el Código de Proceso Penal, dado que, hasta el año de 2008, el ordenamiento procesal brasileño no preveía la posibilidad de decisión absolutoria con fundamento en la prueba de la no autoría.

Sin embargo, en la actualidad con el cambio traído por la Ley 11.719/08, el CPP ha pasado a contemplar, como parte dispositiva de la absolución, el estar probado que el reo no concurrió a la infracción penal (art. 386, IV, CPP). Y la alteración es substancial, en la medida que, si es verdad que, en la mayoría de los casos, la sentencia solo puede afirmar la ausencia de prueba de la autoría, en otros, aunque excepcionales,

---

<sup>162</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, op. cit. p. 172.

podrá restar demostrado que el reo no podría haber practicado la infracción. O más, que otra persona habría sido la autora del delito. En tal situación, la absolución con base en ausencia de prueba es perjudicial a los intereses la Administración de la Justicia y, evidentemente, a los intereses del acusado.

En consecuencia, una vez reconocido en la decisión absolutoria, no sólo como fundamento del fallo, sino, ahora, como parte dispositiva de la sentencia, la prueba de no haber el reo practicado la infracción, nos parece irrecusable que la instancia civil habrá de someterse al referido contenido decisorio, impidiéndose cualquier tentativa de responsabilización civil por el hecho. El postulado de la unidad de la jurisdicción lo impediría.

De verse, sin embargo, que aún permanece la previsión de absolución por ausencia de prueba de la autoría, lo cual se ve reafirmado en el art. 386, V, CPP. y en tales situaciones, y ahora con mayor fundamento, no se podrá pretender los mismos efectos de la decisión que juzga probada la no autoría (IV). No habrá en esas hipótesis negativa de autoría, pero existirá duda en cuanto a ella.

Por eso, entiende Eugenio Pacelli de Oliveira que en el caso de la absolución con fundamento en el art. 386, V, CPP, con la redacción dada por la Ley 11.719/08, la cuestión debe resolverse en el nivel de la insuficiencia de prueba de la autoría, y no de la suficiencia de la prueba, a no ser que el reo sea el autor del hecho, como ahora previsto en el art. 386, inciso IV, CPP. De ahí el porque es perfectamente posible la reapertura de la discusión en la instancia civil en tal situación.<sup>163</sup>

Basta, así, para la distinción de las hipótesis legales, que se vea lo dispuesto en el art. 386 del CPP, para que se tenga la comprobación irrefutable de lo que alegamos, observándose, lo que va en el inciso IV y en el inciso V del mismo dispositivo, con la siguiente redacción: “Art. 386. El juez absolverá el reo, mencionando la causa en la

---

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, op. cit. p. 173.

parte dispositiva, desde que reconozca: [...] IV – estar probado que el reo no concurrió para la infracción legal; V – no existir prueba de haber el reo concurrido para la infracción penal; [...]”.

De otro lado, no se puede pensar en cualquier eficacia preclusiva o cualesquiera otros efectos de la cosa juzgada de la decisión criminal de absolución sumaria, tal como está previsto en el art. 397, IV, CPP, en relación a la extinción de la punibilidad del hecho. Aquí no existe, rigurosamente, absolución, sino el reconocimiento de la pérdida de interés en la intervención penal, surgida a partir de criterios de exclusiva política criminal.

Del mismo modo, las hipótesis de absolución sumaria fundadas en las excluyentes de ilicitud y culpabilidad (art. 397, I y II, CPP) no tendrán los mismos efectos de la absolución definitiva basada en los mismos fundamentos (art. 386, VI, CPP). Así, nos parece, en razón a la ausencia de cualquier instrucción probatoria que pudiera preservar los intereses del ofendido en la recomposición patrimonial del daño. La disposición del art. 65 del CPP tiene como presupuesto, exactamente, la absolución definitiva, proferida después de la regular instrucción del proceso, no pudiendo ser abarcada por la nueva redacción del art. 397, I y II, CPP.

Obviamente, y por muchas más razones, es impensable cualquier vinculación resultante de la decisión de archivo de la investigación policial.

#### **4.4. Responsabilidad Civil de Terceros**

El Derecho brasileño atribuye no sólo al autor del acto ilícito la responsabilidad civil por los daños causados al titular del patrimonio – material o moral – lesionado. Prevé también que determinadas personas, en razón de parentesco o de la relación jurídica existente con el autor material de los daños, respondan por el riesgo asumido

con la elección del mandatario, empleado o prestador de servicio (art. 392, III, CC), bien en razón al ejercicio del poder familiar (arts. 1.630 y siguientes, CC), o de la asistencia debida a los descendientes tutelados y curatelados, en los términos del art. 932, I y II, del CC.

Es lo que ocurre también en relación al ilícito penal, estableciendo, el Código Civil, innumerables hipótesis de responsabilidad civil por hecho ajeno en razón de la práctica de infracción delictiva, de acuerdo con lo previsto en los dispositivos alineados a partir del art. 927 de la aludida legislación codificada.

En el mismo sentido, el art. 64 del CPP establece que la acción para resarcimiento del daño podrá ser propuesta en el juicio civil contra el autor del delito y, en su caso, contra el responsable civil.

La cuestión que ofrece mayor complejidad en relación al tema es la relativa a la extensión de la subordinación temática existente entre la instancia civil y criminal – o sea, a la eficacia preclusiva de las decisiones condenatorias o absolutorias del juicio penal – también al responsable civil, no integrante de la relación procesal penal.

Por ello, la dificultad tendrá lugar cuando se trate de acción de conocimiento propuesta contra el autor del hecho y el responsable civil. En la hipótesis de ejecución de sentencia penal condenatoria, el título ejecutorio es, obviamente, dirigido contra el condenado. Es por lo que no podrá ser opuesto a cualquier otra persona.

Ya con relación a la acción de conocimiento, parte de la doctrina sostiene la imposibilidad de extensión de efecto *erga omnes* de la decisión criminal condenatoria, sobre el fundamento de violación del contradictorio y la amplitud de su defensa impidiéndose así la discusión sobre la existencia del hecho y su autoría, con innegable disminución previa de sus oportunidades de éxito en la demanda civil.

La argumentación, sobre todo por la calidad intelectual de sus defensores, realmente impresiona. Pero, con el debido respeto, no convence, según Eugenio Pacelli de Oliveira.<sup>164</sup>

En primer lugar, porque el ordenamiento jurídico Brasileño no autoriza cualquier modalidad de intervención de terceros en el proceso penal, a no ser la asistencia (que, a propósito, no es, técnicamente, modalidad de intervención de terceros), reservada exclusivamente al ofendido - y demás legitimados, en el caso de su incapacidad, ausencia o muerte – en interés de la acusación. Esto es así porque el contenido del proceso penal, en lo que toca únicamente a la imposición de la sanción penal, no evidencia ningún interés jurídico para el responsable civil, dado que, vedada también la formación de litisconsorcio pasivo, la pena no pasará de la persona del acusado, y solamente de él (art. 5º, XLV, CF).

En segundo lugar, porque el examen y la apreciación de las cuestiones vinculadas a la autoría y a la materialidad del delito, no son propias del campo de la fundamentación de semejante modalidad de responsabilidad civil. Ésta se localiza en el ámbito de las relaciones jurídicamente relevantes existentes entre el agente del delito y el responsable civil.

El alto grado de desarrollo tecnológico en las actividades productivas, así como la creciente y desordenada disputa por el mercado consumidor, quizá constituyan la base estructural de la elaboración de una teoría de la responsabilidad civil centrada en el riesgo, y no más en la culpa.

Atento a esa evolución, el nuevo Código Civil ha cuidado de referirse a ella de modo expreso, en el texto del art. 927, cuyo párrafo único tiene la siguiente redacción: “Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos

---

<sup>164</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, op. cit, p. 174.

especificados en ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implique, por su naturaleza, riesgos para el derecho de otro.”

Como se observa, y ahora por fuerza de lo dispuesto expresamente en el art. 933 del Código Civil, que establece la responsabilidad objetiva – independientemente de culpa – del empleador y del comitente, por acto ilícito practicado por sus empleados y prepuestos, la materia de defensa reservada al tercero, responsable civil, en la hipótesis de ya haber decisión condenatoria del autor del delito (reconociendo, por tanto, la existencia del hecho y la autoría, en los términos del art. 935, CC), será únicamente aquella atinente a la existencia, o no, de la relación jurídica (contractual o legal) entre aquel y el autor del delito. La cuestión relativa a la existencia y a la autoría del hecho estará fuera de su alcance, desde que exista sentencia condenatoria.

Sin embargo, si la acción de responsabilidad civil es interpuesta antes de la acción penal, o sea, sin que haya condena penal ya dictada en juicio, pensamos que el tercero, responsable civil, no estaría impedido de discutir, en el juicio civil, toda la materia relativa al hecho y a la autoría, frente a su posición litisconsorcial y ante la ausencia, aún, de subordinación temática a la instancia penal.

Aunque la responsabilidad del tercero esté situada en el vínculo contractual o legal, el hecho está en que ella solamente existirá si concurre la responsabilización penal del autor del hecho, su empleado, tutelado o servicial. Por eso, creemos que el horizonte de la discusión judicial civil puede ser ampliado; también en relación a él, cuando estuvieran en disputa sólo los intereses privados derivados de la recomposición civil del daño causado por el delito.

En otras palabras: cuando por tratarse de una acción civil reparatoria, propuesta contra el autor del hecho y su responsable civil e, inexistiendo acción penal en curso (o, si se hubiera archivado la querrela o absuelto el reo por ausencia de pruebas), o, si en

curso, aún no sentenciada, con decisión dictada en juicio, se admite que el tercero (responsable civil) pueda impugnar la propia existencia del hecho y su autoría. Eso, en el ámbito, por supuesto, del proceso civil. Esto ocurre menos en razón de la posible violación a la amplia defensa – que también será ejercitada – que en razón del litisconsorcio formado entre ambos (responsable civil y autor del hecho), cuya consecuencia, por fuerza de ley, extenderá a los dos los efectos de la sentencia.

En el juicio criminal, sin embargo, las cuestiones relativas a la autoría y a la materialidad evidencian intereses de naturaleza pública, en la medida que, una vez calificada la conducta como delictiva, la intervención estatal debe caracterizarse como ultima ratio. De ahí que, acrecida la necesidad de preservar la unidad de la jurisdicción, no puedan más ser discutidas, cuando estuvieren declaradas en juicio.

Igualmente, cabe recordar que la imposibilidad de reapertura de la discusión acerca de la autoría y de la materialidad puede también ser explicada como restricción a la prueba en el juicio civil, como apunta Tourinho Filho (1992, v. II, p. 22) recordado por Eugenio Pacelli de Oliveira.<sup>165</sup> De hecho, como se sabe, en la instancia civil, existen restricciones a la prueba de naturaleza incluso substancial, como ocurre con la certidumbre obtenida a partir de la simple ausencia de impugnación del hecho articulado en la demanda (art. 302, CPC), con la veda del testimonio de menores de 16 años (art. 405, III, CPC), e incluso con los efectos de la confesión (arts. 348 y siguientes, CPC). La imposibilidad de reabrir la discusión de tales cuestiones sería, entonces, otra de las ya existentes restricciones a la prueba.<sup>166</sup>

Como muy bien escriben Pedro Henrique Demercian y Jorge Asaf Maluly, la práctica del delito, además de violar un bien jurídico penalmente tutelado, imponiendo a su autor la aplicación de una sanción penal, genera también, en algunos casos, la

---

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, op. cit, p. 174.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, op. cit, p. 176.



obligación de reparación del daño provocado al ofendido.<sup>167</sup> En palabras de José Francisco Marques “el bien jurídico lesionado por el delito, si es la consubstanciación de un valor social que el Estado debe preservar (y de ahí la existencia de delito), también se presenta, como es el caso, como elemento del patrimonio de alguien, o como interés jurídicamente protegido de la víctima o sujeto pasivo del delito”.<sup>168</sup>

La obligación de reparar el daño es impuesta a todo aquél que, por acto ilícito (art. 186 y 187 del CC), causa daño a otro (art. 927 del CC).

Teniendo en cuenta el interés de la sociedad y del Estado de restablecer el orden social vulnerado por el delito, la legislación penal-procesal brasileño se ocupa de la cuestión de la reparación del daño en diversos preceptos. Así, la sentencia penal condenatoria torna cierta la obligación del agente de indemnizar la lesión causada por su delito (art. 91, inciso I, del CP). El resarcimiento del perjuicio del ofendido puede presentarse como condición para la concesión de un beneficio, como se verifica en la suspensión condicional del proceso (art. 89, § 1º, inciso I, de la Ley nº 9.099/95); la disminución de pena por el arrepentimiento posterior (art. 16 del CP); la aplicación del sursis especial (art. 78, § 2º, del CP); y la concesión de la rehabilitación (art. 94, inciso III, del CP) en los delitos de lesiones corporales leves y culposas, la composición civil acarrea la extinción de la punibilidad del autor del hecho (art. 74, párrafo único, de la Ley 9.099/95).

Por otro lado, la idea de indemnizar el daño proveniente de delito ha evolucionado del simple efecto secundario de la condena a adquirir la naturaleza de sanción al lado de la pena, como fruto de una específica política criminal orientada a colaborar en la realización de las finalidades de carácter preventivo de las sanciones penales. Los argumentos favorables a la adopción de esa política criminal son tres: (a) el

---

<sup>167</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique. MAMULY, Jorge Assaf, “*Curso de processo penal*”, 4 ed, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 153.

<sup>168</sup> MARQUES, José Frederico. “*Curso de direito penal*”, São Paulo, Saraiva, 1956, vol. 3, p. 300.

interés de la víctima es más servido por medio de la reparación que por la aplicación de una sanción penal al agente; (b) en muchos casos de pequeña o media criminalidad, la indemnización civil es suficiente para restablecer el equilibrio de la comunidad, violado con la práctica criminal; (c) a la reparación se debe atribuir, en general, un acentuado efecto resocializador del sujeto activo, que es obligado a enfrentarse con la víctima y las consecuencias de su acto<sup>169</sup>.

La legislación brasileña adoptó esa concepción de reparación del daño como sanción en el Código de Circulación Brasileño, al prever la multa reparatoria, destinada a la víctima o sus sucesores (art. 297), y la pena restrictiva de prestación pecuniaria, también en favor del ofendido o de sus dependientes, admitida por los arts. 43, inciso I, y 45, § 1º, del CP. Tales normas, es importante destacar, no excluyen la apuración de la indemnización civil en el juicio propio.

Además de esas medidas de carácter penal, cuando no se produce la indemnización espontánea, consonante con la obligación derivada de la condena del agente (art. 91, inciso I, CP), el estatuto procesal da a la sentencia penal eficacia ejecutiva en el juicio civil. Para otras hipótesis, admite el enjuiciamiento de la acción civil ex delicto (arts. 63 y 64), como veremos a continuación.

## **5. LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

La infracción penal crea consecuencias de orden penal y civil a su autor. Sin embargo, teniendo en cuenta que el mismo hecho puede ser apreciado por jurisdicciones distintas, surge la cuestión de la interdependencia entre las dos especies de responsabilidad, la civil y la penal, y los efectos de la cosa juzgada de la sentencia penal

---

<sup>169</sup> DIAS, Jorge Figueiredo, *“Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime”*, Lisboa, Aequitas, 1993, pp. 77-79.

en el juicio civil. Dos sistemas se presentan para la solución de ese problema: (a) el de la unión, por el que el juez penal resuelve sobre el delito y sobre la reparación del daño; (b) y el de la separación, por el cual la reparación debe ser reclamada en un juicio civil y la sanción en el penal<sup>170</sup>.

En Portugal, por ejemplo, rige el sistema de la unión. El art. 71 del CPP portugués permite que en el proceso penal sea deducido un pedido de indemnización civil. Alternativamente, la legislación portuguesa también admite que ese pedido sea juzgado, separadamente, ante el tribunal civil, en determinadas hipótesis legales como, por ejemplo, si hay demora en la conducción de la acusación, si el proceso criminal ha sido archivado o suspendido provisoriamente, si la acción penal sea de iniciativa privada (art. 72, CPP). El estatuto portugués permite también que la reparación de los daños, deducida en el proceso penal, sea propuesta contra el responsable meramente civil, que, a su vez, podrá intervenir voluntariamente en la acción criminal (art. 73).

En Brasil, el sistema adoptado es el de la independencia. Dispone el art. 935 del CC que la “responsabilidad civil es independiente de la criminal”. En palabras de Caio Mário Da Silva Pereira:

“Para el Derecho penal, el delito es un hecho de desequilibrio social, que justifica la represión como medio de restablecimiento; para el derecho civil, el ilícito civil es un atentado contra el interés de restauración del equilibrio roto. El delito criminal, como violación de la ley penal, puede a veces confundirse con el ilícito civil, como en el caso del hurto de una sola vez, contraviene la norma de interés social y atenta contra el derecho subjetivo de otro; pero puede distanciarse de él, de forma que haya un ilícito civil extraño a la órbita de acción criminal (ejemplo, el incumplimiento de una obligación pecuniaria), o ilícito criminal que no penetra la noción de ilícito civil,

---

<sup>170</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, “*O papel da vítima no processo criminal*”, São Paulo, Malheiros, 1995 pp. 166-167.

como es el caso de la tentativa de muerte. Para el derecho criminal, el ilícito o delito motiva la segregación del agente, o disminución patrimonial, o simplemente la privación de una facultad; para el derecho civil, crea el deber de reparación con el hecho de recomponer el bien jurídico ofendido. En el caso de que un ilícito sea reprimido simultáneamente en el civil y en el criminal, existe diferenciación, pues mientras éste tiene en vista la persona del agente para imponerle sanción, aquél se preocupa por el resultado y pretende recomposición patrimonial de la víctima; mientras el derecho penal ve en el ilícito la razón de punir al agente, el derecho civil percibe en él, el fundamento de la reparación del daño. Por esto mismo, la responsabilidad civil es independiente de la criminal, aunque quepa la superposición de las dos áreas.”<sup>171</sup>

Por eso, las normas procesales penales que tratan sobre el tema acompañan esa orientación. Así, el art. 64, in line, del CPP faculta al ofendido para interponer la acción civil contra el autor del delito o, si sea el caso, contra el responsable civil, independientemente del inicio de la acción penal. En el mismo sentido, el art. 66 del CPP dispone que la sentencia absolutoria en el juicio criminal no impide la interposición de la acción civil; y el art. 67, del CPP admite la acción civil también en los casos de archivo de la instrucción o de las piezas de información, cuando la decisión judicial juzga extinta la punibilidad del acusado o, aún, en el caso de la sentencia absolutoria, decide que el hecho imputado no constituye delito.<sup>172</sup>

La adopción de ese sistema tuvo como objetivo impedir que la represión del delito fuera perjudicada con la apuración de materia de derecho civil, como se percibe en la Exposición de Motivos del CPP:

---

<sup>171</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, “*Instituições de direito civil*”, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. 1, p. 453.

<sup>172</sup> STF, RECr n° 76186-GP, 2ª T., Rel. Min. Antonio Neder, j. 22.10.73, DJ de 23.11.73; STJ, REsp. n° 23330/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ (43): 428, DJ de 14.09.92, p. 14.979; STJ, REsp. n° 27806/RJ, 3ª T. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 07.02.94, p. 1.171; STJ, REsp. n° 89.390/RJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 26.8.96; STJ, REsp. n° 111.843/PR, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ de 09.06.97, p. 25.470.

“El proyecto, ajustándose al Código Civil y al nuevo Código Penal, mantiene la separación entre la acción penal y la acción civil ex delicto, rechazando el instituto ambiguo de la constitución de ‘parte civil’ en el proceso penal. La obligación de reparar el daño resultante del delito no es consecuencia de carácter penal, aunque se vuelva cierta cuando haya sentencia condenatoria en el juicio criminal. La invocada conveniencia práctica de la economía procesal no compensa el disfavor que acarrearía al interés de la represión la interferencia de cuestiones de carácter patrimonial en el proceso penal.”

Sin embargo, la independencia entre la responsabilidad civil y la penal no es absoluta porque la legislación prevé algunas reglas dirigidas a evitar un choque entre las decisiones del juicio civil y del juicio criminal (RSTJ 7/400). Señala Espínola Filho que la posibilidad de ese conflicto “sería un rudo golpe para la dignidad del derecho, un verdadero perjuicio para la seguridad de la Justicia, con funestas consecuencias sociales”.<sup>173</sup>

De igual modo, Giovanni Leone observa que la previsión de normas de interés privado en la legislación procesal penal es controvertida, pero se justifica esa interdependencia por la necesidad de evitar una contradicción entre las decisiones de las jurisdicciones civil y penal. Así, para prevenir ese conflicto, se admite un efecto vinculante de la jurisdicción penal sobre la acción de naturaleza civil, así como la intervención del titular de ese derecho a la indemnización en el proceso penal (asistente de acusación).<sup>174</sup>

Ese reconocimiento de la eficacia de la sentencia penal en el juicio civil puede ser encontrado, v.g., en el mencionado art. 935 del CC, que no permite el cuestionamiento – en la acción civil – de la existencia del hecho, o quien sea su autor,

---

<sup>173</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, “*Código de processo penal brasileiro anotado*”, 6 ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, T. 1, vol. 2, p. 20.

<sup>174</sup> LEONE, Giovanni, “*Manuale di diritto processuale penale*”, 13 ed., Nápoles, Jovene, 1988, p. 239.

cuando esas cuestiones ya estén decididas en el penal (STJ, REsp. n° 41.131/SP, 3ª T, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 16.05.94, p. 11.763). El art. 65 del CPP, en ese mismo sentido, determina que hace cosa juzgada en el civil si la sentencia penal reconoce que el acto fue practicado en estado de necesidad, en legítima defensa, en estricto cumplimiento del deber legal o en el ejercicio regular de derecho, o sea, en circunstancias que excluyan la antijuridicidad del hecho (art. 23 del CP) (STJ-RJ 239/51). Tampoco se admite la acción civil si el juez criminal reconoce la existencia del hecho (art. 66 CPP).

La eficacia de la sentencia penal puede alcanzar la causa civil después de ésta haber sido juzgada. Así, si el acusado fue absuelto porque fue reconocida una causa excluyente de la ilicitud (legítima defensa, por ejemplo), el efecto de la decisión va a influir en la acción civil reparatoria por acto ilícito, incluso aunque haya sido juzgada, porque representa causa sobrevenida extintiva de la obligación y que puede ser opuesta, incluso, en la fase de la ejecución por medio de embargos (art. 741, inciso VI, del CPP) (STJ, REsp. n° 118.449/GO, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 20.04.98, p. 89; STJ, REsp. n° 51.811/SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.12.98, p. 242).

Así, reconociendo esa independencia, el párrafo único del art. 64 CPP, permite al juez de la acción civil suspender su curso, hasta el juicio de la acción penal, si ésta ya fue intentada. Es un precepto de política procesal porque normalmente la persecución penal es más rápida en la apuración de la verdad, bien porque es promovida, en general, antes que la justicia civil<sup>175</sup>.

## **6. LA EJECUCIÓN CIVIL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA Y**

### **LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO**

---

<sup>175</sup> ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo, op. cit., p. 20.

Como ya referí, según el art. 91, inciso I, del CP, la condena del agente torna cierta su obligación de reparar el daño causado por su delito. En este sentido, el art. 63 del CPP permite la ejecución, en el juicio civil, de la sentencia condenatoria dictada en vía penal. Es necesario que no haya ocurrido la prescripción retroactiva de la pretensión punitiva (art. 110 y párrafo del CP), pues esa causa extintiva de la punibilidad alcanza también los efectos secundarios de la condena, entre ellos el de la obligación de reparar el daño (RT 648/306). Por otro lado, si la hipótesis es de prescripción de la pretensión ejecutoria (art. 110, caput, del CP), cuando cesa para el Estado el derecho de ejecutar la pena, se admite que la sentencia condenatoria sea ejecutada en el civil<sup>176</sup>.

## **6.1. LA LEY 11.719/2008**

### **6.1.1 Alteraciones promovidas por la Ley 11.719/2008 a la Acción Civil Ex**

#### **Delito**

#### **Fijación de quantum indemnizatorio en la sentencia penal condenatoria**

**(arts. 63 y 387, IV)**

<b>Antigua redacción</b>	<b>Nueva redacción</b>
Art. 63. Transitada en juicio la sentencia condenatoria, podrá ser promovida la ejecución, en juicio civil, para efecto de reparo de daño, o de ofensa, su representante legal o sus herederos.	Art. 63. (...) Párrafo único. Transitada en juicio la sentencia condenatoria, la ejecución podrá ser efectuada por el valor fijo en los términos del inciso IV del capítulo del art. 387 de este Código sin perjudicar la apuración del daño efectivamente sufrido.

<sup>176</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio, “*Lições de direito penal: parte geral*”, Rio de Janeiro, Forense, 1985, y MIRABETE, Julio Fabbrini, “*Execução Penal*”, 1986, vol. 1, p. 386.

Cuando la sentencia condenatoria transita en juicio, el ofendido, o su representante legal o sus herederos podrán promover su ejecución en juicio civil para obtener el reparo de los daños causados por la práctica del crimen, objetivando lo que se dispone en los arts. 63 del CPP y 475-N, II, del CPC (con alteración promovida por la Ley 11.232, de 22 de diciembre de 2005).

Así, la sentencia penal condenatoria transitada en juicio es título ejecutivo judicial, que podrá ser ejecutado por legitimación firmada en el ya citado art. 63 del CPP.

Hasta la reforma, aunque la ley procesal ya confiriera eficacia ejecutiva a la sentencia proferida en el proceso crimen, era inevitable que se procediera a la apuración del *quantum debeatur*, es decir, imprescindible a la deflagración de la ejecución impuesta para que se apuraran los daños (materiales y morales) causados a la víctima por el crimen perpetrado por el condenado. Solamente con el término de los daños, la sentencia penal condenatoria se haría plena en todos los requisitos exigidos para una ejecución: certidumbre, exigencia y liquidez.

En la senda de la celeridad y de la efectividad procesal, la Ley 11.719, de 20 de junio de 2008, se incluye al art. 63 del CPP un párrafo único, con la siguiente redacción: “Dictada en juicio la sentencia condenatoria, la ejecución podrá ser efectuada por el valor fijo en los términos del inciso IV del *capítulo* del art. 387 de este Código sin perjudicar la liquidación definitiva del daño efectivamente sufrido”.

Y el art. 387, IV, del CPP, disponiendo sobre el contenido de la sentencia penal condenatoria por el juez competente, establece que, entre otros, “fijará valor mínimo para reparar los daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido”.



Se trata de innovación promovida por la ley, que determina al magistrado sentenciante, al condenarlo al reo, fijar en la sentencia un “valor mínimo” para el reparo de los daños resultantes de la infracción, llevando en consideración los perjuicios soportados por la víctima.

La novedad introducida en los arts. 63 y 387, ambos del CPP, tiene como objetivo facilitar y acelerar la futura acción civil *ex delicto*, evitando, así, que se realice previa fase de término de los daños soportados por el ofendido cuando éstos sean fácilmente apurables por el juicio criminal.

Guilherme de Souza Nucci ya defendía la idea de que el magistrado pudiera condenarlo al reo sobre los perjuicios causados al sujeto pasivo de la infracción penal. En ese sentido: “(...) Para quien ya sufrió la lentitud de la Justicia en el proceso criminal, se trata de la segunda via crucis enfrentada por el ofendido o por sus familiares, ahora para recibir reparación civil. Por eso, lo ideal sería autorizarlo al juez penal a proceder, siempre que sea posible y habiendo prueba en los autos, a la condenación también por el perjuicio sufrido en la esfera civil”.<sup>177</sup>

Como se encuentra en el sistema antiguo, no sería dado al juicio criminal ingreso en el campo de la responsabilidad civil por cometer ilícitos penales, cuya discusión, por lo menos en lo que toca al *quantum debeatur*, debería ser suscitada en la sede propia (fase de liquidación de la obligación).

Por la actual sistemática, le cabrá al juez proferir la sentencia penal condenatoria y fijar el valor correspondiente a los perjuicios causados al ofendido, acelerando, así, la formación del título ejecutivo judicial, hasta entonces incompleto por la ausencia de cuantificación de los daños ocasionados por la infracción penal.

Sin embargo, nos preocupa la redacción del ya transcrito párrafo único del art. 63 del CPP, incluido por la Ley 11.719/2008: “Transitada en juicio la sentencia

---

<sup>177</sup> Código de Proceso Penal comentado, 6. ed., São Paulo: RT, p. 177.

condenatoria, la ejecución podrá ser efectuada por el valor que se ha fijado en los términos del inciso IV del capítulo del art. 387 de este Código *sin perjuicio de la liquidación para la apuración del daño efectivamente sufrido*”.

Por lo que se pudo ver, quiso el legislador determinar un juicio criminal que se fijara en un “valor inicial” de indemnización, que podría ser efectivamente apurado en la liquidación de la obligación.

Así, creemos que, persistiendo la literalidad de la ley, la función del magistrado sentenciante será la de arbitrar un valor inicial, cabe decir, provisoriamente, de los daños provocados por el crimen a la víctima, que será pasible de nueva discusión en la esfera civil.

En esta dimensión, vemos que no habrá, de hecho, una real aceleración de la futura acción civil ex delicto promovida por la víctima, su representante legal o herederos, salvo si se conformaran con el valor arbitrado por el juicio criminal, hipótesis que dará inicio al proceso de ejecución independientemente de previa liquidación.

Para que la jurisdicción penal no se transforme en un palco de divergencias de índole eminentemente civil, creemos que deberá el magistrado, en el transcurso del proceso crimen, determinarle a la víctima que demuestre los perjuicios sufridos, para que no se arbitre valor absolutamente divorciado de la realidad.

Por otro lado, por la redacción del inciso IV del art. 387, el juez criminal apenas deberá fijar el valor de la indemnización ocurrida por los daños materiales, más específicamente de los daños emergentes, que son fácilmente apurados por prueba documental o de testigos.

Los daños materiales, como lucros cesantes, deberán ser discutidos en previa liquidación a propósito de la acción civil ex delicto. Entendemos que sea eso lo que se extrae del nuevo inciso IV del dispositivo legal que referimos anteriormente, para que el

juez fije valor mínimo para el reparo de los daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido. Cuando la ley le determina al magistrado que fije un valor para el reparo de los daños, está tratando específicamente de los datos emergentes (especie de daños materiales), exactamente por determinar una forma fija correspondiente a los perjuicios soportados por la víctima.

Veamos el siguiente ejemplo: “A” subtrae de “B”, taxista, su vehículo, utilizado diariamente en su trabajo. Instaurada la acción penal, al término de la instrucción fue posible que se demostrará la responsabilidades penal de “A”, así como el perjuicio directo causado a la víctima, correspondiente al valor del vehículo, evaluado en R\$ 25.000,00 (veinticinco mil reales), importancia que se ha fijado por el juez cuando ha proferido la sentencia, en los modelos de las nuevas reglas, sin haber perjudicado la pena privativa de libertad.

Así, la cuantificación de los daños emergentes (perjuicio directo) soportados por la víctima es relativamente simple, no exigiendo una vasta discusión. Sin embargo, si “B”, sufriera robo de su taxi, perdiera el punto que ocupaba y sus “clientes fijos”, que le rendían R\$ 3.000,00 (tres mil reales) por mes, ¿será que deberá el juez criminal fijar los lucros cesantes?

Creemos que la respuesta sea negativa, pues la cuantificación de los referidos lucros cesantes depende de pruebas más fundadas, lo que procrastinaría el deslinde de la persecución penal, contrariando la finalidad de la ley: acelerar el préstamo jurisdiccional.

Se estaría transformándolo al juez criminal en un juez “polivalente”, lo que no se puede admitir.

Ya no es novedad la tomada de providencias civiles por juicio criminal, dándole una mayor efectividad al proceso. Desde la edición de la Ley “Maria da Penha”

(Ley 11.340/2006 – violencia doméstica), diversas medidas de protección a la mujer pudieron ser deferidas por el juicio criminal, como la separación de cuerpos, la providencia de alimentos, el distanciamiento del agresor del hogar, etc. Igualmente, ya se veía una manifestación del derecho civil en el proceso penal en el intento de composición civil de los daños provocados por el agente a la víctima, al tratarse de infracción penal de menor potencial ofensivo (art. 74 de la Ley 9.099/1995), considerada instituto despenalizador cuando se trata de crimen de acción penal privada y pública condicionada a la representación. Aún, en la Ley de los Crímenes Ambientales (Ley 9.605/1998), también hay previsión cuando el juez criminal fija indemnización ocasionada por daños ambientales. Por último, hace mucho existía la posibilidad de indemnización en el juicio criminal en virtud de revisión criminal, desde que hubiera requerimiento del polo activo en la referida acción para reparar el error judicial perpetrado contra el condenado (art. 630 del CPP).

En este punto, exaltamos la Ley 11.719/2008, que vino a dar más un paso en la reglamentación de la razonable duración del proceso (art. 5º, LXXVIII, de la CF).

Sin embargo, sabemos que al fijar los daños civiles provocados por el crimen a la víctima se debe deferir a aquéllos que fácilmente pueden ser verificados en el transcurrir de la lid penal, sin abrir discusiones profundas, sean cuales sean, los daños emergentes. Respecto a los lucros cesantes, como ya dijimos anteriormente, deben ser apurados en su propio sitio.

Lo mismo repetimos en relación a los daños morales eventualmente sufridos por la víctima. Por el hecho de que la verificación y cuantificación determinen el análisis de pruebas fundadas y absolutamente extrañas al ámbito criminal, tales discusiones deben ser tratadas en previa fase de liquidación, inmediatamente anterior a la ejecución civil de la sentencia penal condenatoria.

Por fin, resaltamos que el art. 475-I, § 2.º, del CPC, le permite al acreedor, cuando una sentencia es líquida por una parte e ilíquida por otra, promover simultáneamente la ejecución de aquella y, en autos apartados, en los términos del dispositivo legal arriba mencionado.

De cualquier forma, aunque no haya la Ley 11.719/2008 eliminado totalmente la liquidación de la sentencia penal condenatoria transitada en juicio, es verdad que ha promovido un fuerte avance, permitiéndose, por lo menos, a la ejecución definitiva de su parte líquida.

Las alteraciones que la Ley 11.719/2008 introdujo en la legislación procesal penal atienden a cuatro principales objetivos: celeridad, eficiencia, sencillez y seguridad.

La Ley 11.719/2008 alteró, en parte, el sistema de la acción civil ex delicto. Como se sabe, es esta la acción puesta en juicio por el ofendido, en la esfera civil, para obtener indemnización por el daño (material o moral) causado por el crimen. El propio Código Penal, en su art. 91, I, muestra, entre los efectos de la sentencia, la obligación de reparar el daño. Así, la previsión del art. 63 del CPP se coaduna no sólo con el Código Penal, sino que también con lo que está dispuesto en el art. 935 del Código Civil, que determina: “La responsabilidad civil es independiente de la criminal, no pudiendo cuestionar más sobre la existencia del hecho, o sobre quien sea su autor, cuando estas cuestiones se encuentren decididas en juicio criminal”.

Una vez decidida la responsabilidad penal, autorizada está la víctima para ejecutar la sentencia penal en el juicio civil para hacer cumplir la determinación del art. 91 del Código Penal. Ocurre que, muchas veces, la sentencia condenatoria ya contiene una parte líquida que no precisaría aguardar el final del proceso de liquidación de la parte ilíquida para poder ser ejecutada. Considerando que el proceso de liquidación ni

siempre es rápido, por lo contrario, es común que se arrastre por considerable tiempo, el ofendido se veía privado de parte de su reparación civil simplemente porque la ley no preveía esa posibilidad de cisión en el proceso de reparación civil.

Es verdad que el Código Procesal Penal contiene algunas medidas de seguridad, cuyo objetivo es tornar la reparación civil eficaz, como el secuestro (art. 125), la busca y la aprehensión (art. 240) y el arresto (art. 136), pero todas ellas actúan apenas de manera auxiliar en la búsqueda de la compensación financiera ocasionada por el acto criminoso.

La nueva redacción del art. 63 del CPP, con la inclusión del párrafo único, autoriza que se ejecute el valor de la reparación en dos momentos, si es necesario. Combinándolo con la nueva redacción del inciso IV del art. 387, se desprende que el ofendido, su representante legal o sus herederos pueden ejecutar la parte líquida de la sentencia condenatoria, sin la antigua necesidad de pasar por el proceso de liquidación. Habiendo una parte líquida y otra no, el juez está autorizado a determinar valor mínimo de reparo (art. 387, IV) y el ofendido o sus herederos, en falta de éste, a proceder esta ejecución mientras aguarda el fin del proceso de liquidación. No nos resta duda de que esa mudanza es benéfica, pues le traerá al ofendido, de forma más rápida y menos burocratizada, el reparo material que el acto criminoso ha ocasionado.

De la misma manera, si el proceso de liquidación es concluido antes, en el proceso de ejecución de la parte líquida, mejor será para que el juez reúna ambos y acabe expidiendo un único mandado para que se simplifique el proceso de reparo civil. Si el proceso de liquidación se presenta solamente para determinar el quantum debeatur, no habiendo más discusión sobre el na debeatur, mucho más justo se muestra que la víctima pueda recibir de una manera menos morosa posible. Por fin, cumple siempre destacar que la mera actualización monetaria no constituye una liquidación, pero

meramente un cálculo aritmético y podrá ser hecha directamente en los autos de la ejecución.

La cuestión que surge hace referencia a la posibilidad de que esta condena abarque la indemnización a título de daño moral. A nosotros nos parece imposible esta situación, pues lo que pretendió el legislador fue facilitar el reparo de la víctima cuando el tamaño del perjuicio fuera evidente, como en los crímenes de apropiación indebida o de robo, por ejemplo. Sin embargo, cuantificar el tamaño del dolor de la víctima, para conseguir determinar el valor de la indemnización por daño moral, ciertamente extrapola la intención legal.

Para verificar la existencia de este daño, no es el juez penal la persona más indicada, pero sí el juez civil, más familiarizado con estas cuestiones. Lo que quiso la ley fue solamente permitir que el daño material fácilmente acreditable pueda serlo, de igual suerte, reparado, sin mayores demoras. Cuestiones más controversias, como las que envuelven el daño moral, no son alcanzadas por la norma legal.

Por fin, entendemos que no hay necesidad para que este pedido esté expreso en la denuncia o en la queja, pues el deber de reparar es uno de los efectos de la sentencia y el juez está autorizado en la sentencia condenatoria a estipular el valor mínimo del reparo, bastando para tal que, al fundamentar su decisión, demuestre elementos objetivos que lo llevaron al valor de la condenación.

Pueden promover esa ejecución el ofendido, sus representantes o sucesores, o incluso el Ministerio Fiscal, si el titular de ese derecho a la reparación es pobre (art. 32, §§ 1º y 2º, del CPP) y su requisición. Es considerada pobre la persona que no pueda proveer los gastos del proceso, sin privarse de los recursos indispensables para el propio sustento o de la familia. La intervención del Ministerio Fiscal, en ese caso, exige que el

interesado pruebe su estado de pobreza, bastando, para ello, que presente un atestado elaborado por la autoridad policial de la circunscripción en la que vive.

Aunque la sentencia penal posea naturaleza condenatoria en relación al delito, es solamente declaratoria de la obligación de reparar el daño sufrido por el ofendido porque en ella no existe orden expresa al reo de indemnizar.<sup>178</sup> Así, si por un lado la ley le confiere el carácter de título ejecutorio civil, por otro, no trae en su cuerpo las informaciones necesarias para la ejecución forzada en el juicio civil. La sentencia penal condenatoria impone una sanción civil, pero no le atribuye el *quantum debeatum*; en otras palabras, es ilíquida. Para esos casos en los que se ignora la cantidad representativa del daño, el art. 603 del CPC determina la necesidad de promover la llamada liquidación de la sentencia (RJTJERGS 149/463).

En principio, la sentencia penal constituye un título ejecutorio en frente al condenado. Puede ocurrir, sin embargo, que aquél que fue perjudicado materialmente con el delito no haya sido el sujeto pasivo de la conducta delictiva. De la misma forma, es posible que el responsable civil pueda ser persona diversa de la del acusado (1º TACivSP, RT 647/129) como, por ejemplo, los padres responsables solidarios por los actos de los hijos menores que estén bajo su autoridad y en su compañía (art. 932, inciso I, del CC) o el empleador que responde por los actos ilícitos de su empleado practicados en el ejercicio del trabajo que le compete (art. 932, inciso III, del CC) o el arrendador de automóviles que es solidariamente responsable por los daños causados por acto del arrendatario a terceros (Súmula nº 492, STF). En esa hipótesis, la postulación de la reparación de daños debe ser hecha por vía de la acción civil ex delicto.

La acción civil de reparación de daño puede ser interpuesta, igualmente, independientemente de la apuración de la responsabilidad penal, por el lesionado, sus

---

<sup>178</sup> CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, “*Processo penal cautelar*”, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 519, y MIRABETE, Julio Fabbrini, “*Processo Penal*”, São Paulo, 1991, p. 152.



responsables o sucesores o por el Ministerio Fiscal, si hay requerimiento del titular del derecho a la indemnización, en los términos de los arts. 64 y 68 del CPP.

Controvertida, en la doctrina y en la jurisprudencia, es la cuestión de la eficacia de la sentencia penal en relación al tercero, responsable civil, que no participó del proceso para efecto de reparación de daño. El nuevo Código de Proceso Penal Italiano, por ejemplo, ha limitado la extensión de la cosa juzgada a las partes que intervinieron en el proceso, o que tuvieron condiciones, es deber suyo participar.<sup>179</sup> En Brasil, como ya fue señalado, se adoptó la independencia de las acciones penal y civil.<sup>180</sup>

Sin que haya una corriente predominante en sentido contrario, conviene destacar que no es posible la reapertura de la discusión en el civil porque habría la posibilidad de decisiones contrastantes, creando una situación de contundente extravagancia.<sup>181</sup> Así, entre el principio constitucional de la cosa juzgada (art. 5º, XXXVI) y la defensa de aquél tercero en el civil, por consideraciones de orden pública, debe prevalecer el primer interés.

## **7. EL MINISTERIO FISCAL Y LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO**

El art. 68 del CPP admite que el Ministerio Fiscal promueva la acción civil ex delicto en favor del ofendido, sus representantes o sucesores, desde que el titular del derecho de reparación sea pobre. Esa legitimidad ha sido cuestionada después de la

---

<sup>179</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 172-173.

<sup>180</sup> Así lo señala Ada Pellegrini Grinover, Eficacia y autoridad de la sentencia penal, São Paulo: Revista de los Tribunales, Centro de Estudios de la Procuraduría General del Estado, pp. 46-54; En el mismo sentido: Heleno Cláudio Fragoso, 1990, pp. 380-381; STJ, REsp. n° 109.060/DF, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 12.05.97, p. 18.813; STJ, REsp. n°38959/RJ, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, DJ de 16.05.94, p. 11.761; RTJ 83/70), la cosa juzgada solamente puede atingir el reo del proceso. Posición contraria ofende el principio constitucional del debido proceso legal (art. 5º, LIV). La ejecución de la sentencia penal jamás puede ser intentada contra el responsable civil, que puede volver la discutir en la acción de conocimiento, incluso, cuestiones atinentes al hecho y a la autoría.

<sup>181</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, “Código de processo penal interpretado”, São Paulo, Saraiva, 1996, vol. 1, pp. 130-131; STJ, REsp. n° 24402/SP, 1ª T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 10.03.97, p. 5.896.

promulgación de la Constitución Federal de 1988. Ello por el transcurrir del hecho de no haber sido previsto en el capítulo del Ministerio Fiscal cualquier función relacionada al ejercicio de esa especie de acción, a ejemplo de lo que se verifica con la Defensoría Pública, en todos los grados, de los necesitados (art. 134, CF).

Dos posiciones se contraponen. La primera corriente, adoptada por Humberto Theodoro Júnior<sup>182</sup> y Vicente Greco Filho<sup>183</sup>, continúa admitiendo la legitimidad del Ministerio Fiscal para la interposición de la acción de reparación de daños, en favor del ofendido pobre porque su intervención, por fuerza del art. 68 del CPP, tiene naturaleza de sustitución procesal y obedece al precepto del art. 6º del CPC (nadie podrá pleitear, en su propio nombre, derecho ajeno, excepto cuando autorizado por ley). Con ese entendimiento, Humberto Theodoro Júnior<sup>184</sup> justifica que el Ministerio Fiscal es parte cuando está en juicio y “nunca procurador o mandatario de terceros”. Jurisprudencialmente véanse las RSTs: RSTJ 89/154 y STJ-RF 338/248; RT 738/315; JTJ 128/327, 197/85; RT 653/113 (TJSP); RT 746/214; STJ, REsp. n° 25956/SP, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 16.09.96, p. 33.711; TJSP, 2ª Cámara Civil, Apelación n° 224.506-1, Rel. Des. Correia Lima, j. en 02.05.95).

La posición contraria reputa inconstitucional el art. 68 del CPP, pues el Ministerio Fiscal propone la acción a petición del titular del derecho, como su representante, y esa función no fue recepcionada entre las que se hallan expresas en el art. 129 CF (RSTJ 103/201, mayoría, STJ, REsp. n° 57.092/MG, 3ª T., Rel. Min. Costa Leyte; STJ, 1ª T., REsp. n° 26.807/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 01.02.93, p. 441; RSTJ 103/194). El Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, en el voto proferido en el Recurso Especial n° 180.890-SP (STJ, 4ª T., por unanimidad, DJ de 03.11.98, p. 172),

---

<sup>182</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, “*Curso de direito processual civil*”, 23 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol. 1, p. 68 y 83.

<sup>183</sup> GRECO FILHO, Vicente, “*Manual de processo penal*”, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. 1, p. 155.

<sup>184</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., vol. 1, ítem 132, p. 158.

apreciando el tema, concluye que el art. 68 del CPP no fue recepcionado por el nuevo texto constitucional, pero como el ciudadano carente no puede quedar desamparado, en lo que atañe al acceso a la Justicia, la legitimidad del Ministerio Fiscal de enjuiciar la acción civil ex delicto subsiste mientras no implantada la Defensoría Pública. Paraphrasing the illustrious reporter:

“En los términos del art. 127 de la Constitución, incumbe al Ministerio Fiscal la defensa de orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.”

De hecho, el derecho a la reparación por los daños derivados de acto ilícito no puede ser encuadrado como derecho indisponible, tanto que, de acuerdo con lo que resaltó la Subprocuraduría-general de la República, la víctima puede, a su arbitrio, dejar de ejercerlo.

Igual conclusión se extrae del análisis del art. 129, inciso IX, de la Carta Magna, según el cual compete al MP ‘ejercer otras funciones que a él sean conferidas, desde que compatibles con su finalidad, siéndole vedada la representación judicial y la consultoría jurídica de entidades públicas’.<sup>185</sup>

La mejor exégesis, entonces, parece ser la que no incluye, en la expresión ‘otras funciones’, la defensa de intereses individuales disponibles, por se tratar de actividad ajena a su finalidad.

De otra parte, la Constitución, en su art. 134, atribuyó a la Defensoría Pública la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados.

Por ello, debe concluirse que el legislador constituyente, al lado de atribuir nuevas funciones al Ministerio Fiscal, de la más alta relevancia, se cuidó de sacarles otras, para posibilitar el buen desempeño de sus funciones.”

---

<sup>185</sup> Constituição da República Federativa do Brasil.

Sosteniendo esa misma tesis en el juicio del Recurso Extraordinario n° 147776/SP, el STF decidió que la atribución del Ministerio Fiscal, conferida por el art. 68 del CPP, es de asistencia judicial y, por eso, se debe reputar transferida a la Defensoría Pública, como se observa en el contenido de su letra:

“1. La alternativa radical de la jurisdicción constitucional ortodoxa entre la constitucionalidad plena y la declaración de inconstitucionalidad de la ley con fulminante eficacia *ex tunc* hace una abstracción de la evidencia de que la implementación de un nuevo orden constitucional no es un hecho instantáneo, sino un proceso, en el que la posibilidad de realización de la norma de la Constitución – aún cuando, teóricamente, no se cuide del precepto de eficacia limitada – se subordina, muchas veces, a la alteración de la realidad fáctica que la viabilice.

2. En el contexto de la Constitución de 1988, la atribución anteriormente dada al Ministerio Fiscal por el art. 68 C. Pr. Penal – constituyendo modalidad de asistencia judicial – debe reputarse transferida a la Defensoría Pública: esa, sin embargo, para ese fin, solo se puede considerar existente, donde y cuando organizada, de derecho y de hecho, en los moldes del art. 134 de la propia Constitución y de la ley complementaria por ella ordenada: hasta que – en la Unión o en el Estado considerado -, se implemente esa condición de viabilización de la infeliz transferencia constitucional de atribuciones, el art. 68. C. Pr. Pen. será considerada aún vigente: es el caso del Estado de São Paulo, como decidió el plenario en el RE 135328.”<sup>186</sup>

De hecho, por esa interpretación, el art. 68 del CPP está en proceso de inconstitucionalización progresiva, o sea, con la transferencia de esa atribución del Ministerio Fiscal a la Defensoría Pública. Pero, como el ciudadano no puede estar sin el

---

<sup>186</sup> Recurso Extraordinario n° 147776/SP (1ª T. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.06.98, p. 9). En el mismo sentido: RE 135328/SP. en el STJ con la misma orientación: RSTJ 105/348; STJ: REsp. n° 94.070-SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 09.06.97, p. 25.575; REsp. n° 180.890-SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03.11.98, p. 172; REsp. n° 134.736/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 09.12.97, p. 64.714.

amparo jurídico del Estado, se mantiene la legitimidad para proponer la acción civil ex delicto, mientras no sea regulado lo anterior.<sup>187</sup>

## **8. EJECUCIÓN PENAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA**

La Ley n° 11.719, de 20.06.2008, modifica el artículo 63, del CPP, introduciendo la posibilidad de apurarse y reparar el daño derivado del delito en el propio juicio penal.

Al dictar la sentencia condenatoria, en los términos del art. 387, IV, del CPP (cf. redacción dada por la Ley 11.719/08), el juez deberá fijar un valor mínimo para la reparación de los daños causados por la infracción penal, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido.

Dictada en vía penal la sentencia condenatoria, la ejecución en la civil podrá ser efectuada por ese valor fijado, sin perjuicio de la apuración del daño efectivamente sufrido, pudiendo el Ministerio Fiscal fiscalizar y requerir al magistrado la fijación en la sentencia del valor para la reparación de los daños. Para ello, podrá, en el curso de la instrucción criminal, buscar evaluar, dimensionar, el perjuicio sufrido por el ofendido.<sup>188</sup>

De acuerdo con lo que referiré de la reforma procesal penal de 2008 – Ley 11.719/2008 - existen alteraciones en lo tocante a la acción civil ex delicto,

---

<sup>187</sup> Recurso Especial 196.857-SP (Agravo Regimental), Rel. Min. Ellen Gracie; RE 208.798-SP, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 213.514-SP, Rel. Min. Moreira Alves; RE 229.810-SP, Rel. Min. Néri da Silveira – RE 295.740-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 341.717/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo del STF n° 272).

<sup>188</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Asaf, “Curso de Processo Penal”, 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 153-160.

permitiéndose que el magistrado fije, en el ámbito criminal, una indemnización mínima a la víctima, en razón de los daños causados por el delito.<sup>189</sup>

Relata Leandro Gualuzzi dos Santos que la Ley 11.719/2008 ha alterado, en parte, el sistema de la acción civil ex delicto. Como se sabe, es ésta la acción ejercida por el ofendido, en la esfera civil, para obtener indemnización por el daño (material o moral) causado por el delito. El propio Código Penal, en su art. 91, I, refiere, entre los efectos de la sentencia, la obligación de reparar el daño. Así, la previsión del art. 63 del CPP se concilia no solamente con el Código Penal, pero también con lo dispuesto en el art. 935 del Código Civil, que determina: “La responsabilidad civil es independiente de la criminal, no pudiéndose cuestionar más sobre la existencia del hecho, o sobre quien sea su autor, cuando estas cuestiones se hallaren decididas en el juicio criminal”.<sup>190</sup>

Así pues, una vez decidida la responsabilidad penal, la víctima podrá solicitar la ejecución de la sentencia penal en el juicio civil para hacer cumplir la determinación del art. 91 del Código Penal. Sin embargo, ocurre que, muchas veces, la sentencia condenatoria ya contiene una parte líquida que no precisaría aguardar el término del proceso de liquidación de la parte ilíquida para poder ser ejecutada. Considerando que el proceso de liquidación no siempre es rápido, por el contrario, siendo común que se demore por considerable tiempo, el ofendido se veía privado de parte de su reparación civil simplemente porque la ley no preveía esa posibilidad en el proceso de reparación civil.

Del mismo modo, el Código Procesal Penal contiene algunas medidas aseguradoras, cuyo objetivo es tornar la reparación civil eficaz, como el secuestro (art. 125), la búsqueda y aprehensión (art. 240) y el embargo (art. 136), pero todas ellas

---

<sup>189</sup>MENDONÇA, Andrey Borges de, “Nueva reforma del Código de Proceso Penal - comentada artigo por artigo”, São Paulo, Método, 2008, pp. 207-208.

<sup>190</sup> SANTOS, Leandro Gualuzzi dos. “Procedimentos Lei 11.719, de 20.06.2008” in “As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma”. Coordenação de Maria Thereza Rocha de Asis Moura, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 298.

actúan apenas de manera auxiliar en la búsqueda de la compensación financiera ocasionada por el acto criminal.

La nueva redacción del art. 63 del CPP,<sup>191</sup> con la inclusión de un párrafo único, autoriza que se ejecute el valor de la reparación en dos momentos, si necesario. Combinándolo con la nueva redacción del inc. IV del art. 387, se desprende que el ofendido, su representante legal o sus herederos pueden ejecutar la parte líquida de la sentencia condenatoria, sin la antigua necesidad de pasar por el proceso de liquidación. Habiendo una parte líquida y otra no, el juez está autorizado a determinar el valor mínimo de la reparación (art. 387, IV) y el ofendido o sus herederos, a la falta de éste, proceder a esta ejecución mientras aguardan el término del proceso de liquidación. No cabe duda de que esta medida agilizará los trámites para la reparación material del ilícito penal.

De igual suerte, si el proceso de liquidación concluyera antes del embargo en el proceso de ejecución de la parte líquida, deberá al juez reunir ambos y expedir un único mandado de embargo con el fin de simplificar el proceso de reparación civil. Por ello, si el proceso de liquidación se presta solamente para determinar el *quantum debeatur*, no cabiendo más discusión sobre el *an debeatur*, mucho más justo se muestra que la víctima pueda recibir de la manera menos morosa posible. Por fin, cumple siempre destacar que la mera actualización monetaria no constituye una liquidación, sino meramente un cálculo aritmético, y, por tanto, podrá ser hecha directamente en los autos de la ejecución.

Cuestión distinta es la referente a la posibilidad de que esta condena abarcara la indemnización en concepto de daño moral. Para Leandro Gualuzzi dos Santos parece

---

<sup>191</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

imposible esta situación, pues lo que pretendió el legislador fue facilitar la reparación de la víctima cuando el tamaño del perjuicio fuera evidente, como en los delitos de apropiación indebida o hurto, por ejemplo. Sin embargo, cuantificar el tamaño del dolor de la víctima, para conseguir determinar el valor de la indemnización por daño moral, ciertamente extrapola la intención legal.<sup>192</sup>

Para verificar la concurrencia de este daño, no es el juez penal la mejor persona, sino el juez civil, más familiarizado con esas cuestiones. Lo que quiso la ley fue solamente permitir que el daño material fácilmente apreciable pueda ser, de igual suerte, reparado, sin mayores demoras.

Por todo lo anterior, considero que no existe necesidad de que esta pretensión venga expresa en la denuncia o queja, pues el deber de reparar es uno de los efectos de la sentencia, de modo que el juez está autorizado en la sentencia condenatoria a estipular el valor mínimo de la reparación, bastando para ello que, al fundamentar su decisión, demuestre los elementos objetivos que lo llevaron al valor de la condena.<sup>193</sup>

Después de una condena definitiva en vía penal, surge para la víctima el derecho de reclamar, en el juicio civil, una indemnización por los daños sufridos con la práctica del delito.

Antes de la reforma, la víctima aguardaba el tránsito en juzgado de la decisión penal condenatoria e ingresaba en la esfera civil en la búsqueda de su legítimo resarcimiento, ese derecho de pleitear la respectiva indemnización permanece inalterado por la reforma.

La Ley 11.719/2008 innovó cuando trajo la posibilidad de que el propio magistrado criminal fijara en la decisión condenatoria un valor a ser resarcido civilmente. La víctima, en los casos en que eso sea posible, ya ingresa en el juicio civil

---

<sup>192</sup> SANTOS, Leandro Gualuzzi dos. op. cit., p. 301.

<sup>193</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Asis (coord.), *“Las reformas no proceso penal: las nuevas Leyes de 2008 y los proyectos de reforma”*, São Paulo, Editora Revista de los Tribunais, 2008, pp. 299-301.



con un valor prefijado por el juez criminal, mostrándose innecesaria la fase de liquidación de la sentencia penal en el civil.

Existen casos, en especial en los delitos contra el patrimonio, en los que el valor es de fácil evaluación (como por ejemplo en el delito de daños, en el delito de hurto...) y el valor a ser indemnizado puede ser fijado en la propia decisión que condena al agente delictivo.

La redacción del párrafo único dejó abierta para el juez de la Jurisdicción Civil, correctamente según Ivan Luis Marques da Silva, opinión que compartimos, la oportunidad de efectuar nueva evaluación u otra liquidación de sentencia criminal en búsqueda del valor real, efectivamente sufrido por la víctima. O sea, la fijación por el juez criminal del valor puede ser revisada sin problemas en la esfera civil.<sup>194</sup>

El art. 387 del CPP continúa reglamentando los puntos de observación obligatorios para el juez en el momento de dictar la sentencia condenatoria.

Como recoge en el art. 63 del CPP, dictada en juicio la sentencia condenatoria, la ejecución podrá ser efectuada por el valor fijado en los términos del nuevo inciso IV del art. 387 de este Código, sin perjuicio de la liquidación para la fijación del daño efectivamente sufrido. Con ello, se unificó la regla de la acción civil ex delicto con uno de los requisitos obligatorios de la sentencia penal condenatoria.

Según Luiz Flávio Gomes, innovación importante traída por la Ley 11.719, de 20 de junio de 2008, es la que resulta del inciso IV del art. 387 del CPP.<sup>195</sup> De hecho, aquellas determina al juez que, en la sentencia condenatoria, fije un valor mínimo a título de reparación, a ser pagado por el condenado en pro del ofendido. Se presupone,

---

<sup>194</sup>SILVA, Ivan Luis Marques da, “A Reforma procesal penal de 2008: Ley 11.719/2008, procedimientos penais: Ley 11.690/2008, provas: Ley 11.689/2008, júri: Comentada artigo por artigo”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 15-16.

<sup>195</sup> Art. 387. El juez, ao proferir sentença condenatória:

IV – fixará valor mínimo para reparação del daño causado por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido;

por supuesto, que de la práctica delictiva hay una víctima y, además, que haya ocurrido un perjuicio a ser reparado. Laudable iniciativa del legislador que, así, rompe la tradicional división existente en nuestro Derecho, entre las esferas civil y penal. Se permite, de hecho, que ya en el ámbito penal, sin la necesidad de interposición de acción propia, el ofendido vea reparado su perjuicio. Por último, se observa que el juez fijará un “valor mínimo”, lo que no impide que el ofendido, insatisfecho con el *quantum* arbitrado, busque, en el civil, la complementación de lo debido.<sup>196</sup>

En relación con el artículo 387, IV, el Código de 1941 contemplaba situaciones que ya no podían ser aplicadas después de la Reforma Penal de 1984 y, principalmente, bajo la égida de la Constitución de la República actual. Determinar que el juez discurriera sobre la peligrosidad real del condenado, impusiera penas accesorias, más de una medida de seguridad, o decidiera si la sentencia sería pública, remiten a un Brasil que no condice con el orden jurídico actual.

En ese sentido señala Guilherme de Souza Nucci: “Actualmente es objeto de la sentencia la pena principal, prevista en el tipo penal incriminador. Ya no existen las denominadas penas accesorias. Éstas, en algunas hipótesis, fueron transformadas en efecto de la condena (arts. 91 y 92 del CP). Tampoco exista el sistema del duplo binario (aplicación concomitante de pena más medida de seguridad, al reo considerado peligroso, autor de delito violento), prevaleciendo, actualmente, el sistema vicariante (aplicación de pena al imputable o medida de seguridad al imputable). Aplicación provisoria de interdicción de derechos y medidas de seguridad tampoco existe, e han sido pues han sido revocadas por la Reforma Penal de 1984, de la misma forma que ya no existe la posibilidad del inciso IV. La sentencia condenatoria no es publicada en

---

<sup>196</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, “Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Ley de Tránsito: novo procedimento do Júri (Ley 11.689/08)...”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 332-333.

periódico de gran circulación, anteriormente prevista en el art. 73, § 1º, del Código Penal”.<sup>197</sup>

En efecto, el legislador, en el inciso segundo, actualizó la remisión a los correctos artículos del Código Penal que hablan de las circunstancias judiciales (art. 59) y los criterios para fijación de multa (art. 60), para en el inc. III, suprimir la expresión “fijando la cantidad de las principales y, si fuera el caso, la duración de las accesorias”, el Código pasa a adoptar el correcto lenguaje del sistema penal actual, una vez que, desde 1984, no existen más penas accesorias.

El inc. IV pasa a traer una posibilidad innovadora, cual es la del juez penal, en el sentido de determinar, en la propia sentencia condenatoria, el valor mínimo de los daños causados por la infracción penal. Vislumbró, el legislador, la posibilidad de tornar más efectiva y menos burocrática la reparación del ofendido cuando enjuiciara la acción civil ex delicto (art. 63). Las discusiones en el Parlamento se centraron en la posibilidad o en la obligatoriedad del juez de así proceder, pues algunos entendían que el juez penal no tendría condición de determinar ese valor si entre la fecha del hecho y la de la sentencia hubiera transcurrido un considerable plazo.

En la época de los trabajos parlamentarios, prevaleció el posicionamiento de que el juez penal tendría completa condición de evaluar este valor mínimo, pues, por ejemplo, una ofensa patrimonial, aunque discurra un gran espacio de tiempo entre el hecho y la sentencia, siempre podrá ser recompuesta, bastando que se haga la actualización de los valores por medio de cálculos simples, que no requerirán del magistrado conocimiento matemático avanzado. Además, el inciso es expreso en afirmar que este valor es mínimo, lo que significa decir que, no concordando con el

---

<sup>197</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, “*Código de Processo Penal comentado*”, São Paulo, RT, 2008, pp. 628-629.

valor atribuido, el ofendido podrá buscar la complementación, incluso con el posible daño moral incluso.

El párrafo único añadido al artículo se correlaciona con la revocación del art. 594 del CPP. El caso refería que el acusado no podría apelar sin ocurrir la prisión. Entendió, correctamente, el legislador que la ultrapasada exigencia hería la presunción de inocencia.

Así, la prisión del acusado no puede más ser vista como efecto de la sentencia, dependiendo de la decisión fundamentada y, como tiene naturaleza cautelar, del cumplimiento de los requisitos de la prisión preventiva. El párrafo también menciona la posibilidad de imposición por el juez de otra medida cautelar que no la prisión preventiva. Esta previsión tiene más sentido después de la aprobación del Proyecto de Ley 4.208/2001, que prevé otras medidas cautelares diversas de la prisión preventiva, armando el juez de una gama considerable de mecanismos para asegurar la aplicación de la pena y la efectividad del proceso. Además, vale registrar que, además de la revocación del art. 594, otro artículo que remonta a la época del Estado totalitario, el art. 595, también fue expresamente revocado cuando se aprobó el Proyecto de Ley 4.206/2001, que modifica la sistemática recursal.

Así, se puede concluir, de acuerdo con Maria Thereza Rocha de Asis Moura, que la nueva redacción del art. 387, además de actualizar el Código con la supresión de incisos anacrónicos, innova en la celeridad de la reparación material, lo que debe colaborar para disminuir la masa de procesos de liquidación en los tribunales civiles.<sup>198</sup>

Recuerda Andrey Borges de Mendonça que un mismo hecho puede tener repercusiones en más de una esfera. En el caso de la práctica de un delito, es posible que haya, además de la infracción penal a ser sancionada, un daño a ser indemnizado a la víctima del delito. Justamente por esto la legislación disciplina la relación entre la

---

<sup>198</sup> SANTOS, Leandro Gualuzzi dos. Op. cit, pp. 314 a 316.

acción criminal y la acción civil. En este paso, se impone evaluar como los sistemas jurídicos tratan de las relaciones entre acción penal y civil.<sup>199</sup> Según afirma Araken de Asis, “De modo general, cautelas y esperanzas de rigidez simétrica de lado, se conciben cuatro sistemas: el de la separación, en el que la provisión penal ejercerá ninguna, o muy limitada, influencia en el área civil; el de la confusión, a la semejanza del primitivo derecho romano, cuando una acción única sirve al doble objetivo de aplicar la pena y reparar el daño; el de la solidaridad, en que, separadas las acciones, obligatoriamente se resuelven en conjunto y en el mismo proceso; y, por fin, el de libre elección, cuyo trazo específico consistirá en la hipótesis de acumulación facultativa, en el proceso penal, de ambas acciones”<sup>200</sup>. El sistema brasileño es el de la separación de las instancias, aunque no de forma absoluta, pues has diversas influencias del juicio penal en el juicio civil, en los términos del art. 935 del Código Civil<sup>201</sup>. De cualquier suerte, es posible la interposición de una acción civil por la víctima (con la intención de reparar el daño causado por el ilícito – acción civil ex delicto), paralelamente a la acción penal (con la intención de aplicar la pena), propuesta, como regla, por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, la víctima posee otra opción, pudiendo preferir aguardar el pronunciamiento eventual sentencia penal condenatoria para valerse de ésta como título ejecutivo judicial. Esta alternativa se lastra en el hecho de que la sentencia penal condenatoria dictada en juicio posee, como uno de sus efectos genéricos, tornar cierta la obligación de indemnizar el daño causado por el delito, en los términos del art. 91, inc. I, del CP. La sentencia condenatoria dictada en juicio penal es un título ejecutivo

---

<sup>199</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de, “*Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*”, São Paulo, Método, 2008, p. 238.

<sup>200</sup> ASIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2 ed. ver. Atual. y ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 44.

<sup>201</sup> Art. 935. la responsabilidad civil es independiente de la criminal, no pudiéndose cuestionar más sobre la existencia del hecho, o sobre quien sea su autor, cuando esas cuestiones se encuentren decididas en el juicio criminal.

judicial, que permitirá, desde luego, el inicio del cumplimiento de la sentencia en el juicio civil (art. 475-N, inc. II, del CPC).

Sin embargo, esta sentencia condenatoria era, según lo anterior, un título líquido, pues no había fijación del valor del daño (*quantum debeatur*), aunque no fuera ya posible de discusión sobre la existencia del débito (*an debeatur*). Era, por tanto, necesario proceder a la liquidación de la sentencia penal condenatoria – en el caso, liquidación por artículos (art. 475-E del CPP)-. En esta liquidación, aunque no fuera posible rediscutir la lid o modificar la sentencia que la juzgó (art. 475-G), sería necesaria la producción de pruebas acerca del valor del daño existente.

La reforma, alterando el artículo en estudio y el 63 del CPP, procuró alejar este largo camino de liquidación de la sentencia penal condenatoria, determinando que el magistrado debe fijar un valor mínimo para la reparación de los daños causados por la infracción, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido. Este valor mínimo torna el título ejecutivo en líquido, al menos en parte, permitiendo que la víctima, desde luego, proceda al cumplimiento de la sentencia en el juicio civil. Refiere el art. 63, párrafo único del CPP, que este valor mínimo fijado en la sentencia condenatoria no impedirá a la parte buscar la liquidación para la apuración del daño efectivamente sufrido.

Un ejemplo recordado por Andrey Borges de Mendonça facilitará la comprensión. Imagínese un proceso por homicidio culposo, en el que el agente, por imprudencia, colisione su vehículo con otro que se encontraba parado, falleciendo el conductor de este último, tras la internación hospitalaria, en razón de los daños causados por el accidente. Piénsese que el valor del daño causado a los sucesores de este motorista fallecido sea de cien mil reales, ahí incluso los valores del vehículo destruido, los valores de gastos de hospital y el eventual daño moral causado a los

familiares. En este caso, en la acción penal por homicidio culposo, podrá el magistrado fijar, en la sentencia penal condenatoria, un valor mínimo, de cuarenta mil reales, por ejemplo, en virtud de los daños comprobados con la destrucción del vehículo y los gastos hospitalarios. Con la promulgación en juicio de esta condena, los sucesores podrán valerse de esta sentencia penal condenatoria como título ejecutivo judicial. En relación al valor líquido – de cuarenta mil reales – será posible, desde luego, la citación del deudor para la ejecución (art. 475-N, párrafo único, del CPP), sin necesidad de anterior procedimiento de liquidación. Respecto del valor ilíquido – sesenta mil reales -, podrán los sucesores valerse de la sentencia penal condenatoria como título ejecutivo, pero deberán, antes, proceder a la fase de liquidación.<sup>202</sup>

Así, el título ejecutivo judicial representado por la sentencia condenatoria dictada en juicio podrá dar oportunidad, concomitantemente, a la ejecución de un valor líquido y otro ilíquido, y aunque este último pasará por la fase de liquidación. Es importante dejar claro que el título será ejecutado siempre en el juicio civil, jamás en el criminal (art. 475-P, inc. III, del CPC), siendo rechazada la enmienda del Senado Federal para que la ejecución se diera en el juicio criminal, bajo el argumento de que traería demoras innecesarias al proceso penal condenatorio.

La intención explícita del legislador reformador fue agilizar la indemnización del daño causado, al menos parcialmente. En este sentido, consta en la exposición de motivos: “De ese modo, la víctima podrá ser desde luego satisfecha, aunque parcialmente, sin necesidad de aguardar las demoras del proceso civil de liquidación”.<sup>203</sup>

Es relevante percibir que la posibilidad del magistrado criminal de fijar el valor mínimo en la sentencia independiente del pedido explícito. Y no existe violación al

---

<sup>202</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit. pp. 239-240.

<sup>203</sup> Mensaje 213, *Diario de la Cámara de los Diputados*, 30 mar. 2001, p. 9510.

principio de la inercia, según entiendo, que es efecto automático de toda y cualquier sentencia penal condenatoria dictada en juicio imponer al reo el deber de indemnizar el daño causado. No es necesario que conste en la denuncia o en la queja tal pretensión, pues transcurre de la propia disposición legal el mencionado efecto. Es automático, ya lo refirió Andrey Borges de Mendonça.<sup>204</sup> O sea, independientemente de cualquier pedido, en el ámbito penal, la sentencia penal condenatoria será considerada título ejecutivo. Lo mismo se aplica en relación al valor mínimo de la indemnización: deriva de la ley, es automático, sin que sea necesario pedido expreso de quien quiera que sea. La única modificación que la reforma introdujo fue transmutar el título ejecutivo, que antes era ilíquido y ahora pasa a ser líquido, al menos en parte. Y lo hizo porque existe un interés social de que todos los efectos del delito sean apagados, o al menos mitigados, especialmente el daño causado a la víctima. Justamente en este sentido están las disposiciones relativas al deber de indemnizar el daño.

Entendemos que no hubo cambio en cuanto a nuestro sistema de coordinación entre la acción civil y la acción penal, que continua siendo el de la separación parcial de las instancias. No se puede hablar que la actual sistemática haya introducido un sistema de la confusión, pues no existe propiamente una acción civil acumulada con una acción penal en el juicio criminal. En este último apenas continua existiendo la acción penal, pues, de acuerdo con lo ya dicho, no existe pedido de la parte, sea del Ministerio Fiscal o de la víctima, siendo efecto automático de la sentencia. Así, por no haber provocación, inexistente también “acción” en sentido técnico, de acuerdo con lo que lecciona Barbosa Moreira.<sup>205</sup> En mi opinión, existe un efecto genérico de la sentencia penal condenatoria, que ya había en la sistemática anterior, pero que fue. Es importante recordar que ningún sistema es puro, poseyendo innumerables particularidades que lo caracterizan. Así, la

---

<sup>204</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de, op. cit., p. 240.

<sup>205</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “*Temas de direito processual: segunda série*”, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 108.



introducción de la liquidez del título no parece que haya interferido en la clasificación de nuestro sistema, pues aún podrá la víctima ir al juicio civil pleitear su indemnización independientemente de la acción penal. Y esto, nos parece, demuestra claramente que el sistema aún es el de la separación parcial de las instancias.

Vale destacar, rápidamente, que la referida regla parece tener inspiración en la disposición concordante del revocado CPP portugués, de 1929, que disponía, la independencia entre los juicios, que el juez penal podría imponer al ofendido “una cantidad como reparación por pérdidas y daños, aunque haya sido requerida”. Tratando de esta particularidad de aquél país, Araken de Asis afirma que, “En tal hipótesis, parece hasta impropio aludir a la ‘acción’ civil, a cumulada en el proceso-delito”,<sup>206</sup> justamente en razón de no existir iniciativa de las partes. La lección se aplica, ahora, a nuestra nueva sistemática.

Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha y Ronaldo Batista Pinto recuerdan que la fijación, por otro lado, por el juez criminal, de un *quantum* determinado, a ser ejecutado en el juicio civil, donde prescindirá de previa liquidación, no es extraña en nuestro sistema, aunque se reconozca la timidez con la que el legislador aún enfrenta la cuestión. La Ley 9.503/97, que instituyó el Código de Circulación Brasileño, de ella tomaba expresamente (art. 297), al prever la llamada “multa reparatoria”, a ser pagada en favor del ofendido. También el Código Penal, por cuenta de la modificación introducida en su art. 45 por la Ley 9.714/98, contempla el pago de “prestación pecuniaria” en valores que establece entre 1 y 360 salarios mínimos.<sup>207</sup>

Por la lectura del art. 387, inc. IV, del CPP, se verifica que es un verdadero mandato al magistrado fijar el montante mínimo (“fijará”). Sin embargo, en situaciones excepcionales, debidamente justificadas, podrá ocurrir el hecho de que el magistrado no

---

<sup>206</sup> ASIS, Araken de, “*Eficácia civil da sentença penal*”. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2000, p. 55.

<sup>207</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., pp. 313 - 315.

tenga elementos suficientes para fijar el valor de la indemnización, siquiera en su mínimo legal. En estas situaciones, deberá mencionar tal imposibilidad, exponiendo los motivos por los cuales así decide (complejidad de la causa, falta de pruebas para fijar el valor del daño, entre otros). Sin embargo, esta situación debe ser excepcional. La regla deberá ser que el magistrado, principalmente en aquellas situaciones de menor complejidad – en lo que sea fácilmente alcanzable la estipulación del montante, aunque parcial, del daño -, se esfuerce en la búsqueda de tales elementos, en el desarrollo del proceso. La eficacia de la norma en análisis dependerá mucho más de que los magistrados se impregnen del espíritu de la reforma – de la valorización de la víctima – que de la disposición fría de la ley. De cualquier suerte, entiendo que el magistrado debe manifestarse sobre el valor del daño, aunque sea para indicar los motivos por los cuales quedó imposibilitado para fijarlo. En este diapason, si el magistrado omitiese tratar el daño en la sentencia o, aún, tener los elementos para fijación del valor del daño, aunque mínimamente, y no lo hiciera, estará incidiendo en omisión, pues existe el deber legal de manifestarse, de oficio, sobre la materia. En este caso, será posible la oposición de embargos de declaración, pero ¿quién podrá embargar? Entiendo que sólo el ofendido, esté o no habilitado, podrá interponer embargos de declaración. Ni si alegue que los embargos de declaración serían vedados, en la hipótesis, por tener efecto infringente, una vez que la modificación sólo ocurrirá en el límite necesario para suplir a la omisión.

Por ello, sin embargo, la cuantificación de ese valor no será tarea fácil atribuida al juez. Imagínese una apropiación indebida, de grandes proporciones, perpetrada contra una poderosa empresa. Ejercida la acción penal por el Ministerio Físcal, su preocupación primordial será la prueba del hecho, autoría y elemento subjetivo. No cabe, ni sería de nuestra tradición, investigar con extrema profundidad, el valor correcto del perjuicio. Claro que, tratándose de un delito patrimonial, ese perjuicio deberá ser

demostrado en juicio. Pero su real extensión, con la fijación exacta de cuánto va a ser resarcido, es algo que llega casi a desinteresar el juicio criminal. Es irrelevante, para la configuración del tipo penal, si el acusado se ha apropiado de dos o tres millones. Es mejor, en estos casos, que el ofendido se habilite como asistente de acusación y, a partir de ahí, abastezca al juez de datos que, una vez condenado el reo, permitan la fijación del valor a ser pagado a título de reparación. Caso contrario, no restará al juez otra alternativa sino arbitrar un valor mínimo, facultando al perjudicado, la búsqueda, por las vías ordinarias, de la satisfacción total de los perjuicios que ha experimentado.

### **8.1. Cálculo Propio de la Sentencia e Impugnación Parcial**

Es importante resaltar que la cuestión de la indemnización civil debe ser objeto de un capítulo propio de la sentencia penal condenatoria. Esta constatación traerá consecuencias prácticas. En el supuesto de que el condenado o la víctima entiendan como indebido el valor fijado para la indemnización, podrán recurrir este capítulo de la sentencia que trata de la pena. En otras palabras, si el condenado o la víctima no se conformaren con el valor de la impugnación y recurren este capítulo de la sentencia, los demás capítulos – que hagan referencia al aspecto penal – no necesitarán aguardar el resultado final del recurso. En este sentido, afirma el procesalista Germano Marques da Silva, sobre el sistema portugués, pero en una lección aplicable al caso: “A efecto de recurso, la parte de la sentencia que conozca de la materia civil es autónoma de la parte que conozca de la materia penal”.<sup>208</sup> Por ejemplo, si el magistrado condenara al reo a la pena de dos años de reclusión y al pago de diez mil reales de indemnización, y se recurriera sólo este pronunciamiento –el relativo a la indemnización, el juez podría

---

<sup>208</sup> SILVA, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, 3ª ed., rev. e atual., Lisboa, Verbo, 2004, v. 3, p. 326.

expedir mandato de ejecución definitiva, no necesitando esperar al resultado final del recurso para ello. Así, habiendo resolución judicial del pronunciamiento relativo a la aplicación de la pena, se podrá expedir mandato de ejecución definitiva, para iniciar el cumplimiento de la pena, con independencia del resultado del recurso relativo a la indemnización-, podrá el juez expedir mandato de ejecución definitiva, no necesitando aguardar al resultado final del recurso para ello. Así, habiendo resolución judicial del capítulo relativo a la aplicación de la pena, podrá ser determinada la expedición de mandato de ejecución definitiva, para iniciar el cumplimiento de la pena, independientemente del resultado del recurso relativo a la indemnización. Esto es relevante especialmente para fines de prescripción, sea de la pretensión punitiva (cuyo marco final es el pronunciamiento judicial de la condena), sea de la pretensión ejecutoria (que se interrumpe con el inicio de la ejecución de la pena). De lo contrario, si el magistrado tuviera que aguardar la resolución judicial de la cuestión meramente civil para ejecutar el capítulo de la pena, no solo habría incentivo a la impunidad, en razón de la prescripción, como también estaría contrariándose uno de los principios de la reforma, que es justamente la celeridad.

Andrey Borges de Mendonça entiende que la situación inversa no merece la misma solución. Si el condenado solamente impugnar a el capítulo referente a la condena, queda condicionado a la resolución judicial de la condena en razón de la dependencia de esta condición, no será posible ejecutar el valor de la indemnización antes del pronunciamiento judicial de la eventual sentencia penal condenatoria.<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de, op. cit., p. 244.

## **V. LAS NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL BRASILEÑO (INTRODUCIDAS POR LA LEY 11.690/08)**

Ofendido o víctima es aquella persona afectada por la infracción penal. En el decir de Basileu Garcia, “es el titular del bien jurídico directamente lesionado o puesto en peligro por el delito. En suma, es quien sufre la acción vulneradora de la norma penal”.<sup>210</sup>

Según Manzanera, independientemente de la posición tomada respecto a la Victimología, la mayoría (por no decir la totalidad) de los tratadistas reconocen que los aspectos bio-psico-sociales, criminológicos, políticos y legales referentes a la víctima han sido descuidados.

Se ha hecho una toma de conciencia en la relación a la víctima, y es acuerdo unánime que no puede abandonarse el estudio de su personalidad y su participación en los hechos de carácter criminal.

La opinión de que la Victimología debe formar parte de la Criminología es cada vez más difundida; de hecho, no hay criminólogo moderno que olvide tratar el problema victimal en su obra, aunque pueda negar la autonomía o existencia de la joven ciencia.

En un principio, tan sólo una minoría aceptaba a la Victimología como una ciencia separada y autónoma, pero conforme se ha profundizado en el estudio de las víctimas, un mayor número de científicos van optando por considerar al menos la

---

<sup>210</sup> BASILEU GARCIA in TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, “*Código de Processo Penal Comentado*”, São Paulo, Saraiva, 1996, vol. 3, p. 257.

posibilidad de autonomía, tomando en cuenta fenómenos como los de la víctima sin crimen y la autovictimización.

Fattah<sup>211</sup> nos relata cómo los esfuerzos tendentes a arrojar luz sobre el rol efectivo de la víctima dentro de la génesis del crimen y las tentativas de desarrollar un modelo dinámico que vaya más allá del enfoque de las características y los atributos, han sufrido un retroceso y han sido minados por una crítica exacerbante del concepto de víctima catalizadora o precipitante (aquella que contribuye mayormente a la comisión del delito).

Ciertos autores han extendido sus críticas al concepto de víctimas catalizadoras o precipitantes a toda la Victimología acusándola de ser “el arte de culpar a la víctima”.

El hacer alusión a la negligencia de la víctima, a su imprudencia o a su falta de precaución, es simplemente una manera entre otras, de poner en evidencia la importancia de factores situacionales o actualizantes y de subrayar la relación estrecha entre ciertos delitos y las oportunidades de cometerlos.

Lo anterior no debe ser interpretado como un esfuerzo deliberado de culpar a la víctima o de disculpar al criminal. Es un intento de explicar los motivos de la agresión y de analizar la cadena de eventos que finalmente ha desembocado en la comisión de un delito.

La preocupación por la definición de la Victimología y de su objeto de estudio se vio patente en los tres primeros Symposia, dando lugar a apasionadas discusiones.

Algunos autores han llevado a considerar el debate sobre la independencia como estéril, así, en el IV Symposium se propuso no discutir el problema de la autonomía de la Victimología, quedando de acuerdo en que cada quien puede tener un concepto de la Victimología, sea éste amplio (en la proposición de Mendelsohn) o restringido, es decir puramente criminológico.

---

<sup>211</sup> FATTAH, Ezzat, op. cit., p. 34.

A la misma conclusión llegó el Convenio Bellagio (Italia, 1975), que partió del punto de que no era correcto proponer una definición completa de la Victimología, a causa de la variedad de las disciplinas descritas e involucradas en el tema y a causa de su actual etapa de desarrollo.

En la reunión de Japón se vio ya la tendencia clara a aceptar una Victimología en sentido amplio y a estudiar categorías victimales independientes del fenómeno criminal.

Aunque pudiere parecer paradójica, nosotros concedemos en toda su amplitud la autonomía a la Victimología, y a la vez aceptamos su pertenencia a la Criminología.

En cuanto logra identificar un objeto propio y reunir las características requeridas para toda ciencia fáctica, la Victimología adquiere su autonomía científica.

Por otra parte, concurre a formar la gran síntesis criminológica; que no se puede concebir, sin el análisis de las víctimas.

Nadie negaría que la Biología, la Antropología, la Psicología o la Sociología tienen total autonomía científica, y que su objeto de estudio supera en mucho al fenómeno antisocial.

Nadie duda ya que estas ciencias vienen a conformar la síntesis criminológica, creando un conjunto de conocimientos nuevos, diversos de su objeto original.

Algo semejante sucede con la Victimología; su objeto de estudio es más amplio que el fenómeno criminal, como enseña Manzanera, y la relación criminal-víctima, por lo que puede manejarse en forma independiente; por otra parte, concurre con las otras ciencias criminológicas a conformar la síntesis que es la esencia de la Criminología.

El problema es, por lo tanto, aparente. La solución puede encontrarse en el reconocimiento de una Victimología General (como de una Psicología, Sociología o Biología Generales) y de una Victimología Criminológica, concurrente a la síntesis

criminológica y encargada específicamente de estudiar a las víctimas de conductas antisociales.

En cuanto a los diversos enfoques, éstos son naturales y aun necesarios en una comunidad científica.

Las innovaciones introducidas por la Ley 11.690/2008 en el Capítulo V, del Título VII, del Código de Proceso Penal brasileño no se refieren, propiamente, a la disciplina de la prueba, sino a la tutela del ofendido en el proceso penal.

De hecho, el legislador mantuvo integralmente el texto del art. 201 y de ese párrafo único – este que ahora se conoce como § 1º -, que tratan de la toma de declaraciones de la víctima de la infracción penal, haciendo el incremento de otras disposiciones en cinco párrafos, que mejor estarían si hubieran sido añadidas al Capítulo IV del Título VIII, en el que el Código cuida de los sujetos procesales, de acuerdo con el posicionamiento de Antônio Magalhães Gomes Filho.<sup>212</sup>

Las nuevas previsiones, ciertamente influenciadas por la moderna tendencia de conferir mayor protección a la víctima, hacen referencia a su participación en actos procesales (§§ 2º, 3º y 4º del art. 201), las medidas de atención personal (§ 5º) y la preservación de derechos de la personalidad (§ 6º):<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, “*Provas Lei 11.690, de 09.06.2008*” in “*As reformas no processo penal*”, MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis (Coordinadora), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

<sup>213</sup> Art. 201. Siempre que sea posible, el ofendido será cualificado y preguntado sobre las circunstancias de la infracción, quien sea o presuma ser su autor, las pruebas que pueda indicar, tomándose literalmente sus declaraciones.

§ 1º Si, intimado para ese fin, dejar de comparecer sin motivo justo, el ofendido podrá ser conducido a la presencia de la autoridad.

§ 2º Se comunicará al ofendido los actos procesales relativos al ingreso y a la salida del acusado de la prisión, a la designación de fecha para audiencia y a la sentencia y respectivos acórdãos que la mantengan o modifiquen.

§ 3º Las comunicaciones al ofendido deberán realizarse en la dirección indicado por él, admitiéndose, por opción del ofendido, el uso de medio eletrônico.

§ 4º Antes del inicio de la audiencia y durante su realización, será reservado espacio separado para el ofendido.

§ 5º Si el juez entender necesario, podrá encaminar el ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente en el area psicosocial, de asistencia jurídica y de salud, a expensas del ofensor o del Estado.



A) El nuevo § 2º del art. 201 prevé la comunicación al ofendido de los actos procesales relativos al ingreso y a la salida del acusado de la prisión, a la designación de fecha para audiencia y a la sentencia y acuerdos que la mantengan o modifiquen.

Con eso, se amplió la posibilidad de participación del ofendido en la acción penal pública, antes restringida a la intervención como asistente de acusación (art. 268 y s. del CPP), desde que habilitado, asegurándose especialmente el conocimiento de las decisiones para efectivo ejercicio del derecho de recurso supletorio, en los casos en los que la ley procesal lo admite (arts. 584, § 1º, y 598 del CPP).

Respecto a la información sobre el ingreso y la salida del acusado de la prisión, la providencia parece estar ligada a la adopción de medidas de prevención de actos contra la persona de la víctima, en relación a los cuales evidentemente no basta la mera calificación sobre aquellos hechos. De cualquier modo, puede observarse que la ley habla de acusado, no aplicándose la providencia en la fase de ejecución penal.

B) La ley innova al prever la posibilidad de comunicación por medio electrónico (§ 3º del art. 201) y prever al agresor espacio reservado para el ofendido en la audiencia y antes de ella (§ 4º del art. 201).

C) Las medidas de asistencia a la víctima, de naturaleza psicosocial, jurídica y de salud, previstas en el texto del nuevo § 5ª, son elogiables, si bien, como recuerda Antonio Magalhães Gomes Filho, sólo pueden correr a expensas del ofensor después del pronunciamiento judicial, insertándose en la disciplina de los efectos civiles de la sentencia penal.

D) Finalmente, la preservación de la intimidad, vida privada, honor e imagen del ofendido (art. 201, § 6º) constituye una especificación, en la legislación ordinaria,

---

§ 6º El juez tomará las providencias necesarias para la preservación de la intimidad, vida privada, honor y imagen del ofendido, pudiendo, incluso, determinar el secreto de justicia en relación a los datos, deposiciones y otras informaciones constantes de los autos a su respecto para evitar su exposición a los medios de comunicación.

del precepto constitucional del art. 5º, X, de la CF, cuya violación implica responsabilidad civil por daños materiales y morales.<sup>214</sup>

Pedro Henrique Demercian y Jorge Asaf Maluly relatan que el CPP no distingue, en los términos empleados en su articulado, entre víctima u ofendido y sujeto pasivo del delito.<sup>215</sup> El art. 5º, inciso II, dispone que la averiguación policial será iniciada por requerimiento del ofendido, mientras el art. 188, inciso III, al tratar del interrogatorio del acusado, hace referencia a la palabra víctima.

La víctima del delito es considerada tanto como la que experimenta directamente la acción criminal como la que sufre efectivamente el perjuicio. Así, en el robo, por ejemplo, son ofendidos el poseedor del bien, que sufre la amenaza o violencia en el momento de la sustracción, y el propietario de la cosa; en la estafa por medio de cheque, son ofendidas la persona afectada por el fraude y la que experimentó el perjuicio.

Alerta, por otro lado, Antonio Scarance Fernandes que “ni todo aquel que es afectado por el delito, sufriendo algún daño en razón de su comisión, será sujeto pasivo. El concepto debe ser buscado en el Derecho Penal y, actualmente, se acoge la posición de Antolisei, de modo que, en la identificación del sujeto pasivo, se toma en consideración el objeto jurídico del delito, o sea, el objeto de la tutela jurídico-penal, y, así, sujeto pasivo será el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, pues sólo de esa forma será posible verificar cuál es el interés penalmente protegido”.<sup>216</sup>

Antonio Scarance Fernandes distingue, en ese diapasón, el sujeto pasivo del perjudicado, que es el titular por derecho a la indemnización civil. El perjudicado, concepto extraído del Derecho Civil, podrá o no figurar (por ejemplo, el sucesor de la

---

<sup>214</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., pp. 281-282.

<sup>215</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Asaf, “*Curso de Processo Penal*”, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 157.

<sup>216</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, “*O papel da vítima no processo criminal*”, São Paulo, Malheros Editores, 1995, p. 44.

víctima en caso de homicidio), también, como sujeto pasivo. Sin embargo, señala Scarance Fernandes, entre nosotros, la víctima, el ofendido, “corresponde en el proceso penal al sujeto pasivo, principal o secundario, abarcando al perjudicado que, siendo al mismo tiempo sujeto pasivo, tenga derecho a la reparación del daño”.<sup>217</sup>

En España, el perjudicado, en materia penal, se asocia con la persona que sufre un daño derivado del delito, con independencia de que sea no titular del derecho vulnerado.

El Estado siempre figurará como lesionado, porque el delito, también, es un atentado contra el orden jurídico. En esa hipótesis, el Estado es llamado sujeto pasivo formal, o general. Sin embargo, la expresión ofendido utilizada por la ley se refiere a aquél que sufre el daño o es puesto en peligro de forma inmediata. No obstante eso, el Estado puede surgir como ofendido en diversas infracciones penales, por ejemplo, el peculado.

El ofendido puede figurar como sujeto procesal, requiriendo la instauración de averiguación policial, representando contra el autor del hecho delictivo, ofreciendo la queja-delito, pero también puede ser objeto de prueba, lo que ocurre cuando se realiza el examen del cuerpo del delito (lesión corporal o necroscópico); o el examen grafotécnico, cuando se obtenga material de su grafía; o, aún, cuando es oído durante la investigación policial o en juicio.<sup>218</sup>

Antes de la reforma, el Capítulo V apenas trataba la temática relativa a las preguntas al ofendido. Ahora el ofendido ha pasado a ser tratado con más importancia por la legislación procesal.

La reforma demostró mayor preocupación por la víctima, que en el sistema del CPP y de la legislación procesal penal siempre fue “marginada”, o sea, dejada en

---

<sup>217</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., pp. 48-53.

<sup>218</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Asaf, “Curso de Processo Penal”, 4ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

segundo plano. En este sentido Scarance Fernandes afirma que es “generalizada la tendencia consistente en dar a la víctima nuevo papel en el proceso criminal, sacándola del ostracismo que le fue impuesto en los últimos tiempos”<sup>219</sup>. Esta propensión de colocar luces sobre la víctima puede ser verificada por la propia alteración del nombre del Capítulo, que antes se llamaba “De las preguntas al ofendido” y ahora pasó a ser más amplio, denominándose “Del ofendido”. Esto demuestra que la víctima no es ya vista sólo como fuente de la prueba, preocupándose el legislador en resguardar su integridad física, así como otros aspectos relacionados con la práctica delictiva. También ya tendremos oportunidad de tratar de la indemnización mínima a la víctima, que será fijada en la sentencia penal condenatoria, demostrando la misma tendencia.<sup>220</sup>

Ahora, tenemos importantes estudios en el área de la Criminología respecto de la víctima de los delitos: la victimología. La víctima, en algunos casos, desempeña un papel relevante en todo el ambiente del delito. Merecía más atención de la legislación procesal penal, si bien el CPP salió adelante.

En mi opinión, según determina el nuevo articulado, que el ofendido sea notificado sobre la fecha designada para la audiencia de instrucción y juicio. Se pretende, con ello, permitir que el ofendido acompañe el proceso, debiendo el ofendido ser notificado de la sentencia y de los respectivos acuerdos que la “confirman” o la modifiquen. Tal providencia se hizo en razón de la posibilidad de que la sentencia fijara el valor de la indemnización civil mínima, según entiendo, dándose notificación al ofendido del pronunciamiento judicial y eventual condena.

La notificación del ofendido, en principio, será hecha de manera personal, pues, en razón a no estar habilitado como asistente de acusación, no tendrá abogado actuando en los autos. Según el § 3º, la referida comunicación debe ser hecha en la

---

<sup>219</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, “Processo penal constitucional”, 3ª ed., rev., atual. y ampl., São Paulo, RT, 2002.

<sup>220</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 28.

dirección indicada. Sin embargo, la nueva redacción permitió que la notificación al ofendido puede ser por medio electrónico, o sea, por e-mail. En el supuesto de que no sea encontrado en la dirección indicada por él, se tornará innecesaria la intimación, pues ésta no ocurrió en virtud de su desidia al no comunicar al juicio su nueva dirección, demostrando desinterés en el acompañamiento del proceso.

¿Habría alguna sanción procesal en caso de incumplimiento de estos mandamientos para la intimación del ofendido? En relación a las dos primeras situaciones – intimación del ofendido sobre actos procesales relativos al ingreso y salida del acusado de la prisión y sobre fecha designada para la audiencia de instrucción y juicio -, no tenemos duda en afirmar la ineficacia de cualquier nulidad. Distinto es el caso en otros supuestos como, por ejemplo, en el ámbito de la indemnización (como el Ministerio Fiscal no puede recurrir, en regla, la cuestión patrimonial, podrá el ofendido apelar para discutir el derecho a la indemnización y el quantum de ésta), entendemos, en una primera lectura, que el capítulo de la sentencia que trata del aspecto civil no se dictará mientras no sea el ofendido intimado.

Además, con la necesidad de que el ofendido sea notificado de la sentencia, se puede cuestionar si aún persiste la diversidad de plazos para la apelación del asistente habilitado y del ofendido no habilitado y de quince días en caso de ofendido no habilitado. ¿En virtud de la necesidad de que la sentencia se notifique al ofendido, hubo alteración de este plazo? Entendemos que no, pues aún existe razón para que existan plazos diversos. Realmente, aunque el ofendido no-habilitado sea intimado para acompañar algunos actos del proceso, él aún se encuentra en situación de desventaja en relación al Ministerio Fiscal y al asistente habilitado, principalmente por no poseer abogado que esté acompañando los autos. Si se entiende que el plazo pasaría a ser de cinco días también para el ofendido no-habilitado, el lapso temporal sería muy corto

para contratar un abogado, que este tuviera acceso a los autos y, aún, interponer el recurso. Además, aún persiste la redacción del art. 598, párrafo único, del CPP, que determina que el plazo es de 15 días. Por fin, la interpretación teleológica nos conduce a esa solución, pues la necesidad de intimación del ofendido fue instituida para beneficiarlo, como señalé anteriormente. La disminución del plazo para que el ofendido pueda apelar ciertamente frustraría tal propósito, causando una situación más desventajosa que la anteriormente existente.

El ofendido será comunicado, en las direcciones (ordinaria o electrónica) por él indicada en el momento de la *notitia criminis*, de los actos procesales relativos al ingreso y a la salida del acusado de la prisión, a la designación de fecha para audiencia y a la sentencia y acuerdos que mantengan o modifiquen la decisión inicial.

Con la finalidad de preservar la integridad física del ofendido y, también, evitar que se someta a constreñimientos, el § 4º determina que quede en espacio separado de los testimonios y, especialmente, del acusado, mientras aguarde para participar en la audiencia.

El agente del delito o el Estado costearán los necesarios tratamientos, en la búsqueda de reequilibrar su salud física y mental, dañadas por la práctica del delito. Obligar a un inocente (hasta la decisión condenatoria tornarse inmutable el acusado debe ser considerado así) a costear el tratamiento de la víctima choca frontalmente con la Constitución.

Nos parece que esta regla solo será constitucional si es leída de la siguiente forma: el Estado adelanta los gastos para el tratamiento del ofendido y, caso de que haya una decisión judicial condenatoria, el juez, con base en la nueva redacción del art. 63 del CPP, al fijar eventual indemnización, indicará cuanto gastó el Estado con aquel tratamiento, viabilizando, además de la cuantificación de la acción civil ex delicto

para la víctima, el valor debido al Estado que deberá ser inscrito como deuda activa. No se trata de legislar al respecto, sino de interpretar la ley de forma global, sistemática, con el resto del ordenamiento.

Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha y Ronaldo Batista Pinto observan que, al contrario de lo previsto en relación a la prueba testimonial (art. 212), el legislador omitió lo concerniente a la posibilidad de que las partes formularan preguntas al ofendido. Ni por eso se debe concluir que, en relación al ofendido, no se vulneraría el principio de la contradicción, de acuerdo con el antiguo entendimiento que el Supremo Tribunal Federal llegó a enunciar. Que el ofendido no de testimonio, no persiste ninguna duda. Tanto que no responde por el delito de falso testimonio y, tampoco, será computado en el número máximo de testimonios a ser realizadas, dependiendo del procedimiento adoptado. Cabe concluir, sin embargo, que las partes se encuentran inhibidas de dirigirle preguntas, parece que existe gran distancia. La fuerza probatoria de esa disposición es enorme, en tanto impide a las partes formular preguntas, supondrían verdadero cercenamiento de acusación y defensa. Por ello, se concedió a la acusación y, después, a la defensa, la posibilidad de repreguntar.

No obstante, puede surgir la duda relativa a si las partes formularen tales preguntas directamente a la víctima, sin que sea necesario pasar antes por el filtro del juez (cross-examination). Eso es así porque el Código de Proceso Penal autoriza la pregunta directa para el testimonio, como se ve del art. 212, siendo omiso, sin embargo, en lo que se refiere al ofendido ya en el procedimiento, por otro lado, se prevé que “El Ministerio Fiscal, el asistente, el querellante y el defensor del acusado tomarán, sucesiva y directamente, las declaraciones del ofendido” (art. 473 del CPP). La tendencia que debe consolidarse, en la praxis, es esa última, o sea, que también en relación al ofendido, las preguntas puede ser hechas directamente por las partes.

El §1º del artículo enunciado autoriza a la conducción coercitiva del ofendido que, debidamente notificado, se ausenta sin presentar una excusa razonable. Repite, en ese aspecto, la redacción del primitivo párrafo único del art. 201 del CPP. La discusión que se establece consiste en apurar si tal ausencia es apta para configurar el delito de desobediencia. En la jurisprudencia, dos corrientes se forman. La primera responde positivamente a esta pregunta y, la otra, en el sentido de que el hecho es atípico.

Luiz Flávio Gomes entiende la preocupación del legislador, en el §2º, en prestar algún tipo de satisfacción al ofendido, tan ignorado por nuestra legislación, mucho más orientada a la figura del reo.<sup>221</sup> Como señaló el miembro del Ministerio Fiscal del Distrito Federal y Territorios, Rodrigo de Abreu Fudoli, busca rescatar el papel de la víctima en el Proceso Penal.<sup>222</sup> En ese contexto, la comunicación, a la víctima, del resultado y de los desdoblamientos del proceso es actitud de respeto del Estado frente aquella persona que ya fue fragilizada con la ofensa a su bien jurídico, y de quien el Estado sustrajo la administración del conflicto (victimización secundaria).<sup>223</sup>

De ahí la cautela de informar, por cuestión de seguridad, de la prisión del acusado y su salida. Poco importa si la prisión del agente sea cautelar o deriva de una sentencia condenatoria. O si la salida es consecuencia de su absolución o, antes, de la concesión de libertad provisional o incluso de orden de *habeas corpus*. Ingreso o salida de la prisión reclaman el conocimiento del ofendido. En lo que se refiere a la fecha de la audiencia, él debe ser notificado, como consta del §1º, pareciendo, así, innecesaria la observación lanzada en este artículo. Por último, en lo que atañe a la sentencia y al acuerdo, es fundamental que la víctima, perjudicada directamente por la acción

---

<sup>221</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 134.

<sup>222</sup> FUDOLI, Rodrigo de Abreu, “*Recientes innovaciones en la legislación brasileña (como la transacción penal y la suspensión condicional del proceso, previstas en la Ley 9.099/95)*”.

<sup>223</sup> FUDOLI, Rodrigo de Abreu, “*Ley 11.690/2008: reforma del tratamiento de las pruebas en el Código de Proceso Penal*”, Disponible en [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), acceso en 26.06.2008.



delictiva, tenga conocimiento del término del proceso, haya sido el reo absuelto, o haya sido condenado. En esa última hipótesis, incluso, podrá el ofendido, a partir de la condena, instar ejecución en el juicio civil, de acuerdo con lo que autoriza el art. 63 del CPP. Y más: la Ley 11.719, de 20 de junio de 2008, al incluir el párrafo único al art. 63 del CPP y al determinar que el juez, en la sentencia condenatoria, fije el valor mínimo de reparación del daño (art. 387, IV, del CPP), propicia al ofendido la inmediata ejecución, en el civil, del *quantum* arbitrado en la sentencia. De ahí la relevancia de mantener a la víctima informada, sobre todo del resultado final del proceso.

En el Estado de São Paulo, a propósito, las normas de servicio de los oficios judiciales, en su ítem 26, determinan al escribano director que “de las sentencias condenatorias proferidas en procesos criminales y de aquellas dictadas en procedimiento relativo a la práctica de acto infraccional [...], con tránsito en juzgado, deberán ser extraídas copias para las víctimas, o siendo el caso, a los familiares”.

Tal comunicación, en los términos del §3º, debe ser hecha, se presume, por carta, en la dirección indicada por el ofendido. Éste, si lo prefiere, podrá indicar su e-mail, cuando, entonces, será comunicado del fin proceso, así como de las demás informaciones previstas en el §2º.

En el §4º, la preocupación consiste en preservar la seguridad del ofendido, seriamente comprometida si acaso, por ejemplo, tuviera que ocupar el mismo espacio físico del reo. El párrafo único del art. 210, también prevé la existencia de un espacio reservado para los testimonios. Conociendo la realidad física de nuestros predios, parece poco probable la existencia de salas para víctima, testimonios de acusación y de defensa. Nada impide, así, que la víctima ocupe el mismo espacio de los testimonios de acusación. Relevante es que éstos están separados de los testimonios de defensa, con el

fin de garantizar la incomunicabilidad e incluso, dependiendo del caso concreto, por cuestiones de seguridad.

Es digna de aplauso la innovación legislativa, fuertemente preocupada por el ofendido, hasta entonces prácticamente ignorado en nuestro sistema, como se observa en el §5°. En ese sentido, a propósito, la observación de Luiz Flávio Gomes y Antonio García-Pablos De Molina, para quien “el abandono de la víctima del delito es un hecho incontestable que se manifiesta en todos los ámbitos: en el Derecho Penal (material y procesal), en la Política Criminal, en la Política Social, en las propias ciencias criminológicas. Desde el campo de la Sociología y de la Psicología social, diversos autores, han denunciado ese abandono: el Derecho Penal contemporáneo – advierten – se halla unilateral dirigido a la persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal, en el ámbito de la previsión social y del Derecho civil material y procesal”.<sup>224</sup>

De ahí el acierto de la iniciativa consistente en propiciar al ofendido una atención multidisciplinar, “en las áreas psicosocial, de asistencia jurídica y de salud”. Sin embargo de la precariedad vista en la inmensa mayoría de nuestros foros, incapaces, consecuentemente, de aplicar en la práctica, a lo que viene previsto en ley, parece que la colocación de esta disposición indica un norte, cabiendo que se cobren, a partir de ahora, de las autoridades competentes, la implantación de los equipamientos sociales necesarios para al efectivo cumplimiento de las medidas previstas. Loable tarea, bastando que se recuerde el Estatuto da Criança e do Adolescente y de la Ley de Ejecución Penal que contiene provisiones semejantes que, hasta el momento, no fueron elogiadas.

---

<sup>224</sup>GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos, “*Criminología*”, 3ª ed. rev., atual. y ampl., São Paulo, RT, 2000. p. 73.

Sobre la atención al ofendido, Andrey Borges de Mendonça refiere la preocupación por la salud física y mental del ofendido, el § 5º, afirmando que el juez, si entendiera que es el caso, podrá acordar la atención multidisciplinar del ofendido, especialmente en las áreas psicosocial (tratamiento psiquiátrico, por ejemplo), de asistencia jurídica (encaminamiento para la Defensoría Pública, por ejemplo) y de salud (tratamiento médico adecuado). Resuelta muy interesante la parte final del precepto, que dispone que el pago de los gastos de estos tratamientos y atenciones quedar a cargo del ofensor o del Estado. Sin embargo, ¿podría el magistrado determinar que el ofensor pague los tratamientos, aún durante el curso del proceso, antes de una sentencia firme? El jurista entiende que no, en razón del principio de la presunción de inocencia. Uno de los desdoblamientos de este principio es que el reo no puede ser tratado como culpable antes de existir una sentencia condenatoria dictada judicialmente. Así, si el magistrado imputara, desde luego, al reo el encargo de soportar los costes del tratamiento del ofendido, estaría anticipando uno de los efectos de la sentencia condenatoria (que es el deber de indemnizar el daño). Nada impide, sin embargo, que el Estado pague y después ejerza su derecho de regreso contra el ofensor, después del pronunciamiento de la sentencia penal condenatoria.<sup>225</sup>

El § 6º cuida de la preservación de la intimidad, vida privada, honor e imagen del ofendido. El juez podrá, en nombre de esa preservación, determinar el secreto judicial en relación a los datos, declaraciones y otras informaciones obrantes en los autos para evitar su exposición a los medios de comunicación. Veremos si eventual determinación judicial será capaz de contener las ansias mediáticas por rostros, imágenes y nombres relacionados con el área criminal, buscando evitarse su exposición en los medios de comunicación, con el objetivo de preservar los derechos inicialmente enumerados en el dispositivo en examen. Para ello, puede el juez determinar, incluso, el

---

<sup>225</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de, op. cit., p. 192.

secreto de justicia. Se resalta, sin embargo, que la regla debe ser la publicidad del proceso, que encuentra sede constitucional en el art. 5º, LX, y 93, IX, de la Carta Republicana, siendo el secreto, aún en la línea de la norma suprema, la excepción, solamente admitido cuando situaciones concretas así lo reclamaren.<sup>226</sup>

El § 6º permite que el magistrado tome providencias para evitar el llamado “strepitus índice”, o sea, que el escándalo del proceso traiga otros daños – muchas veces tan o más serios que los causados por el delito – para el ofendido. Especialmente en casos de gran repercusión social y en los delitos sexuales, el magistrado deberá dictar cuantas providencias fueran necesarias para la preservación de la intimidad, vida privada, honor e imagen del ofendido, pudiendo establecer cuantas medidas considerara, entre ellas cuales determinar el secreto de justicia en relación a los datos, deposiciones y otras informaciones obrantes en los autos con respecto al ofendido para evitar su exposición a los medios de comunicación. De acuerdo con la anterior que no existe ninguna inconstitucionalidad en la posibilidad de decretar el silencio, pues, como es sabido, la Constitución Federal permite que la publicidad de los actos sea restringida cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigieren, en los términos del art. 5º, LX, c/c el art. 93, inc. IX, ambos de la CF. Por ello, el magistrado, a pesar de la omisión del referido párrafo, también podrá determinar medidas de protección a la víctima, cuando esté siendo amenazada, o, aún, encaminarla al sistema de protección de testigos y víctimas, como relata Andrey Borges de Mendonça.<sup>227</sup>

Como ya se refirió, la Ley 11.690/08 trajo innovaciones extensivas a la figura del ofendido. ¿Se le puede ahora considerar parte o sujeto del proceso, cuando él no quiera integrar el proceso como asistente?

---

<sup>226</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., pp. 296-300.

<sup>227</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de, op. cit., pp. 192-193.

Eugenio Pacelli de Oliveira responde a esta pregunta afirmando que la misma solamente tiene pertinencia en virtud del art. 159, § 3º, CPP, que le permite la comunicación de determinados actos procesales y el mandamiento de atención multidisciplinar (art. 201, § 2º, § 4º y § 5º, CPP).

De verse, entonces, que la nueva legislación prevé que el ofendido, aún cuando no se animado a ocupar la posición de asistente de la acusación, puede participar de la producción de la prueba, con formulación de preguntas e indicación de asistente técnico.

Pues, aquí, como resulta evidente, el ofendido actuará como parte, aunque su contribución en la formación del convencimiento judicial esté limitada a la prueba pericial, pero nos parece irrecusable que esa es típicamente una posición de parte procesal, instrumentalizada con poderes y facultades procesales.

De otro lado, ya en lo que se refiere a las nuevas disposiciones del art. 201, CPP, en el que se prevé, incluso, la posibilidad de decretar el secreto de justicia, con el fin de proteger de la imagen, privacidad e intimidad del ofendido, la cuestión, en la visión de Eugenio Pacelli de Oliveira, no caracteriza la cualificación de parte procesal, imponiéndose más como medidas protectivas, aseguradoras de la intangibilidad personal de la víctima.

En el punto, repetimos, el acompañamiento compulsorio del proceso, excluidas las comunicaciones relativas a la prisión (art. 201, § 2º, CPP), es inadmisibles. Mejor será oír el ofendido acerca de su eventual interés en relación a los demás actos del proceso del que lo somete, contra su voluntad, al andamiento de toda la acción penal.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, op.cit., pp. 410-411.

## **1. EL ASISTENTE COMO CUSTUS LEGIS**

Debe observarse que, aunque es relevante el interés jurídico del ofendido en la condena del acusado, para fines de satisfacción del daño civil causado por la infracción penal, no es éste el único interés que justifica su intervención en la acción penal.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito de la legislación ordinaria (art. 29, CPP) y de la propia Constitución Federal (art. 5º, LIX), asegura a la víctima del delito el derecho a la iniciativa procesal penal, en las hipótesis de inercia del Ministerio Fiscal, esto es, la conocida acción privada subsidiaria de la pública.

Este reconocimiento denota la preocupación legislativa con la participación del ofendido en la reprobación estatal a la práctica del hecho delictivo, evidenciando otro orden de interés jurídico atribuido a aquel que fue victimizado. Interés jurídico, sí, en la propia aplicación de la sanción penal.

El único interés de la víctima en la acción penal no es la obtención de título ejecutivo para satisfacción del Derecho Civil reparatorio. Si así fuera, ¿por qué reconocer el derecho a la acción penal, cuando la vía de juicio civil estaría también a su disposición en el momento de la provocación de la jurisdicción penal, con la instauración de la acción privada subsidiaria de la pública? A la alegación de que la instancia criminal ofrecería más probabilidades probatorias (menos restricciones a los medios de prueba) se puede contestar que la absolución en el juicio criminal, cuando está motivada en la ausencia de pruebas (art. 386, II, V, y VII, CPP), no impide el enjuiciamiento de la acción civil ex delicto, como ya se refirió.

Así, según nos parece, la cuestión de la amplitud del campo probatorio no es decisiva para la definición de la naturaleza del interés jurídico del asistente.

Aunque nuestra actual legislación acentúe de modo más significativo el interés civil en la intervención del asistente legitimado apenas el ofendido y sus sucesores procesales (art. 268, CPP), se puede observar que, incluso en relación a la cuestión penal, los actos del Poder Fiscal deben someterse a control por los administrados. Es de verse, a propósito, que la norma del art. 5º, LIX, de la CF, no se refiere expresamente al ofendido, pero sí al particular.

En mi opinión, la justificación para la elección del ofendido y sucesores como habilitados a la actuación junto a la acusación solamente encontrará respuesta segura en el principio de la igualdad procesal. Es que, con la participación de un tercero en la acción penal pública, auxiliando el órgano acusatorio, no conviene negar el desequilibrio de la relación procesal, teniendo en cuenta que, de un lado, estarían actuando dos partes (Estado y ofendido) con afectación a la regla de la “*par conditio*”, o paridad de armas. Obviamente, aquí, en tema de proceso penal, no se puede argumentar que la eventual pluralidad de autores o de reos, en desigualdad numérica, no es suficiente para la caracterización de la desigualdad de fuerzas entre partes. Si en el proceso civil es posible, en el proceso penal la desigualdad entonces establecida no sería meramente numérica, sino también cualitativa, sobre todo porque, siendo pública la acción, por el (y del) interés público debe cuidar el Estado, vía Ministerio Fiscal.

Por eso, la elección del ofendido es perfectamente aceptable, por una razón muy simple: el ofendido ya es titular del interés jurídico relevante, no penal, en virtud del reo, independientemente de la existencia o no de la persecución penal. O sea, pudiendo él sostener demanda civil contra el reo por los mismos hechos, no hay por que negar su participación también en la acción penal, hasta la decisión en esa instancia (penal) podrá afectar su interés en la otra (civil). Es por ello que el interés jurídico, en la

posición de “*custos legis*”, es particular; la persona de derecho público apenas legitima su intervención en la defensa de intereses de otra naturaleza.<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, op. cit., pp. 403-405.



## **VI. LA JUSTICIA RESTAURATIVA, EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y EL ABOLICIONISMO PENAL**

Desde su origen, el Derecho Penal siempre ha optado por el castigo de la conducta criminal practicada por alguien con la imposición de una pena. Se ha buscado y se busca, incansablemente, la retribución del mal practicado con la aplicación concreta de otro mal, aunque legítimo, representado por la pena. De ahí que se afirme que el Derecho Penal enseña la configuración de una justicia retributiva.

Actualmente, sin embargo, surge una nueva propuesta, consistente en la justicia restaurativa, fundada básicamente en la restauración del mal provocado por la infracción penal. Esa vertiente parte de la siguiente premisa: el delito y la contravención penal no necesariamente lesionan intereses del Estado, difusos e indisponibles. Se tutela con mayor intensidad la figura de la víctima, históricamente relegada a un segundo plano en el Derecho Penal. De esa forma, se relativizan los intereses advenidos con la práctica de la infracción penal, que de difusos pasan a ser tratados como individuales, y, consecuentemente, disponibles.

A partir de ahí, el litigio – antes entre la justicia pública y el responsable por el ilícito penal – pasa a tener como protagonistas al ofensor y ofendido, y la punición deja de ser el objetivo inmediato de la actuación del Derecho Penal. Surge la posibilidad de conciliación entre las dos partes (autor, co-autor o partícipe y víctima), mitigándose la persecución penal, una vez que deja de ser obligatorio el ejercicio de la acción penal.

La justicia restaurativa tiene como principal finalidad, no la imposición de la pena, sino el reequilibrio de las relaciones entre agresor y agredido, contando para ello con el auxilio de la comunidad, inicialmente atacada, pero posteriormente desempeñando un papel decisivo en la restauración de la paz social. En ese contexto, se

vislumbra la justicia con énfasis en la reparación del daño proporcionado por el delito, comprendido como una violación a las personas y a las relaciones colectivas, y no como una ruptura con el Estado.

En verdad, el delito deja de constituirse en acto contra el Estado y pasa a ser acto contra la comunidad, contra la víctima y aún, contra su propio autor, pues él también es agredido con la violación del ordenamiento jurídico. Y, si en la justicia existe interés público en la actuación del Derecho Penal, en la justicia restaurativa tal interés pertenece a las personas implicadas en el episodio criminal.

No más se imputa la responsabilidad por el delito personalmente a su autor, coautor o partícipe. Por el contrario, todos los miembros de la sociedad son responsables por el hecho practicado, ya que fallaron en la misión de vivir pacíficamente en grupo. Los procedimientos formales y rígidos de la justicia retributiva ceden espacio, en la justicia restaurativa, a medios informales y flexibles, prevaleciendo la disponibilidad de la acción penal.

Proporciona coraje al agresor para responsabilizarse por la conducta dañosa, reflexionando sobre las causas y los efectos de su comportamiento con relación a sus pares, para entonces modificar su modo de actuar y ser posteriormente aceptado nuevamente en la comunidad. Como resultado, la justicia restaurativa puede terminar en perdón recíproco entre los implicados, así como en reparación a la víctima, en dinero o incluso con prestación de servicios en general, a ella o a la sociedad.

Ese método tiende a crear un ambiente seguro en el que el ofendido puede aproximarse del autor de la conducta ilícita. Además de eso, la justicia restaurativa ofrece a la comunidad una oportunidad de articular sus valores y expectativas acerca del entendimiento de las causas subyacentes al delito y determinar lo que puede ser hecho para reparar el mal provocado y restablecer la tranquilidad otrora existente. Así

actuando, contribuye para el bien colectivo y colabora potencialmente a la disminución del índice de criminalidad.

Y si a todos incumbe la restauración de la paz pública, las penas privativas de libertad abren paso a la reparación del daño y las medidas substitutivas de la pena privativa de libertad, como decurso de la incesante actividad conciliatoria característica de la justicia restaurativa. Su foco principal es la asistencia a la víctima.

Un primer paso, en Brasil, para la implantación de la justicia restaurativa se operó con la Ley 9.099/1995, especialmente cuando se dispone a evitar la aplicación de la pena privativa de libertad, sea con la composición de los daños civiles, sea con el instituto de la transacción penal. Pero sus partidarios desean ampliar su rayo de incidencia, y la amoldan a algunos principios básicos y reglas procedimentales de seguridad, enumerados por Cleber Mason<sup>230</sup>, cuales sean:

A) La participación de la víctima y del agresor en la justicia restaurativa depende del consentimiento válido de ambas partes, debiendo cada una de ellas recibir explicaciones claras acerca de la naturaleza del procedimiento y de sus consecuencias. En cualquier momento los implicados pueden desistir de la participación en la justicia restaurativa.

B) La víctima y el agresor precisan aceptar como verdadero el episodio criminal, y el agresor debe reconocer su responsabilidad por la práctica del hecho debatido.

C) Las partes tienen el derecho de aconsejarse jurídicamente en todas las etapas del procedimiento.

---

<sup>230</sup> MASON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado – Parte geral. São Paulo: Método, 2008.

D) El encaminamiento de un caso iniciado en la justicia retributiva a la justicia restaurativa puede ocurrir en cualquier momento, desde la investigación criminal hasta el pronunciamiento en juzgado de la condena.

E) El trámite del procedimiento debe considerar las diferencias eventualmente existentes entre la víctima y el agresor, causadas por motivos de edad, de madurez, de capacidad intelectual, situación económica, etc.

F) Todas las discusiones, salvo las eminentemente públicas, deben ser confidenciales, excepto si las partes acordaren de otro modo, o si la publicidad para los agentes públicos responsables por la persecución penal fuera exigida por ley, o si las discusiones revelaren amenaza potencial o real a la seguridad o a la vida de cualquiera de los implicados.

G) La aceptación de la responsabilidad penal por el agresor no puede ser utilizada como prueba contra él en el futuro y posible proceso judicial.

H) Todos los acuerdos deben ser voluntarios y libres de cualquier tipo de coacción, y precisan contener apenas términos claros y fácilmente comprensibles por cualquier persona de inteligencia mediana.

I) El incumplimiento de un acuerdo alcanzado en la justicia restaurativa no puede ser usado en acción penal en juicio, sea para reconocimiento de culpa, sea para fundamentar castigo más severo al ofensor.

J) El procedimiento debe ser conducido por persona preparada, aceptada por la colectividad y revestida de imparcialidad.

L) Todo programa de justicia restaurativa debe ser constantemente evaluado y perfeccionado, procurando satisfacer los intereses sociales de restablecimiento del mal causado por el delito y proporcionar el reequilibrio de la paz pública.

Como enseñan Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte<sup>231</sup>, la justicia reparadora tan sólo es válida para delitos de escasa gravedad.

Frente a quienes han desconfiado de la validez de las soluciones de signo reparador más allá de los supuestos de bagatela, o ante los riesgos de banalización de las prácticas reparadoras, sus defensores han argüido que no se trata de una opción blanda frente a la delincuencia (“is not a soft option”), pues exige al ofensor un esfuerzo serio por afrontar el reproche, asumir la responsabilidad por el hecho y el compromiso de reparación de sus efectos con garantías de efectividad. Por lo tanto, debe evitarse la vinculación de las soluciones reparadoras a los delitos de poca gravedad, en muchos de los cuales (las faltas del sistema español, por ejemplo) un proceso reparador puede tener poco sentido (si se trata de hechos sin impacto psíquico) e incluso ser contraproducente. Por ello resultan criticables fórmulas legislativas como la de la Ley española de responsabilidad penal del menor (2000) que excluye de modo absoluto el sobreseimiento por mediación en los supuestos de criminalidad violenta, cuando la experiencia señala que es en los supuestos de gravedad mediana con cierto impacto psíquico (como podría ser un robo en domicilio) y de violencia no severa (por ejemplo, robos con violencia o intimidación, agresiones o lesiones) donde la mediación tiene mejores perspectivas de éxito.

La justicia penal puede generar una “extensión de la red”, como advierten Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte, enfatizada por algunos otros autores discurre precisamente en sentido contrario a la crítica anterior y frente a ella se

---

<sup>231</sup> SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>. Tamarit. ESTIARTE, Carolina Villacampa.

plantea la necesidad de evitar la derivación de los casos de bagatela,<sup>232</sup> en línea de lo ya señalado.

Con todo, no pueden pasarse por alto las experiencias en las que se ha extendido la justicia reparadora a delitos de violencia severa, tales como homicidios. De acuerdo con las conclusiones de Umbreit/Vos/Coates/Brown,<sup>233</sup> los programas en que se ha abordado la mediación entre condenados por delitos violentos muy graves y sus víctimas arrojan resultados positivos, pero requieren la consideración de una serie de exigencias al objeto de evitar que puedan dar lugar a una revictimización: la iniciación del proceso desde la víctima, la conducción por un mediador con experiencia y con un apoyo adecuado, un proceso largo de preparación (un mínimo de seis meses), un estudio escrupuloso de las condiciones de la víctima antes de valorar la oportunidad de un encuentro cara a cara y una involucración en el proceso de los profesionales de los servicios de atención a las víctimas, del personal penitenciario y de personas familiarizadas con procesos de diálogo reparador en supuestos graves.

A las críticas hasta aquí expuestas cabría, según Sumalla y Estiarte, añadir otra serie de consideraciones que darían alas a posiciones ante el nuevo paradigma, que discurrían por la vía de las lamentaciones, en gran medida habituales y conocidas, respecto a la desesperada necesidad de buscar nuevas direcciones ante el agotamiento de modelos y de programas políticos de reforma de justicia y la tentación de ceder a la moda y al “imperio de lo efímero” (Lipovetsky). Aunque este tipo de discurso tropezaría, en circular razonamiento, con la incontestable sensación generalizada de profunda desconfianza respecto a que la mejora de la respuesta a la delincuencia pueda depender tan sólo de las posibilidades de reforma del sistema de justicia convencional.

---

<sup>232</sup> LARRAURI PIJOAN, E. “*La reparación*” en CID, J./LARRAURI, E. (Coords), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 455-462.

<sup>233</sup> UMBREIT, M. / VOS, B. / COATES, R.B. / BROWN, K.A. “*Facing violence: the Path of Restorative Justice and Dialogue*”, 2003, pp. 89 y 339 ss.

En uno de los ataques más duros de que ha sido objeto la justicia reparadora, Acorn<sup>234</sup>, después de haber militado en esta causa, ha cometido una radical deconstrucción de su retórica. Las acusaciones de idealismo, sentimentalismo naive, wishful thinking o de una visión romántica de las relaciones humanas vienen a cuestionar la validez del paradigma e incluso que el mismo esté en condiciones de satisfacer el ideal de justicia. La citada autora, adentrándose en una exploración de la dimensión emocional del Derecho, ve en la argumentación restaurativa un intento de reconciliar la justicia con una ética fundada en el amor y no la violencia, que difícilmente puede llevar a aceptar sus postulados si no se asumen antes estos presupuestos éticos. Con apoyo en Derrida, rechaza el valor inherente a la idea de perdón (“sólo cabe perdonar lo perdonable”), y combate, por su alejamiento de la realidad, lo que según ella constituye el núcleo central de la dialéctica de la restauración, la pretensión de reconciliación o de (re)establecimiento de las buenas relaciones sociales y la armonía social. Asimismo, incide en la crítica, ya antes señalada, de la relegación de la víctima, al sostener que en realidad el éxito de un proceso restaurativo depende fundamentalmente de la capacidad y disposición del ofensor.

Estas duras objeciones alzadas frente a la justicia reparadora no deben ser echadas en saco roto, aunque las mismas no impiden reconocer que esta forma de justicia puede resultar útil y justa en ciertos supuestos. Las pretensiones de generalización y los excesos retóricos de sus intentos de teorización, especialmente el dogmatismo y el idealismo que pueden caracterizar ciertas versiones, son probablemente los aspectos en los que la crítica debe ser asumida. En la visión crítica ofrecida por Acorn desempeña un papel muy importante la decepción personal ante las esperanzas levantadas por este nuevo paradigma de justicia. No debe pues sorprender

---

<sup>234</sup> ACORN, A. “*Compulsory Compassion: a critique of Restorative Justice*”, Vancouver, 2004.

que a tal crítica se haya contestado que si la justicia reparadora está todavía necesitada de una teoría, también está necesitada de una crítica.

Algunos aspectos de la retórica reparadora merecen una seria reflexión, al objeto de acometer una necesaria depuración conceptual. Entre los conceptos más delicados están los de perdón y reconciliación, dadas sus connotaciones morales y su sobrecarga emocional. El abuso de tales conceptos es en parte achacable a cierta literatura restaurativa pero en muchas ocasiones deriva de una mala traducción de la misma en ciertos discursos, como el político-legislativo (buena muestra de ello es la Exposición de motivos de la Ley española de responsabilidad penal del menor de 2000). Frente a ello, se hace necesario aclarar que el perdón no debe ser un objetivo esencial de un programa de mediación reparadora y que éste no debe llevar a que la víctima se vea en una posición en la que sienta que eso es lo que se espera de ella (máxime cuando ello pueda reforzar un enraizado sentido del “deber ser” derivado de convicciones religiosas cuyo cumplimiento pueda resultar emocionalmente desestabilizador). Similares consideraciones cabe hacer en lo que concierne a la reconciliación. Algunas de las reticencias que en ciertos círculos se expresan frente a la utilización de la justicia reparadora en supuestos de violencia de género tienen que ver con el equívoco de que el proceso reparador está orientado a la reconciliación de la pareja, cuando el sentido del proceso radicaría más bien en la preparación de escenarios de futuro si ambas personas se encuentran ante la necesidad de relacionarse (por la existencia de hijos comunes o por vecindad). Al objeto de evitar las dificultades de comunicación que se ciernen sobre los términos perdón y reconciliación, Umbreit<sup>235</sup> aconseja alejarlos verbalmente del proceso reparador.

---

<sup>235</sup> UMBREIT, M. “*The Handbook of Victim Offender Mediation – An Essential Guide to Practice and Research*”, University of Minnesota, 2000, pp. 88 y 384-385.



El movimiento abolicionista encuentra su origen en Holanda, en los estudios de Louk Hulsman, y en Noruega, en los pensamientos de Nils Christie y Thomas Mathiesen.

Como muy bien escribe Cleber Mason, el Abolicionismo Penal consiste en una nueva forma de pensar el Derecho Penal, mediante el debate crítico del fundamento de las penas y de las instituciones responsables por la aplicación de ese ramo del Derecho. Para enfrentar la crisis carcelaria que crece a cada día, en los más variados lugares del mundo, se propone la discriminalización de determinadas conductas (el delito deja de existir) y la despenalización de otros comportamientos (subsiste el delito, pero desaparece la pena). En casos residuales, se atenúa considerablemente las sanciones penales dirigidas a las conductas ilícitas de mayor gravedad.<sup>236</sup>

El abolicionismo penal parte de la siguiente reflexión: la forma actual de castigo, elegida por el Derecho Penal, talla, pues la reincidencia aumenta diariamente. Además de eso, la sociedad no sucumbe a la práctica de infracciones penales, mayormente si sea considerada la cifra negra de la justicia penal, o sea, ni todos los delitos practicados son conocidos y computados por los operadores del Derecho. Y, entre los segundos, no todos acaban en condenar, y, dentro de este nuevo grupo, pocos individuos la cumplen íntegramente.

Por ello, la sociedad, al contrario de lo que comúnmente se sostiene, tiene capacidad para soportar la mayoría de las infracciones penales, sin someterse a perjuicios irreparables. Para los defensores de ese movimiento es lo que ya ocurre en la actualidad, aunque informalmente. El problema penal podría ser adecuadamente solucionado por otros medios, especialmente con la atención prioritaria a la víctima, pues sería más eficaz emplear los valores utilizados con la construcción de prisiones y

---

<sup>236</sup> MASON, Cléber, “*Direito Penal esquematizado – parte geral*”, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2008, pp. 606-611.

manutención de detenidos para reparar los daños a ella de manera proporcional, manteniéndose incluso la legalización de las drogas y el interrogatorio del delincuente.

Es importante resaltar que el abolicionismo penal posee variantes entre sus partidarios.

Louk Hulsman pregona un abolicionismo fenomenológico, y ampara sus ideas en el entendimiento de que el sistema penal se constituye como un problema en sí mismo. Se cuida de una inutilidad, incapaz de resolver los problemas que se propone solucionar. Así sostiene su absolución total, por tratarse de un sistema que causa sufrimientos innecesarios, y, aún más, acarrea una distribución de “justicia” socialmente injusta, pues produce numerosos efectos negativos en las personas a él sometidas, presentando una completa ausencia de control por parte del Estado.

El penalista holandés predica, entonces, la abolición inmediata del sistema penal, alejando el Poder Público de todo y cualquier conflicto, solucionándose los problemas sociales por instancias intermedias sin naturaleza penal. Además de eso, propone la eliminación de nomenclaturas utilizadas en la justicia penal, eliminando, entre otros, los términos “delito” y “criminal”. Trata el fenómeno delito como un problema social, lo que promueve la pacificación de los conflictos en un ambiente diverso del actualmente existente.<sup>237</sup>

Thomas Mathiesen y Nils Christie comparten la idea de un abolicionismo fenomenológico historicista. Vinculan el sistema penal a la estructura del sistema capitalista, razón por la cual, además de la su eliminación, defienden el fin de todo y cualquier método de represión existente en la sociedad. Así, la lucha por el derecho debe concentrarse en un esfuerzo de limitación del dolor.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> HULSMAN, Louk, “*Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*”, trad. espanhola Sergio Politoff, Barcelona, Ariel, 1984, p. 31.

<sup>238</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREIA JUNIOR, Alceu, “*Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*”, São Paulo, RT, 2002, p. 140.

En virtud de su propuesta central – eliminar el sistema penal, discriminalizar conductas y acabar con las penas -, el abolicionismo penal es considerado una utopía hasta hoy por los representantes del derecho penal mínimo y del garantismo penal.

Nada obstante, recuerda Cleber Mason, ese movimiento recibió en América Latina la simpatía de Eugenio Raúl Zaffaroni, llevándolo incluso a escribir toda una obra sobre el asunto.<sup>239</sup>

## **1. EL PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA COMO ALTERNATIVA POSIBLE A LA PROPUESTA ABOLICIONISTA**

El abolicionismo surgió de la percepción de que el sistema penal, que había significado un enorme avance de la humanidad contra la ignominia de las torturas y contra la pena capital, cuyos rituales macabros se encuentran retratados en la insuperable obra de Michel Foucault, perdió su legitimidad como instrumento de control social.

Sin embargo, el movimiento abolicionista, al denunciar esa pérdida de legitimidad, no consiguió proponer un método seguro para posibilitar la abolición inmediata del sistema penal.

Frente a tal *impass*, el principio de la intervención mínima conquistó, rápidamente, amplia adhesión de la mayoría de la doctrina, incluso de algunos abolicionistas que pasaron a ver en él una etapa en dirección a la abolición de la pena.

De hecho, la opción por la construcción de sociedades mejores, más justas y más racionales, impone la reafirmación de la necesidad inmediata de reducción del sistema penal mientras no se alcanza su abolición, como forma de mantener las garantías conquistadas en favor del ciudadano y, al mismo tiempo, abrir espacio para la

---

<sup>239</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Em busca das penas perdidas*”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2001.

progresiva aplicación de mecanismos no penales de control, además de privilegiar medidas preventivas de actuación sobre las causas y los orígenes estructurales de conflictos y situaciones socialmente negativas.

Con mucha propiedad, André Luiz Callegari afirma que, actualmente, existen acuerdos en los más diversos sectores de la doctrina para proclamar el principio de la intervención mínima del Derecho Penal. Todo parece indicar que la tendencia que se considera deseable para el Derecho Penal del presente y del futuro es su progresiva restricción: *“Eso se uniría con la tradición liberal que parte de Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intervención del Estado en la esfera de la libertad del ciudadano, que sólo es tolerable cuando sea estrictamente necesaria -inevitable- para la protección de ese mismo ciudadano. Después de eso se encuentra la convicción de que es necesario defender al ciudadano del poder coactivo del Estado”*.<sup>240</sup>

El minimalismo penal, a ejemplo del abolicionismo, niega legitimidad al sistema, pero, en lugar de postular su abolición y la solución de conflictos por instancias o mecanismos informales, propone su aplicación mínima como un mal menor necesario.

Por principio de la intervención mínima se debe entender que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, dejando para las otras ramas del Derecho o instancias no formales de solución de conflictos, las perturbaciones más livianas de tales bienes.

Comentando sobre tal principio, Rogério Greco percibió que el Derecho Penal debe interferir lo menos posible en la vida en sociedad, solamente debiendo ser solicitado cuando las demás ramas del Derecho, no sean, de hecho, capaces de proteger aquellos bienes considerados de mayor importancia.

---

<sup>240</sup> CALLEGARI, André Luiz. *“O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal”*, Boletim do IBCCrim, set/1998.

En la misma dirección va la enseñanza de César Roberto Bitencourt: *“El principio de la intervención mínima, también conocido como ultima ratio, orienta y limita el poder de incriminar del Estado, preconizando que la criminalización de una conducta sólo es legitimada si ésta se constituye en un medio necesario para la protección de un determinado bien jurídico. Si otras formas de sanciones u otros medios de control social se revelan suficientes para la tutela de ese bien, su criminalización no será adecuada y necesaria. Si para el restablecimiento del orden jurídico violado fueran suficientes medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben ser empleadas en lugar de las penales. Por esta razón, el Derecho Penal debe ser la última ratio, es decir, debe actuar sólo cuando las demás ramas del Derecho se revelen incapaces de dar la tutela debida a los bienes relevantes en la vida del individuo y de la propia sociedad”*.

Este carácter subsidiario del Derecho Penal, todavía, no es visualizado solamente en el confronto entre la protección penal y la protección genérica del ordenamiento jurídico a los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad, sino también en el cotejo entre las conductas penalmente relevantes, ofensivas a valores ético sociales tutelados por el Derecho Penal, merecedoras de sanción privativa de libertad o de penas alternativas.

En este último caso, la subsidiariedad se vincula específicamente a la premisa por la que la aplicación de la pena privativa de libertad sólo se justifica en situaciones extremas, en las que los fines objetivados por la sanción criminal no pueden ser alcanzados con medidas alternativas a la cárcel.

La idea de intervención mínima del Derecho Penal no se encuentra apenas en el aspecto de ser la última instancia formal protectora de los bienes jurídicos, ocupándose con los conflictos más graves donde los intereses de los implicados en la

contienda se encuentran más intensamente amenazados, como igualmente en la visión de que la pena estatal debe ser regida por el principio de la proporcionalidad, a través del cual las penas privativas de libertad sólo serán aplicadas cuando necesarias para la prevención general y especial positiva, prescindiendo de tal rigor y presentando alternativas penales para los demás casos donde la interferencia penal se justifica con menos severidad.

Hay que echar mano, para esto, del principio de la preferencia por las reacciones que no detenten, que impone, por un lado, *“la preterición de la pena de prisión en favor de penas que no detenten, siempre que estas se revelen suficientes, in casu, para la realización de las finalidades de la pena”* y exige, por otro lado, *“que el legislador enriquezca, hasta el límite posible, la panoplia de las alternativas a la prisión puesta a la disposición del juez”*.

En definitivo, coherentemente con tal principio, será siempre indispensable tener un borde de penas y medidas alternativas o sustitutivas, que puedan alejar la pena privativa de libertad para hechos infractores de poca gravedad, atendiendo a la noción de que la pena es sólo una necesidad, no simplemente un castigo, respetando la dignidad humana y afirmando las normas fundamentales que posibiliten la convivencia social.

## **VII. SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: TENDENCIAS INTERNACIONALES**

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, en la obra *La víctima y el Derecho Penal*, enseña “Pues bien, en el país de los polilérios <sup>241</sup>un ladrón condenado debe devolver el producto del robo al individuo robado, y no al rey, como ocurre en tantos países.”<sup>242</sup> Esas palabras, que suenan actuales, traen una evidente crítica al sistema penal vigente en Inglaterra de Henrique VIII, que destinaba a la Corona los beneficios resultantes de las multas penales y de los bienes aprehendidos. Traducen también una percepción, que no requiere mayores elaboraciones, acerca de quién debe ser el destinatario de las sanciones pecuniarias infligidas al autor del delito.

Pero, de esa noción casi intuitiva acerca de la necesidad de reparación de la víctima hasta la descubierta de su exacta localización y función en el campo del derecho penal, existe, de hecho, un largo camino dogmático a ser recorrido. Las respuestas a la cuestión fundamental que está en el eje del problema – cómo y dónde introducir en el derecho penal las medidas de satisfacción a la víctima – no son tan simples. Y es en el campo de las propuestas destinadas a atender a los intereses de la víctima que están basadas las manifestaciones de su nuevo protagonismo, no obstante el desarrollo de la víctimodogmática.

Como ya se ha expuesto, una serie de factores proporcionó una coyuntura favorable al robustecimiento de la temática relativa a las medidas de satisfacción de la víctima en el derecho penal, existiendo también quien habla de un nuevo paradigma en la justicia criminal. <sup>243</sup> Como dice Jesús María Silva Sánchez, son pocos aquellos que no concuerdan con la necesidad de orientar el Derecho penal hacia la víctima y su

---

<sup>241</sup> Os Polilérios compõem um povo que seria facilmente subjugado por um príncipe que desejasse fazê-lo; a população conta com vulnerabilidades nos aspectos defensivo, ideológico e mesmo no tocante à questão jurídica. Desse modo, bastava ser um príncipe de virtú o suficiente, que contasse com um exército poderoso, para que conseguisse alcançar a fortuna.

<sup>242</sup> MORE, Thomas, “*Utopia*”, Libro I, p. 35.

<sup>243</sup> MÜLLER-DIETZ, Heinz, “*Compensation as a criminal penalty?*” “Este cambio de paradigma no se debe apenas a la desilusión referente a las posibilidades de rehabilitación de los ofensores, pero es también una expresión de percepción de la negligencia del derecho penal y del proceso penal cuanto a los intereses de las víctimas”. p. 198.

mayor satisfacción. De ese modo, alrededor de la idea de reparación – como sanción autónoma o como presupuesto de no imposición de ciertas sanciones – se reúnen las más variadas vertientes de pensamiento.<sup>244</sup> El problema no es más saber si se debe o no atender a los intereses de la víctima en el derecho penal, sino cómo hacerlo.

Aunque existe una cierta unanimidad alrededor de la necesidad de dar a la víctima alguna satisfacción y alrededor de la idea de que la neutralización de la víctima por el derecho penal moderno fue demasiado lejos, las medidas y propuestas que surgen de esa concepción común difieren mucho entre sí. Desde la perspectiva abolicionista, que pregona con insistencia la necesidad de la devolución del conflicto a sus protagonistas y la privatización de su solución, a los modelos de conciliación y mediación más o menos dependientes del sistema penal, como a la concepción de una reparación como pena autónoma, son muchas las posibilidades teóricas y prácticas de encuadramiento del problema. Un reflejo de esa variedad está en las expresiones utilizadas para designar medidas de satisfacción a la víctima.

Señala Susanne Walther, una de las investigadoras participantes en la investigación realizada por el Instituto Max Planck sobre víctima y justicia criminal,<sup>245</sup> que esa variedad es el primer problema con el que se depara aquél que enfrenta el asunto, y añade: “en Alemania nosotros vamos a encontrar, por ejemplo, las expresiones ‘Wiedergutmachung’, ‘Schadenswiedergutmachung’, ‘Entschädigung’ y ‘Täter-Opfer-Ausgleich’. Semánticamente, el grado de especificidad de cada expresión es diferente. El término Wiedergutmachung, que literalmente significa ‘tornar bueno nuevamente’, es menos específico. Wiedergutmachung deja enteramente abierto el tipo de acción que es requerida al ofensor. Puede consistir en reparación material o actos simbólicos. Más específico que Wiedergutmachung, el término Schadenswiedergutmachung literalmente

---

<sup>244</sup> Silva Sánchez, sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”, p. 194.

<sup>245</sup> Los resultados de esa investigación fueron publicados en los cuatro volúmenes de la serie *Victims and criminal justice* editada por Günter Kaleser, Helmut Kury y Hans-Jörg Albrecht.



significa ‘reparación de los daños’ y se refiere a una reparación por compensación monetaria. La expresión ‘Entschädigung’ también implica una compensación monetaria, pero no implica necesariamente un acto del ofensor. De hecho, la expresión es normalmente utilizada como referencia a la compensación por el Estado. Täter-Opfer-Ausgleich, significando literalmente ‘equilibrio entre la víctima y el ofensor’, tiene, generalmente, el mismo significado de Wiedergutmachung, pero se refiere más a las nociones de resolución de conflictos por esfuerzo mutuo de ambos, víctima y ofensor. Si observamos la legislación y literatura de lengua inglesa, vemos que los pagos ordenados por la Corte son denominados ‘restitution’ en los EEUU y ‘compensation’ en Inglaterra. En los escritos eruditos sobre el tema, sin embargo, cada vez vamos a encontrar más las expresiones ‘reparation’ o ‘restorative justice’. Estos términos reflejan que prontamente se extiende el concepto de daño y, en consecuencia, las dimensiones de *making amends*, a los efectos de la victimización en el campo psicológico y social, abarcando un campo mucho más amplio que el simple pago por daños materiales.”<sup>246</sup>

A pesar de su variedad de significados e implicaciones, la expresión “reparation”, en inglés, o “reparación”, en español, es utilizada en la doctrina como umbrella term. Siguiendo esa tendencia internacional, será utilizada aquí la expresión “reparación” para indicar una medida que tiende a promover la satisfacción de la víctima. La forma por la cual se da tal satisfacción debe ser especificada en cada modelo.

Susane Walther concluye que las numerosas iniciativas referentes a la satisfacción de la víctima pueden ser encuadradas en cuatro categorías. Esa clasificación es realmente importante, pues posibilita ecuacionar el problema cuyo abordaje, de otra forma, sería sólo un planteamiento asistemático de las más variadas experiencias. La

---

<sup>246</sup> WALTHER, Susanne, “*Reparation and criminal justice: can they be integrated?*”, p. 319.

primera categoría abarca los modelos de reconciliación y mediación entre víctima y autor. La segunda categoría propuesta se refiere a las medidas que animan una reparación voluntaria en el curso del proceso penal. Es la llamada “tercera vía”, en la expresión de Claus Roxin, elegida como modelo por el Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal alemán. La tercera categoría detectada por la investigadora del Instituto Max Planck se refiere a la aplicación de la reparación como pena, común en los países de la common law. La última categoría sería una combinación de procedimiento civil y penal, donde el tribunal reconoce el derecho de la víctima a la reparación, a través de una acción civil; es lo que ocurre en Italia y en España, países donde la responsabilidad civil por la práctica del delito está en el Código Penal y no en el Código Civil, sin merma de la naturaleza civil de dicha pretensión y consecuencia jurídica del ilícito penal. Concretamente, en España la víctima puede optar entre acumular la acción civil a la penal, o ejercitarla en un ulterior proceso civil, una vez concluido el penal. La relación del procedimiento civil con el penal es más evidente en los sistemas nórdicos, en los que el fiscal tiene el deber de asistir a la víctima en la acción civil.<sup>247</sup>

Medidas reparatorias, en uno u otro de los modelos aquí sucintamente expuestos, especialmente como condición para obtención de algún favor legal, encuentran previsión en las legislaciones de muchos países, y no se puede decir que tal hecho constituya absoluta novedad. Lo que es novedad es la intensidad de los debates académicos y de las reformas legislativas que tienden a introducir la reparación en el sistema penal. Algunas merecen referencia.<sup>248</sup>

Es de mencionarse, inicialmente, el § 46 del CP alemán, reformado por ley de 28.10.94. De acuerdo con tal disposición, cuando el autor alcanza una conciliación con

---

<sup>247</sup> WALTHER, Susanne, op. cit., pp. 320-326.

<sup>248</sup> Para un análisis más detallado del sistema de reparación en el derecho comparado, y, especialmente sobre los sistemas de Argentina, Austria, Suiza, Italia, Francia, España, Alemania, EEUU e Inglaterra, vid. Albin Eser, Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.

la víctima y resarce el perjuicio totalmente o en parte, o aun cuando se esfuerza seriamente para obtener ese resultado o realiza la indemnización con gran esfuerzo personal, el Tribunal puede atenuar la pena o, si la sanción prevista es privación de libertad inferior a un año, o multa inferior la 360 días-multa, el juez puede dejar de aplicarla.<sup>249</sup> La rubrica de ese artículo es “Täter-Opfer-Ausgleish” que, conforme a lo visto anteriormente, tiene el significado de conciliación entre autor y víctima.

El Código Penal portugués establece, como circunstancia que debe ser considerada en la determinación de la pena, la conducta destinada a reparar las consecuencias del delito (art. 71.2 e). La existencia de actos demostrativos de sincero arrepentimiento y la reparación posible de los daños causados, son circunstancias de atenuación o cualificadas (art. 72.2 c). El pago de la indemnización u ofrecimiento de cautela es uno de los deberes que el tribunal puede imponer al reo (art. 51.1 a) y la pena de prisión de corta duración, así como la pena de multa de hasta 120 días-multa, puede dejar de ser impuesta cuando haya habido reparación del daño.

El Código Penal argentino prevé la reparación de perjuicios en el Título IV del Libro Primero, arts. 29 la 33. La indemnización del daño material y moral causado podrá ser determinada por la sentencia condenatoria, así como la restitución de la cosa obtenida por el acometimiento del delito. La reparación es también condición para la suspensión del proceso, sin que tal acto implique el reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente (art. 76 bis).

La reparación del daño en el Código Penal español surge como atenuante genérica, atenuante específica o cualificada, eximente en los delitos contra la hacienda pública y seguridad social. Es también condición para la suspensión de la pena.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> Esta redacción equivale a la traducción gentilmente hecha por el Profesor Peter Hünerfeld del Instituto Max Planck de Freiburg en mayo de 1998, durante la realización del Workshop Internacional “The independence and accountability of the prosecutor of la permanent internacional Criminal Court”.

<sup>250</sup> Silva Sánchez, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”, p. 184.

## **VIII. LA REPARACIÓN Y EL SISTEMA PENAL:**

### **¿UNA TERCERA VÍA PUNITIVA?<sup>251</sup>**

---

<sup>251</sup> PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como equivalente funcional de la pena. Universidad Católica: Buenos Aires, 2009. p. 235 y ss.

## 1. ¿LA TERCERA VÍA EN EL SISTEMA PENAL ALEMÁN?

En el sistema penal alemán se puede hablar con propiedad de un modelo político-criminal que acepta la reparación en lugar de la pena, o mejor expresado con palabras de WAMBACH, un modelo que permite la impunidad a cambio de la reparación<sup>252</sup>. En este modelo la reparación cumple con tres funciones bien determinadas:

- la reparación junto o en lugar de las penas o medidas de seguridad;
- la reparación para la remisión de la pena o la exclusión de la pena y
- la reparación en el sentido de la mediación o conciliación entre el autor y la víctima<sup>253</sup>.

La reparación se relaciona con los principios de fijación de la pena, circunstancia esta que permite diferenciar distintas funciones que la reparación puede cumplir en relación con el Derecho penal, a saber:

- como atenuante o eximente de pena (cfr. §§ 46 y 46 a, 49 StGB);
- como condición o instrucción impuesta al condenado (cfr. §§ 56 b y 59 a StGB y § 153 a StPO);
- como substitutivo de la sanción penal (cfr. § 153<sup>a</sup> StPO; § 4 AE-WGM);
- como consecuencia jurídica autónoma en el Derecho penal de menores (cfr. §§ 10 y 15 JGG).

En lo que sigue me refiero únicamente a aquellas situaciones del Derecho penal de adultos en las que la reparación cumple alguna función relacionada con los fines de la pena, centrando el objeto de análisis en las condiciones o instrucciones de reparar el daño causado.

---

<sup>252</sup> Vide WAMBACH, *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht*, iuscrim, Freiburg, 1996, p. 13.

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 13 y ss.

## 1.1. La reparación como atenuante o eximente de la pena

En sendas reformas el legislador introdujo la reparación del daño como comportamiento positivo posterior (1969)<sup>254</sup> y, luego, la conciliación entre autor y víctima (1986)<sup>255</sup>, revalorizando las necesidades de la víctima en la resolución del conflicto. La introducción del párrafo 46 StGB permitió que todo lo relacionado con el comportamiento posterior al hecho se relacionara con el proceso de fijación de la pena, así como, también, con los substitutivos de la pena<sup>256</sup>

La reparación como elemento a considerar para la disminución de la cantidad de pena es el más común de los incentivos ofrecidos por el legislador en Derecho comparado y opera como una atenuante ante la circunstancia de delimitar la pena. En el Código Penal alemán se encuentra una disposición de estas características en el párrafo 46.2 StGB, que admite una substitución de parte de la pena cuando se ha reparado el daño o cuando el autor se ha esforzado por reparar a la víctima<sup>257</sup>.

El párrafo 46 a se introdujo en el Código Penal (StGB) con la *Verbrechensstrafgesetzbuch* de 28 de octubre de 1994<sup>258</sup>, a efectos de corroborar la

---

<sup>254</sup> La referencia al comportamiento posterior positivo (reparación) se introdujo con la *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* de 25 de junio de 1969 (en vigor desde 1.4.1970).

<sup>255</sup> La referencia a la posibilidad de obtener un acuerdo indemnizatorio con la víctima se incorporó con la *Opferschutzgesetz* de 18 de diciembre de 1986 (en vigor desde 1.4.1970). Vide RIEB, “Der Strafprozeß und der Verletzte e eine Zwischenbilanz”, JURA, Heft 6, 1986, p. 285.

<sup>256</sup> El fundamento de esta consideración reside en que La reparación cumple con los fines preventivos que son característicos de las penas. Vide FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung*, cit., pp. 97 y ss. Según JESCHECK/ WEIGEND, la importancia radica en la influencia preventiva-especial del buen comportamiento que el sujeto adopta tras el hecho, que sirve de indicador de una menor necesidad de esfuerzos dirigidos a la reintegración social del autor. Vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit., p. 963.

<sup>257</sup> Cfr. § 46.2, “En la fijación de la pena el tribunal evalúa las circunstancias favorables y desfavorables al autor. Entre estas deben tomarse en consideración de manera particular: - los móviles y objetivos del autor, - la actitud que se desprende del hecho punible y la voluntad empleada en el hecho, - el grado de la infracción al deber, - el modo de ejecución y los efectos atribuibles del hecho, - los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su comportamiento posterior al hecho punible, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor para lograr un acuerdo indemnizatorio con la víctima”. El resaltado es mío.

<sup>258</sup> Cfr. *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, pp. 3186 y ss.; en español, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 525.

importancia de que los involucrados por el delito pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio, sumando de esta forma, a la circunstancia de la atenuante, la posibilidad de prescindir de la pena cuando no se haya incurrido en un delito que conmina con una pena grave, como puede ser la privación de la libertad de hasta un año o la multa de hasta 360 días-multa<sup>259</sup>.

Este artículo permite abarcar supuestos de hecho que van más allá del delito de bagatela y, a diferencia de lo que sucede en el § 60 StGB, no exige que las consecuencias del delito tengan que haber afectado negativamente al autor<sup>260</sup>.

Con el párrafo 46 a StGB, por una parte, ingresa al sistema penal alemán un fuerte estímulo a la reparación del daño y, al mismo tiempo, se produce una fisura en el muro que BINDING había levantado entre el Derecho penal y el civil; por otra parte, se favorece la situación de la víctima, que ahora puede verse resarcida tras del delito<sup>261</sup>. Se ha dicho que esta forma de mediación tiene relación con el espíritu de la tercera vía porque obedece a la consideración de la autonomía de las partes, antes que a una fórmula de negociación<sup>262</sup> y que además se diferencia de las otras formas de reparación porque son el autor y la víctima quienes voluntariamente acceden a esta<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Cfr. § 46.º, Acuerdo indemnizatorio entre autor y víctima, reparación del daño. “Si el autor: 1. En su empeño para lograr un acuerdo indemnizatorio con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 párrafo primero o puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios”. El resaltado es mío.

<sup>260</sup> Cfr. § 60, Exclusión de pena: “El tribunal puede prescindir de pena si las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de la gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho punible en una pena privativa de la libertad superior a un año”.

<sup>261</sup> Este acercamiento entre lo penal y lo civil es reclamado por un sector de la doctrina, partidario de la reconsideración de los intereses civiles de la víctima en el proceso penal. La satisfacción de la víctima entienden que también es tarea del Derecho penal; de modo que la reparación del daño civil o moral serviría para lograr la reconciliación de la víctima. Vide SIEBER, “Zivilrechtliche Beweisinteressen im Strafprozeß”, Festschrift für GünterSpindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, de Gruyter, Berlin/New York, 1992, p. 768; JUNG, “Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß”, ZStW, 1981, p. 1147; ESER, Zur Renaissance des Opfers, cit., p. 723.

<sup>262</sup> Vide RÖSSNER, “Mediation im Strafrecht”, en CORNEL/KAWAMURA – RINDL/MAELICKE/SONNEN (Hrsg.), Handlung der Resozialisierung, 2. Auflage, Nomos, 2003, p. 211.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 209 y ss.

La norma en cuestión se estructura en dos supuestos que atañen a la reparación del hecho por parte del autor y que tienen que ser diferenciados:

- en el primero, se requiere la reparación del hecho, tras los esfuerzos del autor por intentar la conciliación con su víctima<sup>264</sup>;
- en el segundo, la reparación del daño ha de haber supuesto un esfuerzo personal para el autor<sup>265</sup>.

Esta norma sugiere una diferenciación normativa entre la compensación civil del daño y la reparación del daño, cuyo concepto es más amplio y contempla una orientación no solo hacia las necesidades de la víctima sino también hacia los comportamientos positivos posteriores del autor<sup>266</sup>. La jurisprudencia alemana ha determinado que estos comportamientos positivos de reparación tienen que ser suficientes para compensar el daño y ser aptos para satisfacer a la víctima<sup>267</sup>.

En Alemania, la relación entre el autor y la víctima (la pretensión de que el autor asuma responsabilidad por los hechos y repare a “su víctima”) no recibió atención

---

<sup>264</sup> En este supuesto, el legislador pondera la reconciliación entre las partes, hasta tal punto que se refiere a la reparación del hecho, que puede ser interpretado como un interés en la reparación de los perjuicios inmateriales derivados del delito. Este hecho estaría demostrando que, para la ocasión, la reparación tiene un contenido más amplio que la indemnización civil de la víctima, además de aceptar supuestos en los que la víctima se niegue a aceptar la reparación o cuando el autor carece de recursos financieros. Vide PÉREZ SANZBERRO, Reparación, cit., pp. 146 y ss.

<sup>265</sup> Aquí el legislador se refiere a la reparación del daño, en la que ahora sí importa la satisfacción de los efectos materiales del delito. Con el objetivo de exigir algo más que la simple satisfacción económica, se requiere que la reparación se haya logrado (total o prácticamente en su totalidad) de forma voluntaria, pero habiendo significado un especial esfuerzo para el autor. De esta forma, se logra que un delincuente adinerado sienta el carácter sancionador de la medida, que puede cristalizar-se en determinados trabajos voluntarios en beneficio de la sociedad, o de alguna restricción de su tiempo libre (por ejemplo, efectuar tales tareas en tiempo de vacaciones). Por tanto, este inciso no solo se contenta con la indemnización material del daño, sino que esta tiene que haberse logrado tras un esfuerzo personal del delincuente. Vide ROIG TORRES, La reparación, cit., p. 406, nota n.º 134.

<sup>266</sup> En la actualidad no se exige una compensación total o exitosa del daño para otorgar efectos penales a la reparación, sino que tan solo se requiere un esfuerzo serio del autor, que puede ser valorado según los fines preventivos generales y especiales. Vide SCHULTE, Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 131-133.

<sup>267</sup> BGH v. 13.2.2007 – 1 StR 574/06. Vide SCHROTH, “Der Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Zwischenbilanz“, Michalke et al., (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, de Gruyter, Berlin, 2008, p. 682.



exclusiva de la doctrina hasta la década del ochenta<sup>268</sup>. Esta tardía consideración de la relación entre el autor y la víctima puede explicar por qué el ideal de la justicia restauradora no tuvo en Alemania un desarrollo similar al que alcanzó en los países anglosajones, así como puede servir de indicador de por qué la mediación y la conciliación todavía no gozan de tanto interés en la praxis<sup>269</sup>. Además, el espíritu de las soluciones de consenso, de mediación o conciliadoras, no ha venido acompañado de la renuncia al proceso penal, debido a la oposición de un sector de la doctrina alemana, que considera de vital importancia el mantenimiento de determinadas garantías del sistema de justicia tradicional<sup>270</sup>.

Hoy en día el sistema procesal penal admite una forma “anómala” de sobreseimiento a cambio de la condición de reparar el daño causado, que puede vulnerar toda una serie de principios y garantías básicas del indagado<sup>271</sup>. A través del proceso penal la reparación se convierte en algo más que un eximente de la pena; en figuras como las de parágrafo 153<sup>a</sup> StPO, la reparación se convierte en una condición que permite no solo eximir de la pena sino cumplir con los mismos fines que la pena tiene asignados<sup>272</sup>. Por medio de la Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des TOA und des FAG von 12.12.1999 (BGB1. I, p. 2491 y ss.), se introdujo, en el catálogo

---

<sup>268</sup> Este tema acaparó la atención de los juristas alemanes por primera vez en la 55. Deutschen Juristentages, llevada a cabo en septiembre de 1984 en Hamburgo. Vide 55. Deutscher Juristentag: Der Tagungsverlaufs, NJW, Heft 47, 1984, p. 2674; KASPEREK, Zur Aulegung und Anwendung des § 46 a StGB (Täter-Opfer-Ausgleich, Schade nswiedergutmachung), Peter Lang, Frankfurt a.M., 2002, p. 6; BUHLMANN, Die Berücksichtigung das Täter-Opfer-Ausgleichs als Verfahrensgrundsatz?, Lang, Frankfurt, 2005, p. 17.

<sup>269</sup> Sobre cifras de la praxis alemana, puede consultarse GALAIN PALERMO, “¿La reparación del daño como tercera vía?”, La influencia, cit. pp. 525 y s., especialmente nota 105.

<sup>270</sup> Vide H J ALBRECHT, “Kriminologische perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde“, en ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), Neue Wege, cit., pp. 43 y 55; HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2 Auflage, München, 1990, p. 320.

<sup>271</sup> Vide GALAIN PALERMO, “Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?”, Sistema Penal, 2, abril-junio de 2008, Ubijus, México, pp. 50 y ss.

<sup>272</sup> Vide GALAIN PALERMO, “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal”, RP, 20, julio de 2007, La Ley, España, p. 65.

de condiciones e instrucciones del § 153 a StPO, la mediación entre autor y víctima (T-O-A) que deriva en la reparación del daño<sup>273</sup>.

Así las cosas, pese al tardío reconocimiento que ha tenido en Alemania el pensamiento de la mediación, actualmente forma parte de las posibilidades para un sobreseimiento provisional o sobreseimiento por allanamiento. De este modo, también se hace honor a las formas de reparación simbólica, en detrimento de aquellas posturas tradicionales que marginan la reparación, considerándola una cuestión exclusivamente civil<sup>274</sup>.

## 1.2. Reparación como condición o instrucción impuesta al condenado

La figura de la condena condicional de los parágrafos 56 y ss. del StGB<sup>275</sup> surgió como un instituto que pertenece a la mediación judicial de la pena en sentido amplio<sup>276</sup>, según el cual el tribunal, en casos de penas privativas de libertad de hasta dos años (cfr. § 56.2 StGB), puede reservar su ejecución hasta tanto el condenado no cumpla con determinadas condiciones (*Auflagen*) o instrucciones (*Weisungen*).<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> Vide “Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems“, Vorgelegt im März 2000, p. 83.

<sup>274</sup> Vide RÖSSNER, “Mediation im Strafrecht”, cit., pp. 213 y ss.

<sup>275</sup> Cfr. § 56, Suspensión de la pena. “(1) En la condena a pena privativa de la libertad no mayor a un año, el tribunal suspenderá la ejecución de la pena por libertad a prueba, cuando es de esperar que al condenado le sirva ya la condena para enmienda y en el futuro no cometerá más hechos punibles aun sin la influencia de la ejecución de la pena. En relación con esto se debe tener en cuenta especialmente la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias de su hecho, su conducta posterior al hecho punible, sus condiciones de vida y las consecuencias que de la suspensión deben esperarse para él. (2) El tribunal puede también, conforme a los presupuestos del párrafo primero, suspender por libertad a prueba la ejecución de una pena privativa de libertad más alta que no sobrepase los dos años, cuando de acuerdo con la valoración en conjunto del hecho y de la responsabilidad del autor existan circunstancias especiales. En la sentencia deben considerarse también particularmente los esfuerzos del condenado por reparar los perjuicios causados por el hecho. (3) Para las condenas de privación de la libertad menores a seis meses no se suspenderá la ejecución cuando lo ordene la defensa del orden jurídico. (4) la suspensión de la pena no se limitará a una parte de la pena. La suspensión de la pena no se excluirá por un abono de prisión preventiva o de otra privación de libertad”. El resaltado me pertenece.

<sup>276</sup> Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho Penal. Parte General. 2, trad. de la 7.ª ed. Alemana por Jorge Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 823.

<sup>277</sup> El tribunal podrá imponer al autor determinadas *Auflagen* o *Weisungen*, que podemos traducir al castellano como condiciones, obligaciones, tareas o instrucciones, con el objetivo de “reparar” el mal

Las condiciones intentarán compensar la no ejecución de la pena y cumplen con una función compensatoria de la pena; mientras que las instrucciones generalmente obedecen a una política de rehabilitación y se utilizan con una finalidad preventiva en casos de personas que no llegan a los treinta años de edad (Jungerwachsenen)<sup>278</sup>.

La naturaleza de las condiciones y de las instrucciones es controvertida; así se habla de *medidas cuasi penales (strafähnliche Maßnahmen)*<sup>279</sup> o de sustitutos de la pena encubiertos (verkappte Ersatztrafen)<sup>280</sup> que en definitiva permiten una compensación del injusto. Por tanto, no se puede negar que las condiciones e instrucciones contienen un carácter normativo sancionador (retributivo y/o preventivo) con la única condición legal de que no conlleven exigencias desalentadoras para el autor. En estas disposiciones, el legislador se muestra un poco más interesado en la situación de la víctima, sin descuidar la función de la resocialización del delincuente<sup>281</sup>, puesto que además de confrontar a este con su hecho, con la esperanza de que asuma su responsabilidad, se le confronta con su víctima, a efectos de que se esfuerce en la reparación del daño. Esos esfuerzos serán – luego – tenidos en cuenta para la suspensión de la ejecución de la pena<sup>282</sup>. En ese sentido, el § 56b StGB enumera las condiciones que el tribunal puede imponer al condenado, destinadas a la reparación del injusto

---

(injusto) causado por el delito (cfr. § 56b StGB). Pablo Galain Palermo, en su trabajo, prefiere traducirlas como condiciones (*Auflagen*) e instrucciones (*Weisungen*).

<sup>278</sup> Vide H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 455.

<sup>279</sup> Vide DENCKER, “Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB”, em *JZ*, n.º 5-6, 1973, p. 144. En referencia a dichas medidas (*Auflagen und Weisungen*), con relación al parágrafo 56b StGB, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25 Auflage, Beck, München, 2004, p. 343.

<sup>280</sup> Según SCHMIDHÄUSER, “Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?”, *JZ*, 28. Jg., 17, 1973, pp. 529-534; también H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit., p. 451.

<sup>281</sup> A través de determinadas obligaciones, como la “reparación del daño” (cfr. § 56b.2.1 StGB), se intenta evitar a la víctima la iniciación de un proceso civil, o incluso, la constitución como querellante adhesivo, economizando, a su vez, a la Administración de Justicia su tiempo y gastos superfluos. Sin embargo, la ratio legis no se condice con la práctica de los tribunales, ya que en pocas situaciones estos imponen la reparación del daño como condición para conceder una condena condicional, o también, la libertad condicional. Vide FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument*, cit., pp. 305 y ss.; MADLENER, “La reparación”, cit., pp. 23 y ss.

<sup>282</sup> La figura de la suspensión condicional de la pena puede – por tanto – traer aparejadas determinadas condiciones o instrucciones que el beneficiario

cometido<sup>283</sup>. Estas condiciones están teleológicamente dirigidas a lograr la satisfacción o compensación del injusto, es decir, atienden a la víctima potencial, pero otorgando prioridad a la reparación de la víctima directa. Esto demuestra el interés del legislador en considerar la situación de la víctima sin descuidar la necesidad social de compensación por el daño cometido, pues el § 56 b II StGB sugiere obligaciones de pagar una cantidad a favor de una institución pública, de realizar prestaciones de utilidad pública y de pagar una cantidad a favor de la Hacienda estatal; las que podrán ser impuestas siempre que el condenado no haya previamente reparado el daño cometido a la víctima directa.

Por su parte, en el § 56c StGB, con una orientación preventivo-especial, el tribunal impondrá instrucciones siempre que sean necesarias, para reforzar la voluntad del condenado en relación con la expectativa de la no comisión de del nuevos hechos delictivos<sup>284</sup>.

Así las cosas, se puede decir que las condiciones se diferencian de las instrucciones en algunos puntos especiales, a saber:

- las primeras están taxativamente establecidas en el § 56b StGB, mientras que para las segundas el juez tiene mayor libertad de criterio y puede imponer alguna instrucción no prevista por el legislador en el § 56c StGB;

---

<sup>283</sup> Cfr. § 56bc.2 StGB: “El tribunal puede especialmente instruir al condenado a: 1. Reparar, de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho; 2. pagar una suma de dinero a favor de una institución pública sin ánimo de lucro, cuando esto en virtud del hecho y de la personalidad del autor es apropiado; 3. o si no, prestar servicios de utilidad pública o; 4. pagar una suma de dinero a favor del erario público”, resaltado por Pablo Galain Palermo.

<sup>284</sup> Según el § 56c.2 StGB: “El tribunal puede especialmente instruir al condenado a: 1. obedecer órdenes que se refieran a su permanencia, educación, trabajo o tiempo libre o a la regulación de sus condiciones económicas. 2. presentarse en un tiempo determinado en el tribunal o en otra entidad. 3. No tratar con determinadas personas o con personas de un determinado grupo que le pudieran ofrecer la oportunidad o el estímulo para cometer otros hechos punibles; no ocuparlas, no instruir las, no alojarlas. 4. No poseer, no llevar consigo y no guardar determinados objetos que le puedan brindar la oportunidad o el estímulo para cometer ulteriores hechos punibles. 5. cumplir con los deberes de alimentos”. También el tribunal le puede imponer al condenado (estas solo con su consentimiento): “La orden 1. de someterse a tratamiento curativo o un tratamiento de desintoxicación que esté relacionado con intervención corporal; o 2. De permanecer en un hogar o institución adecuado, solo podrá ser impartido con el consentimiento del condenado”.

- las condiciones están orientadas hacia la reparación (el hecho pasado), mientras que las instrucciones se basan en finalidades preventivo-especiales (de futuro);
- las condiciones son facultativas, mientras que las instrucciones son obligatorias cada vez que se las considere necesarias, a efectos de lograr que el condenado se comporte en el futuro según la ley (prevención especial);
- las condiciones reclaman una prestación positiva, mientras que las instrucciones son limitaciones y prohibiciones respecto a la vida del condenado<sup>285</sup>.

En cuanto al proceso penal, siguiendo la Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, la *Opferschutzgesetz* de 1986 intentó mejorar la situación procesal de la víctima, otorgándole derechos procesales (aunque no se haya constituido como querellante), con el objetivo de facilitar la reparación del daño sufrido<sup>286</sup>. Estas propuestas no siempre han sido bienvenidas por la doctrina, en el sentido de que una orientación del sistema penal hacia el interés de la víctima directa puede ser lesiva de determinados principios y garantías relacionadas con la situación procesal del autor<sup>287</sup>. A partir de esta ley, los esfuerzos se centraron en impulsar el *Adhäsionsprozeß* (proceso adhesivo, cfr. §§ 403 406c StPO), según la doctrina alemana sin mayor éxito, por el mero hecho de estar tan arraigada la histórica separación entre la sede penal y la civil para la *Entschädigung des Verletzten* o indemnización del daño<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal, cit., p. 835.

<sup>286</sup> Anteriormente, en 1976, La Opferentschädigungsgesetz (*Gesetz ubre die Entschädigung für Opfer von gewalttaten*) había otorgado ayudas públicas a las víctimas de los delitos cometidos con vilencia. Sin embargo, como manifiesta FRÜHAUF, *Wiedergutmachung*, cit., p. 96.

<sup>287</sup> Parte de la doctrina, según Pablo Galain Palermo, desde un punto de vista más conservador y reticente a una supra-valoración del principio de *igualdad de armas*, trasladado a la relación entre Täter y Opfer, ha criticado el aumento de los derechos de la última, en el entendido de que podrían significar – como contrapartida – una disminución de las garantías del acusado. Vide SCHÜNEMANN, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen”, NSTZ, 1986, p. 198. La discusión sobre este punto continúa al día de hoy; vide C. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Aiswege im Hinblick auf § 153.<sup>a</sup> Abs. 1 StPO*, Dr. Kovac Verlag, hamburg, 2008, pp. 119 y ss.

<sup>288</sup> Vide SCHÜNEMANN, “Zur Stellung”, cit., p. 193 y ss.; WEIGEND, “Das Opferschutzgesetz-kleine Scchritte zu welchem Ziel?”, en NJW, 1987, pp. 1170 y ss.; RIEB/HILGER, “Das neue Strafverfahrensrecht-Opferschutzgesetz und Strafverfahren-sänderungsgesetz 1987”, NSTZ, 1987, pp. 145

El parágrafo 403 StPO otorga a la víctima la facultad de ejercicio en el proceso penal de la acción civil derivada del delito, como forma de resolver determinadas pretensiones de corte civil derivada del delito, como forma de resolver determinadas pretensiones de corte civil en el juicio penal (fundadas en la normativa civil), con base en el principio de economía procesal<sup>289</sup>. Sin embargo, ocurre que el proceso adhesivo – prácticamente – no se utiliza en Alemania, habiéndose convertido en un concepto de pura teoría<sup>290</sup>.

De manera similar al Código Penal (StGB), la Ley Procesal Penal (StPO) (siempre respetuosa del principio de legalidad)<sup>291</sup>, ha dado ingreso a determinadas manifestaciones del principio de oportunidad<sup>292</sup>, que han otorgado mayor relevancia a la reparación del daño y permiten una especie de “sobreseimiento por allanamiento”<sup>293</sup>.

---

y ss.; BANNENBERG/UHLMANN, “Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleichs in Wissenschaft und Kriminalpolitik”, en *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1998, p. 27.

<sup>289</sup> Como se parte de que todo daño derivado del delito puede ser reparado, la víctima tiene la facultad de presentarse ante el tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*, AG), formulando una demanda de daños y perjuicios (cfr. § 23.1 GVG). Ese tribunal podrá rechazar la demanda por inadmisibles o no conciliables con un proceso penal (cfr. § 405 StPO) o estimarla, en parte o en su totalidad. El monto de la evaluación no corresponderá al juez penal sino al juez civil. Denegada esta posibilidad, no existe otra para recurrir, salvo en caso de revisión (cfr. § 406 StPO). Vide AA.VV., *Procesos*, cit., pp. 90 y ss.

<sup>290</sup> Vide ROXIN, “Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem”, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. BADURA/SCHOLZ (Hrsg.), München, 1993, p. 302; RIEß, “Der Strafprozeß und der Verletzte – ein Zwischenbilanz”, cit., p. 283.

<sup>291</sup> Escribe SCHÖNE: “Los principios de legalidad y oportunidad, que en cuanto a su proveniencia están relacionados con las teorías absolutas y relativas de la pena, representan hoy en día la idea de la unidad e igualdad en la aplicación en las leyes penales (control del uso del poder estatal) el uno, y la necesidad de hacer concesiones a las posibilidades prácticas de la persecución penal el otro”. Vide SCHÖNE, “Líneas generales”, cit., p. 177.

<sup>292</sup> La oportunidad ingresa al proceso penal alemán en 1924 con el decreto Emminger de 4 de enero, que introdujo el parágrafo 153 StPO, motivada por el objetivo de paliar la crisis económica que había afectado a la Administración de Justicia alemana y el aumento de la pobreza en la población, a causa de la inflación mundial. Estas penosas circunstancias económicas condicionaron un fuerte aumento de la criminalidad de bagatela, que difícilmente fuera contenida recurriendo al principio de legalidad y la finalidad de la pena. Así las cosas, en vista de que el delito respondía a la precaria situación económica de la ciudadanía, el legislador alemán – haciendo gala de su mayor racionalidad –, optó por no perseguir la criminalidad menor o de escasa gravedad ontológica. Vide KRÜMPELMANN, “Bagatelldelikte”, cit., pp. 204 y ss.; también KUNZ, “Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung”, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 34 y ss. Similares condiciones a las que vivía Alemania en período de entre-guerras vive hoy gran parte de la América Latina; sin embargo, la racionalidad no ha guiado nunca al legislador latinoamericano (salvo excepciones, v. gr., Costa Rica, Argentina, Chile), quien en lugar de adoptar medidas próximas a la oportunidad (que permiten el sobreseimiento de infinidad de situaciones de bagatela, algunas cercanas al estado de necesidad), otras alternativas desformalizadas o la despenalización, prefiere reforzar el control social, la

Para que al proceso pueda suspenderse, se requiere que los intereses de la persecución penal (legalidad) puedan ser satisfechos por otras vías (oportunidad). En los últimos años, por medio de sucesivas reformas, el legislador alemán ha concentrado su atención en la posibilidad de renunciar a la pena en aquellos supuestos que revistan poca importancia<sup>294</sup>, sea por el escaso contenido del injusto o de la culpabilidad<sup>295</sup>. No obstante, las soluciones aportadas para la renuncia a la pena no renuncian a un efecto estigmatizador del autor por el delito cometido<sup>296</sup>.

Estas figuras que alguna relación tienen con la reparación, y que permiten prescindir del proceso y de la pena cuando no exista un interés público en la persecución y la medida de la culpabilidad no lo impida, obedecen a los criterios de merecimiento y necesidad de pena, que en definitiva, como sostiene PALIERO, no representan otra cosa que principios de economía procesal<sup>297</sup>. En cuanto a la reparación como tal, se ha convertido en una institución que se sitúa en el límite entre las sanciones penales y las extra-penales<sup>298</sup>; sin embargo, en los hechos parecería que la reparación ha pasado a ocupar el lugar de la pena, sin respetar los principios y garantías que rodean la imposición de las penas.

### **1.3. La reparación como condición o instrucción aceptada voluntariamente por el imputado**

---

vigencia del principio de legalidad, el de persuasión obligatoria y el aumento constante de la entidad de la pena.

<sup>293</sup> Vide ROXIN, *Acerca de la evolución del Derecho penal alemán*, trab. Alejandro Kiss, ed, Hammurabi, Buenos Aires, en vías de publicación.

<sup>294</sup> Así lo demuestran sucesivas reformas del derecho material (cfr. parágrafos 46<sup>a</sup>, 56, 59 y 60 del StGB) y del formal (cfr. §§ 153 y ss. del StPO).

<sup>295</sup> Vide HIRSCH, "Zur Behandlung der Bagatellekriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. – Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", *ZStW*, 92, 1980, pp. 218 y ss.

<sup>296</sup> Vide JUNG, *Was ist Strafe? Ein Essay*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 78 y ss.

<sup>297</sup> Vide PALIERO, *Minima non curat praetor. Hipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedan, Padova, 1985, p. 337.

<sup>298</sup> Vide BUTTIG, *Die Wiedergutmachung*, cit., pp. 140 y ss.

El § 153<sup>a</sup> StPO es una forma del tipo consensual que puede darse bajo una estructura triangular: fiscal-juez-acusado, que sin lugar a dudas permite el desarrollo de elementos propios de una negociación y de disponibilidad discrecional en un proceso dominado por la legalidad<sup>299</sup>. A partir de la figura del sobreseimiento condicionado o sobreseimiento por allanamiento (cfr. § 153<sup>a</sup> StPO)<sup>300</sup>, puede obtenerse la reparación del daño sin necesidad de tramitar un proceso penal, como si se tratara de una alternativa a la pena o de un equivalente funcional de una pena, que no sigue el procedimiento tradicional para la aplicación de una consecuencia jurídica. Esto significa que directamente el presunto autor “acepta” reparar el injusto e indirectamente “acepta” frente a la sociedad y a la víctima su responsabilidad en los hechos, y ello, a cambio de la suspensión condicionada del proceso, supeditada a la condición del cumplimiento de la reparación (a la compensación de su injusto)<sup>301</sup>. En definitiva, si el autor consiente en la reparación renuncia a probar su inocencia en el juicio y a todas las garantías procesales y constitucionales (v. gr., a la prohibición de ser considerado culpable sin

---

<sup>299</sup> Vide GALAIN PALERMO, “Formas de consenso”, cit., pp. 51 y ss.

<sup>300</sup> Que podemos considerar como una posibilidad que ofrece el proceso penal para renunciar a la tramitación del proceso y declarar la impunidad del delincuente, previa constatación y desaprobación del injusto cometido (aunque no se pruebe formalmente la culpabilidad), siempre que el condenado se someta voluntariamente a la propuesta realizada por el fiscal y consentida por el juez. Reza el § 153<sup>a</sup>. (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional (1) “Con el consentimiento del inculpaado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al inculpaado 1. aducir una determinada prestación para la reparación de daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y si no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía da al inculpaado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1.º, núm. 4. la fiscalía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del inculpaado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el inculpaado cumple las imposiciones e instrucciones. Si el inculpaado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el inculpaado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2.º [...]”.

<sup>301</sup> De la misma opinión es BUTTIG: “Der Täter, der vor der Gesellschaft und dem Opfer die Verantwortung für seine tat auf sich nehme und alles tue, um das, was er zerstört hat, zu reparieren, und der damit die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung anerkenne, betreibe als solches die Abgeltung der Schuld”. Vide BUTTING, Die Wiedergutmachung, cit., 129. También STEIN, “Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip-Überlegungen zur geringen Akzeptanz des Täter-Iopfer-Ausgleichs für Erwachsene in der Praxis“, NStZ, Heft 8, August, 2000, pp. 393 y ss.



sentencia judicial), pero evita la acusación fiscal, la declaración de culpabilidad, la imposición de la pena y un posible antecedente penal<sup>302</sup>.

Esta discrecionalidad condicionada solo tiene lugar en materia de mediana y pequeña criminalidad, con un ámbito de actuación que se limita a delitos conminados con penas de hasta un año de prisión. El fiscal dispondrá de este beneficio procesal (con el consentimiento del presunto autor y del juez) toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente; pero una vez ejercida la acusación, es el juez de la causa (con el consentimiento del presunto autor y del fiscal) quien puede disponer de este instituto. Esta figura permite prescindir, provisionalmente, de la acción pública en determinados delitos (aquellos con penas de privación de libertad inferiores a un año), siempre y cuando el acusado cumpla con las condiciones o instrucciones que pudieran exigirse. Si estas últimas se pactaran antes de la apertura del procedimiento principal, deberían recibir la aprobación del Tribunal encargado de la apertura del procedimiento principal (Hauptverfahren, cfr. § 153.1<sup>a</sup> StPO); ahora bien, si las condiciones e instrucciones se acordaran una vez ejercida la acción, será el Tribunal quien archive provisionalmente el proceso con la aprobación del fiscal y el imputado (cfr. § 153.2<sup>a</sup> StPO). Excepcionalmente, la norma permite al fiscal prescindir de la conformidad del juez (y del imputado), en aquellos casos en que se ha producido un delito menor y la pena correspondiente no se encuentra elevada o alzada en el mínimo, y además, siempre que las consecuencias ocasionadas sean mínimas o insignificantes. Estos supuestos, en los cuales el fiscal tiene potestades como para no iniciar el proceso penal sin necesidad de requerir la confirmación judicial, han sido duramente criticados por la doctrina, en el atendido de que podrían poner en duda la constitucionalidad de esos supuestos, en

---

<sup>302</sup> De similar Idea, vide S. WALTHER, "Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation", en *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, ESTER/RABENSTEIN (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 370.

cuanto se conceden al fiscal facultades de juzgar que le son ajenas a sus funciones y atentan contra la separación de poderes (Gewalten teilungsprinzip, cfr. GG Art. 20.2)<sup>303</sup> y la garantía de una aprobación judicial previa (Richtervorbehalt, cfr. GG Art. 92)<sup>304</sup> consagrados en la Constitución. Las críticas no se agotan allí, sino que también se pone en duda una lesión al principio nemo tenetur, en caso de que la condición o instrucción obligue de algún modo al presunto autor a reconocer el hecho o a brindar algún tipo de prueba sobre su responsabilidad (cfr. § 153<sup>a</sup>.5 StPO)<sup>305</sup>.

Con la introducción de este párrafo no se intenta conceder al condenado un determinado beneficio (v. gr., atenuación de la pena, suspensión condicional de la condena, amonestación con reserva de pena), sino que se le brinda la posibilidad de evitar la condena y archivar los procedimientos, en caso de que voluntariamente acepte reparar el daño causado<sup>306</sup>. En verdad este procedimiento, que deriva en el archivo de la causa, no concluye con una resolución judicial sino del fiscal, a pesar de que existe un control por parte del juez, que debe prestar su conformidad. Este hecho puede traer alguna complicación en el sentido de que el sobreseimiento condicional o sobreseimiento por allanamiento (sujeto al cumplimiento de condiciones o instrucciones, cfr. § 153<sup>a</sup> StPO) tiene la misma validez que una sanción penal (a la que

---

<sup>303</sup> Vide HIRSCH, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität“, cit., pp. 230 y ss.; SALINGER, “Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001”, GA, 3/2005, p. 160.

<sup>304</sup> Esta garantía exige que determinadas medidas que pueden afectar a bienes jurídicos de los individuos, solo sean impuestas por una decisión judicial. Vide BUTTIG, Die Wiedergutmachung, cit., p. 187.

<sup>305</sup> Vide JUNG, Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung, cit., pp. 266 y s. Sin embargo, para la jurisprudencia alemana, la aceptación de la condición o instrucción es una forma de reconocimiento del delito. Vide BGH NJW 1993, pp. 605 y s.; JOSTES, Leistungsstörungen und Fehlverhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung von Strafverfahren gem. § 153 a StPO, Lang, Frankfurt, 2004, p. 21.

<sup>306</sup> Según PÉREZ SANZBERRO, la aplicación del principio de oportunidad en estos casos es una prolongación del principio material del ultima ratio, lo que demuestra la estrecha relación que existe entre el Derecho penal y el procesal, al valorarse la culpabilidad en una fase temprana del procedimiento, a efectos de renunciar no solo a la pena sino al propio ejercicio de la acción penal. Vide PÉREZ SANZBERRO, Reparación y conciliación, cit., p. 96; también GARCÍA ARÁN, “Culpabilidad, legitimación y proceso”, ADPCP, 1988, p.112. De otra opinión es ROIG, quien lo incluye dentro de los supuestos de sustitución de la pena. Vide ROIG TORRES, La reparación, cit., p. 403.

en definitiva sustituye)<sup>307</sup>, y además, según KUNZ, al igual que las penas, son obligaciones a imponer al inculpado que dependerán de la medida de la culpabilidad<sup>308</sup>.

La facultad que tiene el Ministerio Público de no ejercer la acción pública es una clara manifestación del principio de oportunidad (cfr. § 153a.1 StPO), y la potestad que tiene el juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. § 153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las condiciones o instrucciones de reparar material o simbólicamente el daño causado no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que, a través de estas acciones reparadoras, se pueda prescindir de la pena.<sup>309</sup>

En definitiva, la pena se sustituye por una especie de medida cuasi penal (strafähnliche Maßnahme) o una “pena encubierta” (Verdachtsstrafe)<sup>310</sup> que cumple con los mismos fines y funciones que la pena, sin respetar los principios para la imposición de las penas<sup>311</sup>.

Es el espíritu del consenso el que legitima el instituto de la suspensión condicional del proceso y el posterior sobreseimiento por allanamiento. No obstante, la voluntariedad que se exige al presunto autor para aceptar y llevar a cabo las condiciones o instrucciones es puesta en duda por parte de la doctrina, en el entendido de que no se trata de una voluntad libre, sino que subyace a la misma la prisión de la instauración o

---

307 AMBOS, Kai. “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, n° 8-A. p. 552 y ss..

<sup>308</sup> Vide PÉREZ SANZBERRO, Reparación, cit., p. 105.

<sup>309</sup> Se debe dejar en claro que será la fiscalía la que dispondrá de este beneficio procesal toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente, y que luego de instaurada la acusación es el juez de la causa quien puede disponer de este instituto. Reza el § 153a (2) “Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculpado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobados por última vez, y al mismo tiempo puede otorgar al inculpado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1.º, inciso 1.º. Se aplican análogamente apartado 1.º inciso 2.º hasta 5.º. La solución según el inciso 1.º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4.º también es válido para una constatación que, según el inciso 1.º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas. (3) Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones”.

<sup>310</sup> Vide SCHMIDHÄUSER, “Freikaufverfahren”, cit., p. 529.

<sup>311</sup> Como explica SCHÜNEMANN: “el comportamiento –acordado- justamente pasa a ocupar el lugar del agotamiento de todos los medios de obtener conocimiento”. Vide SCHÜNEMANN, La reforma del proceso penal, trad. Mariana Sacher, Dykinson, 2005, p. 100.

continuación del procedimiento penal. Esta posibilidad de continuar el proceso penal trae consigo la oportunidad de comprobar y declarar la culpabilidad del sujeto, y por ello, hay quienes sostienen: “en el caso del § 153 a StPO, la conformidad del inculpado, que por la presión de las circunstancias no constituye un verdadero, puro consenso”<sup>312</sup>. Sin embargo, la falta de consenso quedaría subsanada ante los intereses del inculpado<sup>313</sup> “porque no lo es exigible que se ponga a disposición de una sentencia judicial sobre la cuestión de la culpabilidad. Por otro lado, porque la obligación que acepta como sanción posee una naturaleza no penal. Finalmente, por la renuncia estatal a una comprobación de la culpabilidad”<sup>314</sup>. Pero además, pese a las duplas que recaen sobre la voluntariedad del presunto autor, la doctrina sostiene que esta voluntariedad no es suficiente para legitimar el § 153 a StPO, en el sentido de que podría existir una violación del principio constitucional de inocencia toda vez que la voluntariedad no reciba el reconocimiento judicial<sup>315</sup>.

#### **1.4. Importancia y peligro del párrafo 153<sup>a</sup> StPO**

Teóricamente, la importancia del párrafo 153<sup>a</sup> StPO reside en que es la disposición procesal que permite el más rápido acceso a la reparación del daño

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, pp. 104 y ss.

<sup>313</sup> Véase que la falta de consenso solamente se legitimaría en cuanto a los intereses del presunto autor, pero no según los intereses de la víctima. Como señala SCHÜNEMANN: “Por consiguiente, es curioso e incluso extraño, que el arte retórico de la protección de la víctima del debate actual de reforma, que se ha convertido casi en un ritual, justamente enmudece en el punto en que los intereses de la víctima se hallan realmente indefensos. Esto ocurre cuando el Ministerio fiscal, como sucede notoriamente de un modo frecuente, va más allá del correcto ámbito de aplicación del § 153 a StPO, a través de apreciar mal el impedimento de la –gravedad de la culpabilidad–, o de realizar mal la ponderación entre necesidad de persecución y economía procesal. En consecuencia, en lugar de proteger cada vez más al ofendido en su posición procesal como testigo en la producción de la prueba, o de colocarlo como otra parte contra el inculpado, desequilibrando así sensiblemente el balance del proceso penal, debería reforzarse su derecho a recurrir y ser oído en el ámbito del § 153 a StPO, para fortalecerlo (como por el general en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública cuando existe negativa del Ministerio fiscal) en el control de la imposición de la acción pública cuando existe negativa del Ministerio fiscal) en el control de la imposición de normas por parte del Ministerio fiscal”. *Ibidem*, p. 105.

<sup>314</sup> *Ídem*.

<sup>315</sup> Vide JUNG, *Der tätre-Opfer-Ausgleich*, cit., p. 270.

ocasionado sin necesidad de llevar adelante un proceso penal. En ese sentido es funcional a los intereses de la víctima y es una norma funcional a los intereses de la Administración de Justicia, porque cumple con el objetivo político-criminal de brindar celeridad y eficacia en la tramitación de las causas penales<sup>316</sup>. He aquí su enorme trascendencia teórica, que se refleja en la práctica en el sistema penal alemán.

No obstante, la reparación como condición o instrucción para sobreseer un caso penal significa un peligro para las garantías del proceso y del justificable, porque su naturaleza jurídica no brinda claridad conceptual<sup>317</sup>. El §153<sup>a</sup> StPO no puede ser entendido como una sanción formal, pues se trata de una forma de desviar el cauce normal de un proceso para obtener una especie de sanción informal (*pena encubierta, cuasi pena*), en el sentido de que surge de un proceso de diversión cuya finalidad político-criminal es la evitación de las formas tradicionales de tramitación del proceso penal y de imposición de las sanciones tradicionales<sup>318</sup>. Estas condiciones o instrucciones parecerían tener naturaleza de auténtica pena y no sirven para decir lo contrario argumentos tautológicos, como los que aplica HANACK<sup>319</sup>, pues justamente es su naturaleza jurídica “camuflada” lo que permite a la reparación sustituir en el caso concreto a la pena. La reparación también cumple con una función de satisfacción y con una finalidad preventiva, así como sirve para reprochar el mal acto del autor y compensar su injusto; y por todo ello es que puede sustituir a la pena<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> Em los hechos, La imposición de la condición, obligación o instrucción permitirá en un determinado plazo (6 meses a 1 año), el archivo de la causa penal. Normalmente, el tiempo impuesto para la realización de la tarea reparatoria es de seis meses. Side S. WALTHER, “Communication over Confrontation”, en *Modern Criminal Procedure*, cit., p. 371.

<sup>317</sup> Vide por todos, FREHSESS, *Schadenswiedergutmachung*, cit., p. 229.

<sup>318</sup> Vide TAMARIT, *La reparación*, cit., p. 43.

<sup>319</sup> Según HANACK, estas condiciones o instrucciones deberían ser algo distinto a las penas porque sería tautológico sustituir un castigo por otro castigo. Vide HANACK, *Festschrift-für Wilhem Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, LACKNER et al. (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, 1973, pp. 339 y ss.

<sup>320</sup> De opinión similar, KAUSCH, *Der Saatsanwalt. Ein Richter von dem Richter? Untersuchung zur Parag. 153a StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 56.

A través de esta norma el legislador ha pretendido solucionar problemas de la mediana y pequeña criminalidad, aquella franja de la delincuencia en la que las acciones reparatoras del daño, permiten – siempre que no se pongan motivos de prevención general – evitar el proceso en cuestiones que no revistan gravedad (esto es, aquellas que no necesiten de una pena).

La posibilidad de que el fiscal no interponga la acción pública en ejercicio del principio de oportunidad (cfr. 153 a.1 StPO) o que el juez suspenda provisionalmente el proceso a la espera del cumplimiento de las condiciones o instrucciones (cfr. 153 a.2 StPO) no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que a través de estas acciones reparatoras se compense con el injusto (merecimiento de pena), y de este modo se pueda prescindir del reproche penal y de la pena (no necesidad de pena)<sup>321</sup>. Es decir, la cuestión de fondo no es que con su aplicación pueda simplificarse una causa penal con el consentimiento de los implicados (esta es una saludable forma de consenso), sino que se produce una especie de “fraude de etiquetas”, en el sentido de que este consenso proviene de una “negociación” entre la Administración de Justicia y el presunto culpable, y a esta negociación no se le reconoce su verdadera natural e jurídica penal.

Según la doctrina penal, técnicamente y en sentido jurídico, las condiciones e instrucciones no constituyen un castigo penal; sin embargo, tras el acto de reparación que compensa el injusto sin juicio legal, el autor es eximido de una acusación formal, de la imposición de una pena y de un antecedente penal<sup>322</sup>. Pero además, el problema

---

<sup>321</sup> La norma no reconoce esta función de satisfacción de la víctima a través de las condiciones o instrucciones, sino que solo les adjudica una función de expiación de la culpa frente a la generalidad (el interés público). A través del cumplimiento efectivo de las condiciones o instrucciones se satisfacen los fines preventivo-generales de la pena. Vide BUTTIG, Die Wiedergutmachung, cit., p. 185.

<sup>322</sup> Em palabras de WALTHER: “Technically, none of these orders constitute –punishment- in the legal sense. Hence, the accused will be spared not only a formal accusation and trial but also a criminal record; he or she continues to enjoy the legal benefits of the presumption of innocence”. Vide S. WALTHER, “Communication over Confrontation”, en Modern Criminal Procedure, cit., p. 371.

adquiere relevancia constitucional cuando el acto de reparación que compensa el injusto se realiza bajo el amparo de la presunción de inocencia.

### **1.5. Reparación y tercera vía**

Se ha ofrecido apenas un panorama de cómo el ordenamiento alemán hace uso de la figura de la reparación y de los escasos medios que tiene la víctima para la defensa de sus derechos<sup>323</sup>. En la mayoría de los ordenamientos penales, cuando el autor se ha comprometido voluntariamente a la reparación del hecho, el sistema penal reconoce la reparación como forma de atenuar la responsabilidad, pues se entiende que con tal comportamiento positivo posterior, el autor demuestra una pretensión resocializadora y constructiva que favorece su reinserción social. Pero, también, cuando la reparación no ha operado en forma voluntaria se recurre a ella en forma impositiva, como una contraprestación, pues el legislador permite que se utilice como obligación frente a aquellos sujetos que son beneficiarios de algún instituto de suspensión condicional de la pena (cfr. § 56b StGB).

De la consideración de todas estas figuras puede decirse que en Alemania el legislador ha dado pasos hacia la consideración de una tercera vía punitiva, en el sentido de la relación constante entre la voluntariedad de los actos reparatorios y sus consecuencias en la medida de la pena (merecimiento de pena) o ante la circunstancia de determinar la necesidad de la pena. No obstante, no puede decirse todavía que el legislador haya incorporado la reparación como una tercera vía punitiva, junto con las

---

<sup>323</sup> En ese sentido, se ha mencionado cómo en el ordenamiento alemán la víctima no puede conseguir, a través de la querrela privada o adhesiva, ninguna prestación de tipo reparatorio. Vide FRÜHAUF, *Wiedergutmachung*, cit., p. 97. Asimismo, la posibilidad de un proceso de adhesión es casi inexistente, así como se permite un muy estrecho margen para posibilitar la conciliación de las partes enfrentadas en el delito, limitando a algunos delitos de índole privado. Vide FRÜHAUF, *ibidem*, p. 106; RIEB, “*Einige Bemerkungen*”, cit., pp. 428 y s.

penas y las medidas de seguridad (como nueva sanción o sanción alternativa)<sup>324</sup>, sino que la revalorización de la reparación en el sistema penal obedece a facilitar la resolución del conflicto por una vía anómala (sobreseimiento condicionado o por allanamiento) que pretende cumplir con los mismos fines de la pena<sup>325</sup> sin respetar las formalidades que reviste la imposición de las penas y, por tanto, esa vía puede lesionar algunos principios fundamentales del sistema penal (tradicional).

## 2. ¿La tercera vía en el sistema penal austriaco?

En Austria, junto con la tradicional atenuante (según § 34.1.15 öStGB), se encuentran algunas soluciones incluidas en el Código Penal, las cuales han sido consideradas modalidades de reparación voluntaria, que no ponen el acento en el esfuerzo que puedan significar para el autor, sino en que sean llevadas a cabo con éxito. En ese sentido, en el párrafo 167 del öStGB, se encuentra tipificado el arrepentimiento activo del autor (Tätige Ruhe). Esta norma debe enmarcarse dentro de un Derecho penal de alternativas, que permite excluir la punibilidad en una serie de delitos contra el patrimonio<sup>326</sup>, siempre que el autor – antes que la autoridad pública haya tomado conocimiento del hecho y sin ser conminado a ello – indemnice completamente a la víctima (directamente o a través de un tercero) por el daño

---

<sup>324</sup> Vide SCHMITZ-GARDE, Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe, cit., p. 227.

<sup>325</sup> Vide KAUSCH, “Der-Staatanwalt”, cit., p. 57.

<sup>326</sup> Según el párrafo 167 del öStGB, en los delitos de: daño sobre datos, hurto, sustracción de energía, abuso de confianza, apropiación indebida, hurtos menores, delitos relativos a la caza y la pesca, estafa, uso fraudulento de datos, obtención de una prestación mediante engaño, recibimiento de regalos por parte de la Autoridad, usura, quiebra fraudulenta, quiebra culposa, receptación en su forma dolosa y culposa, la punibilidad será excluida siempre y cuando se produzca un arrepentimiento activo del infractor. Vide EGMONT FOREGGER-GERHAR KODEK, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigsten Nebengesetzen*. 5. Auflage, Manz Verlang, Wien, p. 427; WAMBACH, *Straflosigkeit*, cit., pp. 37 y ss.



ocasionado, o se obligue a realizarlo en un determinado plazo<sup>327</sup>. El autor podrá obtener la impunidad siempre que en forma voluntaria haya resarcido completamente a la víctima o se hubiera obligado contractualmente, en un corto plazo, a ello<sup>328</sup>. A su vez, como reconoce el § 167.3 öStGB, el autor puede autodenunciarse y realizar el pago frente a las autoridades, así como según el § 167.4 öStGB, el pago puede ser realizado por un tercero en nombre del autor<sup>329</sup>, o por un partícipe. De cualquiera de estas formas, una vez indemnizado el daño causado, voluntariamente, puede el juez prescindir de la pena<sup>330</sup>. En la modalidad del § 167.2 öStGB, cuando el autor se ha comprometido contractualmente a la reparación, la punibilidad no se extingue hasta tanto no se verifique el cumplimiento. La punibilidad queda suspendida condicionalmente y, en caso de incumplimiento, la pena vuelve a cobrar sentido.

Esta norma otorga relevancia jurídico-penal al *actus contrarius* que actúa de contrapeso del injusto realizado; sin embargo, exige un componente objetivo, pues no basta con el espontáneo arrepentimiento del autor, sino que se requiere una reparación exitosa<sup>331</sup>. La característica más interesante de esta norma es que sobrepasa la granja de la pequeña y media criminalidad, y alcanza a delitos económicos que causen perjuicios importantes, siempre y cuando el daño sea reparado en su totalidad<sup>332</sup>. No obstante, si bien ella abarca tipos simples y cualificados relacionados con el patrimonio, no alcanza

---

<sup>327</sup> A diferencia del § 167 öStGB, el § 46<sup>a</sup> StGB alemán no limita los beneficios que trae aparejada la reparación a determinados delitos, por lo que los crímenes no estarían excluidos. Vide S. WALTHER, “Reparation and Criminal Justice: can they be integrated?”, en ILR, vol. 30, numbers 3-4, 1996, p.324.

<sup>328</sup> Vide SCHMIDT-HIEBER, “Ausgleich statt Geldstrafe”, NJW, Heft 32, 1992, p. 2004; S. WALTHER, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, cit., p. 85.

<sup>329</sup> Por ejemplo, una compañía de seguros, siempre que sea la compañía aseguradora del autor y realice el pago en nombre de este.

<sup>330</sup> De todas formas, de no prescindir de la pena, permanece latente la posibilidad de atenuar la cantidad de pena en el momento de la mediación de esta. Vide FUCHS, “Das Opfer im Strafrecht”, en Erweiterte Fassung eines Vortrages, gehalten am 26. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie der Vereinigung Österreichischer Richter in Ottenstein am 23. Februar 1998, p. 15.

<sup>331</sup> S. WALTHER, Vom rechtsbruch zum Realkonflikt, cit., p. 86.

<sup>332</sup> Abarcando, por ejemplo, el § 128, II, OPPaust. Vide ESER, “Acerca del renacimiento de la víctima”, cit., p. 62; WANBACH, Straflosigkeit, cit., p. 39.

a ningún tipo penal que proteja bienes jurídicos individuales (v. gr., violencia, intimidación, etcétera)<sup>333</sup>.

La mención que hace la norma al “arrepentimiento” del sujeto no debe confundirse con ninguna connotación subjetiva, pues la ley no puede exigir este tipo de sentimientos, debiendo limitarse a la constatación objetiva del *actus contrarius*. Es indudable la conexión entre el arrepentimiento activo del delincuente, que lo motiva al *comportamiento positivo posterior voluntario* y la mediación de la pena, y por este mismo motivo el legislador austriaco podía haber hecho alguna referencia al esfuerzo que tal intento de reparación obliga al delincuente. Hecha esta salvedad, podría justificarse la conexión con la etapa de mediación de pena, pues dicha reparación exclusivamente económica tiene relación con el merecimiento de pena antes que con la necesidad de pena, y por ende, para que no se hable de una *compra de la libertad o compra de la pena*, tendría que relacionarse la reparación voluntaria con el esfuerzo que esta significa para el autor. Asimismo, podría vincularse el arrepentimiento activo con el fin preventivo especial de la pena y no con la simple indemnización económica, o con la fidelidad al derecho que se identifica con el fin de prevención general positiva. Y esto dicho sin desconocer que el parágrafo 167 öStGB es un gran incentivo para el autor y una inmejorable posibilidad para la víctima de ver resarcido el daño patrimonial<sup>334</sup>. No cabe duda de que el fundamento de esta norma es netamente victimológico, pues no se entiende cómo la reparación efectivizada por un partícipe (en nombre propio, según § 167.4 öStGB) puede beneficiar al autor, si es que el pago no ha sido sugerido por este o se ha esforzado seriamente en él. Lamentablemente esta norma, de gran aceptación en la

---

<sup>333</sup> Sobre la discusión austríaca, en castellano, GARRO, i, cit., pp. 122 y ss.

<sup>334</sup> Que como he pretendido explicar en este trabajo, no tiene por qué coincidir con la reparación del daño en sentido penal. Opina favorablemente SCHMIDT-HIEBER, “*Ausgleich statt Geldstrafe*”, cit., p. 2004; y quienes aceptan un fundamento victimológico para esa figura, vide LÖSCHNIG-GSPANDI, *Die Wiedergutmachung*, cit., p. 102.

praxis austriaca<sup>335</sup>, se limita a beneficiar a los autores que han cometido delitos consumados, pues no se entiende la forma en que un delito en fase de tentativa pueda ser reparado materialmente, como exige el párrafo 167 öStGB. Por tanto, esta modalidad de reparación es exclusivamente material y excluye cualquier tipo de reparación simbólica<sup>336</sup>; ella no podría ser vinculada con el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)<sup>337</sup>, de manera que debe ser incluida dentro de la política criminal que confunde las funciones del Derecho penal con las funciones del Derecho civil, y que acepta una justicia penal para ricos, poderosos o pudientes, y otra que se aplica a quienes económicamente no pueden hacer frente a los daños que provocan.

Dentro del Derecho penal material, el párrafo 42 permite la exención de pena para la pequeña criminalidad (delitos de bagatela). Esta norma facilita, frente a delitos amenazados con pena de multa o privativa de libertad no superior a tres años, la no punición a su autor siempre que este se haya ocupado seriamente de eliminar las consecuencias del hecho, reparando o compensando a la víctima por algún medio. Para ello, la culpabilidad del autor debe ser mínima y no deben existir razones preventivas especiales que exijan el castigo del autor<sup>338</sup>. Esta norma introduce al juez al análisis previo de la culpabilidad hipotética relacionada con la medición de la pena (*Strafzumessungsschuld*), provocado nuevas fricciones entre el merecimiento de pena y la necesidad de pena, pues a pesar de la constatación de la culpabilidad (merecimiento de reproche), no habría necesidad de pena. Las disposiciones normativas que recurren al criterio de culpabilidad mínima para luego exonerar de castigo, de alguna forma parecería que obligan a incluir, dentro del “juicio de culpabilidad”, los actos posteriores

---

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>336</sup> Así LÖSCHNIG-GSPANDI, *Die Wiedergutmachung*, cit., pp. 97 y ss.

<sup>337</sup> Así S. WALTHER, *Vom Rechtsbruch zum Sozialkonflikt*, cit., p. 132.

<sup>338</sup> Vide ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Verlag Anton Pust, Salzburg/München, 1975, pp. 21 y ss.; WAMBACH, *Straflosigkeit*, cit., pp. 69 y 76.

a la consumación del hecho, como por ejemplo, una confesión, la presentación frente a la autoridad, el intento de reparación del daño, etcétera, que los jueces toman en cuenta como atenuantes o circunstancias que disminuyen el grado de culpabilidad y el de reproche. Pero como aquí se sostiene, los actos positivos posteriores no forman parte de la culpabilidad.

No debe olvidarse que aun cuando la culpabilidad sea mínima, razones de prevención pueden tornar imprescindible la aplicación de una pena (según § 42.3 öStGB).

Esta norma también requiere la reparación total del daño antes de que finalice el juicio oral en primera instancia y no exige ningún ánimo en particular para eliminar la punibilidad. Al igual que el § 167 öStGB, la política criminal austriaca centra su atención en la víctima directa y descuida su relación con los fines de la pena, que también atañen a la víctima potencial<sup>339</sup>. Aunque, como nota discordante debe indicarse que el § 42 öStGB no exige la reparación total del daño cuando este no sobrepasa el límite de la insignificancia<sup>340</sup>, lo que podría interpretarse como una pequeña admisión de la diferencia entre la indemnización patrimonial y la reparación del daño en sentido penal, que permita relacionar el comportamiento positivo posterior con el fin preventivo especial (o resocializador) de la pena. Como se puede apreciar, no deben hacer extensivas a esta norma las críticas vertidas al § 167, ya que en el mismo cuerpo normativo se subsana la carencia denunciada en aquella norma, en el momento en que se exige y valora el esfuerzo del autor, su compromiso para la reparación material o simbólica del daño<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> En el mismo sentido HÜNERFELD, “A pequena criminalidade e o processo penal”, RDE, IV, n.º 1, janeiro-junho 1978, p. 30.

<sup>340</sup> Vide LÖSCHNIG-GSPANDI, *Die Wiedergutmachung*, p. 133; ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit*, cit., pp. 25 y ss.

<sup>341</sup> SCHROLL, entiende que además de obligaciones contraídas a plazos cabe también la reparación simbólica, como puede ser un pedido de disculpas personalmente solicitado. Vide SCHROLL, “Aktives Reueverhalten. Möglichkeit einer Prozeßbeendigung im Vorverfahren”, ÖJZ, 1989, p. 43. Según GARRO

De todas formas, no voy a detenerme en el § 42 öStGB, en primer lugar, porque se aplica a muy pocos delitos<sup>342</sup> y en segundo, porque debido a la inclusión del principio de oportunidad ya no tiene relevancia práctica<sup>343</sup>.

La reforma penal de 1999 modificó el Código Procesal Penal austriaco dando ingreso al principio de oportunidad y los mecanismos de diversión (según §§ 90a y ss)<sup>344</sup>. Como característica principal de esta modalidad de sobreseimiento condicionado, debe mencionarse que el archivo de la causa dependerá del cumplimiento de condiciones o instrucciones por parte del justiciable. De esta forma, el sistema austriaco reafirma la intención de involucrar al autor en la resolución del conflicto, valorando positivamente la vulnerabilidad de las prestaciones de reparación.

El sobreseimiento está condicionado al cumplimiento voluntario de condiciones o instrucciones, de modo que el proceso continúa frente a un incumplimiento (según 90h öStPO) o se archiva definitivamente con el cumplimiento (según 90g öStPO).

Pueden ser objeto de este sobreseimiento condicionado delitos con penas de hasta cinco años de prisión (según 90a.4.2.1 öStPO), siempre y cuando la culpabilidad no sea de entidad (según 90a.4.2.2 öStPO) y cuando del hecho no hubiera derivado la muerte de una persona (según 90a.4.2.3 öStPO).

---

el “esfuerzo por reparar los daños solo podrá ser valorado en el ámbito del tercer apartado del § 42, es decir, en la cláusula relativa a los fines de la pena”. Vide GARRO, *La reparación*, cit., p. 173.

<sup>342</sup> En opinión de ZIPF, el parágrafo 42 öStGB se limita a actos imprudentes (sin que se constate peligro de reincidencia, que exija la pena en el caso concreto, según 42.3 öStGB), actos dolosos cometidos por autores ocasiones o situacionales acontecidos en situaciones irrepetibles. Vide ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit*, cit., p. 33.

<sup>343</sup> Según entiende ZIPF, el parágrafo 42 öStGB brindó respaldo al principio de legalidad en momentos en que el sistema procesal penal alemán era seducido por el principio de oportunidad; sin embargo, con la introducción del parágrafo 90 öStPO, esa norma perderá gran parte de su valía. *Ibidem*, p. 15.

<sup>344</sup> Vide JUNG, “Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa”, GA, 2002, pp. 65 y ss.; GRAFL, “Diversion in Austria: Empirical Data”, EJCLCJ, 9, vol. 4, 2001, pp. 291 y ss.; LÖSCHNIG-GSPANDI, “Diversion in Austria: Legal Aspects”, *ibidem*, pp. 281 y ss.

De la lectura de los §§ 90a y ss. öStPO surge que la reparación dependerá de las posibilidades del sujeto, que no tiene por qué ser total y que acepta la reparación simbólica.

En cuanto atañe al § 90g öStPO, la reparación es la única carga adicional que se puede imponer al infractor, además de la condición o instrucción que corresponda (cfr. § 90a.1 öStPO). De esta forma, si bien el sistema austriaco pone el acento político-criminal en la reparación voluntaria del daño como un acto contrario positivo, también acepta una modalidad de combinación de condiciones o instrucciones (cfr. “pago de una cantidad de dinero” según § 90c.3 öStPO; cfr. “trabajos en beneficio de la comunidad” según § 90d.3 öStPO), que pueden aplicarse conjuntamente con la reparación, con naturaleza obligatoria<sup>345</sup>.

Así las cosas, en lo que respecta a la solución del sistema penal austriaco, si bien la reparación puede significar una rápida solución para el problema de los intereses patrimoniales de la víctima, deja dudas respecto a la reparación entre la indemnización monetaria (reparación patrimonial) y el merecimiento de pena. En este mismo capítulo se ha señalado que en determinadas ocasiones, por razones de política criminal, no habría necesidad de aplicar la pena si, como sucede en el § 167 öStGB, el autor ha dado muestras – mediante un comportamiento posterior positivo efectivo de reparación – de que por necesidades preventivas no sería necesaria la aplicación de una pena. También se ha expresado que siempre que sea posible prescindir de la pena sin resentimiento de las finalidades que el Derecho penal debe cumplir, esto sería aconsejable. Pero como también se ha manifestado, para que pueda relacionarse la reparación con los fines de la pena se requiere que consista en algo más que una indemnización económica, a la que el sujeto igual se encuentra obligado por el Derecho civil. De otra forma, se trataría de una

---

<sup>345</sup> “De hecho, la propia regulación señala que, siempre que sea posible, el pago de una cantidad de dinero (Zahlung eines Geldbetrages) y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (Gemeinnützige Leistung) se combinen con la reparación de los daños”. Vide GARRO, La reparación, cit., p. 200.

solución que por un lado beneficia notablemente a la víctima directa, pero que, por otro, no provoca ningún efecto preventivo especial positivo, así como tampoco preventivo general integrador. La paz jurídica no puede obtenerse a través de la *compra de la libertad*, provocando, además, graves diferencias entre los potenciales autores, pues tal norma beneficia solo a aquellos con poder adquisitivo. De esta manera se concretiza la crítica al sistema penal, que actúa como una red de pesca en la que quedan atrapados nada más peces pequeños.

De la consideración de todas estas figuras puede concluirse que en Austria, de un modo similar a lo que sucede en Alemania, el legislador considera una especie de *tercera vía* punitiva, en relación con la voluntariedad de los actos reparatorios y sus consecuencias en la medida de la pena (merecimiento de pena) o ante la circunstancia de determinar la necesidad de la pena.

### **3. ¿La tercera vía en el sistema penal portugués?**

Con la entrada en vigor (1 de enero de 1988) de la reforma del Código del Proceso Penal (aprobado por Decreto-Ley 78/87 de 17 de febrero), el sistema procesal penal de Portugal opta por el modelo de proceso que goza en la actualidad de mayor reconocimiento en los países europeo continentales<sup>346</sup> y en el Consejo de Europa<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> Como se ha hecho notar: “Es bueno aprender del ejemplo portugués, que después de disponer de un nuevo Código Penal emprendió la tarea de reformar en su totalidad el Código de Proceso Penal, con en el mayor de los consensos posibles, con el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Código; un labor reformadora que no se dejó atrapar por las corrientes modernas de simplificación procesal a ultranza, a cualquier coste, incluso sacrificando derechos y garantías fundamentales”. Vide RODRIGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ed. Universidad Salamanca, 1997, p. 296.

<sup>347</sup> Vide ALMEIDA COSTA, “Alguns princípios para um direito e processo penal europeus”, RPCC, 4 fasc. 2, 1994, p. 199. Recuérdese la Recomendación R 87 de septiembre de 1987 relativa a la simplificación de la justicia penal, en la que pronunció el Consejo de Europa a favor de los procesos abreviados y las soluciones de consenso. Asimismo, la Recomendación n.º R 92 del Consejo de Europa, respecto a las sanciones y medidas de ejecución en la comunidad. En ese sentido, el sistema penal portugués adoptó la suspensión provisoria del proceso (cfr. Art. 281, 282 CPPP), la suspensión de pena

Este nuevo modelo procesal parte de la distinción entre la pequeña (y mediana) criminalidad y la criminalidad grave, ajustando la primera a soluciones de consenso y la segunda a la tradicional forma de conflicto. Por ello, ambos modos de aparición del delito debían obedecer a un tratamiento procesal diferente, cumpliendo con los mandatos de desburocratización, simplificación, desformalización, celeridad, participación, oportunidad, oportunidad y consenso, como característica principal de la justicia penal del nuevo siglo<sup>348</sup>.

Respondiendo a una estructura acusatoria que delimita funciones al fiscal<sup>349</sup>, el juez de instrucción<sup>350</sup> y el juez encargado de la sentencia<sup>351</sup>, el nuevo sistema penal mejora la posición del imputado<sup>352</sup> y otorga beneficios procesales a la propia víctima<sup>353</sup>. Ahora, toda la fase de investigación pasó a corresponder al Ministerio Público<sup>354</sup>. Pero

---

(cfr. Art. 50 a 58 CPPor.), la libertad condicional (cfr. Art. 61 a 65 CPPort.), la libertad a prueba (cfr. Art. 98 CPPort) y la suspensión de la ejecución de internamiento (cfr. Art. 98 CPPort).

<sup>348</sup> Vide LOPES DA MOTA, “A revisão do Código de Processo Penal”, RPCC 8, fasc. 2, abril-junho 1998, p. 165. En ese sentido los *processos sumaríssimos* (cfr. Art. 392 CPPP) para aquellos delitos punibles con penas de prisión no superiores a tres años o con pena de multa, en los cuales el fiscal puede solicitar una pena o medida de seguridad no privativa de libertad, que deben contar con la aprobación del juez y del imputado. Por tanto, se prescinde de la instancia oral y “o despacho de concordância do juiz vale como sentença condenatória com imediato trânsito em julgado [...]”. Vide MIRANDA PEREIRA, “Sanções e medidas de execução na comunidade”. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção”, em RPCC, 8, faz. 3, julho-setembro 1998, p. 449.

<sup>349</sup> El fiscal dirigirá las investigaciones en la etapa de investigación (*inquérito*) preliminar a la solicitud de procesamiento o archivo. Cfr. Art. 53 CPPP: (*Posição e atribuições do Ministério Público no processo*): “1. Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar como o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critério de estrita objetividade. 2. Compete em especial ao Ministério Público: a) Receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes; b) Dirigir o inquérito; c) Deduzir a acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento; d) Interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa; e) Promover a execução das penas e das medidas de segurança”.

<sup>350</sup> El juez de instrucción tiene el dominio de la etapa o fase de instrucción, aquella que tiene lugar entre el inquérito y el juzgamiento. Esta etapa es consecuencia de la solicitud del imputado o la víctima personada en el procedimiento (*assistente*), a efectos de que se comprueben judicialmente los términos en que el fiscal ha decidido la acusación o el archivo del inquérito. En los hechos, opera principalmente como un juez de garantías. Cfr. artículo 17 CPPP.

<sup>351</sup> Cfr. Capítulo II. Da competencia. Artículos 10 a 17 CPPP.

<sup>352</sup> Cfr. Título III. Do arguido e do seu defensor. Artículos 57 a 67 CPPP.

<sup>353</sup> Cfr. Título IV. Do assistente. Artículos 68 a 84 CPPP.

<sup>354</sup> El Ministerio Público, según la Ley 39/78 de 5 de Julio y Ley 47/86 de 15 de octubre, se convirtió en órgano autónomo de justicia y en una magistratura paralela e independiente a la judicial, sujeto a idénticos criterios de objetividad y legalidad. Según dispone el Art. 53 CPPP, el Ministerio Público debe colaborar con el juez en la función de descubrir la verdad y la realización del Derecho, obedeciendo a cada una de sus intervenciones a criterios de estricta objetividad. Esto significa que su interés no se reduce a deducir una acusación, pues coexiste criterios de estricta objetividad. Esto significa que su



para este cambio de tareas, ese órgano se convirtió en autónomo<sup>355</sup>, es decir, se ubicó fuera de la órbita del Poder Ejecutivo<sup>356</sup>, tal cual como exige en la doctrina española GÓMEZ COLOMER, como uno de los requisitos esenciales para la aceptación del principio de oportunidad<sup>357</sup>.

Y esta reforma ha sido fundamental para aceptar cualquier modelo procesal que permita un correcto ejercicio de la oportunidad y de instancias de consenso, pues separa la función de búsqueda de la verdad procesal (sea material o consensual), de los intereses del poder ejecutivo, que muchas veces pueden ir en sentido contrario a este

---

interés no se reduce a deducir una acusación, pues coexiste – como sucede en el sistema procesal penal español – con la figura del acusador particular (cfr. Art. 50 CPPP). Como se ha hecho notar: “Ao Ministério Público compete decidir sobre o inquérito, segundo criterios de legalidade e objetividade, arquivando o processo ou deduzindo acusação, ou, então, optando por soluções de tratamento informal (suspensão do processo) ou simplificado (processo sumariíssimo)”. Vide LOPES DA MOTA, “A revisão do Código”, cit., p. 166, nota 10, 167.

<sup>355</sup> Vide FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, RPCC, 2, abr-jun 2007, p. 194.

<sup>356</sup> Según FIGUEIREDO DIAS, el Ministerio Público no debería seguir perteneciendo al Poder Ejecutivo sino constituirse – como sucede en el modelo portugués – es un órgano autónomo. Como explica: “Mas um ministério público (típico dos modelos inquisitórios) que constitua **a longa manus** do poder político, o simples mandatário dos interesses do Executivo tal como este os avalia em cada processo penal concreto e o seu fiel executor na teia do tribunal, do qual deve então fazer parte em posição absolutamente paritária como a dos juízes esse ministério público, peça fundamental da abominável – justiça do Gabinete -, conduz a uma pobre caricatura do processo penal democrático, representa um perigo incontornável para os direitos das pessoas (em especial do arguido, a quem torna inevitavelmente em mero objeto do processo) e, o que nem sempre se quer compreender, põe em causa, por apego à descoberta da –verdade material-, a verdade processual e, em definitivo, a realização da justiça”. Vide FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, em RPCC, 8, fasc. 2, abril-junho 1998, p. 206.

<sup>357</sup> GÓMEZ COLOMER expone en detalle los pros y los contra del aumento de poderes del fiscal en el proceso penal español, concluyendo que lo que realmente importa, más allá del órgano de la instrucción sumaria, es el mantenimiento de un proceso penal propio de un Estado de Derecho. No obstante: “a) Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-1.º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con este, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. Su art. 124.2); b) Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial; c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de causar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico; d) Mientras que siga instruyendo la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España... h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales [...] somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas [...]”. Vide GÓMEZ COLOMER, “El Ministerio Fiscal, ¿eje de la reforma procesal penal?”, en Problemas actuales de la Justicia Penal, pp. 36 y ss. Como aclara el profesor español: “[...] para lograr un sistema válido hay que desvincular ante todo e inmediatamente al Ministerio Público investigador del proceso penal del Poder Ejecutivo, y eso parece muy difícil, al menos en mi país. Sí no lo logramos, las causas contra el poder pasarán a ser un mero recuerdo o pura farsa”. Vide GÓMEZ COLOMER, “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, en RPJ, 64, 2001, p. 221.

propósito<sup>358</sup>. De esta forma, se puede aceptar la introducción de instancias de consenso y oportunidad, pues la actuación del fiscal estará regida por criterios de legalidad y objetividad<sup>359</sup>, y no por los principios que informan la gestión de un simple ejecutor del *ius puniendi* estatal<sup>360</sup>.

Junto con este cambio de “mando” de los poderes inquisitivos en la etapa previa al procesamiento (*inquérito*), se ofrecieron distintas alternativas dentro del proceso penal, generalmente en procura de mayor celeridad y de la búsqueda de soluciones de consenso en los casos de pequeña y mediana criminalidad. Tradicionalmente, en todo proceso, culminada la fase de investigación, correspondía al fiscal decidir entre la deducción de la acusación o el archivo; sin embargo, con la creación de los artículos 281 y 282 CPPP, el fiscal puede ahora proponer la suspensión provisional del proceso, cuando determinadas circunstancias así lo permitan. De esta forma, la oportunidad solamente viene a ser aceptada como una quiebra excepcional de la legalidad, allí cuando la intervención penal pudiera ser más perjudicial que productiva<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> El fiscal, en la fase preliminar, cumplirá una función netamente jurisdiccional, valorando la prueba y la posible responsabilidad de los involucrados, esto es, valorando *prima facie* el objeto material del posible litigio penal, con los mismos criterios y principios “que são exigidos para a função jurisdiccional do juiz”. Vide FERREIRA PINTO, “O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor”, RPCC, n.º 1, janeiro-março 2005, p. 94.

<sup>359</sup> Vide Art. 53.2.d, que establece que el fiscal puede interponer recursos en beneficio exclusivo de la defensa. En realidad, según la Acordada del Tribunal Constitucional n.º 581/2000 en el proceso n.º1083/98, el Ministerio Público actúa en la fase de *Inquérito* como un órgano de justicia (cfr. DR, II Serie, de 2001-3-22).

<sup>360</sup> Incluso cuando el fiscal procede al archivo del proceso, instancia que tiene un valor procesal definitivo, en el ejercicio de su función realiza un juicio idéntico al que practica el juez en el momento de la sentencia, “motivado pelo mesmo designio, por causa da função, constitucional desde e coberto por uma certa irrevogabilidade, que tem em vista a proteção do mesmo valor que é atribuído ao caso julgado formal do juiz”. Vide CLUNY, “Pensar o Ministério Público Hoje”, CRMP, p. 63. Como se ha puntualizado: “Acrece que o Ministério Público participa, no nosso sistema legal, na própria definição do objecto do processo, como todas as consequências que isso importa, na definição do direito aplicável ao caso concreto e, também, na definição da pena”. Vide FERREIRA PINTO, “O papel”, cit., p. 93.

<sup>361</sup> El cálculo coste-beneficio no debe ser formulado en términos económicos sino político-criminales, como ventajas-desventajas de la punición, en determinados casos de poca gravedad, en los que no hay interés general en la persecución, frente a determinados autores (v.gr., jóvenes, primarios, etcétera) con culpa leve, cuando hay falta de interés del ofendido en la persecución, cuando se trata de sujetos que han delinquido ocasionalmente, etcétera.

Esta reforma procesal obedece a la búsqueda de soluciones de consenso que permitan la protección de los bienes jurídicos y la resocialización de los delincuentes en casos en que la culpa y el delito no son de entidad<sup>362</sup>. De esta forma se pueden proponer medios menos graves que la pena, sin renunciar a los fines que esta pretende conseguir<sup>363</sup>.

Para que proceda la suspensión del proceso, el fiscal tendrá en cuenta principalmente la gravedad del injusto, la donosidad social, la culpabilidad presunta y las exigencias de prevención. El artículo 281 establece textualmente: “1. Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou como sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao argüido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de antecedentes criminais do arguido; c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) Carácter diminuto da culpa; y e) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”.

Por tanto, para que esta norma pueda ser aplicada por parte del Ministerio Público se requiere constatar:

- que se trata de una causa punible hasta con cinco años de privación de libertad o con pena no privativa de libertad;

---

<sup>362</sup> Es paradigmático, en este sentido, el proceso sumarísimo de los artículos 392 y ss. CPPP, que permite llegar a una fórmula de consenso en causas que no superen penas de prisión de hasta tres años o pena de multa. De ser aceptadas las penas propuestas se evita el trámite procesal y la estigmatización que trae implícita (cfr. Art. 394 CPPP). Este proceso facultativo, que depende de la voluntad del Ministerio Público y debe fundamentar el motivo que lo lleva a su adopción en el caso concreto (cfr. Art. 394.1 CPPP), es la instancia procesal portuguesa que guarda mayor similitud con el instituto español de la conformidad, con la salvedad que en la figura española no se evita la estigmatización ni la pena, sino solo el proceso.

<sup>363</sup> Vide DE MORAES ROCHA, “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, em RPCC, 9, fasc. 1, janeiro-março 1999, p. 110.

- que exista consenso en la suspensión, por parte del imputado, la víctima (*assistente*) y del juez de instrucción;
- que el imputado sea un delincuente primario, es decir, que carezca de antecedentes penales;
- que no se requiera una medida de seguridad de internamiento;
- que se verifique el carácter leve de la culpa, y
- que sea de prever que con el cumplimiento de condiciones y reglas de conducta se satisfagan las exigencias de prevención general que sean del caso.

El artículo 281 exige, como primera medida, la aceptación, por parte del presunto responsable, de las posibles condiciones o reglas de conducta, que pueden ser convenidas entre el fiscal y el juez de instrucción. En la práctica, es el fiscal quien propone la suspensión del proceso, a cambio de la realización de determinadas condiciones o reglas de conducta, las que, en última instancia, requieren la conformidad del juez. Hasta aquí esta norma parecería seguir los lineamientos generales del parágrafo 153<sup>a</sup> StPO; sin embargo, el artículo 281 CPPP mejora la solución alemana. En ese sentido, uno de los hechos más destacables es que en el mismo acto en que se recaba la aceptación del presunto delincuente, se consulta a la víctima del delito, que se ha confundido en parte en el proceso<sup>364</sup>. De esta forma, la víctima, constituida en sujeto procesal como *assistente*, tiene la potestad de oponerse a la suspensión del proceso<sup>365</sup>. Pero además, podría darse en la práctica una especie de conciliación entre las partes, en ocasión de decidir las obligaciones o reglas de conducta a ser impuestas, en las cuales

---

<sup>364</sup> En el Art. 68 del CPPP se determina quiénes pueden constituirse en sujeto procesal por haber sido víctimas de un delito. En el Art. 69 se determinan sus atribuciones, y que intervendrán como colaboradores del Ministerio Público, pudiendo aportar pruebas.

<sup>365</sup> En la práctica, no es frecuente que la víctima se oponga a la suspensión provisional del proceso, así al menos lo demuestran algunas estadísticas oficiales, en las cuales se puede apreciar que el 49% de las víctimas manifestó su disposición a participar en encuentros de mediación con el delincuente, con el objetivo de obtener la reparación de los daños sufridos. Vide CRUCHO DE ALMEIDA/ALÃO, “Inquérito de Vitimação 1994”, *Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça*.

aparece, en el primer lugar del artículo 281.2.a CPPP, la realización de actos de reparación<sup>366</sup>.

Según el proceso penal 797/03.6 GBOAZ, seguido por el Tribunal Judicial da Comarca de Oliveira de Azeméis contra un sujeto menor de veintiún años (sin antecedentes penales y con trabajo permanente), por la presunta autoría de un delito de tráfico de estupefacientes de menor gravedad (según Art. 25 Ley 15/93), en ocasión del auto de interrogación se le pregunta si concuerda con la suspensión provisoria del proceso por el plazo de un año, a cambio de someterse a una medida de control sanguíneo y de orina que demuestre que ha abandonado el consumo de drogas (cfr. fojas 23). En la sentencia de 2.4.2004 se decreta, a solicitud del Ministerio Público, la suspensión provisoria del proceso por concurrir en el caso todas las condiciones que exige el artículo 281 CPPP<sup>367</sup>. En los hechos existen todas las condiciones favorables para el ejercicio de una acusación y, no obstante, el fiscal se decide por la suspensión provisoria del procedimiento y la imposición de determinadas reglas (*regras*) y obligaciones (*injunções*) contenidas en el artículo 281.2 CPPP<sup>368</sup>.

En el caso 525/01, también en la Comarca de Oliveira de Azeméis, en la solicitud fiscal 1371/01 se plantea nuevamente una suspensión provisional del proceso, a cambio de la realización de “medidas” compensatorias del injusto. Se trataba de una denuncia fundada de malos tratos contra el esposo, que podía dar lugar a su acusación y condena. Sin embargo, tras constatarse los requisitos del artículo 281 CPPP, el fiscal

---

<sup>366</sup> Estas imposiciones o reglas de conducta tienen siempre el límite del principio de dignidad, pues no podrán imponerse aquellas que – aunque cuenten con la anuencia del imputado – sean vejatorias de su dignidad. Vide DE MORAES ROCHA, “Suspensão provisória do processo”, cit., p. 111.

<sup>367</sup> Las condiciones del Art. 281 CPPP se especifican a fojas 41: “a) concordancia do arguido e do assistente; b) ausencia de antecedentes criminaís do arguido; c) não haver lugar a medida de segurança de internamente; d) carácter diminuto da culpa; e) ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”.

<sup>368</sup> En este caso se impuso la obligación por un período de un año de “a) realizar mensualmente uma análise ao sangue e à urina, que avalie a presença de substâncias estupefacientes, apresentando o respectivo resultado todos os meses, até ao dia 10 neste tribunal”, y “b) não cometer qualquer crime doloso durante a período da suspensão”. Vide a forjas 42.

prefiere la suspensión del proceso mediante la imposición de las siguientes “medidas”:  
“- *Pedir desculpas à sua esposa; - não praticar, durante o período de um ano, qualquer acto susceptível de censura criminal à sua esposa, nomeadamente agressões físicas e insultos; - consultar a sua médida de família no sentido da mesma lhe recomendar um tratamento à toxicodependência e alcoolismo, e frequentar o referido tratamento, fazendo disso prova nos autos (cfr. folhas 31)*”. Estas obligaciones demuestran que la norma en cuestión acepta también la reparación simbólica.

Por tanto, el artículo 281 no solo abre la posibilidad de una vía alternativa al proceso tradicional, sino que puede dar lugar a una solución de consenso, que colme tanto las expectativas del autor como de la víctima<sup>369</sup>. Esta solución de consenso no obedece tanto a motivos de celeridad o de desvío de la estructura del proceso tradicional como a la pretensión de fomentar el diálogo entre las partes a lo largo del proceso y la resocialización del delincuente<sup>370</sup>. El legislador portugués, siguiendo una moderna política criminal, ha pretendido crear un clima de respecto de la igualdad de oportunidades y de los intereses propios frente a decisiones que pueden llegar a afectar los derechos de los involucrados. Se trata de potenciar el debate, la ecuación argumentación – contraargumentación y el discurso cargado de significado<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> La doctrina portuguesa apunta cuatro razones fundamentales para resaltar esa solución de consenso: “1. Contribuir para evitar o estrangulamento do normal sistema de aplicação da justiça pena; 2. Imprimir maior rapidez na resolução dos conflitos; 3. Reduzir ao máximo a estigmatização social do e intensificar a perspectiva de sua reabilitação, da sua – reintegração na sociedade -; 4. Dar melhor resposta aos interesses das vítimas”. Vide RUI DO CARMO, “O Ministério Público face á pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)”, em RMP, n.º 81, Lisboa, 2000, p. 134.

<sup>370</sup> Resocialización en aplo sentido, como se aprecia en las sentencias judiciales mencionadas, en las que una de las medidas impuestas (y aceptadas) se refiere al sometimiento a procesos curativos o preventivos, así como a un simbólico pedido de disculpas, en el sentido de un futuro acercamiento entre las partes enemistadas.

<sup>371</sup> “O processo judicial tem de adaptar-se às regras do discurso prático geral de que constitui um caso específico. Tais regras, que podem elaborar-se às regras do discurso prático geral de que constitui um caso específico. Tais regras, que podem elaborar-se a partir de uma teoria processual da argumentação, encontram-se plasmadas, como as necessárias peculiaridades, nas normas que regem o processo”. Vide MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso”, em RPCC, 6 fasc. 4, outubro-dezembro 1996, p. 531.

La suspensión provisoria del proceso del artículo 281 CPPP no tiene parangón en el Derecho comparado, pues ninguna otra admite tan amplia participación de los implicados en la formación del diálogo. Si bien esta norma puede tener como antecedente el § 153 a StPO, se diferencia de este en que permite la intervención de la víctima (*assistente*) para la obtención del consenso. En ese sentido, es una solución muy próxima a la conciliación, que atiende a los reclamos de la política criminal en relación con la criminalidad de mediana y leve entidad. Es justamente en este tipo de delitos en los que se produce un enfrentamiento personal entre delincuente y víctima, a los que el sistema penal no ha sabido dar cabal satisfacción. Por ello, la figura portuguesa se ve exonerada de todas las críticas que la doctrina alemana realiza al § 153 a StPO, que no considera la situación de la víctima ni para oponerse a la concesión de la suspensión provisoria del proceso ni para poder recurrir tal solución<sup>372</sup>.

Debe enfatizarse la participación de la víctima en una instancia procesal que permita obtener una solución de consenso, pues el artículo 281 CPPP ha llevado a la práctica lo que en otros sistemas se discute en el plano teórico. La víctima no es alejada de la solución del conflicto, por tanto se modera la sustracción del conflicto por parte de las autoridades jurisdiccionales. Esta solución se orienta a la satisfacción de los intereses de la víctima directa, pero también de la víctima potencial, pues su objetivo responde a la satisfacción de los lineamientos de la prevención general positiva o integradora<sup>373</sup>. Otro hecho digno de destaque es la franja de delitos que pueden ser suspendidos, en vista de que se permite la suspensión del proceso en delitos con penas de privación de libertad de hasta cinco años o que tengan una sanción distinta a la prisión. Es decir, el sistema portugués podría haber encontrado una solución de futuro

---

<sup>372</sup> Vide por todos RIESS, “Die rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”, cit., p. 79.

<sup>373</sup> Vide COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 350. Así también lo entiende la jurisprudencia, vide 797/03 sentencia 550/03, fojas 41, caso citado.

para el colapsamiento de la justicia penal con delitos provenientes de la pequeña y mediana criminalidad<sup>374</sup>, al mismo tiempo que admite la mayoría de las penas substitutivas de la privación de libertad<sup>375</sup>. Entre sus ventajas figura el hecho de que no se produce la estigmatización del autor, que consiente en la realización de determinadas “tareas” a cambio del *reconocimiento de la culpabilidad* y la *aceptación de la suspensión del proceso*<sup>376</sup>. Además, no habilita cualquier tipo de negociación procesal, pues a diferencia del *guilty-plea* anglosajón, que permite la *plea-bargaining* y una negociación que incluye desde beneficios penales hasta el propio objeto del proceso, la fórmula portuguesa no permite ningún tipo de acuerdo entre fiscal e imputado que no cuente con el beneplácito del juez competente.

A su vez, el sistema portugués, a diferencia del *patteggiamento* italiano, no ofrece ningún *premio* para que el imputado renuncie al proceso, sin que antes haya tomado parte el juez<sup>377</sup>. Es decir, se trata de una norma penal que no renuncia a las garantías procesales y a los valores que inspiran el proceso penal en aras de celeridad y eficacia<sup>378</sup>.

También, permite un trato diferenciador para el delincuente primario que comete un delito de poca gravedad, otorgando la posibilidad de suspensión del proceso a cambio de la realización de determinadas tareas compensatorias de su culpabilidad. La

---

<sup>374</sup> De las estadísticas que se ofrecen hasta el año de 1998 (existente desde 1995, con modificaciones) no había tenido mucha aplicación, por distintos motivos, entre ellos: desconocimiento de las autoridades, la costumbre del trabajo burocrático de los funcionarios del Ministerio Público, el cumplimiento de mayores formalidades que la simple deducción de acusación, la carencia de medios. Todas ellas refutadas por RUI DO CARMO en “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade”, cit., pp. 138 y ss.

<sup>375</sup> Vide MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo”, p. 538.

<sup>376</sup> Como se há expuesto, el proceso penal portugués se encamina en el sentido de que la pequeña y mediana criminalidad no deban ser sancionadas preferentemente con penas substitutivas a la prisión. Vide MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo”, cit. p. 538.

<sup>377</sup> La decisión del fiscal de solicitar el archivo de la causa debe ser sometida a acuerdo con el juez de instrucción. Vide COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade”, cit., p. 337; RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal*, cit., pp. 373 y ss.

<sup>378</sup> Estas propuestas intentan, a modo de adhesión, que el imputado las acepte sin ningún tipo de acuerdo previo, como una especie de acuerdo coactivo. Vide COSTA ANDRADE, “Consenso”, cit., p. 336.



aceptación del imputado es un claro índice de resocialización, por tanto, tiene un positivo efecto preventivo especial.

La suspensión provisoria está especialmente prevista en el artículo 56 de la Lei da Droga Decreto 15/93, habiéndose destacado también su utilización para casos de consumo de estupefacientes, por significar una respuesta rápida en un momento procesal “en que tudo está en aberto, possibilidade esta muito importante perante a complexidade do tema para o qual não existem respostas fáceis e definitivas e que aconselha prudência”<sup>379</sup>.

La doctrina portuguesa ha exigido que el régimen de los artículos 280 a 282 CPPP se extienda a los delitos fiscales o tributarios, expresamente excluidos por el artículo 47.3 de la RJFNA<sup>380</sup> pues ello contribuiría al proceso de eticización que debe acompañar el Derecho tributario, principalmente, en lo que tiene que ver con el derecho de igualdad de los ciudadanos frente a las leyes administrativas con relación al fisco<sup>381</sup>. A su vez, esa normativa influyó notablemente en la Lei 9099/95 de 26 de noviembre de 1995, que modificó el modelo de Justicia penal en Brasil<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> Se há señalado que “como medida prévia à acusação, ela reduz a estigmatização do arguido e permite ao sistema judicial, equacionando o princípio da oportunidade como o princípio da legalidade, responder à situação, reservando, para o caso de serem necessárias, todo um conjunto de soluções que podem ser utilizadas num momento processual ulterior, dando assim sentido ao princípio da proporcionalidade”. Vide DE MORAES ROCHA, “Suspensão provisória do processo”, cit., p. 117.

<sup>380</sup> Regime Jurídico de Infrações Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de janeiro.

<sup>381</sup> Vide DOS REIS BRAVO, “Prescrição e suspensão do processo penal fiscal. Algumas reflexões”, em RPCC, 9, fasc. 4, outubro-dezembro 1999, pp. 648 y s.

<sup>382</sup> Reza el Art. 89 de esta ley: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1.º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2.º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3.º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4.º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra

Según entiende Pablo Galain Palermo<sup>383</sup>, el único problema que resta por resolver en el caso portugués es el atinente a la naturaleza jurídica de las “*regras e injunções*” que pueden aplicarse al imputado que las consiente a cambio de la suspensión del proceso penal. En general, las normas procesales que buscan dotar al proceso penal de celeridad y consenso (cfr. Art. 281 CPPP) o las que pretenden desviar el acuerdo del proceso penal (cfr. § 153a StPO), procuran en primer término el descongestionamiento de las Sedes Judiciales y la agilización de la Justicia. Estas son características propias de los procesos sumarios e sumarísimos, que generalmente se ocupan de la pequeña y mediana criminalidad y que tienen la pesada carga de compaginar los intereses de la celeridad sin descuidar la obtención del efecto de prevención general positiva o integradora. Y esta parece ser la razón por la cual la jurisprudencia los relaciona con la imposición de *medidas* penales *aceptadas* por su destinatario, que tiendan a su consecución<sup>384</sup>. Solo de esta forma puede interpretarse una compensación tal de injusto que admita la clausura definitiva del proceso. Por tanto, en

---

*condição imposta. § 5.º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6.º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7.º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos*”. La naturaleza jurídica de la posibilidad de suspender el proceso en forma provisional ha sido cuestión de debate para la doctrina brasileña. En ese sentido, una parte se decanta por considerarla una *facultas agendi* del Ministerio Público, fundada en que la norma utiliza el giro gramatical “poderá”, y con base en ello, lo interpretan como un acto discrecional del fiscal. Afirma FLÁVIO GOMES: “Suspender ou não o processo é uma mera questão de convivência, a ser aferida em cada caso concreto pelo Promotor. Nisso residiria a discricionariedade (ou oportunidade) regrada ou limitada. Na – conveniência – estaria seu limite!”. Vide FLÁVIO GOMES, “Natureza jurídica da suspensão condicional do processo (É acto discricionário, acto consensual bilateral ou direito público subjetivo do acusado?)”, em RPCC, 6 fase. 2, abril-junho 1996, p. 237.

<sup>383</sup> PALERMO, Pablo Galain. Op. cit. p. 273.

<sup>384</sup> Establece la sentencia 550/03 del caso 797/03, “resulta do exposto que se mostram preenchidos todos os requisitos previstos no citado art. 281.º do Código do Processo Penal para que se decida pela suspensão provisória do presente processo, sendo ainda certo que se trata, a nosso ver, de uma medida razoável e adequada ao caso”. Vide a fojas 42. En el caso 525/01 se indica: “Pelo que, entendo que o cumprimento das injunções e regras de conduta que forem aplicadas ao argüido na suspensão do processo serão suficientes para satisfazer as necessidades de prevenção, que são neste caso escassas”. Vide a fojas 30.

opinión de Pablo Galain Palermo, no se trata de meras “*regras o injunções*” sino de auténticas *sanciones* consentidas por su destinatario<sup>385</sup>.

En cuanto a la reparación, figura como la primera posibilidad que puede ser impuesta al presunto culpable en caso de ser aceptada la propuesta fiscal de suspensión provisional del proceso<sup>386</sup>.

En comparación con el sistema penal alemán, resulta difícil no asociar el artículo 281 CPPP con el AE-WGM de 1992, porque ha ido más allá que la solución alemana del § 153<sup>a</sup> StPO, por una cuestión de la franja de delitos que acepta y por la posibilidad que deja abierta de llegar a una mediación o a una conciliación entre las partes<sup>387</sup>.

El problema mayor que plantea esta decisión del legislador portugués a la doctrina penal se relaciona con la presunción de inocencia del sujeto que acepta voluntariamente realizar determinadas tareas de reparación o cumplir con determinadas *injunções o regras* de conducta, sin una previa declaración de culpabilidad. Pero, amén de este problema, sobre el que volveré en el próximo capítulo, debo indicar que la reparación del daño permitirá el archivo definitivo del proceso, y por ende, la no aplicación de la pena. En los hechos, la reparación evitaría la aplicación de la pena y se convierte en la única consecuencia jurídica del delito. Por esa razón, la reparación es una disposición procesal que conecta con el Código Penal y por las consecuencias que provoca es una institución que debería integrar el catálogo de consecuencias jurídicas

---

<sup>385</sup> Así lo reconoce LOPES MAIA GONÇALVES, para quien se trata de equivalentes funcionales a la pena, vide LOPES MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal, 16.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 613.

<sup>386</sup> Establece el Art. 281.2 CPPP: “*São oponíveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não resistir em certos lugares ou regiões; g) Não acompanhar, alojar o receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso*”.

<sup>387</sup> El mismo FIGUEIREDO DIOAS acepta que la norma portuguesa se inspira en el § 153 a StPO y en la inclusión del principio de oportunidad. Vide FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português”, em *Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 189 y ss.

que contiene el Título III del Código Penal (cfr. Arts. 40 y ss.). Esta propuesta se justifica por el principio de legalidad, porque se trata de una alternativa a la pena, que debería integrarse al catálogo de consecuencias jurídicas del hecho contenido en el Código Penal material. Es decir, la reparación es una figura penal que soluciona el conflicto causado por el delito, respetando los principios de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia y subsidiariedad. Por lo tanto, para que la reparación permita evitar la pena o la medida de seguridad, debe respetar la conexión entre el Derecho penal material y el Derecho penal formal, de tal modo que, de producirse un acuerdo entre las partes, el juicio se suspenda y la causa sea archivada. De esta forma, el acuerdo puede llegar tras la aceptación del autor y de la víctima de una propuesta del fiscal, que previamente ha sido aceptada por el juez competente. Esta solución es la que se deriva del artículo 281 del CPPP, en el que, una vez aceptada la propuesta por el autor, la víctima y el juez, el fiscal pide la suspensión del juicio por un determinado tiempo, a la espera del cumplimiento del acuerdo. Y esta solución no requiere mayores gastos de la Administración de Justicia, pues el control de la realización de las tareas encomendadas al presunto autor puede estar a cargo de la propia Administración. Quiere decir Pablo Galain Palermo<sup>388</sup>, en caso de que las tareas asignadas a modo de reparación deban ser realizadas, por ejemplo, en la Dirección de Tránsito vial en determinados días de la semana, serán los propios funcionarios de esa dependencia los encargados de comunicar al fiscal cualquier incumplimiento por parte del sujeto comprometido a la realización de las tareas. De igual manera ocurriría si el presunto autor tuviera que concurrir a cualquier otra dependencia pública o privada en la cual existieran personas a cargo de determinada sección en la que el sujeto tuviera que desempeñar alguna tarea. En otras situaciones, puede ser la propia víctima la beneficiaria de las tareas de reparación, y de esta forma proceder al control en la realización de esas tareas. Todo esto indica que no

---

<sup>388</sup> PALERMO, Pablo Galain. Op. cit. p. 275.

puede recurrirse a la excusa de que la reparación conlleva un aumento de gastos en la Administración de Justicia para argumentar en contrario.

Debe elogiarse la propuesta del Código Procesal Penal Portugués, en cuanto el artículo 281 CPPP permite al fiscal, de acuerdo con el juez competente, proponer una solución reparatoria que debe contar con la aprobación del sospechado, y en la que puede opinar la víctima, que permite suspender el proceso hasta tanto se cumpla la condición pactada. De esta forma, no solo el proceso penal sino también la pena pueden ser sustituidos por la reparación.

Ahora bien, tampoco esta solución podemos considerarla exenta de toda crítica, pues en los hechos, lo que permite este artículo 281 CPPP es la sustitución de la pena a través de la reparación. Y esta alternativa no debería quedar legislada únicamente en el código que se encarga de regular el procedimiento penal sino que, por el contrario, debería integrar las disposiciones del Código Penal Portugués, puesto que en los hechos la reparación adquiere la naturaleza de una consecuencia jurídica del hecho.

En definitiva, tal como han sido legislados en Portugal, los artículos 281 y 282 CPPP constituyen una solución procesal penal que bien podría considerarse como una *tercera vía* penal.

#### **4. ESPAÑA: ¿La tercera vía en el sistema penal español?**

La reparación no es una institución desconocida en el sistema penal español; a lo largo del tiempo ha estado presente en varios de sus institutos:

- la responsabilidad civil *ex delicto*, que permite el tratamiento conjunto de la pretensión penal y la civil resarcitoria;
- la exigencia de tener satisfechas las responsabilidades civiles para obtener la cancelación de los antecedentes penales;
- la prelación en el pago de las responsabilidades pecuniarias que (según el CP 1973) establecía la preferencia a favor de la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;
- el juego del consentimiento como causa de atipicidad o de justificación<sup>389</sup>;
- la atenuante de reparación cuando se producía el *arrepentimiento espontáneo* del autor (cfr. Art. 9.9 CP 1944)<sup>390</sup>.

A partir del cuerpo normativo que rige desde 1995, la reparación del daño se liberta del componente subjetivo del arrepentimiento y se extiende a otros campos del Derecho penal material como:

- la atenuante genérica de reparación (cfr. Art. 21.5 CP)<sup>391</sup>,
- la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (cfr. Art. 81.3 CP)<sup>392</sup>,

<sup>389</sup> Vide ÁLVAREZ GARCÍA, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.º Código Penal)”, CPC, n.º 61, 1997, p. 251, nota n.º 23.

<sup>390</sup> Vide MOZOTA FATAS, “La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal”, en ADPCP, tomo XLII, fasc. I, enero-abril, 1989, pp. 147 y ss. La primera relación entre esta atenuante y los fines de la pena la realiza BAEZA AVALLONE, “El arrepentimiento espontáneo”, CPC, n.º 9, 1979, p. 16; también GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, 1988, pp. 149 y 198 y ss.

<sup>391</sup> Vide POZUELO, “Las atenuantes 21.4.ª y 21.5.ª del actual Código Penal”, en CPC, n.º 65, 1998, p. 404. Ubica la reparación en la punibilidad, ALONSO FERNÁNDEZ, Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 1999, p. 10.

<sup>392</sup> El Art. 81.3 CPE exige “*que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado*”, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”. En la doctrina se dice que utilizar el pago o no de las responsabilidades civiles como baremo decisorio de la peligrosidad del autor no sería legítimo, puesto que se estaría utilizando la concesión del beneficio como arma de presión para la obtención de la satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima o los perjudicados por el delito. Vide GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y probation”, en CID MOLINÉ/LARRAURI (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 75.

- la sustitución de la pena privativa de libertad (cfr. Art. 88.1 CP)<sup>393</sup>; así como al Derecho penal formal:

- las condiciones objetivas de procedibilidad,
- la denuncia del agraviado o de su representante en determinados delitos,

y

- también al derecho de ejecución de penas (cfr. L.O. 7/2003)<sup>394</sup>.

En la parte especial del Código Penal el legislador español ha plasmado de cierto modo y – quizá – sin ser consciente de ello, la idea de la tercera vía propuesta por el AE-WGM de 1992. Sin embargo, esta idea se recoge de un modo confuso y en diversos institutos relacionados con actos posteriores al delito como *obligaciones de hacer*, o con la denominación de *medida o consecuencia accesoria*, que pueden ser impuestas por el juez junto con las penas (prisión, multa, inhabilitación especial para profesión u oficio). Todos ellos permiten a los jueces penales “sancionar”, “exigir” o “imponer” al autor la reparación (o restauración) del daño causado, como una medida adicional e independiente de la pena. Incluso sin que España haya abandonado el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva vía punitiva permite sancionar directamente a una persona jurídica “*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*” (cfr. Art. 321 CPE); por tanto,

---

TAMARIT sugiere incluir la reparación entre las obligaciones o los deberes del Art. 83, según el modelo alemán del § 46<sup>a</sup> StGB, a efectos de consolidar la presencia de la compensación autor-víctima y apostar con mayor firmeza a la reparación, tanto en fase de imposición como de ejecución de las penas. Vide TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, cit., pp. 218 y ss. Pese a este nuevo olvido de la víctima, al no haber incluido el legislador penal de 1995 la reparación entre los deberes previstos en el Art. 83, como sí lo ha hecho el legislador alemán (cfr. § 56b.2 StGB), “nada impide que el Juez o Tribunal recurra a tales medidas por la vía de la cláusula residual del artículo 83.5. Para ello deben tenerse en cuenta las virtudes de la reparación no solo para la víctima sino también para la –rehabilitación social del penado”. *Ibíd.*, p. 215.

<sup>393</sup> En esta norma queda patente la relación entre la reparación y los fines de la pena, como bien explica SILVA SÁNCHEZ: “lo decisivo es el aspecto personal de restablecimiento del Derecho vulnerado, que es inherente al voluntario esfuerzo reparatorio, con relativa independencia de su concreto contenido material, que en parte va más allá del resarcimiento civil y en parte no requiere tanto como este”. Vide SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal”, cit., pp. 197 y ss.

<sup>394</sup> Vide CID MOLINÉ, “Las penas alternativas a la prisión en la reforma de la Ley 15/2003”, RPCP, n.º 17, 2005, pp. 122 y ss.; LARRAURI, “La reforma del sistema de penas en España”, RPCP, n.º 17, 2005, pp. 249 y ss.

sanciones que también se diferencian de las responsabilidades civiles contra terceros<sup>395</sup>. Toda esta confusión entre principios y realidad normativa se agrava con determinados tipos penales (cfr. Art. 339 CPE), que se refieren a la posibilidad de decretar “*medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado*”, como si se trata de una medida cautelar encubierta<sup>396</sup>.

Esta dispersa y confusa normativa parece ser una señal de que el legislador hispano ha aceptado una nueva vía punitiva sin ponerse previamente de acuerdo con la doctrina penal, y ello ha causado serios dolores de cabeza a los penalistas, quienes han pretendido salvar los inconvenientes dogmáticos que traería aparejados una aceptación de la responsabilidad penal de los entes jurídicos (cfr. Art. 129 CP)<sup>397</sup>, hablando de una tercera vía intermedia (?) entre la pena y la medida de seguridad, pero que se denomina medida de seguridad basada en la peligrosidad de un instrumento (MIR PUIG)<sup>398</sup>. No obstante, de admitirse una *tercera vía* penal distinta a la pena y a la medida de seguridad, podría darse ingreso a la autocomposición del conflicto o a la reparación que

---

<sup>395</sup> También GARCÍA ARÁN encuentra similitudes entre la regulación de la responsabilidad civil ex delicto del Código Penal español y el AE-WGM, ya que en su opinión, el artículo 112 CP puede llevar a distorsiones en el sistema, toda vez que este no se refiere al responsable civil sino al culpable. Esto podría significar un cambio de naturaleza de la obligación de reparar o un cambio de finalidad de la obligación civil de reparar. Vide LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario de texto y el debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 78.

<sup>396</sup> Art. 339. “*Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título*”. Vide PRATS CANUT, *Comentarios a la parte especial, del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES (director), Arazandi, 1996, p. 906.

<sup>397</sup> De otra opinión son quienes apoyan la responsabilidad penal del ente jurídico, vide RODRÍGUEZ RAMOS, “*Societas delinquere potest. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*”, en *La Ley*, 3 de octubre, 1996; S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 285 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, “*Vigencia del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal*”, en *RCCP, Monográfico*, 1/1999.

<sup>398</sup> Vide MUIR PUIG, “*Una tercera vía en materia de responsabilidad de las personas jurídicas*”, *RECPC*, 6.1. 2004, ISSN1695-0194, <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 4. Este autor reconduce dichas consecuencias accesorias a una de las categorías existentes en el Derecho penal clásico, es decir, hacia las medidas de seguridad. Es cierto que no se refiere a la medida de seguridad clásica que se aplica a una persona física, por la peligrosidad manifestada en un delito o en el peligro de que volviera a delinquir, sino que alude a una peligrosidad intrínseca de un de un instrumento que puede ser utilizado por una persona física para cometer delitos. La persona jurídica (la empresa) debe ser clausurada, suspendida hasta por cinco años o disuelta por el mero hecho de haber servido de instrumento para la comisión de un delito, como cuando en la antigüedad se reaccionaba dando muerte al mensajero que portaba la mala noticia. Además, como sucede con el cuchillo utilizado para dar muerte a un semejante, que también puede ser considerado un *instrumento para delinquir*, sus ganancias son decomisadas (cfr. Art. 128 CP).



otorgaría un papel de mayor significado a la víctima del delito. De esta forma, la persona jurídica (la empresa) podría participar de tales instancias, estando ajena a la discusión de si es capaz de acción, de culpabilidad, y si la teoría de la pena surte algún efecto en las entidades colectivas<sup>399</sup>. Téngase en cuenta que la reparación podría permitir el ingreso de la persona jurídica al sistema penal con menos rigurosidad dogmática y aplicando sanciones que conminen a reparar el daño causado a la víctima, con prioridad frente a la multa pecuniaria<sup>400</sup>. Pero esto no ha sido expresado con claridad por el legislador, ni por la doctrina penal española.

#### 4.1. La resolución consensuada en el proceso penal español

La única figura que permite, en el sistema procesal español, hablar de algo similar a una solución de consenso es la conformidad (cfr. Arts. 655, 790.6 y 791.3 LECrim)<sup>401</sup>. Aunque ya se encontraba legislada en la LECrim de 1882, ha sufrido en los últimos tiempos constantes modificaciones, que han desvirtuado su propósito original<sup>402</sup>. Este instituto es una de las vías por las cuales se manifiesta el principio de oportunidad en el sistema penal español<sup>403</sup>, que a diferencia de la mediación o

---

<sup>399</sup> Sobre el tema vide GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autorresponsabilidad empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC, 8.5.2006, versión internet: <http://criminet.ugr.es/recpc08-05.pdf>; QUINTERO OLIVARES, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas”, en CGPJ, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho comparado y derecho comunitario*, Madrid, 2007, pp. 159 y ss.

<sup>400</sup> Así también lo propone HERTLE, *Schadenswiedergutmachung*, cit., p. 250.

<sup>401</sup> Previsto en la primitiva LECrim de 1882 como “*la conformidad del acusado con la calificación más grave*” y ampliado en la reforma de 28 de diciembre de 1988, potenciando las facultades negociadoras de las partes y posibilitando la renuncia al derecho de defensa; tras la reforma en materia de penas operada con el Código penal de 1995 no se aplica en el procedimiento ordinario por delitos graves. Vide ARMENTA DEU, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en RPJ, 3.<sup>a</sup> época, n.º 58, 2000 (II), p. 283.

<sup>402</sup> Vide CABAÑAS GARCÍA, “El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, en R.D. Proc., 2, 1991, p. 233.

<sup>403</sup> La otra se trata del artículo 171.3 CPE, que a semejanza del § 154c StPO, permite dejar de perseguir una denuncia de chantaje siempre que el delito cometido y objeto de la amenaza estuviera castigado con pena inferior a dos años. Establece el Art. 171: 1. *Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas*

conciliación, no pretende un acercamiento entre las partes del delito, sino únicamente abreviar etapas del proceso a través de la *conformidad* del imputado con la pena propuesta por la acusación, siempre que esta no supere el límite de seis años. La conformidad ha sido definida por CABAÑAS GARCÍA como la declaración formulada por el acusado en un proceso, aceptando su grado de participación en el delito que ha sido calificado por la contraparte (parte acusadora), y de la pena pedida por esta, en orden a su responsabilidad<sup>404</sup>. Sin embargo, en los hechos el imputado no acepta la comisión o participación en el delito sino únicamente se conforma con la pena más grave de las solicitadas<sup>405</sup>. Según ha entendido la jurisprudencia, la conformidad produce el mismo efecto que una confesión y determina la inimpugnabilidad de las sentencias que se dicten, que no pueden ser destruidas por ninguna vía de impugnación<sup>406</sup>.

La conformidad en la praxis dista mucho de ser de una fórmula de consenso, puesto que no configura un proceso dialéctico entre víctimas y victimario, ni una búsqueda de soluciones al problema causado por el delito, sino que se trata de la anuencia del acusado con la pretensión penal que promueve la acusación. La negociación que precede a la aceptación de la propuesta acusadora se produce entre el fiscal y el defensor, quienes – a pesar de la defectuosa redacción – generalmente

---

*la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior. 2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de seis meses a dos años, si no lo consiguiera. 3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el **Ministerio podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado**, salvo que este estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o tribunal podrá rebajar la pena en uno a dos grados*". El resaltado es de Pablo Galain Palermo.

<sup>404</sup> Según CABAÑAS GARCÍA, "El proceso penal español ante una perspectiva", cit., p. 234.

<sup>405</sup> Vide RODRÍGUEZ GARCÍA, "El –derecho premial– como remedio para lograr que la justicia penal española sea eficaz. (Reflexiones a partir de la nueva regulación de la conformidad del acusado en el procedimiento abreviado)", en La influencia de la dogmática penal alemana en Iberoamérica, cit., p. 600.

<sup>406</sup> Vide con amplitud de detalle RODRÍGUEZ GARCÍA, "Análisis de la nueva regulación", cit., p. 1500, nota 125.

intentan concertar la imposición de la pena mínima prevista en la norma penal particular, sin necesidad de practicar la prueba en el juicio oral<sup>407</sup>. De esta forma se dice actuar conforme al principio de celeridad y economía procesal, puesto que ni las partes ni el tribunal desarrollan una etapa judicial obligatoria, según el texto constitucional. La justificación de tal proceder se busca en finalidades administrativas, que entiendo significan uno de los mayores olvidos de la víctima, quien no solo se ve ajena a todo el proceso de negociación entre el fiscal y la defensa del acusado, sino que tiene que soportar la decisión consensuada a la que se llegue. Para evitar este estado de indefensión, la víctima tendría que apersonarse al proceso y obtener la calidad de acusador particular, de forma tal de estar representada (contar con defensa técnica) y oponerse a la conformidad, dada evitar que se suspenda la etapa oral<sup>408</sup>. Por lo tanto, en caso de una víctima que no revista la condición de acusador particular, la conformidad podemos incluirla entre las figuras que agravan la victimización secundaria dentro del proceso penal, y que nada tienen que ver con la reparación del daño a la víctima o el retorno de la paz jurídica. De este modo, podemos decir que el principio de oportunidad no se relaciona en el sistema penal español con la situación de la víctima, ni con alguna finalidad de la pena, sino que se ha pensado como una mera posibilidad de agilizar la tramitación de determinadas instancias procesales.

De todas maneras, la conformidad, según Pablo Galain Palermo, es un primer paso para adoptar soluciones de consenso en el proceso penal español para adultos, que necesita de un segundo paso, para convertirla – siempre que las circunstancias del caso lo permitan – en una verdadera instancia de diálogo, conciliación y acercamiento de las

---

<sup>407</sup> La conformidad ha recibido muchos reparos de la doctrina procesal, pues “se convierte casi en la respuesta del sistema penal ante la apariencia del hecho delictivo, sin cuestionarse tan siquiera si el hecho delictivo, sin cuestionarse tan siquiera si el hecho existió de verdad, cómo se cometió, por quienes, en qué circunstancias, etcétera”. Vide BARONA VILLAR, “La justicia penal y la celeridad: luces y sombras”, en *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario del Derecho Penal*, 2004, pp. 88 y s.

<sup>408</sup> Vide SUBIJANA, *Las víctimas*, cit., pp. 106 y ss.; y “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, en *RPJ*, 3.<sup>a</sup> época, n.º 54, 1999 (II), pp. 181 y ss.

partes, en la búsqueda de una solución comunicativa del delito y no, como se pretende, en una aceptación de la “mayor pena solicitada por las partes acusadoras siempre que las mismas no superen los seis años”<sup>409</sup>, que tenga el exclusivo objetivo – siguiendo el modelo anglosajón – de agilizar la administración de “justicia”, por razones de economía procesal<sup>410</sup>.

De esta forma, la conformidad se convertiría en una especie de conciliación y su legitimación radicaría en el consenso y la posterior homologación judicial que extinga la punibilidad<sup>411</sup>. Este tipo de mediación o conciliación ya existe en el sistema español en relación con la ejecución de la pena, como se dijo, pues determinados beneficios procesales y de cumplimiento de la privación de la libertad se condicionan a la reparación del daño, interpretada esta como el esfuerzo en pro de la reparación; ello porque, como ha expresado NIETO, esto “hace necesario en muchos casos negociar con la víctima con el fin de arbitrar formas o tiempos de la reparación que la satisfagan (vid. art. 81.3; art. 88; art. 90)”<sup>412</sup>.

En plan de precisar lo anterior, planteo lo siguiente: suponiendo que la solución del conflicto se realizara a través de la reparación, esta no consistiría en una mera condición o instrucción que se llevaría a cabo por mera liberalidad (como sucede en el § 153<sup>a</sup> StPO), sino que la reparación sería portadora de un juicio de reproche en ocasión de ser homologada por el juez. De esta forma, se pondría fin a un conflicto que en

---

<sup>409</sup> Vide artículos 655, 688, 784.3 y 787 LECrim.

<sup>410</sup> Sin embargo, en la doctrina anglosajona hay quienes opinan que este modelo es más formal, costoso e insume mucho más tiempo a la justicia que los modelos de la Europa continental. En opinión de ALSCHULER: “Como consecuencia, nuestro sistema, supuestamente acusatorio, depende cada vez más de la prueba de la culpabilidad a través de la boca del propio imputado, que lo que sucede en cualquier sistema europeo inquisitorial”. Vide ALSCHULER, “La historia acerca de la negociación”, cit., p. 78.

<sup>411</sup> Parece estar a favor de esta instancia penal PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, cit., pp. 370 y ss. TAMARIT propone ampliar las posibilidades de acordar el sobreseimiento libre por parte del juez para aquellos delitos (especialmente patrimoniales) en los que se haya producido una compensación autor-víctima o que el autor haya reparado totalmente o en su mayor parte el delito cometido (incluyendo delitos sin víctima, como infracciones contra el medio ambiente, ordenación del territorio, Hacienda Pública o la propiedad industrial, entre otros). Vide TAMARIT, *La víctima*, cit., p. 223.

<sup>412</sup> Vide NIETO, “Informe España sobre mediación penal y justicia alternativa”, RP, 15, enero de 2005, p. 209.

principio era merecedor y necesitado de pena, a través de un medio alternativo de la pena, que no difiere de ella en cuanto a su finalidad sino en la forma en que se obtiene. Por consiguiente, la reparación surgida del consenso, una vez homologada judicialmente, se convierte en una declaración pública encaminada a la solución del conflicto, no en un sobreseimiento - § 153ª StPO – o en una aceptación de pena – artículo 801.1 LECrim – que pudiera llegar a ser “negociada” rápida y privadamente en juzgados de guardia<sup>413</sup>, que no renuncia a la declaración de la culpabilidad, pues se ha reparado voluntariamente (esto es, un comportamiento positivo posterior) porque, previamente, se había cometido un delito. De esta forma, se relaciona la reparación con el injusto cometido, pues lo reparado es el daño social causado y esto indica por qué la reparación no debe utilizarse como una medida para suspender el proceso penal y renunciar a la pena, si esta no figura dentro del catálogo de consecuencias jurídicas al que se puede recurrir, materialmente, para poner fin al conflicto. Pero, además, se convierte la figura de la conformidad en un instituto relacionado con los fines del Derecho penal, que considera a las víctimas del delito – hasta el momento totalmente ausentes de cualquier tipo de “negociación” o “conciliación” – y que tiende, en lugar de obtener celeridad al estilo de un *allanamiento* o del *plea bargaining*, a conseguir una solución del conflicto acorde con la prevención general y especial, es decir, con los fines de la pena<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Según el artículo 801, LECrim, en casos de juicios rápidos (conminados con penas de hasta tres años o penas de distinta naturaleza que no excedan de diez, la conformidad puede realizarse en la fase de instrucción: “Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de guardia y dictar esta sentencia de conformidad [...] dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución”.

<sup>414</sup> En este contexto, la reparación es un acto voluntario positivo posterior, pero la homologación que hará el juez, a efectos de comprobar si en el caso concreto persiste la necesidad de pena o si esta ya es innecesaria, se convierte en un acto judicial de declaración de la culpabilidad del autor, del reproche correspondiente y de la no necesidad de ulterior castigo. Parece dejar abierta esta posibilidad, ESQUINAS, “la mediación”, pp. 68 y 73.

## **IX. INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA**

### **1. SISTEMA ESPAÑOL**

#### **1.1. Relevancia de la Conducta de la Víctima en Orden a la Atenuación de la Pena en Sistema Español**

Josep M. Tamarit Sumala, en su obra *La Víctima en el Derecho Penal*, señala que en la formulación del principio victimológico, algunos de los autores, como Hillenkamp, optaban por soluciones moderadas, admitiendo que la contribución de la víctima a la provocación del hecho se pudiera traducir no en la impunidad del autor, sino en una disminución de la penalidad.

Al margen de la evolución doctrinal, se ha ido imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una tendencia hacia una mentalidad compensatoria respecto al delito imprudente. Tras insistir que en lo penal no cabe la compensación de culpas (criterio con base en el cual se procede a una reducción del quantum indemnizatorio proporcional a la culpa concurrente de la víctima), se ha dado lugar a una modificación en la calificación de la gravedad de la imprudencia (de temeraria a simple, en la terminología del anterior Código) cuando en la producción del resultado típico ha tenido también un papel relevante la negligencia de la víctima. Numerosísimas sentencias, cuya cita sería prácticamente imposible, han refrendado la procedencia de la atenuación de la pena en el supuesto de concurrencia.

Para la exposición y análisis de esta doctrina jurisprudencia se propone o modo de ejemplo la Sentencia de 25 de septiembre de 1986. Los hechos son, sucintamente expuestos, los siguientes: dos jóvenes circulan por una calle de Barcelona conduciendo sendas motocicletas y emprenden una competición, adelantándose mutuamente en varias ocasiones hasta que se produce una colisión entre ambos, como consecuencia de lo cual fallece uno de los motociclistas. El Tribunal Supremo considera adecuada a Derecho la resolución por la que se condena al conductor sobreviviente y co-causante del trágico desenlace como autor de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos (lo que, con posterioridad a la reforma de 1989, como es sabido, no pasaría de ser una falta). Según el Alto Tribunal, la conducta de la víctima puede influir en la

calificación de la imprudencia del autor – dada la importancia cuantitativa que en el plano causal es susceptible de representar la interferencia culposa del damnificado. Los efectos serían por lo general meramente degradatorios, de modo que lo que en principio sería una imprudencia grave pasaría a merecer la consideración de leve, sin que quepa descartar, a juzgar por algunas resoluciones aisladas, la exclusión de la penalidad, cuando el comportamiento del sujeto pasivo se muestre – tan imprevisible y contrario al elemental principio de confianza, tan decisivo y eficiente en la originación (sic) del resultado, que llegue a excluir todo o rastro de imprudencia en la actuación del agente<sup>415</sup>. Procederá la degradación, según indica la referida sentencia, cuando sendas conductas, de reo y víctima, se muestren en la misma potencialidad o virtualidad, en cuyo caso no dejará de reprocharse al primero su imprudente actuación, aunque adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención<sup>416</sup>.

No existe una posición clara a la hora de establecer el fundamento de esta solución. En unos casos el Tribunal Supremo plantea el tema en términos causales (como un supuesto de concurrencia de causas más que propiamente de culpas), mientras que en otras sentencias alude, trasladándose al plano subjetivo, a la menor previsibilidad del evento, o simplemente a la menor gravedad de la imprudencia o la inferior reprochabilidad de la conducta del agente, superponiéndose y mezclándose los referidos argumentos en la mayoría de ocasiones.

## **1.2. Propuestas Doctrinales y Jurisprudenciales de Exclusión de la Responsabilidad Penal del Autor en los Delitos Imprudentes**

---

<sup>415</sup> Vid. STS 25 septiembre 1986, cit., F.4.

<sup>416</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes*”, *El Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 75 y ss., comentando dos sentencias del TS que mantienen la referida posición.



Aunque de modo tan sólo aislado, el Tribunal Supremo ha aceptado en algún caso, según se decía, que la responsabilidad de la víctima traía consigo la exclusión de la del autor. Ante la posibilidad, los titubeos de nuestra jurisprudencia probablemente se deban a que la pregunta está mal planteada. No puede decirse, sin ulteriores matizaciones, que la negligencia de la víctima lleve a la exclusión de la responsabilidad penal del autor (como tampoco este efecto se produciría con este automatismo si se tratara de un tercero), puesto que la imprudencia de uno es perfectamente compatible con la de otro. Incluso la imprudencia puede hallarse precisamente en la infracción de un deber de previsión de la imprudencia ajena. Lo que hay que preguntarse es si el acontecimiento que ha dado lugar a un resultado típico pertenece a la esfera de responsabilidad del autor, y ello dependerá, entre otros factores, de la determinación del ámbito de responsabilidad de la víctima o de terceros intervinientes.

En relación con el delito imprudente, hay que considerar aquí los criterios con los que la doctrina y la jurisprudencia han configurado el alcance de la norma de cuidado en los supuestos en que hay más de una persona interviniente. Un criterio fundamental radica, en tales situaciones, en el principio de confianza, que emana de una concepción de la convivencia social según la cual los individuos no tienen por qué desconfiar de la observancia de las normas por parte de sus conciudadanos. Este criterio ha sido justamente aplicado por la jurisprudencia en todos los ámbitos del delito culposo, tanto en el de la circulación como en el de la negligencia profesional y el trabajo en equipo, sin excluir los supuestos en los que existe una conducta de la víctima relevante para el perfeccionamiento del hecho punible. Ello resulta coherente con los criterios de atribución de responsabilidad con que hemos venido operando. No obstante, el principio de confianza no tiene una vigencia limitada, sino que se encuentra sometido

a restricciones que amplían el alcance de la norma de cuidado. Hay que hacer mención en este sentido a una serie de principios limitadores, como el de seguridad, de contornos excesivamente difusos, y el de defensa o protección. Según Josep M. Tamarit Sumalla este último principio, la confianza en la prudencia ajena no puede ser invocada cuando la víctima merece especial protección (en cuyo caso no se dan las condiciones para la atribución a su ámbito de responsabilidad), como sucede en el caso de niños, minusválidos, incapaces o ancianos, especialmente en el tráfico viario; o en las relaciones laborales<sup>417</sup>, en cuyo caso prevalecería el carácter tuitivo hacia el trabajador con que el Ordenamiento Jurídico contempla tales relaciones<sup>418</sup>.

Por otra parte, el hecho de encontrarnos en el ámbito de la imprudencia permite fundamentar la impunidad en la negación de la autoría, de acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria que a partir de un concepto unitario de autor rechaza la participación en la imprudencia<sup>419</sup>. Pero ello no resuelve todos los casos cuando se dan una pluralidad de aportaciones calificables todas ellas como de autoría.

En la línea de lo sostenido hasta el momento, considero que en estos casos, examinados por la doctrina más reciente como autopuesta en peligro o exposición voluntaria al peligro, la restricción más importante procederá de la negación de la imputación objetiva, siempre que se den las condiciones exigibles para considerar que el hecho se ha desarrollado en el ámbito de responsabilidad de la víctima. Tal será el caso de la conducta antes comentada de los dos motoristas o del ejemplo propuesto por ROMANO, en el que dos conductores circulan en sentido opuesto por la mitad de la

---

<sup>417</sup> En tales supuestos, el Tribunal Supremo afirma normalmente la previsibilidad de un comportamiento imprudente de estas personas.

<sup>418</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis, *“La protección penal de la seguridad en el trabajo”*, Madrid, 1981, p. 182. Ahí sí podría hablarse, además de la idea de protección, de un principio de seguridad, al que haría referencia de algún modo la expresión “seguridad en el trabajo”.

<sup>419</sup> Vid. en esta dirección, LUZÓN PEÑA, Participación por omisión y omisión de impedir delitos, en *La Ley*, 1983-III, pg. 79

calzada y colisionan frontalmente produciéndose diversas lesiones<sup>420</sup>. En caso de igualdad aproximada de la contribución objetiva y subjetiva al hecho por parte de ambos agentes, deberá partirse de la regla general de la impunidad, sin que resulte aceptable introducir excepciones al principio de autodeterminación de la persona<sup>421</sup>. Sólo en caso que no se den tales condiciones y no resulte excluida la imputación objetiva, será procedente entrar a examinar la posibilidad de una atenuación de la pena.

### **1.3. Propuestas de Fundamentación de la Atenuación de la Pena**

Si nos centramos en lo que constituye uno de los objetos centrales de este apartado, la tan comentada degradación de la imprudencia, lo que de entrada resulta más llamativo es la insistencia del Tribunal Supremo en advertir que no cabe trasladar a la órbita penal la doctrina civil de la compensación de culpas, para, a renglón seguido, proceder a justificar, con toda clase de argumentos, la moderación punitiva. Tal como ha señalado CEREZO MIR, “el Tribunal Supremo admite (...) veladamente la compensación e culpas, aunque proclame solemnemente lo contrario”<sup>422</sup>.

Naturalmente el problema no puede abordarse como una cuestión de tipicidad, por cuanto no cabe plantear la existencia de situaciones intermedias entre la tipicidad y la atipicidad. Si, como se ha venido sosteniendo, la atribución de ámbitos de responsabilidad se produce a través de categorías de la tipicidad, como es el caso de la imputación objetiva, con la fijación de la relación de autoría como presupuesto de ésta, o la determinación de la titularidad del bien jurídico, lo único que podrá concluirse es la relevancia típica o no de la conducta. La imputación objetiva no es una magnitud

---

<sup>420</sup> Vid. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 1995, pg. 434.

<sup>421</sup> Debe rechazarse por ello, según Josep M. Tamarit Sumalla, la tesis de ROMANO que antepone los principios de seguridad o de protección al de libre autodeterminación.

<sup>422</sup> CEREZO MIR, José, “*Curso de Derecho penal español*”, Madrid, 1990, pp. 387 y 388.

graduable, de modo que no cabe hablar de sucesos más o menos imputables. Más evidente resulta la inviabilidad de una hipotética “disminución de la causalidad” (a menudo afirmada más o menos explícitamente por la jurisprudencia), de acuerdo con la concepción hoy en día dominante de este concepto en términos estrictamente naturalísticos.

Tampoco parece defendible sostener que la conducta de la víctima afecte al juicio de culpabilidad, habida cuenta que éste consiste en un juicio de reproche dirigido personalmente al autor, que no puede venir condicionado por una circunstancia ajena al mismo como es el comportamiento ilícito o culpable de un tercero. La única posibilidad existente para aceptar una moderación del reproche vendría dada por una previa decisión sobre la menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado que se traduciría en una menor culpabilidad, lo cual nos obliga a plantear la cuestión en sede de injusto.

Se impone pues examinar la viabilidad de una disminución del injusto, dando por buena la opinión doctrinal que de un modo creciente viene a concebir el injusto como una magnitud graduable. El análisis puede concretarse en primer lugar en aquello que de particular tiene el contenido de injusto del delito imprudente, de modo que se trataría e indagar si hay alguna explicación convincente del porqué la concurrencia de responsabilidades hace menos grave un hecho culposo, mientras ello no se asume tan fácilmente respecto a un hecho doloso.

No han faltado en la doctrina española respuestas a esta cuestión. CORCOY BIDASOLO se ha mostrado partidaria de aceptar que el riesgo creado por la víctima afecta a la gravedad de injusto del autor, aunque se distancia del automatismo que caracteriza la posición jurisprudencial. Según la citada autora, “lo que efectivamente sucede es que, en estos casos, no todo el peligro creado, que concurre en el desenlace

lesivo, lo ha sido por el autor. Se han de aplicar los criterios generales de imputación (...), examinando la conducta del autor independientemente de la de la víctima. Es usual que, en muchos de estos supuestos, el juicio individualizado de la conducta del autor permita que la gravedad del riesgo creado por éste es de menor magnitud del que, a primera vista, parece que exista”<sup>423</sup>.

Por otra parte, destaca Josep M. Tamarit Sumalla que en contra de la admisión de criterios compensatorios o incluso de la aceptación de una disminución de la intensidad de la infracción a la norma, CEREZO MIR ha señalado que “cuando sea objetivamente imputable el resultado no influirá para nada en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia temeraria o simples) la conducta imprudente de la víctima”<sup>424</sup>

Las dificultades para fundamentar una disminución del injusto tampoco son desdeñables para aquellas opiniones doctrinales que, como LUZÓN PEÑA, han operado con criterios de autoría<sup>425</sup>, máxime si, según el criterio doctrinal dominante, no se admite la punibilidad de la participación en el delito imprudente. El citado autor ha matizado su inicial posicionamiento favorable a la admisión de la graduación del injusto en los casos de concurrencia de culpas, en el sentido de exigir que “la contribución causal del sujeto a la lesión del bien jurídico ajeno sea no suficientemente importante como para estimar que realiza el tipo objetivo y calificarla de autoría”<sup>426</sup>, pues la negación de relevancia típica a la mera participación imprudente no puede llevar, como a menudo ha habido la tentación de hacer, a calificar automáticamente como constitutivos de autoría actos que no pasan de ser de mera participación. El problema de la posible disminución del injusto quedaría así circunscrito a los supuestos de

---

<sup>423</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., pp. 359 a 360.

<sup>424</sup> CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 400.

<sup>425</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, op. cit., p. 79.

<sup>426</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, ob. loc. ult. cit.

condominio del hecho (con las necesarias matizaciones, dadas las dificultades existentes para la validez de este concepto en los delitos imprudentes), en los que la intervención del sujeto activo es lo suficientemente importante para concluir que debe hacer frente a la responsabilidad que deriva de su posición.

Otra posibilidad, que no ha pasado desapercibida a nuestra jurisprudencia, según se ha visto, reside en la dimensión subjetiva de la norma de cuidado. Se afirma, en este sentido, que una conducta de la víctima inesperada para el autor es capaz de disminuir la previsibilidad del resultado por parte de éste. El razonamiento puede parecer acertado, pues efectivamente cabe establecer una cierta correlación entre el grado de previsibilidad del resultado típico y la gravedad de la imprudencia. Para demostrarlo basta con tener presente la figura teórica del dolo eventual, que, precisamente atendiendo a la alta probabilidad de la producción del resultado, y por lo tanto a su superior previsibilidad, se hace merecedor del mismo tratamiento previsto para aquellos supuestos en los que el hecho típico haya sido intencionalmente provocado. Sin embargo, este razonamiento tropieza con dos objeciones. Por una parte, esta correlación abstracta no puede servir para afirmar con carácter automático la disminución del injusto ante la culpa de la víctima, pues lo que no cabe presumir es que la imprudencia de ésta necesariamente haga menos previsible un posterior desarrollo de los hechos en el sentido del tipo, siendo imaginables situaciones en las que la actuación del ofendido se mostraría del todo irrelevante. Por ello resulta insatisfactorio el planteamiento jurisprudencial, que procede con excesivo automatismo a la degradación, prescindiendo de la indagación de la mayor o menor previsibilidad en cada caso concreto en orden a decidir la mayor o menor gravedad de la culpa. Por otra parte, no se olvide que si el autor incurre en responsabilidad penal pese a la imprudencia del propio titular del bien jurídico o de terceros, es porque la intervención ajena en los hechos entra

dentro del ámbito del deber de previsión del peligro. Por consiguiente, de algún modo cabe entender que la menor previsibilidad del resultado debida a la actuación de la víctima quedaría compensada por la infracción normativa consistente en no obrar prudentemente respecto a dicha actuación previsible.

#### **1.4. Atenuación Basada en la Disminución del Injusto del Hecho**

Insiste Josep M. Tamarit Sumalla que la atenuación de la respuesta punitiva tan sólo puede resultar válidamente fundada en una disminución del injusto objetivo del hecho. Ello obliga a superar algunos planteamientos, tanto los propios de un dogmatismo cerrado que concibe la antijuridicidad como un espacio en el que se decide meramente la conformidad o contrariedad de un hecho con el Ordenamiento sin matices ni situaciones intermedias, como los que se sienten atraídos por un pragmatismo o por la privatización de los conceptos penales.

Frente a la segunda de las tentaciones apuntadas, debe advertirse que no resulta sostenible un reparto pragmático de la responsabilidad penal en cuotas, al estilo de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad civil, por las mismas razones que no cabría repartir la pena a imponer entre los diversos intervinientes (ya sea a título de autores o partícipes) en un hecho punible. En buena parte la solución jurisprudencial pone de manifiesto una penetración de criterios civiles, que quizás lo que esté indicando en realidad no sea otra cosa que un acercamiento progresivo del tratamiento de la imprudencia al Derecho privado. Este proceso privatizador se ha hecho algo más evidente tras las reformas de 1989 y 1995 con la sumisión de la imprudencia simple al régimen de persecución a instancia de parte, entre otras cosas. Probablemente ello no sea más que un proceso tendente a hacer aflorar el sustrato civil sobre el que se ha edificado

legalmente la regulación de la imprudencia en el Código Penal, y que de hecho se ha manifestado siempre en la práctica judicial en actitudes como la renuencia a imponer por delitos culposos penas privativas de libertad que impliquen un cumplimiento efectivo. Con ello no pretende Josep M. Tamarit Sumalla abogar por una drástica despenalización de la imprudencia, aunque sí, al tiempo que se materializa un proceso de reducción de su presencia en la Ley Penal, resulta aconsejable una revisión de las penas previstas, en la que se potencien las sanciones privativas de derechos en detrimento de las privativas de libertad<sup>427</sup>.

Por otra parte, el reto planteado obliga a acometer la justificación de la disminución del injusto del hecho con criterios propios de la dogmática jurídico-penal que trascienden los límites del delito imprudente. La menor intensidad de injusto del comportamiento provocado por la víctima o en el que ésta ha prestado una cooperación relevante se explica por la menor intensidad del desvalor de resultado. En algunos casos ello no supondrá especiales problemas, dado que se producirá un menor grado de afección al bien jurídico, pero cuando ello no sea así debe tenerse en cuenta que al menos sí se producirá, en términos de antijuridicidad material, una menor conmoción del orden jurídico, entendido éste no en sentido puramente formal sino como sistema de protección de víctimas. El planteamiento resulta así válido tanto en el ámbito del delito imprudente como en el del delito doloso.

Uno de los principales retos que se derivan de la aceptación de esta solución es el de la necesidad de evitar la tendencia a un recurso automático e inmoderado a la atenuación. No resultaría admisible sostener que la mera provocación al delito debe llevar a la relajación punitiva, resucitando así la ya fenecida circunstancia atenuante del

---

<sup>427</sup> El Código Penal de 1995 avanza ya en esta dirección al ampliar los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión y prever para la imprudencia profesional no ya una agravación de la pena privativa de libertad sino una pena suplementada de inhabilitación, más adecuada político-criminalmente y que cabe esperar haga desaparecer la forzada distinción jurisprudencial entre culpa profesional y culpa del profesional.



antiguo artículo 9.5 CP. La aplicación de este criterio debe estar sujeta a criterios de proporcionalidad, de modo que la aportación de la víctima deberá tener cierta relevancia en relación con la conducta del autor. Ello será escasamente problemático en los supuestos de delitos dolosos con cuasidolo de la víctima, pero las dificultades aumentarán cuando haya dolo de la víctima referido a otro hecho, tales como las estafas cruzadas (caso del estafador estafado). En estos casos deberá exigirse alguna relación interna directa con el delito, como sucede en el referido ejemplo de la estafa (de modo que los dos hechos no sólo coinciden en un mixto escenario sino que resultan imprescindibles). Por otro lado, Josep M. Tarait Sumalla dice que obligará a un examen caso por caso en las clásicas y más habituales hipótesis de concurrencia de culpas en los delitos imprudentes.

Por el contrario, en los casos de conducta negligente de la víctima en delitos dolosos deberá negarse como regla general la posibilidad de atenuación. Pero ello no quiere decir que la misma sea descartable, como se desprende del hecho que quepa la atipicidad por no darse los elementos del mismo (suficiencia del engaño en la estafa o de la intimidación en la agresión sexual, el robo o las amenazas), de modo que lo que puede excluir la pena por falta de tipicidad (y por lo tanto también el injusto penal de hecho) también puede atenuarla. O incluso fuera de estos supuestos, en cualquier caso, cabría discutir si la sociedad desvalora de modo diferente, por ejemplo, la provocación dolosa de la muerte con bomba de un adulto que había desoído las recomendaciones de adoptar determinadas medidas de precaución que otra forma de homicidio o que el mismo hecho cuando la víctima sea una persona menor de edad.

No se nos escapan los inconvenientes que se plantean en un sistema legal como el de Código Penal español para la admisión, sin merma de las exigencias del principio de legalidad, de una atenuación de la pena. Sin embargo, los mismos no deben

considerarse absolutamente insuperables. Debe pensarse en el margen de discrecionalidad en que se desenvuelve el Juez a la hora de calificar la imprudencia como grave o leve, de modo que la gravedad debe ser predicada del hecho delictivo imprudente considerado globalmente, no atendiendo en exclusiva a su desvalor de acción. No obstante, las limitaciones que ofrece la vía legal para la apreciación de una atenuación por analogía ex artículo 21.6 CP son un obstáculo de mayor enjundia, lo cual nos obliga a dedicarse algo más de atención.

### **1.5. Atenuante de Análoga Significación y Propuestas de Lege Ferenda**

La evolución doctrinal respecto a la circunstancia atenuante análogica ha tendido a prevenir al intérprete ante la tentación de recurrir a la citada cláusula a modo de cómodo expediente para suplir la falta de alguno de los requisitos de las circunstancias atenuantes previstas expresamente por el legislador, lo cual supondría una suerte de fraude de ley. Con la misma claridad debe advertirse que, sin apartarnos del texto de la ley positiva, lo que debe ser análogo es la significación, no los presupuestos de la situación<sup>428</sup>, y en cuanto a ello creo haber expuesto ya algunos argumentos con base en los cuales puede afirmarse tal analogía. Sin embargo, los mismos deben completarse con la necesaria referencia a algunas de las circunstancias “anteriores” a que alude el artículo 21.6, y ahí las cosas se complican definitivamente en el plano de lege data. Las hipótesis para establecer la “análoga significación” cabe plantearlas por dos vías. Por una parte, la eximente incompleta de legítima defensa, respecto a la cual existe precisamente una consolidada posición jurisprudencial de aplicación del artículo 21.6 cuando se dan en menor intensidad los requisitos para su apreciación ex artículo 21.1, aunque en todo caso se viene exigiendo la preexistencia de

---

<sup>428</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Comentarios al Código Penal de 1995”, pp. 2036 a 2038.

una “agresión ilegítima”. Habida cuenta de tal limitación, resulta interesante atender también a una segunda vía para fundamentar la equiparación valorativa exigida por el artículo 21.6, que resulta todavía más problemática. La circunstancia relativa a la reparación del daño (art. 21.5) suscita la tentación de acudir al argumento a maiore ad minus, para concluir que si la ratio de la circunstancia atenuante radica en una consideración hacia la víctima ex post facto con mayor razón habría que valorar el comportamiento de ésta simultáneo al hecho punible.

Debe denunciarse la falacia de tal argumento, pues puede considerarse que, así como parece plausible, en el ejemplo de la citada atenuante (o incluso la del 21.4), “premiar” al autor por su conducta de “vuelta a la legalidad”, no se percibe muy bien el sentido de premiarlo por un comportamiento de otro. Además, no parece que pueda calificarse de análogo algo que favorece a la víctima (la reparación) y algo que más bien le desfavorece, disminuyendo su protección.

Dadas las limitaciones acabadas de exponer, resulta recomendable, en una perspectiva de lege ferenda, la introducción de una circunstancia atenuante específica, en la dirección señalada por los Códigos alemán e italiano pero con un esfuerzo en la búsqueda de una solución propia. El artículo 62.5 de este último Código constituye un modelo de mayor interés, dada su proximidad a la técnica de las circunstancias modificativas propia del Derecho penal español. A tenor del indicado precepto del Codice Rocco, atenúa la pena que haya “concurrido a determinar el resultado, conjuntamente con la acción u omisión del culpable, el hecho doloso de la persona ofendida.

Antes de dar por buena la fórmula la fórmula italiana conviene tener en cuenta el contexto en el que surge y su tradición aplicativa. En cuanto a lo primero, el artículo 62.5 del Codice Rocco surge como reacción ante una disputa doctrinal y como “mal

menor” o solución de compromiso (considerando las pretensiones “técnicas” pero también el carácter autoritario del referido Código) ante la previa negación de efectos excluyentes del nexo causal a la intervención de la víctima. Debe por ello advertirse que los supuestos para que los que en buena medida fue concebida la solución atenuatoria no revestirían siquiera relevancia típica en un sistema penal como el español, ajeno a una tradición legislativa de regulación positiva de la problemática de la causalidad y en el que se ha ido abriendo paso en los últimos años la doctrina de la imputación objetiva. Por ello, la introducción de una circunstancia atenuante carente de precedentes en el Derecho penal español ante todo no ser interpretada como una coartada para la ampliación de los márgenes de lo ilícito penalmente.

En lo que atañe a la aplicación de la citada norma italiana, interesa también tener presente la renuencia de los Tribunales a hacer uso de la misma y la existencia de una fuerte discrepancia doctrinal sobre su alcance y su oportunidad político-criminal. Ello aconseja proceder con la necesaria prudencia en la redacción de la misma. Por todo ello, el texto resultaría enriquecido si se agregara la exigencia de relevancia en la conducta de la víctima, a modo de cláusula de proporcionalidad, que evite, en la línea de lo defendido, un uso exagerado o inconveniente de la atenuación.

En el sentido contrario a lo apuntado, resulta por otra parte cuestionable el carácter excesivamente restrictivo de la solución italiana, al excluir del todo su aplicabilidad a supuestos de comportamiento culposo del ofendido. Ciertamente en el ámbito de los delitos imprudentes tal aplicación tendría escasa trascendencia práctica, dada la posibilidad de la calificación de la imprudencia como leve. Pero no hay que olvidar que son ciertamente los más discutibles en orden a la procedencia de la atenuación. En tales casos no debería hacerse uso bajo la idea de la excepcionalidad y

con arreglo a un criterio de proporcionalidad en la ponderación de la aportación de la víctima en comparación con la conducta típica del autor.

Los límites trazados entre la tutela del interés civil y la tutela del interés penal son más tenues en aquellos sistemas donde la reparación es considerada sanción autónoma. Es el ejemplo de la *reparation order* o *compensation order* de los países anglosajones, donde el juicio criminal determina la reparación, estableciendo el quantum. Tiene la reparación, en ese caso, “carácter de pena en tanto consecuencia jurídica del hecho punible impuesta en el proceso penal”.<sup>429</sup> Como se va a ver adelante, las innovaciones de la legislación penal brasileña en lo que se refiere a la multa reparatoria y a la sanción pecuniaria se aproximan de ese modelo.

Siguiendo el esquema propuesto, serán destacadas dos de aquellas cuatro categorías debido al enorme interés despertado, tanto en la teoría como en la práctica. Son el modelo conciliatorio de *restorative justice* y el proyecto alternativo alemán. Sin embargo, antes del estudio de esos dos modelos, algunas consideraciones necesitan ser hechas.

Es evidente que la sola consideración de la reparación a la víctima por el Derecho penal ya implica la superación de la idea fuertemente arraigada de que, generando la práctica del delicto ofensas de dos órdenes – una contra la comunidad y otra contra la víctima–, el Derecho penal cuida sólo de la primera y el derecho civil cuida de la segunda. Conforme tal concepción, la pena estatal persigue garantizar los intereses de la colectividad y la indemnización civil tiene por objetivo amparar los intereses particulares advenidos del delito. Los libros de Derecho penal con frecuencia enseñan que “es en función de estos dos conceptos – interés individual e interés público

---

<sup>429</sup> HIRSCH, Hans Joaquín, “La reparación del daño en el marco del derecho penal material” in MAYER, Julio B. J. (organiz.), “De los delitos y de las víctimas”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 59.

– que se traza la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal”<sup>430</sup>, e incluso que “él (el Derecho penal) no pretende reglar relaciones jurídicas entre los individuos o entre éstos y el Estado, sino asegurar las condiciones de convivencia social. Tutelando bienes jurídicos, incluso cuando éstos son individuales, no lo hace, inmediatamente, en el interés del individuo, sino de la colectividad organizada.”<sup>431</sup>

De ahí que la inserción de la temática referente a la reparación en el derecho penal suscite una primera impresión de estar rompiendo, de alguna manera, la distinción rígida entre derecho penal y derecho civil, entre interés público e interés privado.

Para dimensionar mejor la relación existente entre ambos intereses, es preciosa la lección de Carnelutti en el sentido de que la sanción penal es un máximo y no un mínimo jurídico. De acuerdo con Carnelutti, la redacción del art. 185 del CP italiano, según el que todo delito obliga a la restitución en los términos de la ley civil, puede causar la equivocada impresión de que el reo, además de la sanción penal, tendrá que someterse a la sanción civil, cuando en verdad se da el opuesto, pues, lógicamente, la sanción civil es un prius y la sanción penal un posterius. Son círculos concéntricos.<sup>432</sup> De modo que, cuando el derecho penal trata de la reparación del daño, de la indemnización en el sentido civil, no está dando un paso a frente, sino un paso atrás, pues enfoca la cuestión en la óptica del interés de la parte.

Se puede argumentar que la distinción entre el interés particular y el interés penal actualmente no es absoluta entre nosotros, ni tampoco lo era antes, in Brasil, de la vigencia de la ley 9.099/95. Como ejemplos, pueden ser mencionados la acción penal privada y la necesidad de representación del ofendido en algunos casos, el perdón, la exigencia de reparación del daño para la obtención de beneficios penales y los efectos civiles de la sentencia condenatoria. Tales institutos, sin embargo, si significan algún

---

<sup>430</sup> GARCIA, Basileu, “*Instituciones de derecho penal*”, v. I, t. I, pp. 17 a 18.

<sup>431</sup> BRUNO, Aníbal, “*Derecho penal*”, t. I, p. 39.

<sup>432</sup> CARNELUTTI, Francesco, “*El delito*”, p. 83.

ablandamiento en la rígida separación entre los intereses civiles y penales, no son suficientes para alterar el eje central de la cuestión. Pues, de cualquier forma, esas relativas interpretaciones o consideraciones de la víctima por el derecho penal no se refieren a las finalidades de la pena, y la relación principal se da entre el reo o condenado y el Estado. Sin embargo, una concepción realmente nueva surge con la ley 9.099/95, en especial con el instituto de la composición civil.

En respuesta a las demandas sociales y a la atención del orden constitucional contenido en el artículo 98, I, da Constitución Federal del Brasil, el legislador aprobó la Ley n°. 9.099/95, que implantó un procedimiento criminal penal distinto en nuestra legislación. Informado por los principios de oralidad, informalidad, economía procesal y celeridad, objetivando siempre que posible la conciliación o transacción, con reparación a los daños sufridos por la víctima y la aplicación de la pena no privativa de libertad.

De acuerdo con Roxin,<sup>433</sup> el tema de la confrontación entre el Derecho civil y el Derecho penal puede conducir a tres enfoques distintos: la solución privada del conflicto, la incorporación de la reparación como una categoría de pena, o su concepción como una tercera vía. Para Roxin la reparación no contradice las finalidades de la pena, ni es necesaria la creación de más una finalidad para justificarla. Rechazando la finalidad retributiva, incompatible con los postulados de un Estado Democrático de derecho, la reparación no representa ningún conflicto con los fines de la prevención general positiva o prevención integrativa. En ese último aspecto, Roxin va más allá de aquellos que conciben la prevención integrativa solamente como fortalecimiento de la conciencia jurídica, y adiciona una finalidad de satisfacción.

Tales consideraciones sirven para demostrar la complejidad del tema de la reparación, que será mejor analizado en la perspectiva de propuestas concretas.

---

<sup>433</sup> ROXIN, Claus, “*La reparación en El sistema de los fines de la pena*” In MAIER, Julio (Coord.): *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC,2001, p.

## 2. SISTEMA ALEMAN

Mireille Delmas-Marty en la obra *Procesos Penais da Europa* enseña que la intervención de la víctima en el proceso no reconoce la posición de “parte” del proceso a la víctima, siendo considerada como un simple testigo, que dispone, para actuar en el proceso penal, de cuatro vías:

a) La persecución de algunas infracciones de poca gravedad o que toquen directamente a la intimidad de la persona (die Antragsdelikte) no puede ser iniciada sino con previa manifestación de la víctima (der Strafantrag, §77, StGB, y 158, al. 2, StPO).

b) Para algunas infracciones de menor gravedad, limitadamente enumeradas (§374, StPO), ella puede asumir la titularidad de la persecución en el lugar del Ministerio Fiscal (die Privatklage).

c) En esta hipótesis, cuando el Ministerio Fiscal rechaza efectuar la persecución a partir de la queja de la víctima,<sup>434</sup> ésta puede recurrir al Tribunal Regional Superior por escrito al objeto de requerirle para que el Ministerio Público efectúe la persecución (de las Klageerzwingungsverfahren, § 172, StPO).

d) En los casos en que el Ministerio Fiscal efectúa la persecución por algunas infracciones graves (§ 395, I, StPO), podrá actuar por la vía del mecanismo de asistencia (die Nebenklage).

La indemnización de la víctima (die Entschädigung des Verletzeten), el proceso de reparación (das Adhäsionsverfahren, §403 la 406c, StPO), es muy poco utilizado ante los tribunales penales alemanes. La reclamación de la indemnización de

---

<sup>434</sup> Expresión utilizada en el sentido técnico-formal del derecho brasileño: queja (delito). NT.



los daños causados por una infracción penal es ejercitada en la vía civil, en virtud de la separación entre acción penal pública y acción civil.

Todo perjuicio patrimonial causado por una infracción penal puede ser reparado a partir del ejercicio de una acción (der Antrag) por la víctima o por sus herederos o cónyuge (§ 403, StPO), por escrito u oralmente, antes de la audiencia de debates. Ante un tribunal cantonal, una demanda sobre daños o perjuicios puede igualmente ser formulada hasta el límite de su competencia en materia civil (§ 23, al. GVG).

El Tribunal puede, rechazar una demanda civil por ser incompatible con la acción penal (§ 405, StPO) o aceptar la demanda total o parcialmente (cuyo montante es apreciado, en el caso, por un juez civil). Aquel que demanda y pierde la acción no tiene derecho a recurrir, pudiendo valerse de la acción civil propia (die Wiederaufnahme, 406, StPO).

Las personas jurídicas o víctimas colectivas al ejercitar demandas reparatorias pueden valerse de representante legal y utilizar los mismos procedimientos reservados para las víctimas individuales.

Además de las medidas mencionadas, el Estado compensa a la víctima por el acto criminal que haya causado ofensa a su integridad corporal, aunque sea desconocido el autor de la infracción (Opferentschädigungsgesetz, OEG, 07 de enero de 1985).

## **2.1. El Fiscal y la Víctima en Alemania**

En Alemania, la víctima, en ciertos casos, a través de acción privada – Privatklage – tiene la iniciativa de la persecución y el derecho de realizarla. En tal hipótesis, ella tiene los mismos derechos del Ministerio Fiscal (§ 385 del StOP), aunque

no posea los poderes de coerción, en particular en lo que se refiere a las medidas de investigación. Sin embargo, la persecución por la vía privada solamente es posible en casos de infracciones menores, restrictivamente enumeradas (§ 374, I, StOP), y cuando se refieran primordialmente a un interés privado. Aquella es poco utilizada, particularmente debido a los costes que conlleva. Lo más interesante en su procedimiento es una fase de conciliación antes de la fase contenciosa y, en virtud de esa estructura, más de 90% de los casos terminan en acuerdos amigables.<sup>435</sup>

Además, un límite general es impuesto a la acción privada: cuando haya interés de orden pública, el Ministerio Fiscal puede iniciar su propia persecución o asumir la acción privada (§ 377, StOP). Si esto ocurre, la víctima puede ponderar sus intereses asumiendo el papel de parte al lado del Ministerio Fiscal.

## **2.2. El Proyecto Alternativo Alemán de Reparación**

Como muy bien señala Ana Sofía Schmidt de Oliveira, la concepción de la reparación como consecuencia penal de la práctica del delito inspiró la creación de un proyecto alternativo elaborado por un grupo de penalistas alemanes y suizos en 1992.<sup>436</sup>

A ejemplo del famoso proyecto alternativo de la década de los 60, que, sin haber sido

---

<sup>435</sup> MÉRIGEAU, M., “*La victime et le système pénal allemand*”, 1994, RSC 56.

<sup>436</sup> Explica Albin Eser, en el prólogo a la edición española del proyecto, que “los así llamados ‘profesores alternativos’ constituyen una iniciativa privada que desarrolla un círculo de trabajo integrado por quatorce penalistas e criminalistas alemanes e suízos que se reunieron en meados da década de sessenta, a fim de opor um prometo alternativo ao prometo oficial do governó aleman de un Código Penal (1962). (...) A esta ‘Parte Geral’ seguiu-se uma rápida sucessão de outros projetos alternativos sobre determinados temas da Parte Especial: directo penal político (1968), delitos sexuais e delitos contra o matrimônio, a família e o estado civil das pessoas (1968), delitos contra as pessoas (1970 e 1972) e delitos económicos (1977). À medida que a equipe de trabalho se foi complementado e renovado con nuevas incorporações, foram sendo elaborados também outros projetos alternativos sobre temas de especial atualidade na ordem penal e processual penal: execução penal (1973), furto em grandes lojas (1974), regulação da justiça industrial (1975), juízo oral sem publicidade (1980), reforma do juízo oral (1985), morte assistida (1986), até chera ao ‘Projeto Alternativo sobre Reparação’ (1992), (...)” (Proyecto alternativo sobre reparación penal, p. 11-12).

jamás convertido en ley, influyó construcciones teóricas y prácticas en todo el mundo, ese nuevo proyecto ya es objeto de numerosos estudios y especulaciones en diversos países. Esto se debe tanto al renombre de sus autores (Claus Roxin, Albin Ester, Jürgen Baumann, Ulrich Klug, entre otros), como a la consagración de la reparación como una tercera vía. Ante tamaña importancia, es claro que un estudio sobre el impacto del movimiento victimológico en el derecho penal no puede dejar de abordarlo.

De acuerdo con el proyecto (§ 1), la reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor y sirve para restaurar la paz jurídica. El principal destinatario debe ser el lesionado y, en la imposibilidad o insuficiencia, debe ser considerada la reparación frente a la colectividad, designada por el proyecto de reparación simbólica. El § 2 establece las principales formas de reparación: indemnización de los daños al lesionado, indemnización de terceros (como aseguradoras), otras prestaciones materiales, como pago en dinero a instituciones de utilidad pública, regalos o prestaciones no materiales, como petición de excusas, trabajos comunitarios. El § 3 añade que si el autor, por sus condiciones económicas desfavorables, no pudiera indemnizar los daños completamente, la indemnización parcial podrá ser reconocida como reparación.

De acuerdo con el proyecto, la reparación tiene dos aplicaciones básicas: (§ 4) de un lado, sustituir la pena en los casos de previsión de pena privativa de libertad no superior a un año, cuando ésta no sea indispensable, y (§ 5), de otro, atenuar la pena privativa de libertad en los casos donde la imposición de ésta es necesaria. La reparación incompleta (§ 5.2) también autoriza la atenuación, según el grado de compensación alcanzado.

El proyecto prevé también la reparación del daño como condición para la suspensión condicional de la pena (§ 7) y la posibilidad del tribunal de imponer la

obligación de compensación. Esa última hipótesis (§ 8) se da cuando el condenado no haya reparado el daño voluntariamente. El tribunal, al imponer el pago de los daños y perjuicios, debe tener en cuenta las posibilidades financieras del condenado y, cuando no sea aplicable tal imposición, podrá obligarlo a efectuar el pago de determinada cantidad a una institución de utilidad pública, o a realizar otras prestaciones comunitarias.

La segunda parte del proyecto prevé la reparación en el proceso penal, lo que no será aquí objeto de mayores consideraciones. Vale resaltar que, en aquellas hipótesis donde la pena puede ser sustituida por la reparación, el Ministerio Fiscal, con el consentimiento del tribunal competente, del acusado y del lesionado, podrá dejar de interponer la demanda y suspender el proceso (§ 11.1). Si la demanda ya ha sido interpuesta, es posible también la suspensión antes de la apertura del juicio oral (§ 11.2). Vale notar, aún, la posibilidad del tribunal de remitir las partes implicadas a un órgano de conciliación o realizar una negociación judicial de reparación (§ 16). La cuestión fundamental en el aspecto procesal se refiere a la tensión existente en la sumisión a una prestación sin ningún juicio de culpabilidad, o, en otras palabras, la virtual infracción del principio de presunción de inocencia. Ese tema, familiar entre nosotros desde la vigencia de la ley 9.099/95, el proyecto lo resuelve al someter toda la medida de reparación al control judicial y al garantizar que ninguna consecuencia negativa sobrevenga para el acusado en la hipótesis de apelación.<sup>437</sup>

Lo que interesa resaltar aquí es que el objetivo del proyecto “es la integración de la reparación en el sistema de las consecuencias jurídicas de derecho penal”.<sup>438</sup> La reparación es, por eso, una tercera vía. No es una especie de pena. Para que se dé la integración, es importante la demostración de dos presupuestos: que no existe

---

<sup>437</sup> Proyecto alternativo sobre reparación penal, pp. 55 y 56.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 38.

incompatibilidad entre la reparación y las finalidades de la pena y también que la pretendida integración no implica la ruptura de la barrera entre el Derecho civil y el Derecho penal.

Los autores del proyecto se posicionan ante esas dos cuestiones fundamentales de la siguiente forma. En relación al mantenimiento de una coherencia en el sistema de los fines de la pena, dicen que la reparación sirve al mantenimiento de la paz jurídica, pues cumple las finalidades de prevención general y especial. En relación al efecto de prevención general positiva, prevención de integración, la reparación posibilita el “efecto de confianza, cuando el derecho se impone para el ciudadano, y el efecto de satisfacción, cuando el delincuente hizo tanto que la consciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor”.<sup>439</sup> Añaden además que el autor, al reparar el daño voluntariamente, reconoce la vigencia de la norma lesionada, lo que satisface a la comunidad jurídica. Con relación a la prevención especial, la reparación tendría un importante papel que desempeñar, porque posibilitaría al autor una reflexión acerca de las consecuencias de su acto, al depararse con el sufrimiento de la víctima, lo que favorece su aprendizaje social.<sup>440</sup> En este aspecto, la argumentación se aproxima a los argumentos abolicionistas acerca de la necesidad de personalización del conflicto.

En relación al mantenimiento de una necesaria separación entre el derecho penal y el derecho civil, los autores del proyecto argumentan que “la reparación en el derecho penal no traspasa la frontera oportuna en nuestro sistema jurídico que diferencia derecho civil y derecho penal. Así, en el AE-WGn no se pretende una síntesis entre ambos sectores jurídicos a nivel dogmático, sino “una parcial coincidencia fáctica de pretensiones civiles y regulación de conflictos penales” (así se destaca en el

---

<sup>439</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 45.

original).<sup>441</sup> Más adelante, para reforzar la diferencia entre reparación civil y reparación penal, se destaca que “(...) la reparación no es entendida como una reparación de daños civiles, sino como equivalente para una lesión de tipos penales, por tanto, para ilícito penal. Es juzgado de acuerdo con las exigencias de reacción jurídico-penales en el sentido de escalas que aparecen ahí (...). Las particularidades de la reparación penal se muestran claramente en todas las experiencias de la praxis. La importancia de la reparación simbólica es tan grande como la de una pura liquidación de daños materiales y ambas están entrecruzadas”.<sup>442</sup>

De este modo, el proyecto alternativo alemán, no exento de críticas, busca la conciliación de las recientes demandas de una mayor satisfacción a la víctima, con el mantenimiento de las características propias del Derecho penal, en tanto orientado a la prevención, y, en el campo del proceso penal, busca también la conciliación con el sistema de garantías. En las conclusiones finales de la Tesis se hacen observaciones generales acerca de esta perspectiva.

### **2.3. Medidas Informales de Conciliación**

La concepción de la reparación como sanción penal autónoma (la cuarta categoría en la clasificación de Susanne Walther), en caso de potenciarse, puede ocasionar una convergencia pragmática con las propuestas de solución informal del conflicto penal. La perspectiva teórica que está detrás de ambas, es la de que los conflictos deben ser resueltos entre las partes que los vivencian, lo que conduce a la máxima tan propia de los abolicionistas de devolución del conflicto a sus protagonistas.

---

<sup>441</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>442</sup> Ibidem, p. 54.

Existe una aparente paradoja, pues, si la perspectiva abolicionista defiende la no utilización de la vía penal para la solución del conflicto, parece, a primera vista, que una concepción de la reparación como pena sería la total negación de los postulados abolicionistas. Pero, como se ha dicho, la paradoja es sólo aparente y el encuentro de las dos concepciones se da por otra vía. Se explica. La utilización de la reparación como pena implicaría la penalización de toda respuesta civil a los actos ilícitos, o la despenalización de la respuesta penal. Al absurdo de la primera perspectiva - toda indemnización civil sería pena – corresponde la necesidad de adecuación de la segunda. De modo que una concepción de la reparación como pena sólo puede significar que la consecuencia jurídica del ilícito será la reparación. O sea, pena, aquí, tiene sólo el sentido de consecuencia jurídica de la práctica del ilícito penal. Surge, ahí, el encuentro con las propuestas abolicionistas.

Dentro de esa perspectiva merece ser analizado otro modelo de solución informal del conflicto penal, en razón, también, de la gran publicidad que alcanzó. Es el denominado “*restorative justice*” que, aunque asumiendo formas diferentes, está asentado en las ideas de pacificación y conciliación, no sólo entre las partes, sino también entre el autor del hecho y la comunidad.

Más frecuente en la tradición de la *common law*, los modelos conciliatorios han sido objeto de intensa especulación práctica y teórica en diversos otros países.<sup>443</sup> Las observaciones, en general, son favorables, pues según los más entusiastas es la única forma de evitar todas las consecuencias negativas de la solución tradicional y formal anteriormente señaladas. De acuerdo con Fattah, si los principales objetivos del sistema

---

<sup>443</sup> Para una completa visión de los diversos modelos adoptados en varios países, vid., entre otros, Burt Galaway y Joe Hudson (ed.), *Restorative Justice – International perspectives*; Gwin Davis, *Making amends – Mediation and reparation in criminal justice*; Elena Highton et al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima victimario. Sobre la discusión actual en Italia, incentivada por el programa piloto existente en el Tribunal Juvenil de Milano*, G. Pisapia et al., *La sfida della mediazione*.

son restaurar la paz, reparar el daño, curar las heridas y evitar que la ofensa se repita, es claro que un sistema basado en la mediación, reconciliación, restitución y compensación tiene mayores posibilidades de ser eficaz que un sistema basado sólo en la punición. Nos dice: “Mediación y reconciliación ponen a las dos partes frente a frente y hacen que sean vistos como seres humanos, en una situación de angustia. (...) La confrontación entre el ofensor y la víctima en una situación de mediación es la forma más segura y más eficiente de sensibilizarlo(la) acerca de la difícil situación de la víctima y de revertir el proceso mental de desensibilización que hace que el autor evite una sensación de culpa o peso en la consciencia. (...) en cuanto a la víctima, la situación de mediación puede también tener efectos saludables (...) las dos partes acaban teniendo una visión realista una de la otra y la reconciliación se vuelve posible.”<sup>444</sup>

Esta forma de resolución del conflicto penal tiene su origen histórico en las comunidades religiosas Menonitas, cuya creencia inspiró la aplicación, en la justicia penal, de los conceptos de expiación y reconciliación. El primer proyecto de reconciliación entre víctima y autor (VORP – Victim Offender Reconciliation Project) fue iniciado en 1978 en Elkhart, en el Estado de Indiana, y, en poco tiempo, fue implantado en otras ciudades. Un desarrollo similar ocurrió en Canadá, donde diversos proyectos fueron implantados y, en poco tiempo, surgieron iniciativas en Europa. La finalidad esencial de esos proyectos es la obtención de compensación financiera para la víctima y reconciliación entre las partes, lo que redundará en la restauración de los lazos sociales y la pacificación y crea un compromiso moral en las partes implicadas.<sup>445</sup>

Tanto por su origen como en razón de algunas circunstancias específicas, de entre las cuales cabe destacar la fuerte tradición comunitaria y la libertad legislativa de los Estados, el modelo informal de conciliación se desarrolló de forma ejemplar en los

---

<sup>444</sup> Ezzat A. Fattah, *Toward a victim policy aimed at healing, not suffering*, p. 270.

<sup>445</sup> Cfr. Gwin Davis (ed.), *Making amends – Mediation and reparation in criminal justice*, p. 15 y 16.



Estados Unidos, donde existen actualmente más de 400 programas, estando la mayor parte de ellos relacionada o incentivada por iglesias u organizaciones religiosas. El proyecto de *restorative justice* de la ciudad de Battavia, Estado de Nueva York, conocido como Proyecto Genesee Justice, sigue ese modelo desde su creación en 1980, y puede ser utilizado como objeto de análisis.

El proyecto Genesee Justice cuenta con el respaldo y participación de las autoridades policiales y judiciales y de los miembros de la comunidad. Este proyecto abarca, entre otros aspectos, la asistencia a la víctima, la reconciliación entre reo y víctima, la prestación de servicios comunitarios, la realización de investigaciones y recomendaciones para los órganos públicos, y la reparación financiera. La idea principal es implicar a la comunidad en la búsqueda de soluciones alternativas, no burocráticas, que realmente representen una solución para las partes.

De acuerdo con Dennis J. Wittman, director del proyecto en enero de 1997, autor o víctima son tratados como individuos con un problema a ser resuelto y no como partes procesales. Los policías, abogados y jueces comparten la concepción de que imponer una pena de prisión no significa que el problema haya sido solucionado: el caso puede haber terminado, pero el problema continúa. En razón de ese enfoque más humano, el programa es también llamado de “healing justice”.

Los encuentros entre víctima y autor pueden ocurrir en la fase pre-procesal (*diversion*) o antes de la fijación de la sentencia (*pre-sentencing*), y la mediación queda a cargo de los miembros de la comunidad implicados en el proyecto. El acuerdo es ratificado judicialmente después. Según Dennis J. Wittman, las propuestas de punición hechas por las víctimas directamente son más blandas que aquellas hechas sólo por el abogado en el procedimiento normal de *plea-bargain*. Diversos tipos de delito pueden

ser objeto de este procedimiento, basta que las partes implicadas estén de acuerdo.<sup>446</sup> Las sanciones propuestas contemplan, en algunos casos, la privación de libertad, pero normalmente se acuerda la ejecución de servicio social o comunitario, o se fija una sanción pecuniaria destinada a la propia víctima o a entidades de protección a las víctimas. Algunas tareas de base eminentemente educativa o terapéutica pueden también formar parte del acuerdo.<sup>447</sup>

La tarea principal del mediador es posibilitar el encuentro entre las partes,<sup>448</sup> “traducir” las expectativas y motivaciones de cada una de ellas para la otra; pero, sin intervenir de manera autoritaria. Se puede decir que su actuación se da en un plano horizontal en relación a las partes. En otros proyectos, como es el caso del *Coventry Reparation Scheme* en Inglaterra, el mediador desempeña un papel de intermediario: sin inmiscuirse en el conflicto, no es totalmente neutro.<sup>449</sup> Ese “estilo” de mediación es característico de los modelos más vinculados a la justicia criminal.

El objetivo principal del modelo es, en cualquier caso, lograr la pacificación, la conciliación, promover la personalización del conflicto. Buenos resultados pueden ser alcanzados, incluso en cuanto a la resocialización del autor (existe aquí una evidente convergencia con la justificación del proyecto alternativo alemán referente a la prevención especial). También es posible que de un encuentro frente a frente, las dos partes saquen algún provecho, que la víctima comprenda las razones de su victimización, pierda el miedo, vea a su agresor como una persona, conozca su historia;

---

<sup>446</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt, “*Política criminal en los Estados Unidos de América – Notas de viagem*”, p. 86.

<sup>447</sup> Algunos adultos e infractores juveniles, por ejemplo, deben escribir una redacción sobre determinados temas. En el proyecto de Battavia, formaron parte de algunos acuerdos de sanción redacciones con temas tales como los siguientes: “Rompiendo el ciclo del abuso sexual”, “¿Por qué la honestidad es la mejor política?”, “¿Por qué yo merezco otra oportunidad de libertad y confianza en la comunidad?”, “¿Qué significa para mí el respeto?”, “Confianza pública y perdón” (Genesee Justice, instruments of law, order and peace, pp. 49 a 55).

<sup>448</sup> Su atención puede ser comparada a la del facilitador, de acuerdo con la terminología de la técnica terapéutica de Carl Rogers, idealizador de la terapia centrada en el paciente.

<sup>449</sup> DAVIS, Gwin, “*Mediation and reparation in criminal Justice*”, p. 95.

que el autor tome consciencia de su acto, perciba las consecuencias de él.<sup>450</sup> Existe en el modelo informal de conciliación un encuentro de personas y no de estereotipos, pues la identidad de las partes no se pierde en los engranajes burocráticos del sistema penal. Los sentimientos de venganza, odio y aversión pueden ser sustituidos por la empatía y la comprensión.

Las características apuntadas y los objetivos pretendidos son comunes a los diversos modelos de mediación y conciliación que, sin embargo, difieren entre sí, especialmente en cuanto a la mayor o menor dependencia del sistema de justicia formal. El proyecto inglés, *The Coventry Reparation Scheme* (CRS), por ejemplo, tiene las mismas finalidades del proyecto de Battavia (posibilitar un encuentro personal entre la víctima y el autor, donde se dé la reparación a aquella y una concienciación de éste) y actúa en estricta vinculación con el tribunal, siempre que haya indicios suficientes de autoría. De ahí adviene el impedimento de su intervención en la hipótesis de un *not guilty plea*.<sup>451</sup> El modelo de Battavia mantiene una gran independencia cuando actúa en la fase pre-procesal, lo que no ocurre en la etapa de fijación de la sentencia. En otros modelos el propio juez asume el papel de mediador o conciliador entre las partes, sin valerse de su autoridad de miembro de un Poder del Estado.

El modelo de Battavia merece algunas consideraciones. Inicialmente, se señala que existe, en la base del proyecto y en la forma en que son realizadas las reuniones, un fuerte componente moral. El autor del delito es visto como alguien que rompió la paz y la estabilidad social y, por eso, una condición para su admisión en el proyecto es que sienta remordimiento; esa actitud interior importa más que la gravedad de la ofensa.<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> Dulcinéia Pozzo, la Duda, presa en la Prisión Femenina de la Capital alemán, dijo, en una conversación informal: "El ladrón, cuando entra en la sala de audiencia y baja la cabeza, no es porque tiene miedo de ser reconocido. Es porque tiene vergüenza de mirar la cara de la víctima."

<sup>451</sup> Gwin Davis, *Mediation and reparation in criminal justice*, p. 69.

<sup>452</sup> La esencia del modelo está evidenciada en las siguientes palabras: "La principal finalidad de la reconciliación entre víctima y ofensor es fomentar la cura. Cura para ambos, víctima y ofensor. Cura para ambos, comunidad y ofensor. Ayudar a aquellos que sufren el impacto del delito a ser nuevamente

Ciertamente, en razón del origen de los modelos conocidos como VORP, es procedente la observación de Silva Sánchez: “La insistencia relativa al concepto de reconciliación nos hace pensar en la adopción de una dimensión (casi) ético-religiosa.”<sup>453</sup> Y el énfasis tan acentuado en la cura de las personas implicadas y de la comunidad hace también procedente la observación que hace Joan Queralt sobre el modelo conciliatorio: “Transforma el proceso penal en algo próximo al diván del psicoanalista”.<sup>454</sup>

A estas primeras observaciones, podría seguir una réplica en el sentido de que una concepción moral, ética, e incluso religiosa, nunca estuvo completamente desterrada del derecho penal y que la cura de las partes implicadas es un excelente pronóstico, en comparación con los daños que el sistema formal puede causar (y generalmente causa) tanto en la víctima como en el autor.

Estos argumentos no convencen. El derecho penal, puede ser creación humana, pero por los valores que defiende, no estará ni podrá estar jamás libre de concepciones morales o éticas. Algún reflejo religioso es también intuitivamente perceptible en las relaciones delito/pecado, pena/penitencia. Cosa bien diversa, sin embargo, es transformar valores y concepciones de determinados grupos en la columna de sustentación del sistema, lo que coloca en riesgo, en el límite, la propia dignidad humana y el derecho de autodeterminación.<sup>455</sup>

---

saudables y a sentirse bien es La cuestión central de la restorative justice” (Genesee Justice, instruments of law, order and peace, p. 47).

<sup>453</sup> Silva Sánchez, sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”, p. 188.

<sup>454</sup> Joan J. Queralt, Víctimas y garantías: algunoó cables sueltoS, p. 150.

<sup>455</sup> En el proyecto de Battavia la participación de las partes es voluntaria lo que, en teoría, garantiza una dosis suficiente de libertad. El caso, no habiendo la libre adhesión, es resuelto por el Sistema Penal. Sin embargo, la no adhesión puede significar un ostracismo social, un sentimiento de exclusión de la comunidad cuyo perdón fue rechazado. Por otro lado, la expresión de un sentimiento de gratitud por parte de los autores que participan del proyecto se reviste de cierta exageración, principalmente cuando se recuerda la concepción durkheimiana de normalidad del Delito.

### 3. SISTEMA BELGA

Toda persona que afirma haber sido lesionada por un delito tiene el derecho de llevar la noticia del delito al Estado y de constituirse como acusación particular (que promoverá una persecución independiente o que asistirá el Ministerio Fiscal) en juicio. Esta facultad tiene por finalidad suplir la iniciativa del Ministerio Fiscal y colocar en movimiento la acción pública. La víctima del delito o de una contravención podrá accionar frente a su ofensor directamente en juicio.

La ley de 12 de marzo de 1998 acreció los poderes de las víctimas durante la fase de investigación, disponiendo que “las víctimas de delitos y sus familiares deben ser tratados de forma correcta y consciente, proveyéndoseles, en particular, de las informaciones necesarias, poniéndolos en contacto con los servicios especializados” (art. 3 bis, par. 1, Título Primero del Código de proceso Penal). Además, esto permite a la víctima la posibilidad de dirigirse directamente al Procurador del Rey, sometiendo a sus asesores una declaración de “parte ofendida”. La ley también crea escalas entre la persona que sólo lleva al conocimiento de la policía la existencia de una acción criminal y aquella que se constituye como acusación particular. La idea era rectificar la situación en la que cualquier persona que comunicara el hecho jamás pudiera volver a ser oída. De acuerdo con el art. 5 bis, § 1, del Título Primero del Código de proceso Penal, “cualquier persona que declare haber sufrido un daño resultante de un delito se constituye en la condición de persona lesionada. La persona lesionada es informada de si el caso va a ser llevado a instrucción, así como del archivo de los autos ante el tribunal de juzgado o de instrucción”.

Raramente la ley subordina el ejercicio de la acción pública a una manifestación de la víctima, de modo que la falta de ésta acarrea la terminación del procedimiento (artículo 2, Código de proceso Penal).

### **3.1. Terminación del Procedimiento**

#### **3.1.1. Por el Ministerio Fiscal**

El Ministerio Fiscal finaliza sin persecución todas las veces donde se constata la extinción de la acción pública: derogación de la ley penal, cosa juzgada, amnistía o prescripción. La prescripción de la acción pública es de diez años para los delitos, cinco años para los crímenes y seis meses para las faltas.

El Ministerio Fiscal aisladamente tiene la iniciativa de hacer una propuesta transaccional. Este procedimiento, creado por el decreto ministerial de 10 de enero de 1935, es aplicable por la ley de 28 de junio de 1935 a todos los delitos y contravenciones. La infracción no debe haber causado un daño o éste debe haber sido totalmente reparado, a menos que “el autor reconozca por escrito su responsabilidad civil por el acto causador del daño y aporte prueba de la compensación de los perjuicios de la parte no contestada y del modo en el que la compensación haya sido satisfecha” (artículo 216, §§ 3º y 4º, Código de proceso Penal). Si la propuesta es aceptada y el precio pagado, la persecución se da definitivamente por cerrada.

Más aún, para las ofensas menores el Procurador del Rey puede requerir también al autor la compensación de la víctima (quedando pendiente la posibilidad de la organización de un procedimiento de mediación), bien como para que se someta a un tratamiento médico o a cualquier terapia, en los casos donde la infracción está

relacionada con ingestión de alcohol o drogas, o bien para que el autor preste servicio público o realice alguna actividad de perfeccionamiento (art. 216, Código de proceso Penal). Ninguna de esas hipótesis puede ocurrir, sin embargo, si ya ha sido comunicado el juez de instrucción o la corte de juzgado.

### **3.1.2. Por Órganos de Instrucción**

La Cámara del Consejo y la Cámara de enjuiciamiento de Acusaciones pueden archivar el caso si acreditan que no existe suficiente prueba de los actos en cuestión, o que éstos no constituyen una infracción o si la ley fue derogada o existe amnistía o prescripción.

Las sentencias de condena pueden ser suspendidas con el consentimiento del acusado, si el acto cometido no importa una condena superior a dos años de prisión o cuando la publicidad alrededor del caso pueda comprometer la rehabilitación del acusado. La suspensión no puede ser inferior a un año y superior a cinco, pudiendo ser acompañada por un período de prueba y, en caso de que no sea revocada, pone fin al procedimiento.

### **3.1.3. Por Órganos de Juicio**

La prescripción también puede ser reconocida durante el juicio. De hecho, es la pena en concreto y no la pena en abstracto la que sirve para determinar la calificación como crimen, delito o falta y, en consecuencia, el límite de la prescripción.

La suspensión de la condena puede igualmente ser decidida por las jurisdicciones de juzgado, salvo el Escabinado. Las decisiones determinantes de la suspensión no pueden ser mencionadas en los certificados proveídos por las autoridades administrativas. Ellas serán comunicadas a la autoridad judicial en caso de nuevas persecuciones durante el período de prueba.

### **3.2. El Juicio sobre la Culpabilidad y sobre la Pena**

Es un único juez el que determina la culpabilidad y la pena, salvo ante el Escabinado, donde el jurado se pronuncia inicialmente sobre la culpabilidad y, después, la corte se reúne para decidir sobre la pena. Si el jurado decide por mayoría simple que el acusado es culpable, los jueces deliberarán entre ellos sobre el mismo punto. La absolución será pronunciada si la mayoría de la corte no está de acuerdo con la mayoría del jurado (artículo 351, Código de proceso Penal).

Los juicios de mérito condenan o absuelven (el término absolución es usado ante todas las cortes), siendo ejecutados los pronunciamientos una vez que adquieran firmeza.

La decisión de condena deberá ser motivada. No será conforme con el artículo 97 de la Constitución el pronunciamiento que no identifique los elementos a partir de los cuales se ha deducido la culpabilidad, o que responda a las conclusiones de las partes de una manera imprecisa, oscura, o llena de contradicciones.

El acusado absuelto no podrá ser procesado posteriormente por el mismo hecho, aunque con calificación diferenciada. En esa hipótesis tendrá la posibilidad de invocar la cosa juzgada penal.



La pena y su montante deben ser especialmente motivados; debiendo deducirse, en su caso, el tiempo de la detención preventiva (artículo 30 del Código Penal).

El juez puede decidir la concesión de libertad condicional, si el condenado no ha sido condenado anteriormente con una pena criminal o a una prisión superior a seis meses, y puede incidir sobre todas las penas o solamente sobre parte de ellas, e incluso puede existir un período en el que el condenado esté a prueba (artículos 8 y 9 de la ley de 29 de junio de 1964). El trabajo comunitario es una de las modalidades de prueba que se establecen en el período de suspensión y no es considerado una sanción penal.

## **4. SISTEMA FRANCÉS**

### **4.1. Intervención Procesal de la Víctima**

Por lo que se refiere a la intervención de la víctima en el proceso penal en Francia<sup>456</sup>, con la condición de haber soportado un daño personal y directo (artículo 2 del Código de proceso Penal), la víctima de una infracción puede actuar ante la jurisdicción penal ejerciendo la acusación particular, sea por vía de una intervención, sea por vía de la acción propiamente dicha. En el primer caso, ella puede adherirse a un proceso ya iniciado (ante el juez de instrucción o de juzgado de mérito) para demandar la reparación de su perjuicio. En el segundo caso, ella puede sobreponerse a la pasividad

---

<sup>456</sup> Alt-Maes, F. “*Le concept de victime en droit civil et en droit penal*”, 1987, RSC 407; COUV RAT, P. “*La loi de 6 de juillet 1990 relative aux victimes d’infractions*”, 1990, ALD 143; DANET, J. “*Victimes et parties civiles dans le nouveau procès penal*”, 1995, RJIdF, 35.

del Ministerio Fiscal, constituyéndose como parte civil ante el Tribunal Correccional o de Policía, debiendo pagar anticipadamente las costas procesales.<sup>457</sup>

En cuanto al ejercicio de la acción civil *ex delicto*, se contemplan distintas categorías de demandantes: las personas físicas y las personas jurídicas (tales como asociaciones o sindicatos). Una persona física ejerce la acción civil para obtener la reparación del daño personal y directo que le fue causado por la infracción. Del mismo modo, una persona jurídica puede ejercer esta acción si justifica un perjuicio personal y directo, por ejemplo, en caso de abuso de confianza cometido por uno de sus mandatarios.

El problema es diferente si la persona jurídica pretende el ejercicio de la acción civil en defensa de los intereses colectivos que ella representa y cuando el daño sea apenas indirecto. El alargamiento de la acción de grupo a tales hipótesis fue fruto de una larga evolución legislativa y jurisprudencial. Un sindicato y, en ciertos casos, una asociación, puede ejercer la acción civil desde que acredite la existencia de un daño, directo o indirecto, y pueda invocar un interés colectivo distinto del interés individual de sus miembros.

#### **4.2. Compensación para la Víctima**

La víctima puede, ante una Corte Civil o Criminal, reclamar la compensación por los daños materiales y no pecuniarios causados por la infracción penal.<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> DERVIEUX, Valérie. “*Processos Penais da Europa*”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 160 y 161.

Como regla, la elección de la vía civil es posible, siempre y cuando el caso haya sido enjuiciado criminalmente (la acción penal es prejudicial a la acción civil, quedando ésta en suspenso hasta que se resuelva aquélla). No obstante, la víctima puede acumular la acción civil a la penal, siempre que la jurisdicción civil aún no haya juzgado el caso (artículos 4 y 5 del Código de proceso Penal).

El ejercicio de la acción civil ante una jurisdicción penal tiene un doble objetivo: obtener un pronunciamiento sobre la culpabilidad de la persona y la reparación del perjuicio sufrido. Sin embargo, la acción penal de la víctima no está subordinada a la existencia de una demanda sobre los daños, y la estimación de la acción penal no implica automáticamente el resarcimiento civil de las víctimas.

Valérie Dervieux escribe que, por el contrario, la indemnización de la víctima por la jurisdicción penal supone, como regla general, la condena del reo. Sin embargo, la absolución de una persona por el Tribunal Correccional, por ejemplo, siendo reo por la práctica de un homicidio o de lesiones culposas, no es obstáculo para la estimación de la reparación civil por este tribunal (artículo 470 – 1, § 1, del Código de proceso Penal, modificado por la ley n° 96.393 de 13 de marzo de 1996).<sup>459</sup> Más ampliamente, el Escabinado puede determinar la reparación a la víctima, incluso en el caso de absolución penal del acusado, desde que esta absolución resulte de hechos que puedan acarrear una indemnización por una culpabilidad distinta de la culpabilidad penal (artículo 372 del Código de proceso Penal, Corte de Casación 14 de enero de 1981, B. n° 24).<sup>460</sup>

---

<sup>458</sup> FAVARD, J. y GUTH, J. M., “*La marche vers l’uniformisation? La quatrième droit à l’indemnisation des victimes des infractions*”, (1990) IJCP 3466.

<sup>459</sup> En el mismo sentido, el art. 4-1 del CPP (modificado en 2000) determina que, cuando la negligencia en el sentido criminal no esté comprobada, esto no impide a la jurisdicción civil determinar la compensación de los daños de acuerdo con el art. 1383 del Código Civil.

<sup>460</sup> Víctimas de actos de terrorismo, cuyas vidas fueron amenazadas o sufrieron daños físicos, de forma deliberada o no; aquellos que hubieren soportado violencia sexual y también ciertas víctimas de robo, fraude u otros delitos patrimoniales; pueden obtener completa indemnización del Estado por los daños sufridos. Los daños son comprobados junto a un comité con las características de una Corte Civil. Los

Durante la investigación, la víctima no tiene ninguna participación oficial. Ella no goza de ningún derecho, aparte del de todo ciudadano de comunicar la infracción (una información que toma el nombre en el caso de queja). Pero, ni siquiera en este caso la policía tiene la obligación de informarle el desarrollo del procedimiento.

Sin embargo, el status de la víctima es más importante en el momento de la persecución. De hecho, ella es avisada del archivo sin persecución por el Ministerio Fiscal (artículo 40, línea 1, del Código de proceso Penal); la reparación del daño que ella soportó puede ser una condición para el archivo; ella es uno de los actores principales del proceso de mediación. Más aún, una vez que ella dispone de todos los elementos para intentar una acción, puede constituirse como acusación particular ante el juez de instrucción o citar directamente el acusado ante el Tribunal de Policía o el Tribunal Correccional, dando inicio así a la fase siguiente, de instrucción o juicio.

Los derechos de la víctima surgen en el momento de su constitución como acusación particular (artículo 85 del Código de proceso Penal). Esto puede darse por la intervención (si el Ministerio Fiscal ya ha enviado el caso al juez de instrucción) o por el inicio de una persecución (en caso de que ésta aún no haya empezado). El abuso en la constitución de una persona como acusación particular puede, si el caso se archiva, dar lugar a acciones judiciales contra la víctima: sea una acción civil por haber llevado adelante una acusación que era abusiva o infundada (artículo 91 del Código de proceso Penal) o criminal, por la falsa acusación (artículo 226 – 10 del Código de proceso Penal).

La acusación particular será interrogada en presencia de su abogado a menos que decida de otra manera (artículo 114 del Código de proceso Penal). Ella también puede tener acceso a los autos por medio de su abogado, y, así como la persona bajo

---

daños son pagados a partir de la suma existente en un fondo específico, costado por las personas condenadas (arts. 706-3 y s. del CPP).

examen, requiere que ciertas medidas investigativas tengan lugar (artículo 82 – 1, del Código de proceso Penal). Si la instrucción parece inusualmente larga, la acusación particular puede, un año después de su constitución como tal, requerir al juez de instrucción que decida, bajo las mismas condiciones en que el acusado puede hacerlo (artículo 175 – 1, del Código de proceso Penal).

## 5. SISTEMA ITALIANO

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, N° 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,<sup>461</sup> o cuando el autor toma, con anterioridad a ese momento medidas voluntarias y efectivas a reducir el daño 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 del 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

---

<sup>461</sup> 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.

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,<sup>462</sup> obliga al librador del cheque a pagar al perjudicado una multa de 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.<sup>463</sup>

La persona física o jurídica a las que la infracción causó daño, o sus herederos a título universal, puede agregarse a la acción penal desencadenada por el Ministerio Fiscal, y se constituyen como parte civil a fin de obtener la reparación.

La persona lesionada por la infracción y las personas jurídicas persiguen sus intereses lesionados por la infracción. La persona titular del interés protegido por la norma penal tiene el derecho de presentar informes y de indicar los elementos de prueba. Los mismos derechos son conferidos a los grupos y asociaciones habilitados por la ley para asumir la protección de los intereses amenazados por la infracción practicada (artículos 90 a 95 del Código de proceso Penal).

---

<sup>462</sup> Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari. Disegno di legge presentato al Senato il 5 ottobre 1987, en: L'Indice penale, 1988, pp. 106-108.

<sup>463</sup> Sobre propuestas de substitución 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)<sup>464</sup>, en la acción civil en el procedimiento penal (azione civile<sup>465</sup> - arts. 91-106 CPPit). El Anteproyecto de Código Procesal de febrero de 1988 mantiene, en forma considerable, estas disposiciones. La Comisión de Reforma, sin embargo, era de la opinión de que las normas referidas a la acción civil, 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, destaca Albin Eser,<sup>466</sup> el Anteproyecto contiene un título específico sobre la víctima,<sup>467</sup> donde, en primer lugar, se regula el derecho de la víctima a formular peticiones, sobre todo referidas a la prueba (art. 89, inc. 1<sup>468</sup>). 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 Progetto, 91-95 de la versión definitiva). De este modo, se reafirma la jurisprudencia referida al tema. Otras propuestas de reforma 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

---

<sup>464</sup> 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.)

<sup>465</sup> Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale, en: Speciali Documenti Giustizia – 1. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, pp. 341 y 342.

<sup>466</sup> ESER, Albin. op. cit, pp.38-41.

<sup>467</sup> Libro 1 – Título VI: Persona offesa del reato.

<sup>468</sup> Art. 90, inc. 1ro de la versión definitiva del CPPit. (N. de los T.)

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<sup>469</sup>. Entre tanto, este Anteproyecto ha ingresado en el proceso legislativo parlamentario, y – contra lo esperado – ha sido rápidamente aprobado, con lo cuál la nueva ley procesal mantiene, en lo esencial, las disposiciones del Proyecto.

Importante destacar el aspecto de refutaciones durante la audiencia del acusado y de la víctima.

La disposición contenida en la norma número 306, de 8 de junio de 1992, y en la secuencia convertida en la ley de 7 de agosto de 1992, introdujo una regla que permite que las declaraciones recogidas por el Ministerio Fiscal y por la policía (en las que el abogado de defensa tiene el derecho de estar presente) pueden ser llevadas a los autos del juzgado, pudiendo ser utilizadas para contestar los testimonios de las partes durante el juzgado.

## **6. ACUSADOR PÚBLICO E VÍTIMA EN EL DERECHO COMPARADO**

En un sistema predominantemente acusatorio, las víctimas también tienen la opción de ejercer la acción penal privada, pero las compensaciones por los daños sufridos por ellas causados tradicionalmente son (y aun ampliamente lo son) materia de la competencia de los tribunales civiles.

Sin embargo, en Inglaterra y Gales, las compensaciones pecuniarias también pueden ser determinadas por el juez penal en el momento del cierre del proceso penal,

---

<sup>469</sup> En la versión definitiva del C PPit, 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.)



en EL que la víctima desempeña (casi siempre) el papel de mero testimonio, excepto en los casos en que ella misma dio inicio a la acción penal.

En sistemas inquisitivos por naturaleza, el monopolio sobre la persecución adquirido por el Ministerio Fiscal aleja a la víctima de la condición de parte del proceso. Con la fusión de la persecución pública y privada, la víctima obtuvo la posibilidad de exigir su derecho a la reparación de los daños sufridos ante las cortes criminales, aparte de ante las cortes civiles.

Sin embargo, mención especial debe ser hecha a la situación alemana, donde el status desfavorable de la víctima es mitigado por la supervivencia, en pequeña escala, de la persecución privada. De modo similar, en Alemania, los procesos civiles reparatorios pueden ser vinculados a la persecución pública, mismo sin el pedido de compensación; sin embargo, como en la mayoría de las veces ocurre, los pedidos de indemnización son llevados a cortes civiles.

Frente a lo anterior, en Inglaterra y en Gales, el derecho de ejercer la acción penal privada (sobre la que el sistema de persecución originalmente está basado) es, en la práctica, poco usado en los días de hoy, pero continúa siendo un posible camino abierto a cualquier ciudadano para el inicio de la persecución. En Alemania, la acción civil – una reliquia del sistema acusatorio existente en la antigua ley germánica, constituyéndose, así, en un rompimiento del monopolio de la persecución por el Estado (§ 152, I, StOP) – pertenece exclusivamente a la víctima, y se aplica apenas a las infracciones menores arrollando interés que son esencialmente privados.

En Inglaterra y Gales cualquier ciudadano tiene el derecho de efectuar la persecución, aunque en la práctica ella sea actuada por la víctima. Tal derecho permaneció inatacado en el momento de la creación del CPS, aunque la Comisión Philips había propuesto importantes cambios, una vez que la concebía como un

contrapeso a las persecuciones empezadas por otras autoridades. La Comisión estaba preocupada con los altos costes del proceso, que habitualmente, recaen en los bolsillos del actor privado, pensándose, incluso, en un fondo público para costear tales acciones. Pero la Comisión también pensó en el empleo vejatorio o impropio de ese tipo de persecución y, con esto en mente, recomendó que el actor privado debiera solicitar autorización al CPS para ejercer el derecho de acción y, en caso de rechazo, obtener permiso para actuar directamente, de la Corte de Magistrados.<sup>470</sup> El gobierno, sin embargo, consideró que el derecho al ejercicio de la acción privada debería permanecer autónomo,<sup>471</sup> o sea, limitado por los costes, pero libre legalmente. Por esto, la Ley de las Persecuciones de infracción de 1985 dejó el sistema como era antes.

Tres tipos de restricciones parecen limitar la posibilidad de consecuencias dañosas de la persecución privada. Primero, la persecución para determinados tipos de infracción está sujeta a la manifestación previa del DDP o del Procurador-general, siendo el consentimiento de este último requerido para todos los casos que traten de cuestiones de políticas públicas, seguridad nacional y relaciones exteriores y, el consentimiento del DPP es necesario para un número variado de infracciones como en aquellas en las que haya probabilidad de alguna complicación o por la ponderación de los intereses del Estado. En segundo lugar, el DPP tiene el derecho de avocar cualquier caso y, al hacerlo, archivarlo (acto de las continuaciones Persecuciones de infracción de 1985, sección 23). En el momento de la no impugnación, a menos que se demuestre que ella haya sido deshonesto o no razonable.<sup>472</sup> Si el DPP resuelve no archivar el caso por esta vía, permanece la posibilidad de obstar el caso por la no presentación de pruebas ante el tribunal. De acuerdo con la Corte de Apelación, la decisión del archivo no está sujeta al control judicial, que no puede tomar la frente del proceso y convocar

---

<sup>470</sup> Royal Commission on Criminal Procedure Report, Crnnd, 160.

<sup>471</sup> An independent prosecution service for England and Wales, Crnnd 9074, 9.

<sup>472</sup> Raymond v. Attorney-General [1982] QB 839.

testimonios para deponer por acreditar que la justicia y la equidad así lo requieren. Finalmente, el Procurador-general puede, en cualquier etapa del procedimiento, expedir una notificación de *nollo prosequi*, que tiene como efecto cerrar la persecución, decisión que no admite impugnación y que no necesita ser motivada.<sup>473</sup> Más aun, una decisión de la Corte Divisinal de 1994 sostuvo que la posición de una Corte de Magistrados que se negó a autorizar la comparecencia de un actor privado, afirmando que una persecución donde el CPS ya se había pronunciado por el archivo con base en el código de aquél órgano, significaría abuso de proceso.<sup>474</sup>

En consecuencia, la persecución privada, aunque teóricamente importante, tiene un efecto limitado en la práctica, en lo que toca a la provocación inicial del proceso en Inglaterra y en Gales.

## **7. UNIENDO ACCIONES PRIVADAS Y PÚBLICAS**

### **7.1. Persecución privada e inicio del procedimiento**

En Francia y en Bélgica una pretensión particular puede ser actuada, sea autónomamente, sea por medio de una intervención en la persecución ya empezada por el Ministerio Fiscal. Los sistemas italiano y alemán, por otro lado, hacen prevalecer el principio de la legalidad. En ellos, el Ministerio Fiscal, al recibir la información sobre la existencia de una infracción, tiene la obligación de actuar y las pretensiones civiles deben agruparse a la persecución ya iniciada por el Ministerio Fiscal. La persecución

---

<sup>473</sup> Comptroller-General of Patents, Designs and “Ti-ade Marks” [1899] 1 QB 909; Tumer v. DPP [1978] 68 CrAppR 70 at 76; Gouriet v. Union of Post Office Workers [1978] AC 435 at 487.

<sup>474</sup>R. v. Tower Bridge, ex p. Chaudhry (1994) 99 CrAppR 170.

puede (y si los requisitos legales estuvieren presentes, debe) ser iniciada solemnemente por el Ministerio Fiscal.

Para traer pretensiones civiles conectadas con la persecución pública criminal, el primer requisito es la ocurrencia de algún daño personal causado por la infracción. De una manera más amplia en Francia que en Bélgica<sup>475</sup>, grupos (particularmente asociaciones y sindicatos) tienen legitimidad para reivindicar daños sufridos, en común, indirectamente, abriendo camino para una verdadera “acción privada colectiva”.<sup>476</sup>

Como ya se ha mencionado, la víctima puede constituirse como parte civil en el momento de la iniciativa de la persecución o, en una fase posterior, intervenir en la persecución pública. En ambos los casos, la persecución solamente podrá finalizar por una decisión del juez de instrucción, sea por falta de pruebas o por la decisión motivada del Tribunal. La parte sucumbiente asume las costas.

Si la víctima optara por dar inicio al proceso, puede hacerlo de dos formas. Necesariamente, cuando se trate de un delito, pero de forma opcional para las otras infracciones, la víctima postula ante el juez de instrucción y se constituye como parte civil. En casos de faltas, la víctima puede hacerlo ya en la fase de investigación o en la fase de juicio.

En Francia, el art. 40 del Código de proceso Penal determina que el Ministerio Fiscal, cuando archivar el caso, debe informar a “la víctima, si está identificada”, y al postulante a la indemnización.

## **7.2. La Acción Privada sin el Poder de Iniciar el Procedimiento**

---

<sup>475</sup> FRANCHIMONT, M., A. Jacobs y la Maset, “*Manuel de procédure pénale*”, Liège, 1989, p. 122.

<sup>476</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, “*Les grands systèmes de politique criminelle*”, Paris, 1992, p. 113.

Aunque adquieran la misma forma y ambos ocupen el mismo espacio en relación al Ministerio Fiscal, los métodos de intervención puestos a disposición de la víctima difieren en cuanto a si ella ejercita una acción conexas, como en Alemania, o como parte civil, en el caso de Italia.

La acción privada en el derecho alemán solamente es disponible para un número limitado de infracciones previstas en el § 395 del StOP, todas teniendo en común un obvio enlace entre la víctima y la infracción. La admisibilidad de la pretensión es, en cualquier caso, evaluada por el tribunal. En la teoría, el derecho de intervenir de la víctima, no tiene vínculos con la indemnización civil por los daños sufridos. Al contrario, se entiende extrañamente que la víctima tiene un fuerte interés en ver, en estos casos, la justicia hecha.<sup>477</sup> De verdad, sin embargo, Nebenkläger, se vale de la oportunidad mucho más para preparar el enjuiciamiento posterior de sus acciones civiles. La obtención de la compensación en procesos penales no se da por la Nebenklage, sino por un procedimiento a parte, conocido como Adhäsionsproze que, en la práctica, es raramente utilizado, una vez que la compensación civil se da ante la jurisdicción civil.

El procedimiento de la constitución de la parte civil está ampliamente disponible para cualquier persona que haya sufrido algún daño con la infracción. La intervención puede darse a cualquier momento del proceso, asumiéndose, así, la condición de parte.

En complementación, debe ser mencionado que, en Alemania, la víctima insatisfecha tiene una opción adicional, que es la Klageerzwingungsverfahren, por el § 172 del StOP, ella puede postular una pretensión formal junto al Oberlandsgericht, que tiene el poder de compeler al Ministerio Fiscal para actuar. El propósito de este procedimiento es el de mantener el principio de la legalidad, por eso no es posible

---

<sup>477</sup> LANGBEIN, J. H., “*Comparative criminal procedure*”, Germany, St. Paul, Minn., 1977, p. 115.

utilizarlo contra un rechazo a efectuar la persecución cuando aquella se da dentro de los límites legales de discrecionalidad.

### **7.3. Conclusiones Parciales**

El análisis comparado nos muestra la diversidad existente entre los diferentes tipos de órganos acusadores públicos. Pero nos muestra también que ciertos cambios ocurridos parecen afirmar la búsqueda de un equilibrio común entre los varios sistemas, influenciados por los valores constitucionales y encaminando una comprensión de lo que es aceptable y adecuado.

Las diferencias existentes, y la resistencia general de los sistemas a los cambios, sugieren que la armonización aun está distante. Vinculado a esto está el hecho de que la persecución de infractores es vista por muchos como un ingrediente esencial de la soberanía del Estado. Sin embargo, una tendencia rumbo a la armonización ya es visible tanto con relación a la función, como con relación a la institución. Ampliamente hablando, es posible apuntar dos principios que aproximan los sistemas. Uno es el de la independencia del órgano persecutorio, y que se relaciona con la organización interna para compensar, en todo o en parte, la pérdida de la estructura jerárquica. Con ello, viene una nueva estructura en lo que toca a las decisiones de efectuar la persecución en sí, relacionándola con el principio de la igualdad ante la ley. Es necesario asegurar la transparencia de las decisiones del Ministerio Fiscal que se vuelve cada vez más autónomo y, con esto, producir un extracto de consistencia decisoria sobre la institución de la persecución, sea por el refinamiento de los controles internos, sea por el refinamiento de los controles externos ejercidos por las víctimas y por las cortes. Existe la posible creación de un Ministerio Fiscal europeo, para quien la independencia con

relación al ejecutivo estaría compensada con la aseguración de controles legales sobre la forma en que la institución realiza su trabajo.

## **X. LOS DERECHOS DEL ACUSADO Y DE LA VÍCTIMA**

La gama de personas privadas implicadas en el proceso penal puede ser definida de manera relativamente fácil en términos negativos, en la medida en que son personas que no gozan de poderes públicos de la misma manera que el juez, el acusador público o la policía. Sin embargo, es difícil encontrar un denominador común positivo para ellas, una vez que las razones y los intereses que las motivan son extremadamente

diversos. Si se considera que las dos partes “privadas” que actúan en los papeles principales en el juicio— la persona contra quien el proceso se dirige, el “acusado” (en el más amplio sentido de la palabra), y la “víctima” de la infracción, se verifica que ellas normalmente se encuentran en lados opuestos.

Tampoco cabe referirse a los “derechos” de esas personas como un factor real e indisputable de cohesión. La multiplicidad de esos derechos sugiere una necesidad de análisis mayor que la de simple síntesis. El resultado del análisis comparativo realizado no es irrelevante. El énfasis se ha puesto en las “garantías” para la persona, considerándose cada una de ellas, tal como los mecanismos externos e internos de balanceo que actúan sobre ellas. Así, la jerarquía de las garantías será analizada bien como su relación con los derechos, necesidades y percepciones de la comunidad. Todo esto comprende una difícil materia, como demuestra la extensa jurisprudencia de la Corte de Strasbourg.

Apoyada en la Convención Europea de Derechos del Hombre, aquella distingue <sup>478</sup> el derecho a un proceso judicial (art. 6), lo que es, en algunos aspectos, aplicable tanto a la víctima como al acusado, y derechos existentes a lo largo del proceso que están disciplinados en la Convención beneficiando exclusivamente el acusado (art. 6), pero pueden ser leídos, en alguna medida, en favor de la víctima. Atención especial también debe ser dada a la presunción de inocencia (art. 6), que enfatiza la perspectiva global de protección al acusado y constituye la base fundamental de sus derechos.

## **1. El Derecho al Proceso Judicial desde el Punto de Vista de la Víctima**

---

<sup>478</sup> Para un desarrollo completo de este tópico, considerando las decisiones de la Corte de Strasbourg, ver M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona* (2º vol., 2ª ed., Milán, 1982), vol. I, pp. 13 y ss.



## **1.1. Relato de la Infracción y Representaciones**

El derecho al proceso judicial es relevante tanto para las víctimas como para el acusado, aunque en diferentes perspectivas. Centrada nuestra atención en la posición de la víctima, hay que destacar que el “derecho a un proceso judicial” del que la víctima es titular, no es una simple cuestión de proveerle de medios para ejercer el poder de relatar la ocurrencia de una infracción como un poder que cabe a cualquier persona (aunque la obligación de relatar la infracción, por una persona privada, sea una excepción). Tampoco es una simple cuestión de la magnitud de la representación o de cualquier procedimiento semejante (plainte, Antrag, querrela) como una pre-condición para instauración de procedimientos, restando la iniciativa y la administración de estos en las manos de terceros.

Aquí, sin embargo, está la indicación del valor de un sustancial número de casos que permanecen sujetos al requerimiento o a la manifestación previa (en particular, en el caso de infracciones contra el honor de una persona que normalmente están aunque no en todas las circunstancias, sujetas a esta manifestación). También es importante señalar la idea común que parece inspirar esta construcción: para ciertas infracciones, es indispensable instituir persecuciones sin llevar en cuenta los deseos de la víctima.

En estos casos se puede pensar en un poder de obstar el procedimiento, a la medida que, aunque la representación funcione como una pre-condición para la instauración de la persecución, la víctima no se vuelve parte legítima para la acción penal. El papel del acusador público no es dividido ni tampoco, disminuido, y sus prerrogativas durante la persecución permanecen inalteradas. Sin embargo, la

persecución es paralizada hasta que la representación sea ofrecida, y totalmente obstada si el acto no se da de acuerdo con las reglas y dentro del plazo determinado en ley.

## 1.2. “Acción” Movida por la Parte Privada

Sin embargo, algunos sistemas procesales penales van allá de conferir un simple poder de obstrucción y admiten que la víctima pueda tener un papel análogo a aquél que es ejercido cuando se ejerce la acción civil.<sup>479</sup> Esto no ocurre en Italia, donde ningún poder de este tipo es conferido individualmente: el derecho de dar noticia del caso y el derecho constituirse como parte civil permanecen como dos momentos completamente distintos, teniendo el segundo apenas el propósito de postular los intereses particulares implicados en la persecución que ya tuvo su inicio.<sup>480</sup>

En Bélgica y en Francia una acción criminal puede ser ejercida por la víctima al mismo tiempo que ella postula su derecho de indemnización (*plainte avec constitution de parte civil*), sea de forma complementaria al acusador público (como un poder de intervención) o actuando de forma substitutiva (un poder de iniciativa).<sup>481</sup> En la segunda hipótesis, la víctima es puesta en contacto directo con el juez (normalmente el juez de instrucción, pero también potencialmente en la corte de juzgado en los casos de citación directa, que es un mecanismo posible, en Francia, para los casos menos graves – contravenciones y delitos). El sistema legal inglés, al menos en la teoría, es aún

---

<sup>479</sup>Ver, entre muchos otros, AIMONETTO, M. G., “*Azione penale y ruolo della vittima in Italia y in Francia*”, (1995) IP 185.

<sup>480</sup> Dicho esto, el sistema italiano es un ejemplo significativo de protección a los derechos de la víctima (independientemente de su calificación como quejoso o parte civil); además de su capacidad para oponerse al archivamiento del caso, ella puede también presentar alegaciones junto a la Corte y producir pruebas, incluso a través de un abogado. Otro ejemplo es proporcionado por la reciente legislación belga.

<sup>481</sup> En especial, donde haya actos del particular en lugar de los del acusador público, es adecuado hablar en “iniciativa” en el sentido de que estos actos acarrearán el inicio del proceso y pueden culminar en la condenación del acusado. Sin embargo, permanece siendo una acción civil: aunque no sea incorrecto decir que en Bélgica no haya una real “persecución privada”. Ver Van den Wyngaert, Bélgica, en Van den Wyngaert (ed.), *Criminal procedure systems in the European Community* (Londres, Bruselas y Edimburgo, 1993), pp. 16-18.

más amplio, a la medida que reconoce el derecho a la víctima (y, de hecho, a cualquier ciudadano) de provocar directamente las Cortes cuando la policía o el Servicio de Persecución de la Corona se recusaren a hacerlo.

En el sistema legal alemán, el reconocimiento del derecho de una persona particular para ejercer, por sí sola, la persecución para salvaguardar sus intereses civiles, ha sido descrito como un “concepto meramente teórico”.<sup>482</sup> Sin embargo, acciones como la *Privatklage* y la *Nebenklage* despliegan un amplio abanico de posibilidades de iniciativas de la víctima. En la *Nebenklage*, una acción accesoria paralela a aquella del acusador público es posible y aplicable a un gran número de infracciones. En el caso de la *Privateklage*, una iniciativa “privada” es (por lo menos teóricamente) más efectiva que la acción individual que surge como un medio autónomo de postulación judicial.<sup>483</sup> La *Privatklage* es, sin embargo, extremadamente limitada en su esfera de aplicación. En ninguno de los casos se puede excluir el poder del acusador público de archivar el caso.

Debe ser considerado, pese al el grado de reconocimiento que es dado por el sistema legal, el derecho a la víctima de instaurar la persecución no está necesariamente relacionado o no es proporcional a la habilidad que ella tiene de actuar con un papel activo durante el curso de la acción. Sería más esmerado decir que la importancia del papel de la víctima depende de la competencia de las cortes criminales de indemnizar los daños por las lesiones que ella soportó en el momento de la ocurrencia de la infracción.<sup>484</sup> El sistema inglés, por ejemplo, da a la víctima amplios poderes para

---

<sup>482</sup> Ver KÜHNE, H. H., Germany, in Van den Wyngaert (ed.), *Criminal procedure systems*, 144.

<sup>483</sup> Pero los riesgos listados son variados: el acusador público puede reasumir el caso dándole prosequimiento y el acusado puede reconvir postulando daños. Más aún: el pequeño percentual de condenaciones, el ámbito de la *Privatklage* debe ser observado. Es dicho que “la ventaja de tal acción es la obligación de tentarse la conciliación antes del recibimiento formal de la petición inicial” y que “más de la mitad de las acciones privadas resulta en composición amigable!” (Merigeau, *La victime*, 56).

<sup>484</sup> Sin embargo, el sistema legal alemán creó otra forma de interacción entre la iniciativa “privada” y la persecución criminal: hay un procedimiento donde la parte privada puede compeler la persecución pública (*Klegeerzwingungsverfahren*) y corresponde al derecho de obtener un mandado de la corte en el caso de la persistente inactividad del Ministerio Público. Este mecanismo inspiró intentos en otros países de dar más peso al papel de la víctima en caso de archivo del caso (*archivazione*), postulado por el Ministerio

iniciar la persecución privada, pero virtualmente no le confiere poderes cuando la acción sea de iniciativa pública y ningún derecho – como tal – de postular daños.

Finalmente, debe ser observado que el art. 6 de la Convención Europea de derechos del hombre no atribuye cualquier derecho de postulación a la víctima de una infracción como tal.<sup>485</sup> Sin embargo, la Convención Europea de derechos del hombre realmente protege el derecho de una persona a tener un juicio justo cuando haya sido afectada en sus “derechos civiles y obligaciones”, con lo que se garantiza el derecho a un juicio, teniendo como objeto la indemnización por la infracción criminal que le afectó. Este derecho normalmente arrollará procedimientos civiles, como se espera, dada la naturaleza del derecho material enjuiciado. Sin embargo, cuando un Estado permitir en su sistema legal la combinación de las dos acciones (civil y criminal), el art. 6 puede ser debidamente invocado en ambos procesos.<sup>486</sup> Más aun, los derechos de la víctima de una forma general pueden<sup>487</sup> recibir apoyo indirecto y autónomo en la forma del derecho a un juicio criminal en algunas situaciones determinadas.<sup>488</sup>

### **1.3. Responsabilidades de los “Participantes” Privados**

La iniciativa tomada por las partes privadas para alcanzar la prestación jurisdiccional puede hacer con que ellas incurran en responsabilidad civil por los actos

---

Público junto al juez de las investigaciones. De esto puede advenir que el acusado sea enviado a una audiencia juzgado (udienza preliminare) discutiendo el cierre de la investigación, instigado por la víctima, lo que tiene lugar cuando la persecución requiere el juzgado del caso.

<sup>485</sup> Helmers x Suecia (1991) 15 EHRR 285.

<sup>486</sup> Ibidem

<sup>487</sup> Perciba, por ejemplo, la decisión de la Corte de Strasbourg basándose en el artículo 8 de la Convención Europea de derechos del hombre y abriendo una brecha cuando la persecución no podría ser instituída en la ausencia de la queja por la propia víctima, cuya manifestación no podría ser sustituida por su representante, aunque ella sea deficiente mental y, así, inapta para hacer la queja sólo. X y Y x The Netherlands (1985) y EHRR 235.

<sup>488</sup> Sin embargo, la corte de Strasbourg tiene consistentemente entendido que, para asegurar el respeto al derecho a un juicio en un plazo razonable, previsto en el art. 6 (1) de la Convención, se debe comprender el conjunto de eventos que la víctima del delito tuvo que aguardar ver finalizados para poder postular la reparación por los daños que ella sufrió. Véase a título ilustrativo, Maini x Francia, 26.10.1999.

practicados. Un ejemplo normalmente dado es el de que la víctima-postulante pueda ser compelida a pagar los costes del proceso en caso de que se resuelva el no acogimiento de su pretensión inicial o su archivo. Esta solución es común en Alemania, Bélgica y Francia. Las salvaguardas contra las “falsas víctimas”<sup>489</sup> fueron incrementadas recientemente mediante la introducción de una especie de multa civil contra la parte civil en caso de que se aprecie una “abusiva y dilatoria” postulación. Aquí también debe ser mencionada la práctica italiana, cuyas normas prevén la indemnización por la postulación “culposa” en casos en los que no se acoge la pretensión inicial o en momento de su archivo (a pesar de que en Italia el particular no pueda ser considerado estrictamente como un “participante” del proceso, en la medida que su único poder es remover algunos obstáculos a ciertos actos donde el Ministerio Fiscal es el único con atribuciones para instituir).

## **2. LA RELACIÓN ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA ACCIÓN PENAL. ANÁLISIS DE DERECHO EXTRANJERO.**

El tema de la reparación ha sido uno de los favoritos en materia victimológica, se ha tratado en los diferentes Symposia y se han ocupado de él todos los victimólogos.

Naciones Unidas, en su ya citada Declaración, deja consignado con su artículo 4º el derecho a reparación:

“Art. 4º - Las víctimas serán tratadas con compasión y respecto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.”

---

<sup>489</sup>Para la expresión, ver Danet, *Victimes e parties civiles*.

Sobre la asistencia social a la víctima y los fondos de compensación a la víctima Elena Larrauri<sup>490</sup> muy bien escribe que 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.

Antes de detallar su funcionamiento, debemos, según Elena Larrauri, 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, según la misma autora, es más paradójica: por un lado, los movimientos de víctima 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, 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

---

<sup>490</sup> LARRAURI, Elena, “*De los delitos y de las víctimas*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 309 a 311.

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 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, concluye Elena Larrauri.

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 recorrido a este fondo, hasta el punto de que los Servicios de Ayuda a la Víctima han decidido no aconsejarlo (van Dijk, 1988).

## **2.1. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

En España 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 delito 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 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 terrorismo 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).

## **2.2. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA**

Es necesario precisar que la reparación del daño, considerada como pena pública, nace en México estatuida a partir de la constitución de 1917, teniendo como base el Derecho social, suprimiendo así, el característico sentido privado, que favorecía a la clase privilegiada y que perjudicaban al ofendido.

Es en la legislación de 1931, que se genera una confusión, sobre la naturaleza jurídica de la reparación del daño, no planteando diferencia entre la sanción Civil, y la penal, ni mucho menos se advirtió que son de naturaleza distinta entre una y otra, sino mas bien, establece que son complementarias.

Estableció que la reparación del daño puede exigirse por el ofendido a los terceros civilmente responsables, y a través del Ministerio Público, a quien corresponderá promover todo lo necesario para que el Juez declare lo procedente en cuanto a la reparación del daño, por parte del autor del delito.

Ahora bien cabe hacer notar las diferencias que existen para la aplicación de la reparación del daño, pues mientras que en el campo de lo penal, la reparación del daño es una pena decretada por el Juez y forma parte del objeto principal del proceso, en materia civil, es un objeto accesorio que tramita por vía de incidental, aplicando las



disposiciones del Código civil, sin afectar en alguna forma el resultado del proceso penal (Art. 77 Código Penal).

Entendemos entonces que de acuerdo al código penal, la Reparación del daño: es una pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito. (Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas página 2791.)

El artículo 29 del Código Penal de aplicación en el Distrito Federal al igual que el artículo 50 del Código Penal del Estado de Guanajuato establecen que por los delitos de la competencia de los Tribunales Comunes; y en toda la República para los delitos de la competencia de los Tribunales Federales, establece que la sanción pecuniaria esta comprendida por la multa y la reparación del daño.

El numeral 34 del Distrito Federal, dispone que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el ministerio público, con el que podrán coadyuvar el ofendido o su representante, en los términos que prevenga el código adjetivo de la materia.

El artículo 55 del Estado de Guanajuato, establece que la reparación del daño a cargo de la persona Sentenciada tiene el carácter de Sanción General para todos los delitos.

El artículo 56 del Código Penal Mexicano vigente establece que la reparación del daño comprende:

- 1) La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso de deterioros y menoscabos sufridos. Si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito.

2) El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológico que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito.

3) El pago del daño moral y.

4) La indemnización de los perjuicios ocasionados.

Cuando la reparación del daño deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad Civil y se tramitara en forma de incidente en los términos que fija el código de procedimientos penales, o bien cuando una persona no puede obtenerla del Juez penal porque el Ministerio Público no ejercito la acción o porque no hubo sobreseimiento o sentencia absolutoria, puede recurrir a la vía Civil.

En caso en que no sea posible, por cualquier razón exigirle al inculpado el pago de la reparación del daño quedan obligados a hacerlo, según el artículo 57 del Código Penal vigente:

1) Los tutores y custodios por los delitos de quienes se hallaren bajo su autoridad y guarda.

2) Las personas físicas o las personas jurídicas colectivas por los delitos que cometan culposamente sus obreros, aprendices, jornaleros, empleados o artesanos, con motivo o en el desempeño de sus servicios.

3) Las personas jurídicas colectivas o las que se ostentan como tales, por los delitos cometidos por quienes legítimamente actúan en su nombre y representación.

4) Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o sustancias peligrosas, por los delitos que en ocasión de su tenencia, custodia o tengan a su cargo, siempre que la tenencia, custodia o uso la confieran voluntariamente exceptuándose los casos de contratos de compraventa con reserva de dominio, en que será responsable el adquirente.

5) El Estado y los Municipios, por los delitos que sus funcionarios o empleados comentan en el desempeño de sus funciones públicas.

La obligación pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos relaciones laborales (Art. 70 Código Penal vigente).

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos (Art. 71 Código Penal vigente).

Cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito, la deuda por la reparación del daño se considera como mancomunada y solidaria (Art. 69 Código Penal vigente).

En realidad, puede ser una interpretación errónea, porque hay quien entiende que no es correcto decir que una deuda es al mismo tiempo mancomunada y solidaria, porque son conceptos excluyentes, con presupuestos y consecuencias distintas, pero, es lo que dice el actual artículo 69 del Código Mexicano. En este caso parece que la legislación española es más clara, en su artículo 116 do Código Penal dice que “1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. Pero, en la práctica, si no se puede determinar el grado de contribución al daño de cada uno, su responsabilidad es solidaria (todos responden de la totalidad).

La Ley procura hasta donde sea posible que el ofendido no quede sin la reparación del daño , así ordena que los depósitos que garanticen la libertad provisional se aplicaran al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la Justicia y da facultades al Juzgador para que, teniendo en cuenta el monto

del daño la situación económica del obligado, pueda fijar plazos para el pago de la reparación del daño, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente (Art. 74 Código Penal vigente).

La reparación del daño es fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas en el proceso (Art. 64 Código Penal vigente).

Ahora bien el artículo 67 del código penal establece que en caso de falta de pruebas específica respecto al daño causado se debe tomar en cuenta el salario mínimo vigente en el momento de los hechos y las disposiciones que sobre riego de trabajo establezca la ley federal de trabajo.

El artículo 500 de la ley del trabajo establece.- Cuando el riesgo de trabajo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

- 1) dos meses de salario por concepto de gastos funerarios
- 2) El pago de la cantidad que fija el artículo 502

El artículo 502 de la ley de trabajo establece: En caso de muerte el trabajador, la indemnización será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.

De acuerdo con los dispositivos legales antes asentados, y haciendo un estudio comparativo, tenemos que en el Estado de Guanajuato, al cuantificar la reparación del daño en base al salario mínimo vigente de \$ 49.50 cuarenta y nueve pesos 50/100 M.N., por concepto de indemnización por muerte de un trabajador calculada de acuerdo al salario mínimo, incluyendo, los gastos funerarios, resulta que la indemnización es de "39,105.00 treinta y nueve mil, ciento cinco pesos 00/100 m.n.

En materia Federal no existe una disposición similar, empero los Tribunales Federales han sostenido el criterio de que para calcular el monto de la reparación del

daño en caso de muerte, en materia penal, no puede ser verdaderamente materia en cada caso, ya que es muy difícil calcular la edad probable del ofendido, su estado de salud, su voluntad para ayudar a la familia, la parte de su ingreso que destinaba para ello, etc., por lo que ante esta dificultad nacida de la misma naturaleza de las cosas, con una sana interpretación del art. 31 del Código penal Federal que no precisa la forma de calcular el monto del daño en los casos de muerte, tal laguna debe integrarse en lo dispuesto por el código Civil, que a la vez remite a la Ley Federal del Trabajo; criterio que esta acorde con una interpretación científica del Derecho, pues el fin social de la Ley penal en esta materia es la protección de los ofendidos por el delito y si se deja a los familiares, en cada caso, la casi imposible tarea de determinar con diversas pruebas el monto del daño que se les causa con la muerte del ofendido, prácticamente se les está dejando sin protección, lo que contraría el fin de la Ley.

En otros códigos sustantivos para calcular el monto de la reparación del daño en caso de muerte, remiten a las disposiciones relativas a la ley Federal del trabajo, caso del artículo 32 treinta y dos del código penal de Michoacán que en lo conducente dispone; en el caso que el daño que se cause a la persona produzca la muerte, la reparación del daño será el doble del monto que señala la ley federal de trabajo.

## **2.3. REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA**

### **2.3.1. INTRODUCCIÓN**

Como bien enseñan Niurka María Marzo Hechavarría y Ernel Estrada Aguilera de la Fiscalía Provincial de Holguín, el Derecho como parte de la superestructura estatal se manifiesta en constantes movimientos y transformaciones, respondiendo siempre a

las leyes de la dialéctica. Es por ello que a lo largo de la historia y en las distintas regiones del mundo, se transforma el derecho procesal penal como rama integrante de éste.

En el estudio pretendemos llevar a la reflexión y análisis una parte importante del derecho procesal penal cubano, como es la responsabilidad civil proveniente del delito y su ejecución; donde valoraremos como a lo largo de los años ha sufrido cambios notables en las diferentes legislaciones penales.

### **2.3.2. DESARROLLO**

a) La Responsabilidad Civil proveniente del delito. Su clasificación en la legislación actual:

La responsabilidad civil, conforme a la legislación penal cubana, es exigible desde que el autor de un hecho delictivo es considerado responsable penalmente siempre y cuando el hecho imputado lleve implícito daños y perjuicios para la víctima o perjudicado. Esta responsabilidad no sólo alcanza al culpable del delito sino a terceros; que aún sin participación en los hechos, están obligados a resarcir los daños o perjuicios que otros realizan y que analizamos en el desarrollo de este trabajo.

Esta responsabilidad civil, conforme el Código de Defensa Social de Cuba, será exigida en todo hecho sancionable, la cual será declarada por el Tribunal competente, quien fija su cuantía, y los declarados culpables están obligados a satisfacerla. En el referido código se definen los aspectos que comprende la responsabilidad civil:

- a) La restitución integrum o restitución de la cosa;
- b) La reparación del daño material;

- c) La reparación del daño moral;
- d) La indemnización de los perjuicios.

Estos elementos de la responsabilidad civil aparecen recogidos en el Código de Defensa Social, definiéndose cada una de ellos de la siguiente forma:

a) Restitución de la cosa: se entiende como la entrega de la cosa misma, siempre que fuera posible con abono del deterioro o menoscabo, a regulación del Tribunal.

La restitución de la cosa puede hacerse aunque se halle en poder de un tercero y éste la hubiera adquirido por un medio legal, especie de repetición contra quién corresponda.

b) Reparación del daño material: se realiza valorándose por el Tribunal la entidad del daño causado comprendiéndose en la misma, según los casos:

1. Una compensación por la desaparición del cabeza de familia; equivalente a la que fuera necesaria para el sostenimiento del hogar;

2. Una compensación equivalente a la disminución en la capacidad productiva del cabeza de la familia;

3. El abono del menoscabo que haya sufrido la cosa;

4. El abono de la disminución de la entrada que haya sufrido el ofendido y que haya sido acusado de una manera directa por el delito.

c) La reparación de daño moral comprende:

- La satisfacción pública que merezca la víctima;

- El matrimonio del ofensor con la ofendida, cuando procedente y previo, en todo caso, el consentimiento de los ofendidos.

d) La indemnización de los daños y perjuicios (comprende tanto los daños emergentes, como el lucro cesante, a título ilustrativo):

1. Los días de trabajo perdidos por la víctima, tanto con motivo del daño material causado por el delito como los que pierda con motivo de la sustanciación de la causa;

2. El pago de médicos, enfermeras, medicinas, alimentos especiales, análisis, operaciones y hospitalización;

3. El pago de los obreros y materiales que se requieran para reparar los daños;

4. El pago de los perjuicios que por el delito se irrogaren a los familiares de la víctima o terceros.

El Código de Defensa Social extiende la responsabilidad civil proveniente del delito a los terceros y entre ellos agrupa al Estado, las Provincias y los Municipios en relación a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, autoridades o por sus agentes contra particulares en el desempeño de las funciones de sus cargos respectivos; en los casos de eximentes de la responsabilidad penal. Los que tengan la patria potestad o guarda legal de una persona incapacitada o menor de edad, responderán civilmente de los daños causados por éstos, a no ser que demuestren que el hecho se cometió a pesar de que emplearon todas las medidas de seguridad y educación para prevenir el daño.



En el caso de no ser responsables civilmente los guardadores o cuando estos sean insolventes, se hará efectiva la indemnización sobre los bienes del incapacitado o del menor, una vez deducida la pensión alimenticia que le corresponde.

También se define como tercero responsable a quien ejerce sobre el agente la fuerza irresistible que ocasionó el delito, así como el que hubiera ocasionado el miedo que impulsó al agente y los que hayan sido beneficiados por la acción justificable.

Como se observa el Código de Defensa Social enseña a todas luces su esencia clasista, representando la clase en el poder que lo era la minoría explotadora capitalista; por lo que rige en defensa de los intereses de esa clase; manifestándose en relación a la responsabilidad civil proveniente del delito, en defensa abierta del interés del capitalista al proteger al Pater Familiaee, o cabeza de familia, de todos los daños o perjuicios de que sean objeto contra su persona o bienes.

En el propio Código de Defensa Social se señala que el Tribunal a la hora de fijar la cuantía de la responsabilidad civil debe tener en cuenta la edad, la posición social y económica, profesión, capacidad para el trabajo, capacidad productiva de la víctima y también las mismas condiciones en cuanto al reo. En ello sigue de manifiesto su interés por defender la propiedad privada a diferencia de nuestra legislación, donde la responsabilidad civil llega a todo ciudadano cubano o extranjero, que sea declarado responsable civilmente por los Tribunales Populares de la República de Cuba, sin que exista distinción de nacionalidad, posición económica, etcétera.

A continuación analizaremos la Legislación Penal contenida en la Ley número 21, de fecha 15 de febrero de 1979 y su posición ante la responsabilidad civil proveniente del delito.

En la Ley 21 Código Penal, se establecen los mismos elementos que integran la responsabilidad civil definida en el Código de Defensa Social, modificando

sustancialmente lo relacionado con la indemnización de daños y perjuicios, estableciéndola, en el caso de homicidio y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una pensión alimenticia, en la cuantía en que venía la víctima obligada por ley, hasta la fecha en que ésta alcanzara la edad laboral y no esté incorporada a un centro de estudio del sistema de enseñanza nacional, conforme las definiciones del Código de Familia. Sin embargo, las rentas que establecían eran para satisfacer a las necesidades del hogar. También en caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda, parcial o totalmente, su capacidad para el trabajo remunerado, o si sus necesidades aumentan o su perspectiva para el futuro disminuyan, se fija una renta en dinero que compense la pérdida o disminución de sus ingresos salariales; incluye los gastos de curación, el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del delito y cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otra persona a causa del delito.

Como se observa, desaparece, en relación al Código de Defensa Social, la indemnización de los perjuicios que comprenden el pago a médicos, enfermeras, alimentos especiales, análisis, operaciones y hospitalización que corren a cuenta de las instituciones de Salud Pública con un servicio gratuito también desaparece en relación al Código de Defensa Social, como forma de indemnización, el pago a los obreros de materiales que se requieren para reparar el daño.

En la actual Ley nº 62, de 29 de diciembre de 1987, el Código Penal, no se hacen clasificaciones de la responsabilidad civil proveniente del delito en cuanto a los elementos que la integran, pero sí se precisa la obligación del culpable del delito de responder civilmente por los daños y perjuicios causados y se establece el procedimiento para su ejecución; dejando esta parte a la Ley 59, de 16 de julio de 1987, el Código Civil. Esta ley es la que define los elementos de la responsabilidad civil tanto

de los culpables del delito como de los terceros, donde se incluyen las personas jurídicas.

Remitiéndonos a la referida ley de fecha 29 de diciembre de 1987, podemos apreciar que mantiene la obligación del declarado responsable civilmente de los daños y perjuicios causados ilícitamente a otro, de resarcirle. La indemnización comprende los mismos elementos que han definido las legislaciones antecedentes, reagrupándolos en cuatro grupos:

a) La restitución del bien o de la cosa: debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirida de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública.

b) La reparación del daño material: comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible o del menoscabo sufrido por éste.

c) La indemnización de los perjuicios comprende:

1. En caso de muerte y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación de dar alimentos, una prestación de dinero calculada en función de las necesidades del alimentista durante el tiempo de vigencia de dicha obligación, después de descontar las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social.

A diferencia del Código Penal, Ley 21 ya derogada, incluye la indemnización consistente en el pago de la pensión alimenticia a que estaba la víctima del delito obligada a satisfacer; fijándose las prestaciones por el tribunal en forma calculada después de deducir las prestaciones que debe satisfacer seguridad social en el caso de que se trate la víctima de un trabajador y quede la familia con necesidades económicas reales que así lo precisen. La Seguridad Social ha establecido el procedimiento, en relación a las pensiones por causa de muerte del trabajador.

2. En caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda total o parcialmente su capacidad para el trabajo remunerado o si sus necesidades aumentan o sus capacidades disminuyen en el futuro, una prestación en dinero que compense la pérdida o la disminución de sus ingresos salariales, después de descontar también las prestaciones que debe satisfacerle seguridad social.

Este aspecto se refiere, principalmente, al delito de lesiones donde el lesionado tiene que acreditar ante el tribunal su invalidez total o temporal para el trabajo, donde se fija la cuantía en correspondencia con dicho impedimento y teniendo en cuenta, en caso de ser un trabajador, las prestaciones de la seguridad social.

3. Los gastos de curación:

Son los gastos en que incurre el lesionado a causa del ataque físico contra su persona, cuando sufrió lesiones que requirieron tratamiento médico para su curación, incluyendo los gastos en medicamento, que también debe acreditar ante el tribunal para la fijación de la cuantía de la indemnización.

4. El importe del salario correspondiente a los días que dejó de trabajar la víctima del acto ilícito: se refiere al derecho que tiene la víctima de ser indemnizado por la parte del salario que dejó de recibir a raíz, o como resultado, de las lesiones recibidas, al encontrarse incorporado al trabajo socialmente útil; haciéndose la valoración en correspondencia con la prestación de seguridad social al trabajador.

5. Otros ingresos o beneficios dejados de percibir: se refiere a incrementos de salarios que devenga la víctima en su trabajo.

6. Cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otras personas a causa del acto ilícito.

7. En el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación: se refiere a aquellos delitos que afectan al medio ambiente y provocan perjuicios que afectan a él, a las plantas, a los animales y al hombre.

Con la aplicación de la institución de la responsabilidad civil se protege a toda persona física y jurídica cuando resultan ser víctimas de actos penales ilícitos a su vida e integridad corporal, a su patrimonio y, por supuesto, se protege la economía nacional. Se prevé, en particular, su función como una garantía para los menores de edad alimentados por sus padres, que como consecuencia de estos actos mueran o resulten incapacitados, total o parcial, para el trabajo; ya que en tales casos se obliga al responsable al pago de una renta, en dinero, hasta tanto satisfaga las obligaciones de alimentos que venía obligado a pagar la víctima. Se protege a la familia como cédula básica fundamental de la sociedad.

Es nuestra consideración que la restitución del bien o la cosa, necesariamente no debe tratarse del mismo bien que fuera objeto del acto ilícito, sino que pueda ser otra que reúna características similares y con el cual la víctima muestre su satisfacción. De no ser posible entregar la misma cosa cuando ésta haya sufrido deterioro, puede darse el caso de que, además de entregarse ese mismo bien, debe abonarse la parte o cantidad necesaria hasta que complete el valor total del bien dañado. De no ser posible entregar la misma cosa, o cuando ésta haya sufrido deterioro, puede darse el caso de que, además, de entregarse ese mismo bien deba abonarse la parte o cantidad necesaria hasta completar el valor total del bien dañado. Cuando no sea posible la restitución del bien, en todo o en parte, se abonará su valor total.

d) La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor.

Sobre este particular es bueno destacar que el Código de Defensa Social comprendía:

1. La satisfacción pública del ofendido;
2. El matrimonio del ofensor con la ofendida cuando procediere y previo, en todo caso, el consentimiento de la ofendida.

3. La reparación matrimonial podrá ser sustituida por el tribunal por una reparación en metálico:

- Cuando ocurra en el reo impedimento absoluto para contraer matrimonio.
- Cuando la oposición de la ofendida para contraer matrimonio se base en que el reo le es de todo repugnante, o es un criminal habitual, reincidente o concurre alguna circunstancia permanente de peligrosidad.

- El reconocimiento de los hijos cuando no sea posible por la naturaleza de la prole.

- La reparación en la forma de dote de la disminución de la capacidad matrimonial de la mujer;

- La reparación en forma de pensión de la disminución en el crédito público de la víctima.

- a) En el actual Código Civil, Ley número 59, establece como única forma de reparación del daño moral, la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor.

- b) El aseguramiento de las responsabilidades civiles provenientes de actos delictivos en el Proceso Penal, exigible a los declarados culpables y a los terceros:

En el Derecho Procesal Español se clasifica como medidas cautelares para asegurar la responsabilidad civil las siguientes:

1. La fianza;
2. El embargo.

1. – La fianza: es la medida cautelar encaminada a asegurar la responsabilidad civil derivada del delito y se diferencia de las fianzas que sirven de garantía a la libertad provisional, ya que esta última se impone con el fin de garantizar la presencia del acusado cuando fuere llamado por el Tribunal que conozca de la causa.

Esta fianza consiste en asegurar, con respecto al responsable civil, los derechos de la víctima, la responsabilidad pecuniaria que en definitiva se declare. Durante el proceso puede ampliarse o reducirse si durante su curso sobrevinieren motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias, que en definitiva pudieran declararse, difieren de la cantidad prefijada para asegurarlas. Se mandará, por auto, ampliar o reducir la fianza y se dictará auto mandando a reducir a menor cantidad que la prefijada si resultaren motivos suficientes para creer que la cantidad que se mandó afianzar es superior a las responsabilidades pecuniarias que en definitivo pudieran imponerse al procesado.

Si no se constituye la fianza para asegurar la responsabilidad civil, libre el mandamiento de embargo establecido en el propio auto donde se imponen la prestación de la fianza, como acto subsidiario de ésta.

2. El embargo: se practica por el agente judicial asistido por el Secretario, notificándose auto al procesado para que señale bienes suficientes que cubran la cantidad que se hubiere fijado para las responsabilidades pecuniarias; pudiendo realizarse con el propio procesado y de no encontrarse presente se hará el mismo

requerimiento a su mujer, hijos, apoderados, criados o cualquier otro que estuviese en el domicilio. De no encontrarse alguna persona, se cumple de todas formas con el embargo. Se procederá embargar lo que se repute de la pertenencia del procesado.

En la Legislación Penal y Civil Cubana, se declara que el responsable penalmente lo es civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito, señalándose que el Tribunal que conoce del delito declara la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas de la legislación civil, remitiéndose a ésta. Como única medida para asegurar la responsabilidad civil se prevé la de embargo de bienes, que pueden ser, en primer lugar, embargo salarial y, en segundo lugar, el embargo de bienes muebles.

c) La ejecución de la responsabilidad civil proveniente del delito. Papel de la Caja de Resarcimientos en la ejecución:

Una parte importante establecida en la legislación no sólo comprende la de declarar la responsabilidad civil proveniente del delito, sino además la de ejecutar lo dispuesto en ella; Para ello, resulta necesario la creación de los mecanismos jurídicos que garanticen esa ejecución.

Durante el proceso investigativo penal se van detallando todos los elementos para una adecuada determinación de los daños y perjuicios causados por el actuar delictivo. En la sentencia, el Tribunal obliga al acusado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, disponiéndose en dicha resolución su ejecución, librándose el correspondiente civil y se fijará la cuantía de la misma. [Es por tanto a ésta entidad a quien le corresponde la misión de ejecutar esa responsabilidad civil con los medios con que cuenta para lograrlo y sobre lo cual hablaremos más adelante].

La Caja de Resarcimientos es la entidad legal competente para cumplimentar las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, declarada en sentencia firme por



los Tribunales Populares, consistente en la reparación de los daños materiales y la indemnización de los perjuicios. La Caja exigirá el pago a los obligados y abonará a las víctimas o a los órganos, organismos, instituciones o centros de trabajos subrogados en sus derechos, las cantidades que le son debidas.

Los ingresos de los que se nutre la Caja de Resarcimientos para su funcionamiento son los siguientes:

1. Las cantidades satisfechas en concepto de responsabilidad civil;
2. Los descuentos en las remuneraciones por el trabajo de los reclusos, para abonar las partes no satisfechas por concepto de responsabilidad civil;
3. El dinero decomisado como efecto o instrumento del delito, y el que se haya ordenado devolver y no se reclame dentro del término de 1 año a partir de la firmeza de la sentencia;
4. Las responsabilidades civiles no reclamadas por sus titulares dentro de término legal;
5. Los recargos que se impongan en caso de demora en el pago de la responsabilidad civil;
6. El importe de la fianza decomisada en los procesos judiciales;
7. Los descuentos a beneficiarios;
8. Cualquier otro ingreso que determine la ley.

Esta entidad establece como mecanismo para ejecutar la responsabilidad civil proveniente del delito, el embargo salarial o de cualquier otro ingreso económico que se perciba por el responsable civil, en la cuantía que disponga la ley. Este embargo se lleva

a efecto por medio de un oficio que libra la Caja de Resarcimientos al respectivo centro de trabajo u oficina encargada del pago; quien está en la obligación de cumplirlo una vez recibido, impartiendo las órdenes oportunas a fin de que se realicen descuentos periódicos y regulares de las sumas que se indiquen; retenerlas bajo su responsabilidad y remitirlas a la Caja de Resarcimientos en un término de cinco días hábiles, a partir de la retención.

No sólo comprende el embargo salarial, sino además de toda clase de bienes y derechos del responsable civil, excepto los que excluye la legislación procesal civil.

Como se observa las legislaciones de otros países del mundo establece como medida para asegurar la responsabilidad civil la fianza en efectivo, que a nuestro criterio también pudiera emplearse para hacer más efectiva, en la práctica, la responsabilidad civil proveniente del delito y de la cual se nutre la Caja de Resarcimientos.

## **XI. VÍCTIMAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Como bien afirman Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte, en *VICTIMOLOGÍA, JUSTICIA PENAL Y JUSTICIA REPARADORA*<sup>491</sup>, la victimología tiene como objeto el abordaje de la protección de los derechos de las víctimas tanto desde un punto de vista jurídico-penal sustantivo cuanto procesal. Puesto que el reconocimiento de las facultades reconocidas acostumbra a introducirse en nos

---

<sup>491</sup> SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>. Tamarit. ESTIARTE, Sumalla y Carolina Villacampa, op. cit., pp. 163 a 166.

ordenamientos jurídicos nacionales tras su previsión en disposiciones emitidas por organismos internacionales, se le dedica un capítulo de la tesis al análisis de la plasmación de los derechos de las víctimas a nivel internacional. No se descuida, en este primer nivel de análisis, el estudio de instrumentos normativos emitidos por organismos supranacionales europeos, en la regulación interna de los países de América Latina, si lo es que determinan cada vez en mayor medida el diseño propio del Derecho Penal Español, que se ha constituido tradicionalmente un elemento base sobre el cual se fundamentan proyectadas reformas legislativas en gran parte de los países de América Latina. Una vez expuesto el decálogo de derechos reconocidos a las víctimas a nivel internacional, se descenderá al estudio del reconocimiento de los mismos, fundamentalmente, en el Derecho penal y procesal penal español, sin descuidar, sin embargo, una referencia siquiera sucinta a las semejanzas y disimilitudes de éste con el ordenamiento brasileño.

Como señala Herrena Moreno, cada vez resulta más habitual hallar en los ordenamientos jurídicos comparados, declaraciones expresas en las que se reconoce a las víctimas, de manera explícita y sistemática, un elenco de derechos básicos<sup>492</sup>. Siendo cierta dicha afirmación, la misma no puede generalizarse a todos los ordenamientos jurídicos, puesto que tal práctica resulta más habitual en países del área lingüística anglosajona, en que se recogen formalmente listados de intereses victimales protegidos. Frente a dicho modelo – que la misma autora denomina victimológico-estatutario - , existe un modelo asistencial, mas generalizado en el ámbito europeo continental, que representa una distinta forma de aproximación a las facultades reconocidas a las víctimas. En virtud de este segundo modelo, la plasmación de derechos inherentes a las mismas no se basa tanto en el reconocimiento a éstas de derechos victimológicos

---

<sup>492</sup> HERRERA MORENO, Myrian, “*La hora de la víctima*”, Compendio de victimología, Madrid, Edersa, 1996, pp. 269 y ss.

asistenciales cuanto en concebir dichas prerrogativas como una manifestación pública de la solidaridad, como un reflejo más del Estado Social y del Bienestar. Probablemente sea esta diversidad de aproximaciones a la cuestión la que ha generado la tradicional atrofia en el reconocimiento de derechos a las víctimas en ordenamientos como el español. No obstante, dicha afirmación, aunque nos hallemos ante un proceso inconcluso, no puede sostenerse ya de manera absoluta respecto al Derecho interno en España, cuanto menos en relación con las víctimas en algunos ámbitos de la criminalidad, pues en campos como la violencia de género el reconocimiento normativo expreso de derechos ha experimentado un evidente impulso en los últimos tiempos<sup>493</sup>. En América Latina cabe citar como ejemplo el ordenamiento colombiano, que a través del art. 11 del Capítulo IV, del Título IV, del Código de Proceso Penal Colombiano de 2004 incluye justamente en su articulado la expresión del conjunto de derechos reconocidos a las mismas. Con ello el ordenamiento colombiano hace más operativa la real observancia de las facultades de este colectivo en el seno del procedimiento penal, que es justamente aquél en que ha denunciado que quedan más desdibujadas en los modelos asistenciales y finalmente, en un plan diverso, ni siquiera puede afirmarse que el proceso pueda caminar en un sentido distinto al reconocimiento de los derechos de las víctimas al mismo nivel en que se sitúan los derechos de aquél contra el que se dirige el proceso penal, máxime tomando en consideración las recientes tentativas tendentes a imbricar consideraciones de carácter victimológico entre los mismos fundamentos del Derecho penal, orientadas a incorporar también a la víctima en el marco de las garantías

---

<sup>493</sup> Justamente ha sido la voluntad de recoger en una única norma jurídica el decálogo de los derechos de las víctimas y de proporcionar a éstas un estatuto integral protector la que ha propiciado la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Vid. *Infra* capítulo V.

que rodean la aplicación del Derecho Penal, cual tradicionalmente se ha venido haciendo únicamente con el ofensor<sup>494</sup>.

De lo afirmado se colige que, renunciado a encontrar, cuanto menos en el ordenamiento español, una regulación sustantiva y procesal sistemática de los derechos de las víctimas, se requiere una labor interpretativa que permita inducir el estatuto jurídico de la víctima a partir de las consideraciones victimológicas contenidas en preceptos diseminados en el ordenamiento penal sustantivo y procesal. No obstante, con carácter previo a la elaboración de dicha tarea corresponde, como se ha indicado, al análisis de la normativa internacional.

## **2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS**

El nivel de protección de la víctima en el ordenamiento jurídico espacial se explica por la adopción de instrumentos jurídicos en el seno de organismos internacionales y supranacionales tuitivos de sus intereses. Por ese motivo el análisis del Derecho interno debe venir precedido del estudio de dichas herramientas jurídicas.

En los últimos decenios, aunque especialmente a partir de los años 80, se ha asistido a un creciente interés por la problemática padecida por las víctimas de los delitos en el sistema de justicia penal, tal como se refleja en documentos desarrollados en el seno de Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Como consecuencia de estas

---

<sup>494</sup> En este sentido, vid. ALONSO RIMO, *Víctimas y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, passim; ALONSO RIMO, “Medidas de protección a los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal”, en TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (Coord), *“Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 47 y ss.

previas iniciativas internacionales, la problemática de las víctimas también ha sido abordada por la Unión Europea. En las líneas que siguen se desarrollará pues el reconocimiento supranacional de los derechos de las víctimas, comenzando por su protección en el ámbito de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales, para seguir con la tutela reconocida a nivel territorial europeo, tanto en el marco del Consejo de Europa – organismo pionero en el reconocimiento de derechos de las víctimas – como, posteriormente, en el seno de la Unión Europea. El criterio de exposición seguido se fundamenta en el grado de menor a mayor proximidad territorial e institucional de los organismos impulsores de los documentos – cuando menos respecto al Estado español -, más que en una enumeración cronológica de los mismos.

### **2.1. Naciones Unidas, Organismos Internacionales y Tutela de las Víctimas**

De los impulsados por la Organización internacional de Naciones Unidas relativos a esta cuestión, el documento más importante ha sido la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder de 1985, que se incluye como anexo a la Resolución 40/34.

La preocupación por las víctimas de los delitos surge en este organismo hacia el año 80. En el VI Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Caracas se recomendó ya a los expertos la elaboración de las directrices para el abordaje de la cuestión de las víctimas desde el punto de vista internacional. Fue en el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, realizado en Milán en agosto-septiembre de 1985, cuando se recomendó a la Asamblea General la publicación de la mencionada declaración, dándose finalmente

publicidad a la misma a través de la aprobación de la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

En esta declaración, en que se ha querido ver uno de los mayores logros en el campo de la victimología,<sup>495</sup> además de un punto de inflexión en virtud del cual las víctimas dejan de ser las grandes olvidadas del sistema de justicia, el estatuto jurídico de las víctimas de los delitos se contempla en la primera de las partes en que se estructura<sup>496</sup>. A pesar de que formalmente esta primera parte se estructura bajo los epígrafes asistencia a la justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia, el conjunto de derechos que reconoce puede estructurarse, siguiendo un orden expositivo que posteriormente se utilizará en relación con otros documentos, partiendo de los conceptos de información, participación, asistencia, protección y reparación/indemnización. No obstante, las facultades reconocidas en el documento están fundamentalmente orientadas a la asistencia y a la obtención de la reparación, más que a delinear las bases de un estatuto jurídico específico de la víctima frente al sistema de justicia penal.

En cuanto a la información, se reconoce a las víctimas la facultad de obtener información tanto acerca de sus derechos para obtener la reparación mediante mecanismos administrativos o judiciales que se incoen, de su desarrollo cronológico y de la marcha de las actuaciones y de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información – art. 6. a) -, sin

---

<sup>495</sup> En este sentido, FATTAH, Ezzat A., “*Victimology past, present and future*”, en *Criminologie*, volume 33, n° 1 (2000), *La Victimologie: quelques enjeux*, Les presses de l’Université de Montréal, p. 26.

<sup>496</sup> Ampliamente sobre sus disposiciones, vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “*Victimología*”. Estudio de la víctima, México, Ed. Porrúa, 2ª edición, 1989, pp. 303 y ss.; LANDROVE DIÁZ, Gerardo, *Victimología*, Valencia, Ed. Tirant de Blanch, 1990, pp. 62 y ss.; BAAMONDE, Fernando, “*La víctima en el proceso penal*”, Madrid, Ed. La Ley, 2005, pp. 71 y ss. La segunda parte de la Declaración se refiere en exclusiva a las víctimas del abuso de poder que han sido victimizadas por acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional. Es en el primer apartado del anexo, bajo la rúbrica “las víctimas del delito”, en que la declaración se refiere al estatuto jurídico que quienes han sido victimizados como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

olvidar que igualmente deben ser informadas de la disponibilidad de servicios de diverso orden para prestarles asistencia – art. 15 -.

En lo tocante a la participación, además de reconocerse el derecho de las víctimas al acceso a los mecanismos de la justicia según aquello que se disponga en la legislación nacional – art. 4º -, se establece la necesidad de permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, ello sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente – art. 6.b) -. Finalmente, se plantea la posibilidad de usar mecanismos oficiosos para la resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje – art. 7º-, con la consiguiente mayor intervención de la víctima en la solución de la controversia.

Por lo que se refiere a la asistencia, además de recordar la necesidad de prestar asistencia a las víctimas durante todo el proceso judicial – art. 6.c) – los arts. 14 y ss. de la Declaración dibujan un escenario de asistencia integral, que incluye la material, médica, sociológica y social que sea necesaria, prestada por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Para ello se prevé que se deberá proporcionar capacitación al personal de policía, de justicia, de salud y servicios sociales que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

En orden a la protección de las víctimas, además de declarar que serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad – art. 4º -, más en concreto, se contempla la necesaria adopción de medidas para minimizar las molestias causadas a las mismas, para proteger su intimidad en caso necesario y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia – art. 6.d) -. A ello se añade la necesidad reconocida de evitar demoras innecesarias en



la resolución de las causas y en la ejecución de mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas – art. 6.e) -.

Finalmente, en cuanto a la reparación/indemnización, se prevé que los delincuentes o los terceros responsables de su conducta deban resarcir equitativamente a las víctimas, a sus familiares y a personas a su cargo, de manera que el resarcimiento comprenda la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos – art. 8º -, además de que las legislaciones nacionales consideren el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, entre otras sanciones penales – art. 9º -. En defecto del resarcimiento privado, cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, se prevé que la misma se haga con cargo a fondos públicos – arts. 12 y 13 -.

Una investigación empírica interesante en relación con este fundamental documento de Naciones Unidas es la llevada a cabo en el seno de la Tilburg University en el año 2000<sup>497</sup>, en que se efectúa un análisis comparativo de los aspectos legales y empíricos contenidos en la misma y en otros instrumentos del Consejo de Europa en 22 Estados miembros del referido organismo. Al margen de exponer el nivel de cumplimiento tanto formal como material de los postulados contenidos en tales instrumentos en ámbitos como la información a las víctimas, la compensación, el tratamiento y la protección dispensada a las mismas, resulta especialmente sugerente la exposición de factores tanto críticos como impulsores subsistentes en los distintos estados relacionados con cada uno de estos campos. Como conclusión general del estudio destaca la idea de que las claves que permiten el éxito en la implementación de

---

<sup>497</sup> Vid. BRIENEN, M.; GROENHUISEN, M.; HOEGEN, E., “*Evaluation and meta-evaluation of the effectiveness of victim-oriented legal reform in Europe*”, en *Criminologie*, volume 33, nº 1 (2000), La *Victimologie: quelques enjeux*, Les presses de l’Université de Montréal, pp. 126 y ss. El estudio completo aparece publicado en la siguiente obra: BRIENEN, M.; HOEGEN, E., “*Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*”, WLP, 2000.

las distintas medidas tienen que ver con los siguientes factores: las medidas no sólo deben estar pensadas en beneficio de las víctimas, sino significar al mismo tiempo una mejora conjunta del proceso penal, se deben incorporar de forma clara y concisa, sin dar lugar a debate o pluralidad de interpretaciones, no deben producirse introducciones fallidas – pues una vez que la medida tiene un aura de fracaso, es difícil despojarla de dicho estigma – y finalmente para que la implementación de medidas en áreas piloto funcione resulta necesario que antes de introducirse a nivel general estas experiencias particulares sean convenientemente evaluadas y ajustadas.

En el marco organizativo de Naciones Unidas, también el Estatuto de la Corte penal internacional, realizado en Roma en 1998, contiene disposiciones protectoras de las víctimas. Si bien el referido estatuto únicamente se aplica a las causas seguidas ante este Tribunal internacional por los delitos para los que se le reconoce competencia<sup>498</sup>, la sensibilidad respecto de las necesidades y de la posición especial de la víctima trasciende en varios ámbitos a lo largo del documento, fundamentalmente reflejada en la previsión de medidas orientadas a la protección de las víctimas en el seno del proceso penal, aunque sin descuidar la inclusión de algún precepto garantizador de la participación y de la reparación/indemnización de las víctimas en estos procesos.

En primer lugar, en cuanto a la protección, el art. 43.6 prevé el establecimiento de una dependencia de víctimas y testigos dentro de la Secretaría de la Corte que, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte y a otras que estén en peligro en razón del testimonio prestado. Añade que la misma contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos contra la libertad sexual. Ya en la regulación del

---

<sup>498</sup> La competencia atribuida por el art. 5 Estatuto a la Corte se circunscribe a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad en su conjunto; en concreto, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el de agresión.

desarrollo de las sesiones del juicio, el art. 64.2 del Estatuto, relativo a las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia, contiene una declaración programática, en el sentido de que la sala debe velar, entre otras cuestiones, por que la sustanciación del juicio se produzca teniendo en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos. Descendiendo en el nivel de concreción, en el art. 68, relativo a la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, se contiene el mandato general a la Corte en relación con la adopción de las medidas necesarias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos. Estas medidas, que deberán ser adoptadas por el Fiscal en el curso de la investigación y del enjuiciamiento, y que no pueden redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, deberán tener necesariamente en cuenta factores como la edad, la salud, la índole del crimen – en particular cuando entrañe violencia sexual o por razones de género – así como la violencia contra los niños.

Abundando en esta idea, el art. 68.2 del Estatuto permite que para proteger a las víctimas y a los testigos las salas de la Corte puedan decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada, excepcionando con ello el carácter público de las audiencias que contempla el art. 67, además de poder permitir la presentación de las pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. Se prevé que dichas medidas se adopten en particular en el caso de la víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima de testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte en atención a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o testigo. Coherentemente, el art. 69.2, relativo a la práctica de las pruebas, sienta como principio general la emisión de testimonio en el acto del juicio, salvo cuando se apliquen las medidas contempladas en el art. 68 o en las reglas de procedimiento y prueba, permitiendo que la Corte pueda

autorizar a un testigo a que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de video o audio, así como que se presenten documentos o transcripciones escritas, siempre que con ello no se perjudiquen los derechos del acusado. Además, el art. 68.5 Estatuto permite que el Fiscal, en cualquier diligencia anterior al juicio, pueda presentar no una prueba o información sino únicamente un resumen de las mismas cuando la divulgación de las referidas pruebas o informaciones, de conformidad con lo que prevé el Estatuto, entrañase un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia.

En lo concerniente a las posibilidades de participación otorgadas a la víctima, el art. 67.3 del Estatuto prevé que la Corte permita, en las fases del juicio que considere convenientes, se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales, siempre que ello no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni sea incompatible con éstos. Añade el precepto que los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente, aunque remite a las Reglas de Procedimiento y Prueba la articulación de los pormenores de la dicha participación.

Finalmente, en lo tocante a la reparación/indemnización, en los arts. 75 y 79 del Estatuto se prevén, respectivamente, disposiciones para la reparación e indemnización de los daños, pérdidas y perjuicios causados a las víctimas y sus causahabientes, así como la creación por parte de la Asamblea de Estados Partes de un fondo fiduciario en su beneficio, que la Corte puede decidir que se nutra de las sumas y los bienes recibidos por ésta a título de multa o decomiso.

Como se puede observar por las constantes remisiones efectuadas en los artículos mencionados del Estatuto de Roma, algunas de las previsiones relativas a las víctimas que contiene se hallan sustancialmente desarrolladas en las Reglas de

Procedimiento y Prueba. Se trata, tal como se contempla en el art. 51 Estatuto, de un instrumento para la aplicación del mismo que debe ser aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes y que debe interpretarse siempre de acuerdo con éste. En las reglas 16 y ss. se regula pormenorizadamente la Dependencia de víctimas y testigos, los peritos que deben integrarla, atribuyendo al secretario de la Corte funciones como notificar a las víctimas determinadas resoluciones, ayudarlas a obtener asesoramiento letrado y organizar su representación, así como prestarles asistencia e información adecuadas o ayudarlas a participar en las distintas fases del procedimiento, estableciendo asimismo funciones específicas para con la víctimas, testigos y demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado. Se determinan también las funciones de la propia Dependencia, entre las que se encuentran la adopción de medidas para garantizar su seguridad y su protección o la ayuda para la obtención de asistencia, ordenando que en el cumplimiento de sus funciones la Dependencia tenga particular en cuenta las necesidades especiales de los niños, personas de edad y con discapacidad. Ya en el Capítulo 4 de las Reglas, que contiene las disposiciones relativas a las diversas etapas del procedimiento, se contiene una sección tercera relativa a las víctimas y testigos. En éste, tras la regla 85, después de sentar el principio general de que la correspondiente Sala de la Corte debe tomar en consideración las características específicas de las víctimas, en particular de los niños, las personas de edad, las personas con incapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género – se regulan pormenorizadamente las medidas y los procedimientos de protección – con las correspondientes especificidades para los niños - , la forma y los mecanismos para la participación de la víctima en el proceso, así como las notificaciones que le deben ser efectuadas, y finalmente los mecanismos de reparación, incluido el fondo fiduciario. Finalmente, también dentro de este Capítulo 4, las reglas

67 y 68 prevén mecanismos en punto a la prestación del testimonio que pueden ser instrumentales a la protección del testigo, así, respectivamente, la prestación de testimonio en persona por medios de audio y vídeo o el testimonio grabado anteriormente.

## **2.2. Tutela de las Víctimas en el Ámbito Europeo**

Como ya se ha indicado, en el marco territorial europeo, aunque con una amplitud geográfica diversa y en tiempos distintos, operan dos entes supranacionales que han normado en cuestiones relacionadas con la posición de la víctima frente al sistema de justicia penal. Se trata, en orden cronológico, del Consejo de Europa y la Unión Europea.

### **2.2.1. Consejo de Europa**

Comenzando por la actividad desarrollada en este sentido por el Consejo de Europa, ya a finales de los años setenta plasmó sus inquietudes relativas a la tutela de la víctima a través de la Resolución núm. Res. (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, que años más tarde condujo a la aprobación del Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983. No se entrará en este momento a analizar pormenorizadamente el contenido de ambos

documentos, puesto que el sistema de indemnización pública a las víctimas, constituyendo un aspecto reparatorio de carácter esencial, no representa elemento preferente de análisis cuando se trata del delineamiento del estatuto de la víctima frente al sistema de justicia penal. Baste por ello decir que el referido convenio indica la conveniencia de prever en los distintos estados sistemas de indemnización pública para las víctimas de delitos internacionales de violencia cuyo autor no sea conocido o carezca de recursos para hacerles frente.

De mayor trascendencia para lo que nos ocupa es la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal. A pesar de que de que nos hallamos frente a una acción que no ha tenido la trascendencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder, no se duda de su influencia en orden a explicar la actual configuración normativa de los países integrantes del Consejo de Europa sobre el particular<sup>499</sup>.

El referido documento, sobre la base del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, tomando en consideración que el sistema de justicia penal ha tendido tradicionalmente más a empeorar que a paliar los problemas de las víctimas y que la salvaguarda de sus intereses debe constituir justamente una de las preocupaciones del sistema, insta a los Estados a que adapten sus respectivas legislaciones en una serie de extremos. Las recomendaciones contenidas se desgranar atendiendo a los distintos estadios de persecución del delito – esto es, a nivel policial y de persecución del delito, en el procedimiento y a nivel de ejecución de la sanción. Sin embargo, siguiendo el esquema mantenido hasta el momento, se pueden

---

<sup>499</sup> Acerca de su contenido, ampliamente, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, op. cit., pp. 45 y ss.; HERRERA MORENO, Myrian, op. cit. pp. 314 y ss.

agrupar las recomendaciones en las que tienen que ver fundamentalmente con la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación/indemnización a las víctimas.

En lo que respecta a la información, a nivel policial, la recomendación establece que la policía debe informar a las víctimas acerca de las posibilidades de obtener asistencia, asesoramiento legal y de otro tipo, así como compensación o indemnización tanto del ofensor como pública, y del resultado de la investigación policial. En relación con la prosecución del procedimiento, la víctima debe ser informada de la decisión final acerca de la misma, salvo que haya indicado que no quiere recibir dicha información, de la misma forma que en el juicio ésta debe ser informada de la fecha y lugar de la vista, de sus oportunidades de obtener reparación, de las posibilidades de obtener asistencia legal y de la resolución que recaiga.

En lo atinente a la garantía de la participación de la víctima en el proceso penal, al margen de las informaciones que se le deben facilitar en punto a garantizar dicha intervención, las disposiciones de la recomendación son escasas. Únicamente destaca el derecho que se debe reconocer a la víctima de solicitar revisión de la decisión de no proseguir la causa contra su ofensor, así como de ejercitar la acusación privadamente. A este respecto, aunque se trate de una cuestión que tenga igualmente que ver con la reparación a la víctima, destaca la recomendación efectuada a los Estados miembros de examinar las posibles ventajas de la mediación y la conciliación. No obstante, no ha sido hasta la Recomendación núm. R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal, cuando esta cuestión ha sido objeto de algún desarrollo.

La Recomendación no contiene disposiciones relativas a la asistencia de las víctimas, más allá de recoger el deber de informar a las mismas acerca de las



posibilidades en este sentido. Sin embargo, sí incluye DTS orientadas a su protección. En este sentido, además de recordar que en todas las fases del procedimiento la víctima debe ser interrogada con la consideración debida a su situación personal, sus derechos y su dignidad, y en compañía de sus padres o de personal de apoyo en el caso de los niños o de los enfermos mentales e incapaces, se procura a la tutela de la intimidad de la víctima. Así, tanto durante la instrucción como en el juicio se protege a la víctima de toda publicidad que implique un atentado a su vida privada o dignidad, con la posibilidad de acordar la celebración del juicio a puerta cerrada, tras valorar el tipo de infracción y la situación personal, además de poder adoptarse medidas especiales de protección cuando sea necesario tutelar a la víctima o a su familia frente a la intimidación y el riesgo de represalias del ofensor, especialmente en los supuestos de delincuencia organizada.

Finalmente, la reparación e indemnización es quizá el aspecto en que más incide la Recomendación. Indica que no deben tomarse decisiones discrecionales sobre la prosecución de las actuaciones sin tomar en consideración la compensación de la víctima, incluyendo el esfuerzo serio efectuado en este sentido por parte del ofensor. Se recuerda que la compensación puede estar contemplada legislativamente como una auténtica sanción penal, como un substitutivo penal o ser acordada junto a la sanción penal. Pero, en cualquier caso, la información acerca de los daños y pérdidas sufridos por la víctima debe ser tenida en cuenta por el Tribunal en orden a determinar la forma y el quantum de la condena reparatoria fijada en la sentencia. De manera que se tomen en consideración tanto las necesidades de compensación por parte de la víctima, como cualquier compensación o restitución ya efectuada por el ofensor o cualquier intento serio en ese sentido. Además, ya en el nivel de la ejecución, se recuerda la consideración que debe merecer la compensación para acordar la suspensión del fallo,

una orden de prueba o la aplicación de otros sustitutivos penales. Añadiendo que cuando la reparación sea impuesta como sanción penal será ejecutada del mismo modo que las multas, teniendo prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente.

Tras la referida Recomendación, el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa ha adoptado otra serie de recomendaciones orientadas fundamentalmente, en primer término, a la asistencia y, posteriormente, a la protección de las víctimas con especificidades. Por cuanto se refiere a la primera de estas cuestiones, la Recomendación núm. R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, partiendo de la consideración de que el sistema de justicia penal no se basta por sí solo para paliar los efectos producidos por el delito, pretende garantizar que las víctimas y sus familiares, especialmente las más vulnerables reciban ayuda urgente y continuada.

La Recomendación insta a los Estados miembros a que adopten medidas para garantizar a las víctimas ayuda urgente – incluyendo protección contra las represalias del ofensor -, así como ayuda continuada – de carácter médico, psicológico, social y material -, consejos para evitar la revictimización, información sobre sus derechos, asistencia durante el proceso penal y asistencia para obtener una reparación efectiva por parte del ofensor u otro tipo de compensación. Con la finalidad de garantizar dicha asistencia, demanda un chequeo de los servicios existentes en cada Estado que incluya la detección de deficiencias y finalmente pretende que los Estados impulsen la creación, el desarrollo y el soporte de servicios orientados a la prestación de asistencia a las víctimas – incluyendo los que tratan con especiales categorías de víctimas -, o impulsen el voluntariado, incrementen el gasto en servicios médicos y generales – formando específicamente a sus integrantes -, informen al público de los servicios existentes, o

impulsen la coordinación entre servicios asistenciales públicos y privados, fomenten la creación de organizaciones nacionales que tengan por finalidad tutelar los intereses de las víctimas, adopten determinadas políticas o impulsen programas de mediación, entre otras actividades promocionales.

Posteriormente, muy orientadas a la protección de testigos – eventualmente víctimas – con características especiales o en determinados ámbitos de la criminalidad, el Consejo de Europa ha adoptado dos recomendaciones. La Recomendación núm. R. (97) 13, de 10 de septiembre de 1997, sobre intimidación de testigos y los derechos de defensa, y la Recomendación núm. R (2005) 9, de 20 de abril de abril, sobre protección de los testigos y los colaboradores de la justicia. En la primera de ellas se pretende el desarrollo de una política común por parte de los Estados miembros en punto a la protección de los testigos, especialmente en procedimientos penales relacionados con la criminalidad organizada y en aquellos delitos cometidos en el seno de la familia. Como principios generales a tener en cuenta por los estados miembros, la Recomendación insta que deben arbitrarse medidas legislativas que permitan a los testigos deponer con libertad y sin intimidación, para lo que debe garantizarse, siempre respetando los derechos de defensa, su protección, la de sus familiares y la de personas cercanas a ellos antes, durante y después del juicio. Asimismo, recuerda que la intimidación a los testigos debe considerarse un hecho punible y que deben adoptarse medidas que, privilegiando al testigo sin vulnerar los derechos de defensa, faciliten que éste transmita toda la información que tenga en el acto del juicio, sin perjuicio de facilitarles medios alternativos para poner coto a la intimidación, tales como evitar el encuentro cara a cara, deponiendo en sala separada.

Más pormenorizadamente, la Recomendación se refiere, de modo separado, a las medidas a adoptar en caso de testigos que deponen en juicios relativos a

criminalidad organizada, así como en el caso de testigos especialmente vulnerables, fundamentalmente en crímenes cometidos en el seno familiar. Cuando se trata de testigos contra organizaciones criminales se permite adoptar legislativamente medidas como grabar con medios audiovisuales la declaración de la identidad del testigo, permitiendo incluso el anonimato en los supuestos más extremos – y sin que la condena pueda basarse sólo en esa prueba -, así como excluir a los medios de comunicación o al público de toda o parte de la vista. Por cuanto se refiere a las víctimas especialmente vulnerables, fundamentalmente en el caso delitos cometidos en el marco familiar, se recuerda la necesidad de adoptar medidas específicas para facilitar el testimonio contra miembros de la propia familia, evitando la intimidación a ésta, que tengan en cuenta las diferentes categorías de víctimas especialmente vulnerables. Cuando se trata de niños, se refiere la necesidad de contar con una agencia social y letrados especializados, debiendo arbitrarse programas específicos asistenciales tanto para niños, como para mujeres maltratadas o para enfermos mentales. Se prevé que ya en el momento de la denuncia la víctima especialmente vulnerable tenga acceso inmediato a ayuda profesional, que pueda declarar al inicio del procedimiento, a presencia de la autoridad judicial y garantizando la posibilidad de contradicción de la defensa, de manera que esa declaración no vuelva a producirse más a lo largo del procedimiento penal, reproduciendo, si procede, la grabación efectuada de la misma. En caso de declarar en el acto del juicio, será necesario que el Juez vigile especialmente el examen del testigo. De manera que en los supuestos de causación de posible perjuicio a la víctima, especialmente en ofensas sexuales, pueda adoptar las medidas procedentes sobre la forma de efectuar el interrogatorio. Finalmente, la Recomendación se refiere a la cooperación internacional para implementar programas de protección de testigos

transnacionales, así como para usar las nuevas tecnologías en punto a la deposición de testigos entre distintos Estados, o para el intercambio de información.

Por último, en la segunda de las Recomendaciones antes referidas – la núm. R (2005) 9, de 20 de abril -, el Consejo de Europa abunda en las necesidades de protección de los testigos y colaboradores de la justicia – criminales arrepentidos – frente a la intimidación, aunque en esta ocasión las medidas están fundamentalmente orientadas a proteger a quienes se hallan expuestos a la intimidación o actos de venganza provenientes de organizaciones criminales y grupos terroristas, sin incidir en la protección de víctimas especialmente vulnerables. La referida Recomendación desarrolla, pues, los contenidos de la Recomendación sobre intimidación de los testigos que lo son en causas por crimen organizado, pormenorizando las medidas de protección allí contenidas, así como desarrollando normas relativas de protección.

La preocupación del Consejo de Europa por la protección de quienes tienen algún tipo de investigación procesal por delitos relativos al terrorismo, además de en la referida Recomendación, se observa en la aprobación de las Pautas para la protección de las víctimas de actos terroristas, adoptadas por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2005, instituyendo un auténtico estatuto jurídico de las víctimas de este tipo de delitos, a cuya asunción invita a los Estados miembros. El documento, tras garantizar que la víctima de un acto terrorista, o sus familiares cercanos, gozarán de las medidas y los servicios a que se refieren las Pautas con independencia de la identificación, arresto, detención, acusación o condena del ofensor, enumera las facultades de las víctimas con arreglo al siguiente esquema: asistencia de urgencia, asistencia continuada, investigación y acusación, acceso efectivo a la ley y a la justicia, administración de Justicia, compensación, protección de la vida privada, protección de la dignidad y

seguridad, información, preparación específica a los responsables de la asistencia a las víctimas.

### **2.2.2. Unión Europea**

En sintonía con la ONU y el Consejo de Europa, el Parlamento europeo mostró ya desde los años ochenta un apoyo continuo a la mejora de las condiciones de las víctimas, con especial atención a su derecho a obtener una indemnización. Como muestra de dicha sensibilidad se aprobaron dos Resoluciones sobre indemnización a las víctimas, respectivamente, de actos de violencia y de los delitos violentos, el 13 de marzo de 1981 y el 9 de octubre de 1989. Esta última puede considerarse el germen de la actual Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos – que no será objeto de tratamiento específico en esta sede -, puesto que en ella se instaba a la Comisión a que elaborase una propuesta de Directiva que obligara a los estados miembros a armonizar las legislaciones de los estados miembros que consagran unos mínimos indemnizatorios a las víctimas de los delitos.

Al margen de las iniciativas tendentes a la armonización de legislaciones en materia indemnizatoria, con la aprobación del tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 y sus disposiciones para la creación de un nuevo espacio judicial europeo, la Unión debía arbitrar las condiciones necesarias para facilitar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos europeos sin discriminación. Con dicho objetivo se arbitró el Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que se adoptó el 11 de diciembre de 1998. Dicho Plan

señalaba horizontes a conseguir en un período de cinco años tras la entrada en vigor del Tratado, entre los que incluía la realización de un estudio comparativo de sistemas de compensación, para estudiar la viabilidad de incluir un sistema a escala de la Unión.

Posteriormente, el 14 de julio de 1999, la Comisión presentó una Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité económico y social, sobre las víctimas de delitos de la Unión Europea<sup>500</sup>, que abordaba no sólo la cuestión de la indemnización, sino otros problemas, como la prevención de la persecución, el apoyo asistencial a las víctimas, su posición en el proceso penal, o la necesidad de formar a los profesionales, entre otros extremos. El Parlamento europeo, ya el 25 de abril de 2000, emitió informe sobre la referida Comunicación, en que la asumía favorablemente, si bien con la puntualización de que todos los residentes en el territorio de la Unión víctimas de delitos, cualquiera que sea su estatuto, estén cubiertos por las medidas protectoras de las víctimas. Con independencia de tales pequeñas discordancias, del informe del Parlamento se deduce su coincidencia con la Comisión en punto a que las ayudas a las víctimas no pueden reducirse a las meras compensaciones financieras, con lo que enumera en el punto 6 de la propuesta de resolución todos los aspectos sobre los que considera que debe versar la acción conjunta a nivel de la Unión.

Sobre la base de los contenidos de esta Comunicación, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, incluyó entre su conclusión núm. 32 la necesidad de elaborar unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas.

---

<sup>500</sup> Comunicación rubricada “Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas”. COM (1999) 349.

Tras dichos antecedentes, a iniciativa de Portugal, que ejercía la presidencia de turno de la Unión el primer semestre del año 2000<sup>501</sup>, el Consejo adoptó la Decisión marco, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>502</sup>. Su objetivo lo constituyen la mejora de la protección jurídica de los derechos de las víctimas, así como el ofrecimiento de una asistencia integral a través de servicios especializados y organizaciones de apoyo. Para el cumplimiento de tales objetivos, la Decisión establece un conjunto de obligaciones que los Estados miembros deberán ir incorporado en sus respectivos ordenamientos nacionales, disposiciones legislativas y administrativas con el fin de garantizar a las víctimas el reconocimiento de los derechos consagrados en el estatuto.

Para garantizar el cumplimiento de este objetivo, la propia Decisión fija los plazos en que los distintos Estados deben haber adecuado sus legislaciones. La mayor parte de disposiciones deberían haberse cumplido en fecha de 22 de marzo de 2002. Aunque se difieren al 22 de marzo de 2006 las relativas a la mediación penal (art. 10) y al 22 de marzo de 2004 las incorporadas en los arts. 5º y 6º (relativas a la comprensión y participación de la víctima en el proceso, así como al derecho a recibir asistencia jurídica gratuita y asesoramiento). En punto a comprobar el grado de introducción de las disposiciones en los respectivos ordenamientos jurídicos, los Estados debían transmitir a la Secretaria General del Consejo y a la Comisión, antes del 22 de marzo de 2002, el texto de las disposiciones que incorporasen. Tras esto, el Consejo, después de un año, debería elaborar la correspondiente evaluación, con fundamento en el informe de la Comisión. El referido informe de la Comisión no fue efectuado en la fecha prevista, puesto que los Estados no habían remitido en tiempo sus respectivas informaciones. El documento, se elaboró, evaluando el grado de incorporación de los postulados de la

---

<sup>501</sup> El texto de la propuesta aparece publicado en DO C 243 de 24.8, 2000, pp. 4 a 8.

<sup>502</sup> El texto de la Decisión Marco 2001/220/JAI puede consultarse en DO L 82 de 22.3.2001, pp. 1 a 4.



Decisión Marco por parte de los distintos Estados, a fecha 25 de marzo de 2003, exponiendo en los antecedentes los avatares que condujeron a su tardía confección. Después de analizar la incorporación de cada uno de los artículos de la Decisión Marco en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los que se tenía información, se concluye con carácter general que la visión superficial del grado de cumplimiento que ha permitido alcanzar la documentación incompleta remitida por los Estados miembros le conduce a afirmar que el estado actual de incorporación de las disposiciones de la Decisión es insatisfactorio. Por ello invita a los Estados a que velen por la finalización del proceso y comuniquen las modificaciones nuevamente a la Comisión.

Tal como se expresa en los considerandos, la Decisión pretende un trato integral y articulado de las necesidades de la víctima, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria. De ahí que no se limite a atender los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto, incluyendo medidas asistenciales. En definitiva, pretende armonizar las normas y prácticas de los distintos Estados miembros en lo atinente a la observancia de los principales derechos de las víctimas, sin llegar a obligar a los Estados a garantizar a las víctimas un trato equivalente a las partes en el proceso. Sobre esta base, como se ha venido haciendo en otros instrumentos jurídicos, el estatuto de las víctimas puede organizarse en los ámbitos de la información, participación, asistencia, protección y reparación/indemnización<sup>503</sup>.

Comenzando por el reconocimiento del derecho a la información, el art. 4º de la Decisión reconoce el derecho de las víctimas a obtener información, la que podríamos denominar básica, desde el primer contacto con las autoridades policiales. En cualquier

---

<sup>503</sup> En este sentido, en relación únicamente con la Decisión Marco, TAMARIT SUMALLA, “*Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Estudios de Victimología, Actas del primer congreso español de victimología*, op.cit., pp. 35 y ss; en semejantes términos, GARCÍA RODRÍGUEZ, “*Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo*”, en o.u.c., pp. 133 y ss.

caso, y en lenguas de comprensión general, de cuestiones como: el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo, el tipo de apoyo que puede recibir, el lugar y el modo en que puede presentar denuncia, las actuaciones que siguen a ésta y su papel en relación con ellas, el modo y las condiciones en que puede obtener protección, la forma en que puede acceder a asesoramiento jurídico-asistencia jurídica gratuita-otro tipo de asesoramiento (cuando tenga derecho a ello en los dos primeros casos), los requisitos para tener derecho a indemnización y, si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar. Como información suplementaria, cuando la víctima lo solicite, se le garantiza información del curso de la denuncia, de los elementos que le permitan seguir el desarrollo del proceso penal relativo al inculpado por los hechos que le afectan y de la sentencia que se dicte. Por motivos de seguridad, cuando pueda existir riesgo para la víctima, en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada se deberá informar a la víctima. Finalmente, se refiere el mencionado precepto a la información suplementaria o la dada por motivos de seguridad, en el caso en que el Estado la de a iniciativa propia, se debe garantizar a la víctima el derecho a optar por no recibir dicha información.

Los derechos de participación en el proceso se manifiestan en diversas exigencias, aunque sin llegar a otorgar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso, como se ha indicado. En este sentido, el art. 3º, en su párrafo primero, establece el derecho de audiencia y el derecho a facilitar elementos de prueba: derechos cuya realización plena puede articularse a través del derecho a mostrarse parte. Asimismo, el art. 5º se refiere a la reducción de las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del proceso por parte de la víctima, como garantía de participación, de la misma manera que a la participación de la víctima en las fases

importantes del proceso cuando ésta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables al procesado.

También puede incluirse entre las disposiciones que garantizan la participación de la víctima en el proceso las contenidas en el art. 10 en relación con la mediación, pues supone una forma distinta de participación de la víctima en el mismo. En este aspecto las obligaciones de la Decisión son tímidas, se aplaza su entrada en vigor al 22 de marzo de 2006, y se limita a decir que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y que velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación. Por último, igualmente pretenden facilitar la participación de la víctima en el proceso las disposiciones contenidas en el art. 11, orientadas a minimizar los obstáculos derivados del hecho de que la víctima resida en un Estado distinto de aquel en que se cometió el delito, tanto permitiendo que preste declaración inmediatamente después de cometerse la infracción, como que se recurra a la videoconferencia u otros mecanismos que permitan prestar declaración a distancia o que pueda denunciar los hechos en su Estado de residencia.

La asistencia reconocida a la víctima va más allá de los estrictos cauces del proceso penal. El art. 6º se refiere no sólo a la asistencia jurídica gratuita, sino a cualquier tipo de asesoramiento que tenga que ver con su papel en las actuaciones. La asistencia jurídica gratuita se limita a los supuestos en que pueda ser parte en las actuaciones. La asistencia integral debe abarcar, pues, facetas de orden psicológico, psiquiátrico y legal. Con tal finalidad, se fomenta la asistencia a través de servicios especializados y organizaciones de apoyo, que se ocuparán no sólo de la acogida inicial de las víctimas, sino de su apoyo y asistencia posterior, en lo que respecta a la

información de sus derechos, atención a las necesidades más inmediatas, acompañamiento judicial y asistencia tras finalizar el procedimiento penal (art. 13). De la misma forma, se promoverán en los Estados miembros iniciativas en virtud de las cuales las personas que intervienen en las actuaciones o que tengan cualquier otro tipo de contacto con las víctimas reciban una adecuada formación (art. 14), fomentándose una mayor cooperación entre los Estados que facilite una defensa más eficaz de los intereses de las víctimas en el proceso penal (art. 12).

Respecto de la protección de la víctima, además de lo dispuesto en el art. 3 en relación con que ésta sea interrogada únicamente en la medida necesaria para el procedimiento penal, el art. 8º establece el deber de los Estados de proteger a las víctimas en lo que respecta a su seguridad e intimidad, siempre que exista riesgo claro de represalias o claros indicios de la intención de perturbar la vida privada. Con dicha finalidad, se debe garantizar que en caso necesario sea posible adoptar medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de personas en situación equivalente, así como celar porque en las dependencias judiciales pueda evitarse el contacto entre la víctima y el procesado – espacios de espera reservados a las víctimas, etc., -, de la misma manera que se garantizará la posibilidad de testificar en aquellas condiciones que, siendo compatibles con los principios fundamentales del derecho, permitan a las víctimas, especialmente a las más vulnerables, evitar los riesgos derivados del testimonio en audiencia pública. Abundando en esta idea, el art. 2.1 declara que las víctimas deberán ser tratadas durante las actuaciones judiciales con el debido respeto a su dignidad personal, con el reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos en el marco del proceso penal, velando porque a las víctimas especialmente vulnerables se les brinde un trato específico que responda a las particularidades de su situación. Con dicha finalidad, entre

otras, el art. 15 establece que se deben crear las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimización secundaria y evitar que las víctimas se vean sometidas a tensiones durante las actuaciones.

Finalmente, por cuanto se refiere a la reparación e indemnización a las víctimas, además de las sinuosas disposiciones del art. 10 en orden a la introducción de la mediación, la Decisión marco pretende garantizar a las víctimas el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción. Esto salvo que la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía. Para ello, se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente (art. 9°).

Concluyendo conviene referir que aun cuando no todos los Estados miembros han adaptado sus legislaciones internas a los postulados de la Decisión Marco, ello no debe convertirse en un obstáculo insalvable para su observancia, cuando menos en los casos en que la legislación interna no sea contraria al tenor de la Decisión. Como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la U.E. en una reciente resolución, aunque las Decisiones marco no gozan de aplicabilidad directa, tienen carácter vinculante; lo que permite concluir que el principio de interpretación conforme puede predicarse respecto de las mismas, siempre con el límite de los principios generales del Derecho y, en particular, de los de seguridad jurídica y no retroactividad. Esto es, debe interpretarse la legislación nacional de conformidad con la Decisión Marco siempre que esto no conduzca a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional o que no tenga por efecto determinar o agravar, sin la base de legislación nacional para la ejecución de la

Decisión, la responsabilidad penal de quienes infrinjan las disposiciones de la Decisión Marco.

Ha sido en la sentencia de 16 de junio de 2005 – caso Pupino – donde el TJCE, a instancias del Juez de Instrucción del Tribunales di Firenze, ha validado varias declaraciones testificales anticipadas prestadas por varios menores en un caso de maltrato en un centro escolar, eximiéndoles de declarar en el acto de la vista, a pesar de que el ordenamiento procesal penal italiano únicamente prevé esta posibilidad en relación con víctimas vulnerables de delitos contra la libertad sexual. Para ello, la referida resolución **interpreta** los correspondientes preceptos del Codice di Procedura Penale a la luz de los arts. 2º, 3º y 8º de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

### **3. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MENORIDAD PENAL**

#### **3.1. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

Ahora transcribimos algunas reflexiones de Anarbela Sánchez González en su artículo *Evolución del perfil de la víctima de violencia contra la mujer* publicado el

trabajo *Estudios de Victimología – Actas del I Congreso español de victimología*, coordinado por Josep M<sup>a</sup> Tamarit Sumala.<sup>504</sup>

Entre las conclusiones que pueden extraerse de este estudio destacar, en primer lugar, la diversidad en el perfil de víctima que se atiende en las oficinas de atención a la víctima desde la entrada en vigor de la ley 27/03. Este fenómeno podría estar explicado, en gran medida, por la inclusión dentro de la categoría de violencia de género de conductas que previamente a la entrada en vigor de la ley no tenían esta consideración, como por ejemplo, la violencia que se da entre las parejas jóvenes durante el noviazgo o la violencia, ya sea entre parejas que han convivido o que no lo han llegado a hacer, que aparece cuando la mujer decide poner fin a la relación.

Desde este punto de vista parece positivo el hecho de que todas estas manifestaciones violentas hayan podido tener una respuesta legal más acorde con el fenómeno global de la violencia contra la mujer del que forman parte.

Sin embargo, muchas de las intervenciones indicadas por la actual legislación vigente y desarrollada posteriormente en los diferentes protocolos de actuación, no han previsto la diversidad apuntada anteriormente, potenciando unas determinadas medidas que venían a dar respuesta a las necesidades de un determinado perfil de víctima que con la actual consideración legal de lo que se considera violencia contra la mujer, ha quedado reducida únicamente a una de las diferentes formas o situaciones en que se manifiesta esta violencia. Es muy posible que el mantenimiento de único término de violencia doméstica en la mayoría de publicaciones y referencias al problema, haya contribuido a esta confusión.

Destacar como segunda conclusión importante, pero relacionada con la primera, el elevado número de víctimas jóvenes. Dejando de lado las implicaciones de

---

<sup>504</sup> GONZÁLEZ, Anarbela Sánchez. “Evolución del perfil de la víctima de violencia contra la mujer”, en SUMALA, Josep M<sup>a</sup> Tamarit, “Estudios de Victimología – Actas del I Congreso español de victimología”, Tirant to Blanch, Valencia, 2005, pp. 197 y ss.

intervención recogidas anteriormente, el hecho de que la nueva ley, ya aprobada en ambas cámaras legislativas, recoja la prevención como uno de los objetivos más importantes en materia de violencia contra la mujer e tenga como población diana los adolescentes y jóvenes, no es sino un reconocimiento de esta realidad, que obliga a tener en cuenta que el fenómeno de la violencia en la pareja aparece en edades muy tempranas.

En tercer lugar, apuntar la necesidad de nuevos estudios que puedan dar respuesta a muchas de las preguntas que este estudio, por sus limitaciones, deja pendientes. Entre ellas destacaría la necesidad de conocer si las variables que se apuntaban en la última década como definitorias de un perfil sociodemográfico estándar de víctima siguen siendo vigentes. El hecho de que no se necesaria en la mayoría de los casos (en las dos terceras partes, en el caso de la AOV de Lledia) la adopción de medidas de carácter civil en el momento de decretarse el alejamiento del presunto agresor y el escaso número de ayudas económicas concedidas, podría ser un primer apunte de un cambio o evolución en el perfil anteriormente mencionado.

El aumento progresivo de la denuncia del maltrato psíquico es, en general, otro de los fenómenos que necesitarían ser abordados en profundidad ya que este tipo de violencia y sus negativos efectos sobre la víctima han sido obviados con mucha frecuencia.

Finalmente y en relación con este fenómeno de la violencia psíquica, sería necesario contar con cifras globales de la incidencia en la población de este “subtipo” de maltrato psíquico que se viene observando en algunos casos en el momento en que la mujer de una pareja, normalmente, joven, decide poner fin a la relación. La conducta exhibida por el hombre en estos casos alterna conductas sancionables desde el punto de vista penal con otras que no lo son (p. ej., cuando la víctima, después de unas amenazas



o coacciones vía telefónica por parte de su ex-pareja, recibe un ramo de flores en casa o en el trabajo enviadas por la misma persona), pero que tienen unas consecuencias psicológicas sobre la víctima muy negativas. La cifra negra en este fenómeno, conocido como *stalking*, se presume muy alta a consecuencia, muy posiblemente, de la renuncia de la mujer a denunciar unas conductas de estas características.

Consideraciones importantes también son las de José Luis de la Cuesta Arzamendi en su artículo *De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica* la integración del trabajo *Estudios de Victimología – Actas del I Congreso español de victimología* citada.

El fenómeno de la violencia doméstica comenzó a abordarse a finales de la década de los ochenta con intervenciones legislativas de carácter estrictamente penal, las cuales pronto pusieron de relieve su sospechada insuficiencia, a pesar de verse reforzadas a través de múltiples reformas tanto en el plano sustantivo como en el ámbito procesal.

Sólo a finales de 2004 los planes de prevención formulados a partir de 1999 han acabado traducéndose en un esfuerzo de tratamiento jurídico integral del fenómeno.

En este sentido, conviene saludar de manera positiva la aprobación de la nueva Ley Orgánica 1/2004, que, sin perjuicio del importantísimo peso que todavía en ella alcanzan las medidas de carácter exclusivamente penal, trata de colocarse en una más acertada senda político-criminal. Y es que, como hace tiempo se conoce, poco cabe esperar de la exclusiva utilización del Derecho penal para la prevención y tratamiento de fenómenos criminales complejos como éste, fuertemente influidos por factores de corte individual, familiar, social y cultural y que precisan de manera especial de una intervención pública planteada “desde la pluralidad” y la “transdisciplinariedad”. Toda

política penal racional debe insertarse en el marco más amplio de la política criminal, que requiere abordar los problemas criminales no sólo desde el prisma represivo o confiando especialmente en el efecto preventivo general de la amenaza penal, sino a partir de su adecuado conocimiento y de la incidencia en sus diversos perfiles y manifestaciones, esto es, comenzando por los tres niveles clásicos de interpretación criminológica: criminalidad (fenómeno criminal), delito (concretas manifestaciones delictivas) y delincuente, a los que, a partir de las enseñanzas más modernas, hay que añadir la perspectiva victimológica y la evaluación permanente de los resultados y efectos de los procesos de criminalización y de la reacción social.

Pues bien, con independencia de sus insuficiencias y sin perjuicio de los múltiples puntos necesitados de mejora, las piezas fundamentales de la L.O. 1/2004 se inscriben en la línea apuntada. Así, la L.O. 1/2004 no deja de ocuparse de la violencia que denomina “de género” como fenómeno, buscando su prevención, en primer término, a través de las medidas de sensibilización y de cambio cultural, así como del establecimiento de sistemas adecuados de detección, e incidiendo especialmente a tal efecto en aquellos ámbitos más propicios, como son el educativo, la publicidad y medios de comunicación y el sanitario. También se centra la L.O. 1/2004 en la línea victimológica, con el tratamiento de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género en un plano general y a través de las medidas judiciales específicas de protección y seguridad.

Mas, por lo que respecta a las manifestaciones delictivas más concretas y a los maltratadores, el enfoque sigue siendo primordialmente penal, llegándose a crear nuevos órganos y estructuras especializadas en violencia sobre la mujer en el marco fiscal, judicial y policial, que convendrían fueran apoyados con medios materiales y personales (técnicos y equipos psicosociales) adecuados para abordar su misión. En este

orden de cosas, se hecha en falta una mayor atención a la prevención situacional, que propugna priorizar el esfuerzo en la detección y tratamiento de las situaciones concretas que originan (y en las que se producen) los hechos delictivos. En el caso que nos ocupa esto requeriría, por ejemplo, un más cercano seguimiento de las situaciones de ruptura e inestabilidad familiar por parte de los servicios sociales, así como la extensión de “la cultura de la mediación y de las formas de justicia reparadora”, tan importantes en este ámbito para dar salida a los conflictos de un modo racional; muy censurablemente, la mediación sólo merece la atención de la L.O. 1/2004, para declararla *vedada* (art. 44) en todos los asuntos conocidos por los juzgados de violencia sobre la mujer.

De manera simultánea, y sin perjuicio de la importante referencia a los programas de tratamiento de maltratadores en el ámbito penitenciario (que, con todo, pueden llegar demasiado tarde) y a su previsión como regla de conducta en el marco de la suspensión condicional y sustitución de la pena, habría que propugnar el desarrollo y aplicación de programas de incidencia preventiva y terapéutica no sólo, como ya se hace, para las víctimas, sino también para quienes se encuentran en riesgo de maltratar<sup>505</sup>; todo ello junto a la previsión de vías alternativas a las penales en la línea del Consejo de Europa.

La Declaración de Naciones Unidas, sobre la eliminación de la violencia hacia las mujeres de 1993 y que constituye el primer instrumento internacional de derechos humanos, en el que se trata en exclusiva y ,explícitamente, este problema, señala que: "el término violencia hacia las mujeres, significa, cualquier acto de violencia por razón de género, que tenga como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, de cometer dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce, en la vida pública como en la privada. E incluye, la

---

<sup>505</sup> ECHEBURUA ODRIOZOLA, E., FERNÁNDEZ-MONTALVO, J., DE LA CUESTA, J.L., “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*, vol. 1, núm. 2, 2001 pp. 19 y ss.

violencia física, sexual o psicológica, en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales, que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por persona distinta del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física sexual y psicológica a nivel de comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual y el trabajo, e instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres, y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psíquica perpetrada por el Estado, dondequiera que ocurra". Dicha definición, se ha convertido, en un marco de referencia, para abordar el problema de violencia de género.

Sin riesgo de exageración, puede afirmarse, que, hoy en día, la llamada violencia domestica, es uno de los tres temas, de naturaleza penal junto con la siniestralidad laboral y la delincuencia juvenil, que comparte protagonismo de los medios de comunicación, la inquietud de los sectores más amplios de la sociedad y los esfuerzos de Instituciones y Administraciones públicas.

Son muchos los esfuerzos del legislador español, con la intención de hacer frente al alarmante incremento, de los malos tratos, en el seno de la familia en estas últimas décadas.<sup>377</sup>

A modo de introducción, no se trata de un problema exclusivamente nacional, sino que la preocupación internacional por erradicar la violencia doméstica, se detecta desde mediados del siglo XX, momento en el que fundamentalmente Naciones Unidas observa que se trata de un mal que-en la gran mayoría de los casos- afecta a la dignidad de la mujer como persona y al derecho de los niños al desarrollo de su personalidad. De hecho la primera Resolución específica a este respecto aparece en 1985<sup>506</sup> y ella, se

---

<sup>506</sup>Resolución 40/36 que surgió en el seno del Sexto Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

solicita, que los Estados miembros que lleven a cabo políticas concretas de prevención, detección y erradicación del problema.

Siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas, en nuestro país, se ha ampliado el panorama legislativo de protección frente al maltrato y, sin embargo, resulta evidente a tenor de las estadísticas el fracaso del mismo a la vista de los resultados.

Una vez admitido que el problema de los malos tratos es un problema de carácter multidisciplinar, se constata, la inutilidad de realizar esfuerzos unidireccionales en la búsqueda de soluciones jurídicas psicológicas...

Así conscientes de ello y conscientes, también, que jurídicamente el mayor problema de los malos tratos, se plantea en relación con la prueba de los mismos, como más adelante se expondrá las autoridades provinciales y autonómicas en España han decidido aunar esfuerzos de los diferentes profesionales que intervienen ante casos de violencia doméstica y elaborar unos protocolos o guías de actuación conjunta, que facilite, la obtención del material probatorio sólido y fiable a la vez que por la centralización de la información de los distintos pasos a seguir, aspiran a una merma considerable de la victimización secundaria que hemos expuesto, en la presente tesis, que supone la persona maltratada.

Como ayuda para centrar la situación jurídica en la que se centra nuestra legislación conviene destacar los siguientes puntos relevantes:

Cualquier situación de maltrato familiar, sea constitutiva de delito o de falta, es perseguible de oficio, a excepción de la injuria.

Ni el perdón del ofendido, ni la renuncia a la acción penal, terminarán ni suspenderán el proceso penal en curso. Se admite tan sólo que el perdón del ofendido podrá tener como efecto interesar la pena mínima por parte del Ministerio Fiscal, con la

posible solicitud de suspensión de la pena si dieran el resto de los requisitos legalmente previstos.

La citación de los testigos, deberá contener como recordatorio, el régimen del art. 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En relación con el art. 175.5ª del mismo Texto Legal<sup>507</sup> (teniendo en cuenta las especialidades del testigo menor de edad del cual se ha hecho referencia anteriormente).

En el acto del juicio, habrá de comprobarse, si la citación fue recibida directamente por la víctima o fue recibida, por la persona de su agresor; en este último caso, deberían los fiscales interesar su nulidad

En los juicios de faltas, en los que la víctima no comparece, debe optarse por la suspensión y nueva citación antes que acudir a la celebración del juicio en ausencia de la víctima y la absolución del acusado. Si la víctima persiste en la inasistencia, se optará por el archivo provisional de la causa, antes que la celebración del juicio en su ausencia, con la consiguiente absolución de acusado

Debe prestarse especial atención a la búsqueda de nuevas pruebas diferentes de la declaración de la víctima Se destacan: a) el reconocimiento parcial de los hechos por parte del agresor, b) testigos directos o de referencia, c) pericial d) parte de lesiones.

Dado que desplazar a la víctima, a casas de acogida, restringe sus derechos se adoptará esta medida tan sólo ante la inexistencia de otras posibles soluciones.

Reducir las posibilidades de coincidencia entre la víctima y el agresor durante la tramitación de las diligencias procesales.

---

<sup>507</sup>Explicita textualmente el art. 420 Ley de Enjuiciamiento Criminal: "el que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el art. 412 o se resistiere a declarar lo que supiere acerca de los hechos sobre los que fue preguntado, a no ser estar comprendido entre la exenciones de los artículos anteriores incurrirá en la multa del 5000 a 25000 pesetas (actualmente su equivalente en euros), y si persistiere su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los dependientes de la autoridad y procesado por el delito de denegación de auxilio que respecto de los peritos y testigos define el código penal y en el segundo caso será también el procesado por el de desobediencia grave a la autoridad...."

Cuando la víctimas fueran menores de edad, debe acudirse a las medidas de protección consagradas en la LO 14/1999 de 9 de Junio, y de las que hemos efectuado una referencia el con anterioridad, tendentes a evitar careos y posible visualización entre la víctima y el agresor, en el acto de juicio oral, para el caso de que fueren mayores de edad cabe la posibilidad de acudir a la LO19/1994 de 23 de Diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales.<sup>508</sup>

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, el Informe del defensor del Pueblo del año 1998, el Plan de acción contra la violencia doméstica aprobado en el mes de Abril de 1998 y el Informe del Consejo General del Poder judicial de 7 de Febrero de 2001 son otros tantos hitos que patentizan la sensibilidad que hoy existe en torno a este tema.<sup>509</sup>

---

<sup>508</sup> Sobre medidas previstas en esta Ley la posibilidad de aplicarlas a los procesos que se sigan por delitos sexuales y la necesidad de respetar en todo caso el derecho de defensa del acusado puede verse FUENTES SORIANO, Olga, "*La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales*", En Revista de Derecho Procesal número 1, Madrid, 1996.

<sup>509</sup> Convendrá en torno a este tema mencionar la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica presentada el pasado 28 de Mayo de 2003 en el Congreso de los Diputados. Una Ley que tiende a articular un mecanismo eficaz de protección que permita que desde la presentación de la denuncia la víctima sea realmente protegida. La reforma está enmarcada en la línea abierta de todos los Estados para buscar mecanismos de cohesión para que la lucha sea eficaz a nivel mundial y por ello se está tramitando en el parlamento español una Proposición de ley denominada "Proposición de Ley sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno" que tiene como finalidad establecer un cauce de análisis del impacto que pueden tener en hombres y mujeres las distintas disposiciones normativas que apruebe el Gobierno. Lo que se pretende con esta reforma legislativa es que se ponga especial cuidado en analizar la repercusión que puedan tener los Textos legislativos en materia de género y para ello se modifica el art. 22.2 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno para incluir en toda iniciativa legislativa un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan. La Ley consta de dos artículos dedicados el primero a modificar el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el segundo a añadir el nuevo art. 544 ter LECrim ( se ofrece en once apartados una muy detallada regulación de los pasos que deben seguirse hasta que pueda dictarse la Orden de Protección, un estatuto integral. A nivel general desaparecen las dudas que en algún caso, han existido a la hora de acordar como medida cautelar en el procedimiento penal la expulsión del domicilio familiar ya que en algún supuesto se remitía la resolución de esta cuestión al Juez civil, permaneciendo la víctima conviviendo con el agresor. La Disposición Adicional Primera del Texto establece la implantación del Registro de medidas de protección de las víctimas de violencia doméstica. Asimismo las modificaciones también van a operar en el Código Penal concretamente en el art. 153 para conceptuar como delito cualquier actuación en la que el sujeto pasivo se refiera el círculo de personas reflejadas en dicho precepto. doméstica con un marco asistencial y social adecuado. Se disciplina una comparecencia ante el Juez de guardia que podrá reasignarse al tiempo que se desarrolle la comparecencia ahora prevista en el art. 504 bis 2 LECrim. (505 en la reforma en trámite parlamentario) para acordar la prisión provisional. Conviene destacar, la reforma del Código Penal que se verifica en reforma en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e

Hoy en día puede afirmarse con el propio texto del plan del gobierno que la gravedad de la violencia contra la mujer ha superado su dimensión privada.

### **3.2. Abordaje de la Violencia de Género**

El abordaje de lo que se denomina “violencia de género”, debe de ser enfocado como un problema social de primera magnitud ,que trasciende a la mera intimidad de la pareja, y que en cuanto a su respuesta, desde la legitimidad de la acción del sistema de la justicia penal, exige unas eficaces políticas de prevención de ayuda a las víctimas y de resocialización de estas y de sus victimarios<sup>510</sup> por ello y, por encima de todo, es preciso superar los valores androcéntricos imperantes en nuestra sociedad<sup>511</sup>.

Insistimos, en la idea de universalidad de esta violencia de género, que atraviesa, hoy como ayer todas las culturas y todas las sociedades de Oriente a Occidente.

Hoy en día, en esta materia, estamos asistiendo al paso de la cultura de la resignación a la de la igualdad y de la emancipación, y, es que una sociedad, no puede

---

integración social de ls extranjeros habida cuenta que desaparece la falta de malos tratos del último párrafo del ap. 2 del art. 617 del CP lo que al incluirlo como delito en el nuevo art. 153 que se tramita en esta reforma permitirá aplicar a estas conductas la orden de Protección ya que conviene recordar que en las faltas no podían adoptarse medidas cautelares, lo que dejaba desprotegidas a aquellas víctimas cuya denuncia discurriría por el trámite de los art. 962 y ss de la LECrim. Este título judicial se inscribirá también en eun Registro central para la protección de las víctimas lo que nos permitirá un seguimiento muy exacto delas medidas cautelares que se adopten en le más amplio sentido de "estatuto integral de protección".No es ocioso recordar la última resolución judicial que en torno al artículo 153 del Código Penal ha sido dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona sección séptima de 4 de Junio de 2003. Asimismo con fecha 6 de Agosto de 2003 por medio del Real Decreto 945/2003 de 18 de Julio por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo en su articulo 2.2 letra c, se refiere específicamente a la víctima de la violencia doméstica y la engloba dentro del régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo BV del Título III de la Ley General de la Seguridad Social, y supone una de las novedades importantes en aras a la protección integral de las víctimas de estos delitos. Concediéndoles una ayuda del estado inicial que cubra sus necesidades siempre que reúna los requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 2 excepto los recogidos en los párrafos a) y b).

<sup>510</sup> En este sentido, SSTS 927/24-6-2000, SAP Córdoba, sec. 1ª 14-3-2001 nº 26.

<sup>511</sup> Conclusiones Jornadas Violencia Doméstica celebradas los días 24 a 27 de Junio del 2000. organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en el marco de las actividades de formación continuada.



calificarse de democrática, si consiente, que sus valores fundamentales sean pisoteados o desconocidos para la mitad de la población, y que ese núcleo esencial de toda la sociedad, que es la familia se mantenga, como un foco de conservación y transmisión de estas relaciones de dominación-posesión, lo que le convierte, en una auténtica escuela de violencia perpetuándose así el sistema.

### **3.3. Causas de la Violencia Doméstica**

Las causas del comportamiento violento en el ámbito doméstico, pueden tener un comportamiento endógeno (una forma de ser violento innato o aprendido en la infancia o la juventud, probablemente, por imitación de comportamientos similares observados en su entorno) y pueden tener un carácter exógeno: abuso del alcohol, de las drogas, inadaptación al medio familiar, fracaso laboral, etc... o finalmente ,y en la mayor parte de los casos, lo normal es que se de una mezcla de los dos componentes: carácter violento innato o aprendido y situación proclive a la demostración de fuerza física o maldad psíquica para obtener o mantener el poder en el ámbito doméstico.

En nuestra cultura, abundan los dos componentes antes mencionados, que favorecen, el desarrollo de la violencia doméstica: un machismo pasado de moda, pero no tanto como quisiéramos, una mala interpretación del derecho de corrección y una tendencia generalizada hacia el abuso del alcohol o de otras sustancias estupefacientes, que, socialmente, están bien vistas, o cuando menos, es tolerado sin reproches serios. A estos factores tradicionales, han venido a sumarse otros factores diversos y relacionados con el entorno social donde el individuo se desarrolla.

Sociológicamente, también se explican otras formas de violencia, que son lamentablemente, poco tratadas: la ejercida sobre las personas de la tercera edad, cuya

convivencia con sus descendientes viene impuesta por la necesidad o conveniencia de que contribuyan con su pensión, al sostenimiento de la familia. En estos casos la pensión es bienvenida pero el anciano que la aporta, es malquerido y objeto, por tanto, de vejaciones, provenientes generalmente de los parientes afines. Y, finalmente, la difícil convivencia, muchas veces impuestas entre padrastros, hijastros, hermanastros consecuencia de uniones entre personas separadas o divorciadas.

### **3.4. Clases de Violencia**

- Física y síquica
- Ocasional y reiterada (habitualidad.).

De entrada conviene precisar los términos “violencia” y “doméstica” para posteriormente distinguir entre sus distintas variedades.

Por violencia, ha de entenderse, tanto la física (“vis corpore illata” o violencia en sentido estricto, esto es, con uso de la fuerza) como la síquica (vis compulsiva), generalmente equiparable a la intimidación, aunque, este término, tiene menor alcance porque no comprende los supuestos de injurias, calumnias o vejaciones).

En ninguno de los dos casos, las acciones típicas, requieren unos resultados materiales; si los hay, entraremos en el terreno concursal como expondremos con posterioridad.

La violencia, por si misma, no tiene un tratamiento específico en el Código Penal más que cuando se produce en ámbitos concretos: el doméstico o entre determinadas personas (circunstancia en este caso agravante de parentesco del artículo 23 del aludido Texto legal).

Hablar de violencia doméstica, cuando la misma se desarrolla dentro de una morada o fuera de ella, pero entre personas que la comparten. El término doméstica, es por tanto, evidentemente, más amplio que el familiar e incluye a todos los que habitan una vivienda aunque no pertenezcan a una misma familia.

Es más dudosa, que la protección penal específica, pueda extenderse a personas distintas de las expresadas en los artículos 23, 153 y 617.2 del código penal de incluirlas sobrepasaríamos los límites de la interpretación extensiva, para entrar en el terreno prohibido de la analogía.

Pero aún hay que concretar: La protección penal es diferente y superior para la violencia doméstica cuando es física y habitual. En otro caso, los tipos aplicables son los comunes al homicidio, aborto, lesiones, amenazas, coacciones...con la agravante genérica de parentesco si procede o los concretamente agravados por razón de parentesco o asimilada.

### **3.5. La Función del Ministerio Fiscal en la Persecución de la Violencia de Género**

Como es lógico advertir, el proceso penal español y su actual reforma (Ley 38/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la ley de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado), así como la Ley 14/2003 de 26 de mayo de modificación de la Ley 50/1981

de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del M ministerio Fiscal, y la Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, han significado, un enorme avance, en cuanto al desarrollo y al participación de la víctima dentro del mismo.

Absolutamente, todos los Derechos comparados, con el antiguo procedimiento, vieron un mayor reconocimiento en nuestra actual legislación .Sin embargo eso no nos dice mucho, toda vez que este avance es respecto de un sistema que adolece de numerosas lagunas, no sólo desde el punto de vista de la víctima sino también del imputado, de los testigos de todos, en fin creo que este sistema es un modelo absolutamente excluyente y por lo mismo, en muchos aspectos injusto.

Haber modificado, como hemos expuesto, el antiguo proceso penal no nos puede dejar completamente satisfechos a los que tenemos una preocupación racional por estos temas, sino por el contrario, se debe agudizar con mayor profundidad nuestra visión crítica respecto del nueva sistema para poder ir avanzando en este nuevo modelo que en algunos puntos si que ha resultado satisfactorio como tendré ocasión de exponer a lo largo del presente trabajo.

Desde nuestro punto de vista, haber definido, un nuevo concepto de víctima, podría haber generado un profundo cambio en el sistema y, por ende, en la organización del Ministerio Fiscal. Este cambio debería orientarse, tanto dentro del modelo compositivo, como en el cognoscitivo.

A decir verdad, tenemos, un concepto de víctima y de la relación con el Ministerio Fiscal que nos impide renovar dicha discusión sin una crítica previa al Ministerio Fiscal.

Lo cierto es que el concepto de acción pública que es el modo como pensamos hoy en día el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal, es expresión del derecho penal de la infracción.

Esta idea que en su tiempo tenía Carrara, que fue un crítico muy claro, del concepto de acción pública y del monopolio de esta por el Ministerio Fiscal, permitiendo según este autor identificar las razones por las cuales, la acción pública ha sido uno de los mecanismos mediante los cuales el Estado desplazando a los individuos introdujo el Derecho penal de la infracción.

Sin embargo, el que se quiera dejar de lado este enfoque del derecho, no significa, de ninguna manera, que no se le asigne al Estado, una función positiva. Cumple una función positiva de la tutela judicial efectiva no solamente mediante la creación de órganos que van a asegurar esa función judicial, sino que también articula mecanismos para el sostenimiento y la ayuda a la víctima del delito.

En opinión de Pilar Íñiguez Ortega<sup>512</sup>, y a tenor de lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, la función del Estado debiera ser, necesariamente, el ayudar y sostener los intereses de la víctima para que se pueda cumplir, de forma efectiva, la premisa de la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra Norma Fundamental (art. 24).

Pero esta relación entre el Estado y el Ministerio Fiscal queda, absolutamente oscurecida, si seguimos utilizando el concepto de acción pública, porque esto significaría la autonomía del interés mismo respecto a la víctima del delito.

Lo importante, es que el legislador, no superponga su interés respecto de los intereses sociales, por cuanto eso le convertiría en un Estado en sí mismo y no en aras a la defensa de los intereses de la sociedad, que es su fin último.

---

<sup>512</sup> ORTEGA, Pilar Íñiguez, op. cit., p. 193.

Lo que habría que hacer entonces, a nuestro entender, es redefinir, de forma clara, el concepto de víctima y eso significaría comprender, que existen distintos niveles de víctima en toda afectación y que por cierto habría que delimitar. Asimismo, hay que entender, que las víctimas del delito, pueden tener intereses contradictorios y que debe ser función del Ministerio Fiscal, articularlos, de forma correcta, a tenor de los preceptos de nuestras Leyes adjetivas.

Uno de los fallos de nuestro sistema procesal penal, es que no ha logrado construir justamente, por lo que no le ha prestado especial dedicación al tema que nos ocupa, las distintas categorías de víctima, que es posible advertir, en un conflicto planteado ante nuestros tribunales.

Si tomamos como referencia la clasificación que hemos analizado en el anterior capítulo de este trabajo, existirían no sólo víctimas individuales sino también familiares, grupales, comunitarias colectivas y difusas.

Con esto, inmediatamente, incorporamos a todos como posibles víctimas de un delito y excluimos de forma absoluta algo que no puede existir que es un delito sin las mismas o sea un delito que no afecte ni siquiera a un grupo difuso de personas. La sociedad así como la hemos entendido siempre, es una mera abstracción.

En conclusión, en esta categoría, lo que resulta importante es la organización del Ministerio Fiscal, que ampare y ejercite de forma debida, las tareas encomendadas por el Estado y para una adecuada imposición del principio ya nombrado del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, asumiendo esta caracterización como provisoria, lo importante de esta idea es lograr una satisfacción plena de la víctima, mediante una adecuada representación y una vinculación de todos los organismos que deben ejecutar la protección global y reparación “in integrum” de la víctima del delito; con una

persecución penal eficiente y un modelo adecuado de organización, fortaleciendo esta política de persecución oficial.

Desde esta óptica el Derecho Penal con su monopolio de la acción penal pública ha sido, en muchas ocasiones, sinónimo del debilitamiento de la persecución penal eficaz; la idea es diversificar los instrumentos que tiene el Estado y darle el papel que le corresponde a la víctima del delito., es decir, optimizar dicha persecución delictual.

Sentadas las ideas generales anteriores y centrándonos, en este tipo de delitos, aunque procesalmente no es admisible al tratarse de delitos públicos, es muy frecuente la creencia popular de que la acusación se halla en manos de la agredida. Así, la mujer suele comparecer a los pocos días en el juzgado para indicar que ya se ha reconciliado con su pareja y que no desea intervenir en el procedimiento, modificando sustancialmente su declaración de forma que las contradicciones sean evidentes. Solo tiene el carácter de semipública las faltas de amenazas, coacciones, injurias o vejación injusta leve (art. 620 en relación con los artículos 639 y 130 del aludido Texto Legal, cuya competencia corresponde a los jueces de paz).

La experiencia nos demuestra no sólo al Juez sino también al Fiscal, que un gran número de mujeres desconocen los derecho que las leyes les confieren tanto en relación a las medidas cautelares de carácter penal, como las consecuencias civiles. La existencia de malos tratos permite a la mujer solicitar ante el juez de guardia el cese inmediato de la convivencia familiar y la adopción de las medidas adecuadas para garantizar su efectividad.

### **3.6. Propuestas de Medidas Judiciales instadas por el Ministerio Fiscal de protección a las Víctimas de Violencia de Género**

Antes de especificarlas, conviene matizar, que en España, este tema salta a la luz pública como tema de actualidad al interesarse los medios de comunicación por el imparable aumento de mujeres que mueren de forma violenta causadas por los maridos o sus compañeros sentimentales. Factores sociológicos tales como considerar estas agresiones un asunto privado la indudable dificultad probatoria de los hechos sobre todo cuando la mujer quiere retirar la denuncia y una visión todavía comprensiva del problema derivada del tan nombrado en este trabajo, educación machista de la sociedad son los mejores cómplices del silencio y minimización de estas conductas delictivas, que afectan, de forma directa e indirecta a las víctimas de este delito.

Se constatan, igualmente, dos situaciones de extremo riesgo en el desarrollo de la violencia más grave:

Los desequilibrios psíquicos causados por el estado esporádico o crónico del varón.

Cuando la relación afectiva ya ha finalizado y se encuentra en fase de regulación de hecho o legal separación o divorcio, produciéndose, incluso, cuando aparentemente se está actuando de mutuo acuerdo.

En la actualidad, y según nuestro punto de vista, la mujer ha superado casi totalmente el miedo “al que dirán” a ver mancillado su honor si revelaba que era objeto de palizas y amenazas e incluso el reconocimiento del fracaso de la relación familiar.

Se insta de forma clara a incentivar las denuncias ante los diferentes organismos y a encauzar una colaboración activa entre las diferentes Instituciones y Organismos que encuadren de forma clara la pretensión punitiva del Estado.

El desarrollo de esta forma de “hacer justicia”, planteó, la necesidad de que un tercero dirimiera el conflicto.



Así, la generalización de la idea de un proceso o juicio que lleve consigo el carácter público de la pena y la sustracción de la víctima de la imposición y ejecución de la misma resulta ser una etapa posterior al Derecho penal de la venganza privada. Penal de carácter público, nace cuando se pasa, de una relación bilateral (agresor-víctima) a una relación trilateral en la fórmula de solución de conflictos (agresor-autoridad judicial-víctima).<sup>513</sup>

La interposición de la querrela, como analizaremos en el presente trabajo, resulta ser una excepción al ejercicio público de la acción penal, excluyente de su facultad persecutoria, y que se justifica en interés del derecho a la intimidad de la propia víctima. En la práctica, como veremos al entrar a valorar los diferentes tipos delictivos, favorece situaciones de impunidad que desvirtúan el efecto preventivo del tipo penal, y su necesidad, genera serios inconvenientes en la oportuna recopilación de las pruebas del delito.

Únicamente, recordar que los planteamientos de reforma del Ministerio Fiscal, no incluyen en absoluto su sustitución por la víctima en los esquemas procesales que se proponen como alternativos. Todo lo contrario, apuntan a una remozada participación del primero, en el esquema procesal más acusativo.

Se pretende una conducción funcional del Ministerio Fiscal en los delitos de persecución pública de todos os organismos que van a influir en la investigación del hecho delictivo, en aras, a reducir sensiblemente el efecto de victimización secundaria que producen especialmente este tipo de procesos.

---

<sup>513</sup> Si bien hablamos de un órgano independiente de poder jurisdiccional, no siempre el Ministerio Fiscal ha permanecido independiente de otros poderes del Estado. Así, CONDE PUMPIDO, Cándido, "*El Ministerio Fiscal*", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pp. 21, muestra las diferentes formas de cómo ese órgano se incardina en el Estado: Sistema continental Napoleónico o de representación de Poder Ejecutivo, Sistema de representación de la sociedad, del Poder Legislativo que encarna la soberanía popular, como órgano de actuación de la justicia integrado al Poder Judicial y como órgano independiente mantenedor de la legalidad. Nuestro modelo constitucional, sitúa, al Ministerio Fiscal en este último sistema (art. 158 de la constitución Política).

Aunque será objeto de comentario, en Capítulo adicional del presente trabajo, con la publicación de la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre de reforma parcial del procedimiento abreviado, para el enjuiciamiento rápido e inmediato, de determinados delitos y faltas, en relación con este tipo de delitos supone una de las más importantes novedades de las misma.

Se trata de una materia que - obviamente, despierta una gran inquietud como hemos expuesto anteriormente - a la que el legislador, ha querido responder, con medidas eficaces.

Entre los delitos a los que debe aplicarse el procedimiento de "juicios rápidos", el art. 795.1.2ª a) se refiere a "delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el art. 153 del CP".

Todo ello, obliga a realizar, una exégesis previa, sobre el origen del precepto, sus modificaciones, y la evolución doctrinal y jurisprudencial del mismo, para, así, poder pronunciarnos, con conocimiento de causa, sobre las posibilidades reales de enjuiciamiento inmediato, que presentan las mencionadas conductas.

El delito de maltrato familiar fue introducido en la legislación penal, por LO 3/1989 en el art. 425 del CP, siendo el antecedente del actual 153 del citado Cuerpo legal, que mejoró de forma notable la redacción y amplió el ámbito de su aplicación.

Fruto de la preocupación del legislador en esta materia y de la necesidad de ir definiendo elementos del tipo necesitados de una mayor concreción, así como, ampliar el ámbito de protección de los sujetos pasivos de la infracción penal, se reformó el CP por LO 11/1999 añadiendo, a las medidas señaladas en el art. 57 del referido Cuerpo Legal, la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella, y por LO 14/1999 se incorpora la conducta típica la violencia psíquica, y, se aportan, ciertos

criterios para interpretar el término de habitualidad, para el que se tendrá en cuenta el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma, o diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto y de que los actos violentos, hayan sido objeto o de enjuiciamiento en procesos anteriores, la habitualidad se convierte en elemento rector del tipo y para su apreciación será preciso reunir el material probatorio necesario para su acreditación.

Un paso más avanzado, nos ofrece la doctrina jurisprudencial, que examinando el bien jurídico protegido y los elementos del tipo, ha sentado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 927/2000, de 24 de Junio, 20/2001 de 22 de Enero, 1974/2001 de 25 de Octubre.

Siendo esencial, la constatación de la habitualidad, la Fiscalía General del Estado, haciéndose eco de esta realidad en la Circular 1/1998, daba instrucciones precisas a los fiscales, para lograr que esas conductas, que de ordinario venían siendo enjuiciadas de forma deslavazada, y en procedimientos independientes, generalmente por el trámite de juicio de faltas, se enjuiciaran de forma conjunta y en un único procedimiento, creando para ello en el ámbito de las Fiscalías una Sección de violencia familiar y un Registro especial de causas de violencia doméstica.

Con el panorama que se acaba de describir, y que analizaremos adecuadamente, en enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos en el ámbito familiar, resulta de difícil realización, porque dichas causas son de compleja tramitación, en las que el Juzgado desde recabar todas las denuncias pendientes siendo incompatible su instrucción con el breve periodo de tiempo fijado para la guardia (en las grandes ciudades 24 horas), asimismo, en estas causas, la habitual producción de lesiones de carácter físico o psíquico de pronóstico incierto, y en ocasiones, necesitadas

de contraste mediante la correspondiente pericia, imposibilitan su calificación de inmediato; la asunción del Juzgado de guardia de la competencia para la investigación de estos hechos, vulnera las normas de competencia cuando el Juzgado de instrucción esté conociendo con anterioridad de los mismos hechos; el enjuiciamiento inmediato de faltas cometidas contra las personas mencionadas en el art. 153 que preconiza el art. 962-1421 de la Ley, vulnera, igualmente, las normas de competencia cuando ya exista causa judicial abierta por los mismo hechos, debiendo, unirse la nueva denuncia a la causa principal, para, formar parte, del acervo probatorio necesario, para acreditar el elemento de la habitualidad exigido en el tipo penal.

Convendrá destacar, en torno a estos temas, las importantes reformas procesales operadas por Ley 14/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el que concretamente, en su artículo trece (punto 10), amplía las funciones del Ministerio Fiscal y reseña, especialmente, la protección de la víctima y la posibilidad de adopción de medidas cautelares, y la reforma operada por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, pretendiendo dar a estas personas a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante le Juzgado de instrucción, encauce adecuado y un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza penal y civil, con una activación inmediata de las Administraciones públicas estatal autonómica y local una activación necesaria de los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Destacase contribución de Manuel Jaén Vallejo, Letrado del Tribunal de España, Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal

Comparado, que muy bien escribe sobre lo delito de violencia en el ámbito familiar y la insuficiencia del derecho penal.<sup>514</sup>

El fenómeno criminal de la violencia en el ámbito familiar, comúnmente denominada “violencia doméstica”, es de los que más preocupan en España actualmente, dejando aparte el terrorismo, con cerca de cien atentados sufridos en los dos últimos años, expresión de la mayor irracionalidad posible.

Según Pilar Íñiguez Ortega<sup>515</sup> el fenómeno criminal es un fenómeno, además, que ha sido in crescendo en los últimos años, pasando, según la última Memoria de la Fiscalía General des Estado presentada en septiembre de 2001, desde las 7000 a las 16.000 causas abiertas por malos tratos en los Juzgados españoles, aproximadamente.

De todos modos, es muy probable que este significativo aumento se deba, además de al indudable incremento de los hechos delictivos, a la cada vez más decidida decisión por parte de las víctimas de denunciar esos hechos, no de ocultarlos, como ha venido ocurriendo durante mucho tiempo, en unos casos por falsos perjuicios sociales (por el “qué dirán”), y en otros casos por una cierta desconfianza hacia el sistema, que tiene muchas veces su origen en la creencia de que la justicia penal no puede resolver estos problemas sociales (“la justicia no sirve”, se dice).

A pesar de todo, aún sigue habiendo muchos casos de mujeres maltratadas en España que no llegan a ser denunciados. Y no sólo eso, hay muchos casos que desembocan en delitos más graves, es decir, casos en los que finalmente la violencia ejercida sobre la mujer, que es la hipótesis más generalizada, desemboca en el homicidio o en lesiones graves. Según la mencionada Memoria, en el año 2000 casi cincuenta mujeres murieron a manos de sus parejas.

---

<sup>514</sup> VALLEJO, Manuel Jaén, “*Delito de violencia en el ámbito familiar: ¿insuficiencia del derecho penal?*” Derecho, Proceso Penal y Victimología. Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 335 a 356.

<sup>515</sup> ORTEGA, Pilar Íñiguez. Op. cit. p. 245

Y aunque cuando se habla de esta violencia, denunciándose ante la opinión pública, sólo se hace referencia a los malos tratos en sí, no hay que olvidar que hay otros delitos periféricos en este ámbito familiar, no menos graves, como el abandono de familia (art. 226 CP), el impago de pensiones (art. 227 CP), la utilización de menores para la mendicidad (art. 232 CP), e incluso abusos sexuales, tanto sobre la pareja, como sobre los hijos (arts. 178 y ss. CP).

A juicio de Manuel Jaén Vallejo, una concepción moderna del Derecho penal y de las consecuencias jurídicas del delito, puede permitir actuar en aquella dirección, sin necesidad de estar cuestionando permanentemente, como sucede muchas veces, el derecho positivo vigente y de reclamar un incremento significativo de las penas, como si con una nueva regulación legal y con un endurecimiento de las penas se pudiera lograr resolver definitivamente el problema social que representa la violencia doméstica.<sup>516</sup>

Manuel Jaén Vallejo aborda el llamado “delito de violencia doméstica” en el Código Penal español:

1. El art. 153 CP<sup>517</sup> castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años al que “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro”.

---

<sup>516</sup> VALEJJO, Manuel Jaén, op. cit., p. 337.

<sup>517</sup> Su precedente está en el art. 425 del Código Penal de 1973, introducido por la L.O. 3/1989, de 21 de junio.

Sujeto activo, pues, del delito, lo será aquel que goce de alguna de las relaciones que se establecen en el precepto al determinar el ámbito de los sujetos pasivos, reguladas todas ellas en el Código Civil.<sup>518</sup>

Explica Prof. Dr. Manuel Jaén Vallejo que la creciente preocupación por los malos tratos en España en los últimos años originó dos reformas. La primera fue la operada por L.O. 11/1999, de 30 de abril, que amplió la medida prevista en el art. 57 del CP, como pena accesoria, relativa a la posibilidad de prohibir la estancia en el lugar donde se cometió el delito o donde resida la víctima, añadiendo la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella. La segunda fue la operada por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, que introdujo cambios en el art. 153 CP, como: a) el que incorporó a la conducta típica el supuesto de violencia psíquica, hacia entonces excluido, al exigirse expresamente el ejercicio de “violencia física”; b) el que eliminó la necesidad de que la relación matrimonial o análoga subsistiera en el momento del maltrato, razón por la que ahora se exige que “esté o haya estado”, y c) el que incorpora criterios para interpretar el término “habitualidad”.

Ahora, para apreciar la habitualidad que exige el tipo penal del art. 153 CP, se debe atender, según lo dispone el párrafo segundo de este artículo, “al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Como se puede ver, la habitualidad a la que se refiere este artículo no exige, como la reincidencia (art. 22.8ª CP), condenas previas por la misma conducta, sino,

---

<sup>518</sup> Matrimonio, arts. 42 y ss.; relaciones paterno-filiales, arts. 154 y ss.; tutela, curatela, etc., arts. 215 y ss.

sencillamente, la acreditación de que se hayan realizado varios actos de violencia en relación con las personas a que se refiere el precepto.

Ámbito personal, violencia, tanto física como psíquica, luego amenaza de violencia física, y habitualidad, por tanto, son los elementos del tipo penal del art. 153 CP. Ahora bien, aunque la última versión contenida en este artículo amplía el ámbito de las personas protegidas, es decir, de potenciales víctimas del delito de violencia en el ámbito familiar, incluyéndose a los ascendientes y a los hijos del cónyuge o persona con la que conviva el autor, así como el acogimiento familiar (arts. 173 y ss. del Código Civil), que es similar a la patria potestad, lo cierto es que la hipótesis más frecuentes es la de los malos tratos sobre la mujer. Sólo ocasionalmente se producen otras hipótesis, como la de malos tratos de los hijos hacia los padres que conviven con aquéllos, o la de malos tratos de los padres sobre los hijos, en el pretendido ejercicio del derecho de corrección. Este derecho se encuentra reconocido a los padres en el art. 154, que dice que los padres podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos, y también a los tutores, en los mismos términos, en el art. 268, ambos del Código Civil. Naturalmente, hoy las circunstancias socioculturales imponen unas normas pedagógicas diferentes a las que podrían regir en otros tiempos y que obligan a interpretar muy restrictivamente el derecho de corrección. La propia Constitución española no sólo reconoce el derecho a la integridad física y moral, sino que, además, prohíbe los tratos inhumanos y degradantes (art. 15), aparte de reconocer la dignidad de la persona como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10).

¿Podría aplicarse el tipo penal del art. 153 CP en los supuestos de noviazgo en los que se mantienen relaciones sexuales? La respuesta, según Manuel Jaén Vallejo, no puede ser sino negativa, pues la relación de noviazgo no es una relación análoga a la del matrimonio. Sólo se puede equiparar esta institución, “la relación existente entre



personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, conviven de hecho more uxorio, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11.5.1995).

Evidentemente, puede ocurrir que con ocasión de los malos tratos se produzcan lesiones de los arts. 147, 148, 149 ó 150 CP, en cuyo caso habrá que castigar también por estos delitos, aplicando, incluso, la circunstancia agravante mixta del art. 23 CP (parentesco). La concurrencia de delitos sería real y, por tanto, la regla aplicable sería la del art. 73 CP.

Precisamente estos casos, en los que se ha producido un resultado más grave, de lesiones, por lo general, aunque también en ocasiones de muerte, son los que han permitido conocer al Tribunal Supremo de algunos casos de esta naturaleza, que, de lo contrario, no hubieran llegados a este alto órgano jurisdiccional.<sup>519</sup>

Manuel Jaén Vallejo cuestiona la insuficiencia del derecho penal, destacando las “otras vías” del Derecho penal.

Nadie discute que son muchos los factores que pueden influir en el fenómeno criminal de la violencia en el ámbito familiar al que se refiere Manuel Jaén Vallejo. Desde un latente machismo, pues lamentablemente siguen siendo muchos los hombres que aún tienen un sentido de superioridad sobre la mujer, especialmente pronunciado en aquél ámbito, pasando por una profunda, e veces, incultura, pues aunque la violencia doméstica se ha llegado a manifestar en todas las clases sociales, lo cierto es que se manifiesta con mucha más frecuencia entre las clases menos favorecidas, e incluso también, en no pocas ocasiones, subyacen problemas de alcoholismo y problema también de carácter mental.

---

<sup>519</sup> Ver, por ej., SSTs de 17-4-1997, 29-4-1999 y 7-9-2000.

¿Qué puede hacer el Estado a través del Derecho penal, en estos casos que tanto afectan no ya sólo a la integridad física y/o psíquica de la víctima, sino también a su propia dignidad y a la familia?

Responde Manuel Jaén Vallejo es claro que cuando se nos plantea el problema, el delito ya se ha cometido, es decir, la víctima, mujer por lo general, ya ha recibido los golpes, y éstos no se los podemos quitar. ¿Acaso el sistema penal no puede sino comprobar el delito y sancionarlo sin más? Y, sobre todo, ¿qué va a pasar una vez que el condenado cumpla la pena?, que será, para la hipótesis más grave de los tres años de prisión prevista en el art. 153 CP, poco después de que aquél cumpla los dos años de condena, momento en el que podrá disfrutar de la libertad constitucional (art. 90 CP).

En un Estado democrático de Derecho, es evidente que el Derecho penal tiene unos límites, representados por los principios que legitiman su aplicación, es decir, el ejercicio del *ius puniendi* en el marco de un sistema político de esas características no puede desconocer ni el principio de legalidad ni el principio de culpabilidad. Y, en particular, de este último deriva el principio de proporcionalidad, de tal manera que las penas deben estar proporcionadas a la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Ello significa que no podemos aplicar una pena que supere la pena prevista para el delito, pues su así lo hiciéramos vulnerando el principio de legalidad. Este principio no se refiere sólo al delito (*nullum crimen sine praevia lege*), sino también a la pena (*nullum poena sine praevia lege*), es decir, el ciudadano no sólo debe conocer el límite de lo prohibido, sino también la pena que le puede ser impuesta si lo contraviene. Y tampoco podemos decidir la gravedad de la pena según la personalidad del autor, por lo que es, sino por lo que hizo, es decir, según su culpabilidad en la comisión del hecho realizado (principio de culpabilidad).

El Tribunal Constitucional español, en la línea de otros Tribunales europeos, como el alemán, ha declarado la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, circunstancia que permitía mantener al acusado en prisión un poco más de tiempo, pero siempre y cuando la pena (agravada) no supere la medida de la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad.

De todos modos, a pesar de los esfuerzos que se han hecho tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para poder afirmar la constitucionalidad de la reincidencia, a mi juicio esta agravación de la pena choca con aquel principio de la culpabilidad por el hecho, por muchos esfuerzos dialécticos que se quieran hacer en aquel sentido. Y, sobre todo, como lo ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de mayo de 2000, “es un medio político-criminal totalmente inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor y la necesidad de protección de las potenciales víctimas”. Con buen criterio, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su reunión de Panamá (1998) decidió, coherentemente con su proclama de que “la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena”, no incluir en el Código Penal Tipo la circunstancia agravante de reincidencia.<sup>520</sup>

Hace ya tiempo (finales del siglo XIX) que el Derecho penal amplió su sistema de consecuencias. Frente al monismo de las viejas teorías absolutas de la pena, teorías puramente retributivas, que sólo requerían la pena, como retribución por la comisión de un delito (*punitur quia peccatum*, se impone la pena porque se ha cometido un delito), surgió un sistema de doble vía o dualista, en el marco de las teorías relativas de la pena, que pusieran de manifiesto la insuficiencia de la pena para llevar a cabo la idea de

---

<sup>520</sup> En cambio, el Corpus Juris Europeo contiene en su art. 15, dedicado a la mediación de la pena, elementos extraños a la culpabilidad por el hecho, como es la “personalidad” y la “reincidencia”. Concretamente, según dicho artículo, “las penas previstas para las infracciones definidas con anterioridad se aplicarán en función de la gravedad del hecho, de la culpabilidad del autor y del grado de su participación en la infracción. Fundamentalmente, se tomarán en consideración la vida anterior del acusado, su eventual reincidencia, su personalidad, sus móviles, su situación económica y social y, en particular, sus esfuerzos para reparar el daño causado”.

prevención especial que en aquéllas fue adquiriendo cada vez más importancia. Este sistema, en el que se basan actualmente los derechos penales constitucionales europeos e iberoamericanos pretende reprimir el hecho punible cometido y evitar su repetición. Para ello se prevén dos consecuencias o reacciones (¡dos vías!): la pena y la medida de seguridad. Con ellas se sanciona la culpabilidad y se previene la reincidencia cuando el autor no es culpable, o cuando aun siéndolo la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia. Es decir, el problema que planteaban unos (reincidentes) y otros (inimputables) era, en realidad, el mismo: ¡su peligrosidad!, y, por tanto, su recaída en el delito.

Esta situación tiene que conducir a entender que la relación entre una y otra consecuencia jurídica no es necesariamente alternativa sino que puede operar complementariamente,<sup>521</sup> luego es perfectamente posible que se pueda completar la pena con una medida de seguridad para los reincidentes, sin que ello suponga una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues cuando la medida de seguridad opera complementariamente rige el sistema vicarial, según el cual la pena y la medida no se acumulan matemáticamente, sino que el tiempo de privación de libertad de la medida se contabiliza para el de la pena. Y si la medida de seguridad no es privativa de libertad, tampoco tiene por qué producirse aquella vulneración si se respecta el principio de proporcionalidad en su aplicación. En realidad, la concurrencia de penas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad, plantea una situación muy parecida a la que tiene lugar cuando concurren aquellas penas y penas de carácter accesorio consistentes en privación de derechos, cuya legitimidad no se cuestiona.

En este sentido, el StGB alemán prevé en su párrafo 68.1 la “supervisión de conducta” (vigilancia). Concretamente, este párrafo dispone que cuando alguien haya

---

521 Cfr., en este sentido, Bacigalupo, Enrique, “Principios de derecho penal”, 5º ed., 1998, p. 22; JAKOBS, Günter. “Strafrecht”, AT, 2ª ed., 1991, p. 30; Roxin, Claus, “Strafrecht”, AT, 3ª ed., 1997, § 1, 3.

cometido un delito, castigado con una pena privativa de libertad de al menos seis meses, el Tribunal podrá imponer junto con la pena la supervisión de conducta, cuando exista el peligro de que el sujeto cometa otros delitos. Esta medida (“supervisión de conducta”) tiene un especial significado en los delitos contra la libertad sexual (§ 181 b StGB),<sup>522</sup> siendo esencial la creación de un ente de supervisión y de un asistente de libertad a prueba: uno y otro deben atender y ayudar al condenado (§ 68 a) StGB).

Pues bien, precisamente esta necesidad de prevenir la reincidencia se ha puesto también de manifiesto en España con relación a los delitos sexuales. Hace unos años se produjo en España un caso que originó un amplio debate en la opinión pública acerca del cumplimiento y duración de las penas. Manuel Jaén Vallejo oportunamente se refiere al conocido “caso del violador del Ensanche de Barcelona”, en el que autor había extinguido su pena, quedando en libertad sin haber mostrado ninguna señal de arrepentimiento y sin haber recibido tratamiento alguno. A la vista de casos de esta naturaleza, no sorprende que en algunos países se haya introducido en los delitos contra la libertad o autodeterminación sexual una medida de control o supervisión de la conducta, o incluso la castración farmacológica, evidentemente siempre con el consentimiento del afectado.

En España, últimamente hay tribunales que vienen imponiendo en sus Sentencias, especialmente en supuestos de agresiones o abusos sexuales,<sup>523</sup> que a veces se producen en el ámbito familiar, la medida de seguridad consistente en la prohibición de acudir a los lugares de residencia y a los puntos o sitios que frecuente la ofendida, que tiene su reconocimiento en los arts. 96.3.1ª y 105.1 d) del Código penal, y que se

---

<sup>522</sup> Cfr. también arts. 42 y ss. del Código penal suizo, 199 y ss. del Código penal italiano; § 18 y ss. StGB austríaco, y arts. 70 y ss. del Código penal portugués.

<sup>523</sup> Art. 178 e ss. Y 181 ss., respectivamente, del Código penal español. La agresión sexual se caracteriza en este Código por el empleo de violencia o intimidación, mientras que lo que caracteriza el abuso sexual es la ausencia de esos medios criminales, pero al mismo tiempo la falta de consentimiento de la víctima, lo que tiene lugar en el caso de menores de 13 años, y personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

puede imponer, según este último artículo hasta un máximo de cinco años. Medida de seguridad aplicable, como es lógico, tan pronto el acusado quede en libertad, y cuyo incumplimiento puede dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena. También está prevista esta misma medida, pero como pena accesoria, en el art. 57 del Código penal.

A juicio del brillante jurista, los supuestos como el antes mencionado permiten más fácilmente, en la regulación española, la aplicación de la pena accesoria ex art. 57 del Código penal vigente, que autoriza al Juez o Tribunal a que acuerde la prohibición de aproximación a la víctima, hasta un tiempo máximo de cinco años “atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”, pues las medidas de seguridad del art. 105 del Código penal español están referidas a supuestos de personas que han sido declaradas exentas de responsabilidad penal por falta de capacidad de culpabilidad o por tenerla disminuida. En cualquier caso, se trate de pena accesoria, o se trate de medida de seguridad complementaria, aplicable en el momento en que el acusado quede en libertad, aunque tengan distinta denominación, tienen idéntico significado, que es verdaderamente lo importante. Aunque, a juicio de Manuel Jaén Vallejo, con quien concordamos, más allá de las palabras que utilice el texto legal en la denominación, se trata de una medida de seguridad pues aquella prohibición no está basada en la culpabilidad del autor, sino en su peligrosidad.

También se pone de manifiesto la necesidad de adoptar alguna medida de seguridad complementaria en los supuestos de violencia doméstica, que, como se dijo, cada vez preocupan más en España, ámbito en el se está adoptado la medida (pena accesoria) prevista en el art. 57 del Código penal, consistente en la prohibición de que el condenado vuelva al lugar de residencia de la víctima (alejamiento del agresor). El propio Tribunal Supremo español (Sala segunda) ha tenido ya ocasión de referirse a esta

medida, señalando incluso que hay que dar a aquella prohibición el alcance efectivo pretendido por el legislador, por lo que “no hay ningún inconveniente legal para situar el inicio de esta prohibición de resistencia en el momento en que termina la privación de libertad inherente a la pena de prisión”, pues es evidente que otra solución, esto es, la coincidencia en el tiempo de pena y alejamiento, haría inútil la previsión legislativa respecto a la medida (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000). Añadiendo esta misma Sentencia que tampoco cabe determinar, como dies a quo, el primero en que concluya el período de prisión e inicie el penado su vuelta a la libertad, pues “el tiempo del comienzo de la mencionada prohibición de residencia ha de empezar cuando comience a disfrutar de permisos carcelarios, o del periodo de libertad condicional, o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización”.

El sistema de doble vía, pues, no se caracteriza por prever penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino por prever penas para los culpables y medidas para los peligrosos, sean estos últimos capaces o no de culpabilidad, evidentemente siempre que se haya cometido previamente un hecho previsto como delitos, pues como es claro las medidas de seguridad deben ser siempre postdelictuales, no predelictuales; de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad.

Son estas medidas postdelictuales, pues, las únicas, según Manuel Jaén Vallejo, que entran en consideración. Con ellas no se trata de exasperar en forma encubierta las penas impuestas a los que cometen determinados delitos; vía que no siempre es posible con la pena.

Es cierto que, como se dijo, tanto la pena como la medida de seguridad presentan coincidencias, debiendo estar ambas orientadas hacia la reeducación y reinserción social del sometido a ellas, y, en este sentido, el acercamiento entre una y

otra consecuencia jurídica es innegable. Pero el fundamento de la pena, y, por tanto, su duración, son bien diferentes. Por ello, la consideración de una relación complementaria entre una y otra, puede permitir la obtención de una adecuada respuesta en el orden jurídico penal al conflicto planteado por el delito, más razonable y eficaz.

La medida impuesta con carácter complementario junto con la pena, que debe tener una especial aplicación en el caso de los reincidentes, cumple una función vinculada con el mantenimiento de la validez de la norma, pues se aplica a personas que han obrado culpablemente y pretende también, al mismo tiempo, eliminar el peligro que representa la tendencia del sujeto a reincidir.

Evidentemente, la aplicación de la medida de seguridad ha de cumplir las necesarias garantías que exige todo Estado de Derecho, y debe estar también sometida a los mismos límites de la pena, aunque con parámetros diferentes. Es decir, igual que la pena, debe estar prevista y determinada legalmente (principio de legalidad); y también, igual que la pena, debe quedar sometida al principio de proporcionalidad, aunque aquí el parámetro de referencia no debe ser el da gravedad de la culpabilidad por el hecho, sino el del grado de peligro del sujeto, debiendo valorarse en el momento de la fijación del tratamiento.

Lo anterior no significa, explica Manuel Jaén Vallejo, que la medida de seguridad pueda tener una duración indeterminada, aunque cuando se trate de una medida consistente en el internamiento en un centro psiquiátrico, difícilmente se podrá establecer a priori un plazo de duración; el peligro, tanto para el mismo sujeto como para los demás, así como los presupuestos que la determinaron, serán factores esenciales en el momento de valorar si debe cesar su ejecución o si, por el contrario, debe continuar, siendo aquí esencial un riguroso control judicial que aleje toda posibilidad de que una vez que desaparezca la peligrosidad del sujeto éste pueda continuar internado,



que es en el fondo lo que se quiere evitar con la crítica a la indeterminación de la medida cuando se aplica a enfermos mentales con exención completa o incompleta de responsabilidad penal.

Una adecuada regulación del principio de proporcionalidad se encuentra en el parágrafo 62 del Código penal alemán, en el que, bajo esa misma rubrica, se afirma que “no se ordenará una medida de corrección y seguridad cuando ésta se halle fuera de relación con el significado de los hechos punibles cometidos y esperables del autor, así como del grado de peligro emanado de él”, no previendo siempre un plazo máximo, aunque sí la necesidad periódicamente de control y la posibilidad de suspensión de la internación por libertad e prueba (parágrafo 67 e).

Otro aspecto que a mi juicio hay que replantear en la relación entre la pena y la medida, que, según Manuel Jaén Vallejo, debe poder operar con carácter complementario, es el del momento de ejecución de la medida.

Aunque la regla general debe ser la prioridad de la ejecución de la medida de seguridad cuando ésta concurre con la pena, pues si existe un pronóstico favorable de conducta a favor del condenado cuando haya cumplido la medida, no se le debería aplicar ya la pena, quedando en una situación de libertad, que tanta importancia tienen en delitos de fuerte impacto social, como los delitos contra la libertad sexual y los llamados delitos de violencia doméstica. En España, aunque como pena accesoria, pero que, en realidad, tiene la misma naturaleza que una medida de seguridad complementaria a la pena principal, es cada vez más frecuente, como hemos visto, la adopción de las medidas previstas en el art. 57 CP en especial la consistente en la prohibición de que el condenado vuelva al lugar de residencia de la víctima (alejamiento del agresor), en los supuestos de delitos contra la libertad sexual y de violencia doméstica.

Pero hoy en día el Derecho penal va más lejos aún, propugnando un sistema de triple vía, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se añade la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como indemnización de daños al afectado o trabajos comunitarios, por ejemplo.

Esta institución de la reparación, la llamada comúnmente “tercera vía” tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito, o a la propia colectividad cuando la reparación tiene lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad, en aquellos casos, por ejemplo, en los que no hay una víctima individual. Aparte de la ventaja que tiene esta figura de lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social, la reparación permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que celebre el juicio oral. Es decir, tan pronto se produzca aquella conciliación, el proceso, puede concluir mediante sobreseimiento de la causa.

Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos que no sean graves, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima y del autor, así como, en el ámbito procesal, cierta concesión al principio de oportunidad respecto a los delitos para los que se prevea la reparación, aunque para evitar posibles presiones sobre personas inocentes debería exigirse siempre un reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado, así como la concurrencia de pruebas con indicios suficientes como para iniciar una persecución penal.

Como puede comprenderse, esta “tercera vía,” tiene mucho que ver con la llamada mediación en el sistema penal, en la que, sin duda, tiene mucho que ver la

victimología. Mediación, o conciliación, que puede actuar como alternativa al proceso, o como alternativa a la pena, de manera que el Juez pueda sustituir la pena misma por el cumplimiento del acuerdo conciliatorio.

La Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su I Encuentro (Santa Fe de Bogotá, 1995), acordó que el nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano se orienta en este sentido, en el sentido de un sistema de triple vía, entendiendo que con la reparación se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima. En realidad, la reparación es un caso claro de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, frente a los de compensación destructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad (como es el caso de la pena).

Por supuesto, como ha dicho Albin Eser, coautor del “Proyecto alternativo sobre reparación”, Manuel Jaén Vallejo refuerza que la reparación no es la “piedra filosofal” del Derecho penal,<sup>524</sup> pero es un instrumento más, que tendrá cada vez más importancia en el sistema penal de consecuencias jurídicas.

En Alemania hace ya varios años (1994) que se introdujo el § 46 a), relativo a la reparación en el StGB. En este Código, la reparación no sólo puede operar como circunstancia atenuante, sino también como verdadera causa de extinción de la responsabilidad penal.

En España, recuerda Manuel Jaén Vallejo, por el contrario, la reparación sólo opera como circunstancia atenuante (art. 21.5<sup>a</sup> del Código Penal), aunque, excepcionalmente, en los delitos contra la Hacienda Pública, bajo el nombre de

---

<sup>524</sup> Cfr. “*Proyecto alternativo sobre reparación penal*”, Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho penal alemanes, austríacos y suizos, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Buenos Aires, 1998, trad. de Beatriz de la Gándara Vallejo, p. 10.

regularización tributaria o reintegro de cantidades (en la hipótesis de fraude de subvenciones) opera como causa de extinción total de la responsabilidad penal, a pesar de estar castigados estos delitos con penas graves y menos graves. Sin duda, ello es consecuencia de la intensa finalidad recaudatoria en la lucha contra el fraude fiscal.

A mi juicio, como también es el entendimiento de Manuel Jaén Vallejo, la regulación penal española debería contemplar la reparación con un carácter más amplio, aplicable como causa de la extinción de la responsabilidad penal en determinados delitos, como, por ejemplo, en los delitos de violencia doméstica. Además, la reforma penal sustantiva, debería de acompañarse también de una reforma procesal, que permitiera una rápida y eficaz resolución de estos supuestos, sin tener que esperar para ello a la celebración del juicio. En España rige, como principio general, la obligatoriedad de la persecución (principio de legalidad), al contrario de lo que ocurre en otros países, como Alemania, en donde la Ordenanza procesal (Strafprozessordnung – StPO - ) prevé para los delitos menos graves (Vergehen), no para los delitos graves o crímenes (Verbrechen), la posibilidad de que el fiscal se abstenga de su persecución, así como que pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, imponiendo al mismo tiempo al inculpado, con la aprobación del tribunal competente y del propio inculpado, la imposición de determinadas prestaciones, como la reparación (§ 153 y 153 a) StPO). De todos modos, aunque en España no existe aún una regulación similar, hay autores que ya se han pronunciado a favor de introducir en la legislación española el principio de oportunidad, limitado a ciertos casos de reducida gravedad, a fin de aliviar la excesiva carga de la justicia. Con razón ha dicho Bacigalupo que “la reforma penal no se debe agotar en la reforma del Código penal,... que la reparación debe ser especialmente tenida en cuenta (y que) como cualquier reforma penal, ésta debe ir también acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad

comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad,... no resuelve el conflicto social que plantea el delito mejor que los sistemas más modernos”.

Según Manuel Jaén Vallejo, tampoco existe en el Derecho español la transacción. En España existen los acuerdos de conformidad en los arts. 655 y 791.3 LECrim., con relación a los delitos con penas de prisión de hasta nueve años, pero no tienen el alcance de una transacción, pues la conformidad se produce al inicio del juicio oral y tiene que referirse a la pena de mayor gravedad solicitada.

De todos modos, puede ocurrir que no estando prevista la mediación/conciliación como alternativa al proceso o a la pena impuesta, la víctima y el victimario lleguen a un acuerdo, con intervención del Ministerio Fiscal, propiciado incluso por alguna institución, como, por ejemplo, una Oficina de Ayuda a las Víctimas, que luego sea tomado en consideración por el Juez o Tribunal en el momento de la individualización de la pena, aplicando la pena mínima, o incluso reduciéndola en grado, conforme a lo establecido en el Código penal español en su art. 66.4ª, que permite esta reducción cuando aquéllos consideren la atenuación, que sería la del art. 21.5ª (reparación), como muy cualificada, siempre, evidentemente, en forma razonada.

Precisamente, la solución anterior es la que están alcanzando algunos Jueces y Tribunales españoles, sobre todo en determinadas Comunidades Autónomas en las que se potencian las Oficinas de Ayuda a las Víctimas. Y uno de los delitos en los que en algunas ocasiones se ha logrado una mediación exitosa ha sido el de violencia doméstica.

Una reparación material y moral de la víctima en estos delitos, de acuerdo con Manuel Jaén Vallejo, puede facilitar en algunas ocasiones la deseable pacificación de las relaciones en el ámbito familiar y, por tanto, la solución del problema social que estos delitos plantean.

Concluye Manuel Jaén Vallejo, con relación a reparación, que ciertamente, ni la segunda vía, esto es, la aplicación de medidas de seguridad con carácter complementario a la pena, con posterioridad a la ejecución de ésta, pues la medida de seguridad siempre habrá de tener una duración máxima, luego siempre llegará un momento en el que existirá cierto riesgo de repetición del hecho delictivo, ni la tercera vía, esto es, la reparación, pues no siempre va a ser ésta posible, por no desearla el autor y/o la víctima, constituyen una garantía para la solución del conflicto que supone el ejercicio de violencia en el ámbito familiar. Pero sí pueden contribuir considerablemente a su consecución. Y, desde luego, ni la aplicación de la pena privativa de libertad, ni su incremento, sin más, resuelven mejor aquel conflicto.

### **3.7. Víctimas Especialmente Vulnerables en el Delito de Violencia Doméstica**

David Lorenzo Morillas Fernández destacó la importancia de la clasificación propuesta finalmente como propia un grupo de víctimas que, por determinados factores, va a tener un índice de victimización mayor al resto de los demás individuos. Son las que anteriormente se han denominado víctimas especialmente vulnerables, encuadradas como víctimas reales, individuales e inocentes en tanto van a ser personas concretas cuyo grado de culpabilidad en el hecho delictivo es, generalmente, nulo.<sup>525</sup>

Profesor Morillas Fernández hace importantes consideraciones en respecto a violencia doméstica en su trabajo que reproduce aquí:

---

<sup>525</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “Análisis criminológico del delito de violencia doméstica”, Cádiz, 2003.

De este modo concreto, por víctimas especialmente vulnerables se han de entender aquellos grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes, endógenos o exógenos (edad, sexo, personalidad, estado civil...), que los hacen fácilmente victimizables; siendo, por tanto, su índice de victimización mayor. Este concepto que de por sí afecta a una colectividad (grupo de iguales) ha de ser entendido en el plano individual en tanto que en el momento de producirse la victimización, ésta sólo va a afectar a sujetos de forma individual.

Por todo ello, de una interpretación específica del artículo 153 del Código Penal pueden establecerse una serie de sujetos pasivos a los que pretende proteger dicho precepto penal: cónyuges, que sean o hayan sido, personas que estén o hayan estado ligadas al sujeto activo por análoga relación de afectividad, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces, que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno o de otro.

Sobre esta ampliación de sujetos, hay que determinar quiénes son las víctimas especialmente vulnerables en dicho delito. Necesariamente, el punto de partida sobre el que se ha de trabajar es el del contenido de la propia conducta típica de esta infracción.

Recuérdese que la misma está referida a la acción de ejercer violencia física o psíquica en cualquiera de sus manifestaciones contra alguna de las personas antes referidas.

Con esta base normativa, hay que seleccionar una serie de factores, endógenos y exógenos, que permitan determinar qué grupos de la unidad familiar son más susceptibles de ser victimizados. Los factores con los que voy a trabajar son biológicos, edad, sexo y dependencia económica.

\* Factores biológicos. Von Hentig afirmaba que “el individuo débil, tanto en el reino animal como entre los hombres, es aquel que probablemente será víctima de un ataque. Algunos como los menores y los ancianos son débiles en lo físico; otros pertenecen al sexo débil; otros son débiles de espíritu”<sup>526</sup>.

Se observa en este sentido que el sujeto enfermo, desnutrido, invalido, es ya de por sí una víctima pero en el supuesto concreto que nos ocupa su posición como tal crece ya que es el blanco perfecto para el sujeto activo. Dentro de la unidad familiar los grupos que con más facilidad se dan estos caracteres son los ancianos y los niños.

\* La edad. Es un factor comúnmente aceptado por la doctrina victimológica.

Permite establecer la primera distinción entre miembros de una familia en tanto que siempre la conducta típica del delito de violencia doméstica será más fácil de realizar ante individuos de baja y alta edad; es decir, con semejantes parámetros son los niños y los ancianos las víctimas más propicias, en tanto que los primeros todavía no son plenamente conscientes de los actos y se dejan influir sobre todo por los padres, mientras que los segundos tienen una determinada edad en la que no van a poder valerse por sí mismos y necesitarán la ayuda de otras personas.

\* El sexo. A lo largo de la historia el varón siempre ha sido considerado como el jefe de familia. Es más, en el hombre siempre han primado valores como la imaginación, el éxito, la lucha, la fuerza, la competitividad; mientras que a la mujer se la ha asociado con valores como la sensibilidad, la obediencia, la sumisión y la entrega.

Estos papeles se adjudican y se transmiten socialmente sin que exista un apoyo científico y real para ello.

Hoy día, muchas de estas ideas sobre la primacía del varón sobre la mujer han desaparecido debido al esfuerzo de determinadas instituciones y asociaciones y, sobre todo, por la lucha, el empeño y el compromiso de las mismas mujeres. Sin embargo,

---

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 553.



todavía existen comunidades sociales en las que priman estos valores, principalmente en las capas o sustratos sociales más bajos o fuertemente influenciados por determinadas creencias religiosas, que hacen que la violencia física contra el sexo femenino sea aceptada e, incluso, tolerada. Así, se consideran los valores masculinos superiores a los femeninos, perpetuando de este modo la desigualdad entre ciudadanos y ciudadanas.

Estas aseveraciones no son hechas con carácter absoluto por lo que no puede deducirse que el maltrato a la mujer exista únicamente en familias de bajo nivel cultural y adquisitivo o radicalizadas religiosamente sino que también se da en otros niveles sociales o creencias, aunque posiblemente con menor intensidad cuantitativa o, al menos, con un índice menor de denuncias y de publicidad.

De igual forma tampoco cabe afirmar que no exista violencia doméstica en sentido contrario, esto es, de la mujer hacia el hombre. Se da, pero sucede que su número y sus consecuencias suelen ser ínfimas en relación a las de la mujer y, en los escasos supuestos en los que produce, suele referirse, normalmente, a casos de maltrato psíquico, con la consiguiente dificultad probatoria que arrastran. En este sentido, y referido al maltrato en general, las cifras recogidas por el Informe de la Fiscalía son concluyentes: en cuanto al sexo de los agresores el resultado indica que un 91'4% son hombres y sólo un 8'6% mujeres; respecto a las víctimas se señala que un 88'6% son mujeres y un 11'4% hombres. Hay que tener en cuenta para valorar adecuadamente estos datos, que la estadística se refiere a todos los sujetos contemplados por el artículo 153, y en los que, por ejemplo, víctimas menores de 20 años, en su mayoría niños, suponen un 5'3% de las denuncias computadas, y un 6% son víctimas de más de 60 años. En definitiva, el gran bloque diferencial se encuentra en víctimas entre los 20 y los 60 años, generalmente, en su inmensa mayoría, mujeres.

\* Factores económicos. Acaso de inicio pueda parecer un tanto subjetiva la observancia de este factor dentro del marco de la victimología. Sin embargo, en la práctica tiene una gran repercusión victimal en un doble sentido: de un lado como motivo iniciatorio; de otro, como motivo de continuidad en malos tratos.

\* \* Motivo iniciatorio. Va a incidir principalmente en la figura de los ancianos.

En concreto, existe un supuesto, desgraciadamente bastante común en la práctica, en el que los miembros de la familia se hacen cargo del anciano (ascendiente de alguno de los cónyuges) para darle el cuidado y la asistencia que necesita. Sin embargo, el verdadero motivo oculto por el que lo hacen es el de administrar los bienes de la persona mayor; disminuyendo, con el paso del tiempo, e, incluso llegando a desaparecer, los cuidados y atenciones que debiera de recibir el anciano, lo que suele originar, además, situaciones de lesiones y vejaciones que desembocan con la habitualidad de las mismas, y por consiguiente, en constantes malos tratos. Así pues, este abuso económico que padece el anciano suele ir acompañado, en bastantes casos, de maltrato físico o abandono, maltrato psíquico o violación de sus derechos individuales.

\*\* Motivo de continuidad. Suele afectar principalmente a las mujeres debido al factor victimógeno del sexo en tanto que, debido a la posición social que ocupa el hombre, la mujer suele tener menos recursos económicos propios que el hombre por lo que, una vez iniciado el maltrato, la mujer es más reacia a denunciar o a tomar las medidas oportunas tendentes a que cesen los mismos, debido principalmente a la dependencia económica que tiene del marido; en otras palabras, no le queda a la mujer más remedio que padecer dicho maltrato ya que no tiene los recursos necesarios para sobrevivir por su cuenta. Al igual que sucedía con el factor sexual, este tipo de casos

suelen ser más frecuentes en cuanto menor es el grado de recursos económicos, sociales y culturales en el que vive la unidad familiar.

En definitiva, y por todo lo anteriormente expuesto, podemos señalar tres grupos de intenso riesgo como elementos más desprotegidos de la unidad familiar y, por tanto, como víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica: mujeres, niños y ancianos.

Desde una dimensión cuantitativa también son los más afectados, muy especialmente la pareja, esto es la mujer, dentro de aquélla. Del reiteradamente citado Informe de la Fiscalía se proyectan los siguientes datos: un 57'4% de los malos tratos se producen entre cónyuges o excónyuges y un 19% entre parejas de hecho o exparejas. En consecuencia, con estos datos, en la mayor parte de los casos, que alcanza al 76%, la violencia doméstica se produce entre los miembros de la relación conyugal o análoga.

Los malos tratos sobre los hijos, en un 7%, y sobre los ascendientes, en un 6%<sup>527</sup>. Cifras estas últimas a relativizar porque se refieren a niños cuya defensa a través de la denuncia no es fácil, o a ancianos que, por determinadas circunstancias –porque son los hijos o nietos los que los maltratan-, prefieren silenciar, en muchos casos, semejantes conductas. La cifra negra en estas dos categorías puede ser todavía mayor que en la primera, con ser en esta ya verdaderamente importante.

## 1. Mujeres.

### 1.1. Concepto, caracteres y clases de maltrato a la mujer.

Es un hecho comprobado que el maltrato a la mujer es un fenómeno que ha existido a lo largo de la historia debido principalmente a los roles sociales que hombre y mujer han tenido asignados y que han colocado siempre al varón en un plano superior a la hembra, legitimando incluso determinadas culturas, el uso de la fuerza o de la violencia. Este hecho queda perfectamente delimitado en lo que Lorente Acosta

---

<sup>527</sup> *Ibidem.*

denomina Síndrome de Agresión a la Mujer, entendido como «agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre, y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de una relación de pareja, agresión sexual en la vida en sociedad y acoso en el medio laboral»<sup>528</sup>.

Son muchas las definiciones existentes que intentan explicar conceptualmente el fenómeno de la violencia doméstica a la mujer. Como punto de partida, se ha de señalar una definición básica de violencia doméstica entre cónyuges en el ámbito familiar entendiendo por ésta toda conducta abusiva del hombre hacia la mujer y viceversa dentro de una relación de pareja, dentro del matrimonio o fuera de él (períodos de separación y divorcio).

La violencia doméstica entre cónyuges ha de centrarse principalmente en el estudio de la mujer como víctima y del hombre como agresor, en tanto que, aunque también se da el supuesto contrario, el número de agresiones de hombre a mujer hacen que sea objeto prioritario de estudio en la relación de pareja, como ya ha sido puesto de manifiesto.

Centrado el tema en el maltrato a la mujer, se ha de dar, coherentemente, una definición concreta del mismo. Sobre el concepto de maltrato se ha escrito mucho, casi siempre desde la esfera penal, de ahí que existan multitud de definiciones. A tenor de ello, voy a intentar mostrar las más representativas o que mejor vengan a resumir la mayor parte de las propugnadas por la doctrina.

Sepúlveda García de la Torre define este tipo de violencia como “todos aquellos actos violentos que de forma habitual se ejercen contra la mujer, realizados por personas

---

<sup>528</sup> LORENTE ACOSTA, M. “*Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ([http://criminnet.ugr.es/repc/repc\\_02-07.html](http://criminnet.ugr.es/repc/repc_02-07.html)) RECPC 02-07 (2000), p. 3.

que tienen o tuvieron un vínculo afectivo con la víctima, principalmente sus parejas (maridos o compañeros) o ex parejas”<sup>529</sup>.

Por otro lado, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”. Dicha comprensión abarca, sin carácter limitativo, “la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer”.

Vistos estos dos conceptos genéricos de maltrato a la mujer, hay que hacer obligada mención a lo que Lorente Acosta denomina Síndrome de Maltrato a la Mujer y que define como el “conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su cónyuge, o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogas relaciones de afectividad”<sup>530</sup>.

En cualquier caso, bajo mi punto de vista, la violencia doméstica contra las mujeres puede ser definida, de conformidad con el criterio de la habitualidad, y desde una dimensión normativa, como toda acción u omisión física o psicológica, constitutiva de delito, ejercida contra la mujer dentro del matrimonio o fuera de él, en los casos en los que hubiera existido éste, o dentro de análoga relación de afectividad. Ciertamente también puede haber violencia doméstica contra la mujer en otras relaciones familiares,

---

<sup>529</sup> SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A., “*Psicopatología de las víctimas de malos tratos*”, en *estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer, Madrid, Año 2000, p. 384.

<sup>530</sup> LORENTE ACOSTA, M., op. cit., p. 4.

verbigracia contra niñas o ancianas, pero estas situaciones van a ser incluidas en los epígrafes correspondientes a éstas.

Conforme a las definiciones dadas cabe observar como en todas ellas existe un carácter común, independiente de la persona del agresor, e indispensable para poder hablar de maltrato o de violencia doméstica: la habitualidad. No voy a volver a tratar este punto, ya analizado en el Capítulo I de forma expresa, aunque sí debe incidirse en su necesaria presencia para actuar conforme al contenido del artículo 153 del Código Penal.

En cuanto a las tipologías de malos tratos se refiere, suele hacerse mención a tres supuestos de agresión a la mujer; no obstante, algún autor va más allá e incluye alguna categoría más. Con esta previsión inicial semejante numeración del maltrato puede quedar configurada de la siguiente forma:

\* Físicos. Todo acto no accidental que provoque o pueda provocar daño físico o enfermedad. Suelen abarcar desde simples contusiones y erosiones hasta heridas por arma, ya sea blanca o de fuego. No obstante, el cuadro lesional más frecuente suele estar conformado por excoriaciones, contusiones y heridas superficiales en la cabeza, cara, cuello, pechos y abdomen; predomina, de forma particular, la rotura de tímpano.

\* Psíquicos. Es la clase de maltrato más subjetivo a la hora de definir y más difícil a la hora de probar. No obstante, se define como todo acto o conducta que produce una desvalorización o sufrimiento en las mujeres. Los casos más comunes suelen ser los representados por amenazas, humillaciones, insultos, control de las salidas, descalificaciones públicas, control del dinero, etc.

En dicho sentido, Lorente Acosta distingue entre dos clases de lesiones psíquicas: las agudas, que aparecen tras la agresión; y las producidas a largo plazo, como consecuencia de la situación mantenida de maltrato.

\*\* Lesiones psíquicas agudas. Suelen manifestarse con reacciones de shock, negación, confusión, abatimiento, aturdimiento y temor. Existen dos condicionamientos fundamentales típicos del Síndrome de Maltrato a la Mujer en relación a las lesiones psíquicas:

+ Repetición de los hechos. Da lugar a un mayor daño psíquico, tanto por los efectos acumulados de cada agresión, como por la ansiedad mantenida durante el período de latencia hasta el siguiente ataque.

Desde el punto de vista general las mujeres agredidas mantienen una relación legal, económica, emocional y social con él.

\*\* Lesiones psicológicas a largo plazo. Como ya se ha puesto de manifiesto, surgen como consecuencia de la situación mantenida de maltrato. Suelen incluir temor, ansiedad, fatiga, alteraciones del sueño y del apetito, molestias, dolores inespecíficos<sup>531</sup>.

\* Sexual. Esta tercera tipología de maltrato a la mujer es ciertamente discutible ya que algunos autores la incluyen dentro de las lesiones físicas. En su génesis, vendría conformada por aquellas conductas atentatorias contra la libertad sexual de la mujer mediante el empleo de la fuerza o intimidación, o que, valiéndose de una situación de poder, impone a la mujer una relación sexual contra su voluntad. Parece pues obvio que esta tipología permanece englobada en los supuestos de agresiones, abusos e, incluso, violaciones a las que puede ser sometida la mujer.

\* Otros. Si cuestionable era la naturaleza dependiente o independiente de las lesiones sexuales frente a las lesiones físicas, mucho más compleja es la existencia de otras tipologías de maltrato a la mujer. A tal efecto, Sepúlveda García de la Torre amplía el concepto de malos tratos e indica que también va a conformar, como tipos propios no dependientes del maltrato físico, psicológico y sexual:

---

<sup>531</sup> LORENTE ACOSTA, M., “*Síndrome de agresión a la mujer*”, op. cit., pp. 7 a 9.

\*\* Maltrato verbal. Es configurado por comentarios degradantes, insultos, acusaciones, burlas, amenaza, etc.

\*\* Maltrato emocional. Estrechamente ligado al maltrato verbal, incluye la destrucción de objetos de especial valor sentimental, privación de necesidades básicas (alimento, sueño...), reproches, vejaciones, abandono emocional, ignorancia, entre otros.

\*\* Maltrato económico. Control estrecho de la economía familiar, con impedimento de acceso al dinero.

\*\* Maltrato social. Supone una forma de maltrato verbal en presencia de terceros, aislamiento y control de relaciones externas, humillación pública.<sup>532</sup>

A mi entender, estos últimos supuestos no suponen tipologías independientes o mixtas con las anteriormente referidas, en tanto que dichos comportamiento son perfectamente subsumibles por las conductas descritas de inicio y, principalmente, por las lesiones psicológicas que englobarían, por su propia naturaleza, al maltrato verbal, emocional, económico y social.

#### **4. LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

Con el objetivo de intentar reducir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, muchas medidas fueron adoptadas a lo largo de los años, tanto para alterar la legislación pertinente a la materia, como también a través de la creación de delegaciones especializadas de la mujer y del desarrollo de programas sociales que buscan no solo auxiliar la mujer agredida como también concienciar la población de la necesidad de ponerse un fin en tal tipo de violencia.

---

<sup>532</sup> SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A., op. cit., p. 384.



Antiguo dicho popular ya decía: “En pelea de marido y mujer no se mete la cuchara”. Esa afirmación que, de un modo general, ya se incorporó en el sentir común de la sociedad, deriva de una falta de comprensión acerca de la amplitud que la violencia doméstica puede alcanzar, llevando en consideración la histórica sumisión de la mujer a la autoridad del hombre en todas las sociedades y clases sociales a lo largo de la historia.

Entre las innúmeras mujeres que fueron víctimas de violencia doméstica por parte de sus cónyuges y compañeros, una de ellas, infelizmente, se destacó por convivir con ese fantasma de la violencia doméstica por varios años, siendo víctima de innúmeras atrocidades y humillaciones por parte de su esposo, teniendo su caso, incluso, estudiado por la OEA: se trata de María da Penha Maia Fernandes.

Como ciudadana brasileña víctima tanto de la inercia del Estado, como de la violencia doméstica perpetrada por el esposo, María da Penha Maia Fernandes fue víctima de 2 (dos) intentos de homicidio – una vez con arma de fuego y otra con electrocución – una de ellas le dejó parapléjica, además de reiteradas palizas durante años seguidos. Aun así, el dolor y el sufrimiento por ella experimentados no la impidieron de proseguir su lucha contra la violencia doméstica, que incluso tomó proporciones internacionales, de modo la volverse un símbolo nacional por la lucha contra ese tipo de violencia.

Por consiguiente, en 7 de agosto de 2006 fue publicada la Ley 11.340, que creó mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, Ley esta que fue bautizada por el presidente Luiz Inácio Lula da Silva como “Ley Maria da Penha”, en homenaje a Maria da Penha Maia Fernandes. Cuando firmó referida Ley, el presidente Lula, refiriéndose a Maria da Penha Maia Fernandes, así dijo: “Esta mujer

renació de las cenizas para transformarse en un símbolo de la lucha contra la violencia doméstica en nuestro país”.

Tal Ley fue recibida con bastante optimismo por la población brasileña, especialmente por definir las varias formas de violencia doméstica, haber establecido las llamadas medidas protectivas de urgencia, determinado la no aplicabilidad de la Ley 9.099/95, así como haber implementado alteraciones en varios textos legislativos patrios como el Código Penal (CP), el Código de Proceso Penal (CPP), y la Ley de Ejecución Penal (LEP).

Primeramente, es importante señalar las modificaciones introducidas por la Ley Maria da Penha en el Código Penal.

Referida Ley modificó el artículo 61, inciso II, letra “f” del CP, de forma que la violencia contra la mujer, en la forma de la Ley 11.340/06, funcionará como circunstancia agravante genérica, cualquier que sea el crimen practicado por el agente.

Además de eso, fue modificado el artículo 129, párrafo 9.º del mismo Código, en lo que toca al límite máximo y mínimo de la pena privativa de libertad en abstracto para lesión corporal cualificada por la violencia doméstica. A partir de ahora, aunque la pena mínima haya disminuido de 6 (seis) para 3 (tres) meses, la pena máxima aumentó de 1 (un) para 3 (tres) años.

Eso significa que ese crimen dejó de ser infracción penal de menor potencial ofensivo. Consecuentemente, su proceso y juicio dejó de ser de la competencia del Juzgado Especial Criminal (JECrim) para ser de la competencia del juicio común, imposibilitando al infractor ser beneficiado con los institutos despenalizadores de la Ley 9.099/95, como la composición civil de los daños, la transacción penal, y la suspensión condicional del proceso (*sursis procesual*).

La Ley Maria da Penha añadió, también, el párrafo 11 en el artículo 129 del CP, previendo una causa especial de aumento de pena. De esa forma, si la lesión corporal cualificada por la violencia doméstica, prevista en el párrafo 9.º del mismo artículo, sea practicada contra mujer portadora de deficiencia, el infractor tendrá su pena aumentada en 1/3 (un tercio).

Como ya fue dicho, en el CPP también hubo modificación. La Ley 11.340/06 añadió un inciso en su artículo 313, estableciendo que será admitida la decretación de la prisión preventiva - desde que sean atendidos los requisitos previstos en el artículo 312 del CPP – para garantía de la aplicación de las medidas protectivas de urgencia, en los crímenes dolosos, arrollando violencia doméstica y familiar contra la mujer.

En verdad tal dispositivo se muestra ocioso, en la medida que el juez ya posee el poder de requerir el auxilio de fuerza policial, en cualquier momento, para garantizar la efectividad de las medidas protectivas de urgencia, conforme el artículo 22, párrafo 3.º de la Ley 11.340/06. Además de eso, la propia Ley 11.340/06 ya trae expresamente la posibilidad de el Juez decretar la prisión preventiva del agresor, conforme lo dispuesto en su artículo 20 y párrafo único.

En la LEP, la referida Ley añadió un párrafo único en su artículo 152, estableciendo que el juez podrá determinar la comparecencia obligatoria del agresor en programas de recuperación y reeducación, en los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Tal dispositivo se revela en total consonancia con los principios informadores de las políticas públicas dirigidas a la prevención de la violencia doméstica y familiar contra la mujer, en la medida que promueve la reeducación del agresor y posibilita una mayor difusión de la importancia de la necesidad de protección de la mujer en los millares de hogares brasileños.

Deteniéndonos en el análisis de los dispositivos de la Ley 11.340/06, en sí, podemos percibir un intenso tratamiento interdisciplinario dado al asunto por el legislador. El artículo 14 de la nueva Ley prevé la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, con competencia civil y criminal para el proceso, juicio y ejecución de cualesquiera causas decurrentes de la práctica de violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Así, el Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer será competente para la aprobación de medidas protectivas de urgencia, tanto de materia penal, como de materia de derecho de familia, así como el proceso, juicio y ejecución de los crímenes arrollando violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Además de eso, el referido Juzgado será el juicio competente para conocer de otros tipos de acciones civiles comunes de cuño patrimonial arrollando ese tipo de violencia, como acciones indemnizatorias por daños morales y materiales, por ejemplo. Eso porque el artículo 7.º, incisos IV y V, de la Ley 11.340/06 prevé como forma de violencia doméstica y familiar contra la mujer, entre otras, la violencia patrimonial y moral.

Tan acentuada la interdisciplinariedad traída por la Ley 11.340/06, que el Juez, para preservar la integridad física y psicológica de la mujer en situación de violencia doméstica, tiene el poder de decidir sobre materias de Derecho Administrativo y de Derecho del Trabajo. Igualmente, el Juez puede asegurarle el acceso prioritario a la remoción, cuando servidora pública de la administración directa o indirecta, así como asegurar la manutención de su vínculo laboral por hasta seis meses, cuando sea necesario el alejamiento de la víctima del local de trabajo, conforme párrafo 2.º del artículo 9.º de la referida Ley.

Mientras no son creados los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, el artículo 33 de la Ley 11.340/06 establece que las varas criminales acumularán las competencias civiles y criminales para el proceso y juicio de esas causas. Nótese que el dispositivo no incluye la ejecución de las mismas, la cual seguirá a cargo de las respectivas jurisdicciones civiles y de familia, conforme la presencia o no de esas materias en el caso concreto.

Infelizmente, el artículo 14 de la Ley 11.340/06 apenas facultó a la Unión y a los Estados la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, pues tal dispositivo utilizó el verbo “podrán”. Eso significa que la creación de esos Juzgados por parte de las entidades federativas puede nunca ocurrir, de forma que la prestación jurisdiccional en esas cuestiones quede sin la debida eficiencia exigida por el artículo 226, párrafo 8.º de la Constitución Federal, que así dispone: “El Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de sus relaciones” (sin subrayados en el original).

En lo que toca a los crímenes practicados con violencia doméstica y familiar contra la mujer, cuyas acciones penales sean públicas condicionadas a la representación de la ofendida, solo será admitida la renuncia de la representación ante el Juez de derecho y oído el Ministerio Público, en audiencia especialmente designada para esa finalidad y desde que aún no haya sido recibida la denuncia.

Tal regla es extremadamente edificante, especialmente para evitar aquellas habituales situaciones donde la mujer es amenazada por el ofensor, caso no desista de la acción penal contra él, haciendo con que la misma renuncie a la representación apenas por miedo del ofensor. Con la obligatoriedad de ser la renuncia hecha en audiencia

específica, ante el Juez, la ofendida quedará más confiada en su decisión, se sentirá más segura, de modo que su decisión será manifestada sin ningún vicio.

Otra cuestión relevante, en los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer, es la expresa prohibición de aplicación de penas de ayuda básica familiar o cualquier otra de prestación pecuniaria, así como sustitución que implique el pago aislado de multa, conforme establece el artículo 17 de la Ley 11.340/06.

Muchos cuestionamientos se instalaron, entre los profesionales del derecho, acerca de la naturaleza jurídica de esa “pena de ayuda básica familiar” prevista en la referida Ley. En la realidad, esa pena no es prevista en nuestro ordenamiento jurídico. La aplicación de tal pena es una simple costumbre del Poder Judicial de fijar penas de ayuda básica familiar, desde que haya aceptación del beneficiario, en la forma del artículo 45, párrafo 2.º del CP.

Por tanto, la naturaleza jurídica de esa “pena de cesta básica” es de pena de prestación pecuniaria, conforme se deduce de la combinación del artículo 43, inciso I, con los párrafos 1.º y 2.º del artículo 45, todos del CP. Incluso, parte de la doctrina critica esa pena prevista en el párrafo 2.º del artículo 45 del CP por ser una “pena no nominada”, afirmando que tal pena sería inconstitucional por violar el principio de la legalidad, previsto en el artículo 5.º, inciso XXXIX de la Constitución Federal, que establece la imposibilidad de haber pena sin previa imposición legal.

En cuanto a las medidas protectoras de urgencia, la nueva Ley prevé un capítulo entero destinado a la regulación de las mismas (Capítulo II del Título IV, artículos 18 a 24), siendo algunas dirigidas al agresor – de las Medidas Protectoras de Urgencia que Obligan al Agresor - y otras dirigidas a la ofendida – de las Medidas Protectoras de Urgencia a la Ofendida – todas ellas de carácter meramente

ejemplificativo, ya que el Juez puede aplicar otras, conforme las circunstancias del caso concreto.

Interesante identificar la facilitación que el nuevo texto legal confirió a la víctima de violencia doméstica y familiar para la concesión de las medidas protectivas de urgencia, considerando que la propia víctima puede pedir personalmente tales medidas sin que sea necesario estar representada por abogado (artículo 27). El pedido puede ser hecho personalmente a la autoridad policial - caso donde ésta remitirá el pedido en expediente apartado al Juez, en el plazo de 48 horas – o directamente al Juez, que decidirá también en 48 horas.

Como ejemplos de las medidas que se dirigen al agresor, tenemos la suspensión de la posesión o restricción del porte de armas; el alejamiento del hogar, domicilio o local de convivencia con la víctima; prohibición de aproximación y contacto con la ofendida, sus familiares y testigos; restricción o suspensión de visitas a los dependientes menores; prestación de alimentos provisionales o provisorios. Se nota la interdisciplinaria de esas medidas, que tratan de materia penal, civil y administrativa.

Cuanto a las medidas dirigidas a la víctima, puede el Juez encaminarla, juntamente con sus dependientes, a un programa oficial o comunitario de protección o atención; determinar la reconducción de la ofendida y de sus dependientes a su domicilio, después del alejamiento del agresor; determinar que la ofendida se aleje del hogar, sin perjuicio de los derechos relativos a los bienes, guardia de los hijos menores y alimentos.

Importante novedad es la no aplicabilidad de la Ley 9.099/95 a los crímenes practicados con violencia doméstica y familiar contra la mujer, independientemente de la cantidad de pena conminada para los mismos, conforme la inteligencia del artículo 41

de la Ley 11.340/06. Eso significa que cualquier crimen con violencia doméstica y familiar contra la mujer, independiente de la pena aplicada, no es infracción penal de menor ofensivo.

Consecuencia de eso es que el Juez no puede más incentivar la composición civil de los daños, además de restar alejada la posibilidad del Ministerio Público de proponer la transacción penal y la suspensión condicional del proceso. La autoridad policial podrá instaurar averiguación policial para la investigación, y no el término circunstanciado, razón por la que el agresor puede ser, incluso, preso en flagrante. El recurso no irá a una Turma Recursal, sino directamente al Tribunal de Justicia del respectivo Estado.

Otra cuestión relevante, traída por la Ley 11.340/06, es lo dispuesto en su artículo 5.º, párrafo único, en los siguientes términos: “las relaciones personales enunciadas en este artículo no dependen de orientación sexual”.

Con eso, la Ley da un importante paso en lo que se refiere al reconocimiento de las uniones homoafectivas como merecedoras de protección del Estado. Esa es la tendencia para el futuro: la inclusión de la unión homoafectiva en el concepto brasileño de familia, en los mismos moldes como ocurrió la inclusión de la familia monoparental y de la unión estable en el concepto de familia (Constitución Federal, artículo 226 párrafos 3.º y 4.º).

Podemos percibir, aunque a pasos lentos, que la jurisprudencia va caminando en el sentido del reconocimiento de la unión homoafectiva como entidad familiar, a la luz del principio de la dignidad de la persona humana (artículo 1.º, III, CF) y del principio de la promoción del bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera otras formas de discriminación (artículo 3.º, inciso IV CF).



Otra cuestión levantada por gran parte de la doctrina es la que se refiere a la supuesta inconstitucionalidad de la Ley 11.340/06, considerándose que la misma se direcciona al combate de la violencia doméstica y familiar en casos específicos donde la mujer es la víctima. El argumento utilizado por los que proponían la inconstitucionalidad de la referida Ley, es que tal instrumento normativo violaría el principio de la isonomía, esculpido en el artículo 5.º, caput e inciso I de la CF.

Con el debido respeto a los entendimientos contrarios, parece que el nuevo texto legal de ninguna manera hiere el principio de la igualdad; mucho por lo contrario: su razón de ser es exactamente tornar efectivo el principio de la isonomía.

Históricamente hablando, se sabe que durante mucho tiempo la mujer quedó relegada al trabajo doméstico y cuidado de los hijos, quedando en una posición de inferioridad en relación su cónyuge o compañero. La mujer era tratada como si fuera un hijo de su esposo, ya que era él quien trabajaba fuera y traía el sustento de la casa. Incluso, el antiguo ordenamiento jurídico era claro al establecer que el esposo era el jefe de la familia.

Con el paso del tiempo, el papel de la mujer en la familia brasileña modificó bastante, transformándola igual al hombre en lo que se refiere a los derechos y obligaciones en el ámbito de la sociedad conyugal y dirección de la familia. Sin embargo, en gran parte de la población, esa sumisión de la mujer al hombre aún permaneció, lo que hizo con que una nueva realidad se instalara en las familias brasileñas: la violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Esa triste realidad creó un impase, dejando la mujer en una situación de evidente inferioridad. Si, por un lado la mujer agredida tenía la posibilidad de ir a la comisaría a prestar queja contra su cónyuge o compañero, por otro, ella podría restar abandonada, sin vivienda y sustento, tanto para sí como para sus hijos. Por esa razón,

añadida al hecho de que los agresores generalmente prometen que nunca más cometerán la violencia, las víctimas, muchas veces, desisten de proseguir con el proceso criminal o siquiera lo denuncian a la autoridad policial.

Por tanto, es exactamente esa posición de sumisión y hiposuficiencia de la mujer en relación al hombre que la Ley 11.340/06 objetiva combatir. Dicha norma tiene la función de conceder tratamiento desigual a una relación jurídica donde una de las partes es hiposuficiente, o sea, la mujer. Es sabido que el principio de la isonomía consiste en tratar de forma igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales, en la medida de su desigualdad (igualdad material).

De esa forma, la referida Ley tiene por objetivo justamente realizar el principio de la isonomía, a la medida en que se presta a tornar la igualdad formal (ante la ley) en igualdad material, sustancial o de hecho, justamente a través de la desigualdad.

Haciendo un paralelo con otros textos normativos destinados al resguardo de situaciones de desigualdad, podemos comparar, a grueso modo, la Ley Maria da Penha, con el Código de Defensa del Consumidor, con el Estatuto del Niño y del Adolescente, con el Estatuto del Anciano y con la Consolidación de las Leyes del Trabajo, por ejemplo.

Todos esos textos legales poseen algo en común: objetivan dar protección a aquel que se encuentra en situación de vulnerabilidad o hiposuficiencia, concediendo tratamiento desigual entre el hiposuficiente y el otro polo de la relación jurídica, para, de esta forma, realizar con maestría el principio de la isonomía sustancial.

De esa manera, y respetando los entendimientos en contrario, parece que nada posee de inconstitucional la Ley 11.340/06, considerando que la misma solamente vino para proteger la mujer, que se encontraba en una situación de desigualdad hace muchas décadas. Decir que la referida Ley es inconstitucional es, por tanto, el mismo que decir

que el Código de Defensa del Consumidor, el Estatuto del Niño y del Adolescente, el Estatuto del Anciano y la Consolidación de las Leyes del Trabajo son inconstitucionales.

Resumiendo, podemos decir que recibimos la Ley 11.340/06 con bastante optimismo, pues del análisis de sus artículos y párrafos percibimos el excelente trabajo desarrollado por el legislador para la protección de la mujer contra la violencia doméstica y familiar. Sin embargo, solo esto no basta: es necesario coraje y buena voluntad por parte de nuestros gobernantes en lo que se refiere al implemento de políticas públicas que aseguren que tal norma no se transforme en una simple carta de intenciones.

## **5. VÍCTIMA MENOR DE EDAD**

Muy bien enseña Joseph M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla sobre la declaración de la víctima menor de edad en el proceso penal y especialidades regulativas, si el contacto de la víctima con las instancias judiciales genera a ésta una serie de efectos negativos, éstos pueden alcanzar su máxima expresión cuando la misma es llamada a declarar como testigo. Puesto que jurisprudencialmente se reconoce al testimonio de la víctima el valor de prueba de cargo bastante al objeto de enervar el principio constitucional de presunción de inocencia dado el cumplimiento de determinados requisitos, no es extraño que la evacuación de la declaración por parte de ésta constituya un momento propicio tanto para que la propia víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que deponer frente al Juez o Tribunal en determinadas circunstancias situacionales, como

para que la asistencia letrada del imputado o acusado intente hacer dudar a quien debe decidir la verosimilitud del testimonio justo en aquel momento.<sup>533</sup>

Como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo, en determinados delitos para cuya ejecución se busca o se aprovecha un marco de clandestinidad, como los delitos contra la libertad sexual, la declaración prestada por una víctima, que se considera prueba testifical cuando es prestada con las debidas garantías, es la única prueba testifical cuando es prestada. En tales supuestos, se admite la posibilidad de destruir la presunción constitucional de inocencia únicamente sobre la base de dicha prueba cuando concurren tres requisitos: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia de la incriminación<sup>534</sup>.

Así, la trascendencia de que se ha dotado a la declaración de la víctima, incluso la prestada por menores de edad, su fortaleza como prueba de cargo, constituye, según el Prof. Dr. Joseph Tamarit Sumalla, al mismo tiempo su punto débil, uno de los aspectos que debe ser objeto de una mayor incidencia legal en cuanto a su práctica si se quiere evitar la tan temida victimización secundaria. Sentado esto, de lo que se tratará en adelante será de analizar si también en este concreto aspecto nos hallamos frente a un redescubrimiento de la víctima, esto es, de si en el diseño de la práctica de la prueba testifical el legislador ha tenido en cuenta las especialidades de la víctima, más específicamente de la víctima menor de edad, y contando con lo haya hecho, hasta qué punto las ha tenido suficientemente en consideración.

La ley rituarial, hasta el momento, no ha atendido a la condición de víctima de un declarante para establecer un régimen probatorio específico. La víctima, y también la víctima menor de edad son llamados a declarar y declaran en cualquiera de las fases del

---

<sup>533</sup> TAMARIT SUMALLA, Joseph M<sup>a</sup>., op. cit., pp. 58 a 70.

<sup>534</sup> Al respecto vid., por todas, SsTS 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 7070), 26 mayo 1992 (RJ 1992, 4487), 11 octubre 1995 (RJ 1995, 7852), 15 abril 1996 (RJ 1996, 3701). Más recientemente, entre otras, STS 25 mayo 2004 (RJ 2004, 3794).

procedimiento como un testigo más, a pesar de las demandas doctrinales. Siendo eso así en nuestro derecho patrio, sin embargo, en la Recomendación del Consejo de Europa de 1985 ya se recogía que el interrogatorio a la víctima sería realizado en todas las fases del procedimiento con respecto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad, añadiéndose que en la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales debían ser interrogados en presencia de sus padres, o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles.

Más allá de las exenciones genéricas del deber de prestar declaración a los testigos, hasta las modificaciones introducidas por la LO 14/1999, la protección de testigo menor pasaba, al igual que la de cualquier otro testigo, por la aplicación de la Ley orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales, que además de confundir los conceptos de testigo anónimo y oculto, resultaba de escasa aplicabilidad a testigos, eventualmente víctimas, menores que depusieran en procedimientos en que se conociera su identidad y en que el peligro para el adecuado desarrollo del menor tuviera que ver con el impacto psicológico que pudiera producirle la sala de vistas o la confrontación con el imputado o acusado<sup>535</sup>. En este contexto normativo, en cumplimiento de lo que establece la Recomendación del Consejo de Europa de 1985 y la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor, se modifica la práctica de la prueba testifical y de la diligencia de careo en los términos antes apuntados.

Sin embargo, las previsiones contenidas en la referida reforma en relación con el testigo – eventualmente víctima – menor ni situaban en el momento de ser introducidas en la España entre los pioneros en la evitación de la victimización procesal a menores víctimas, ni se hallaba exenta de problemas interpretativos. En relación con esta segunda cuestión, ya en el momento de la introducción de tales preceptos, el

---

<sup>535</sup> TAMARIT SUMALLA, José M<sup>a</sup>.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en TAMARIT SUMALLA, José M<sup>a</sup>., “*La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*”, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 132 y ss.

laconismo de que adolecía la nueva regulación abría tantos interrogantes como posibilidades, puesto que se limitaba a admitir que la práctica del testimonio se hiciera evitando la confrontación visual del menor con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba. De tal modo, la evitación de la confrontación visual podía conseguirse hallándose ambos en la Sala de vistas, aunque introduciendo algún elemento que evitase que la víctima-testigo entrase en el campo de visión del acusado. También podría conseguirse dicho efecto porque o bien el testigo o bien el acusado se hallasen fuera de la Sala de vistas durante el momento de la declaración, o bien finalmente porque el testigo hubiese declarado con anterioridad, se hubiese grabado su declaración y ésta se hubiera visionado en el acto del juicio, en aplicación de lo que previene el art. 730 LECrim.

Ya en el momento de introducirse modificación a la Ley rituarial, en el supuesto en que el testigo-víctima se hallase fuera de la Sala de vistas, por ejemplo, prestando declaración en habitación contigua dotada de interfono o, hallándose de la propia sede del Tribunal, prestase declaración a través de un circuito cerrado de televisión por cable, podríamos hallarnos, en caso de que el mismo no entrase en el campo visual del acusado, frente a un supuesto de testigo oculto. Sin embargo, existen pronunciamientos de nuestra jurisprudencia constitucional en virtud de los cuales se clarifica que el art. 6.3.d) CEDH únicamente se infringe en los casos de total anonimato del testigo o de imposibilidad de efectuar interrogatorio contradictorio, no cuando éste se halla oculto.

En cuanto a la posibilidad de evitar la confrontación visual hallándose el testigo en la Sala de vistas y el acusado fuera de la misma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando la necesidad de que los testimonios inculpativos de los testigos de cargo sean efectuados en audiencia pública ante la presencia del imputado y su abogado, aun cuando admite la posibilidad

de oír a los testigos en ausencia del acusado excepcionalmente en los supuestos previstos en los arts. 687 LECrim y 232.2º LOPJ. Ciertamente, el derecho reconocido al acusado en el art. 6.3.d) CEDH a interrogar o hacer interrogar a los testigos se hace efectivo en nuestro procedimiento penal a través de una defensa técnica, que es la que interroga, y su derecho a la presencia en el acto del juicio podría verse limitado cuando lo aconsejen excepcionales razones en garantía de derechos y libertades de terceros, entre las que pueden estar los intereses de los menores<sup>536</sup>. De ahí que podría afirmarse la admisibilidad de dicha medida, garantizando la contradicción, o porque el acusado siguiera en directo la declaración o porque ésta le fuera leída en al volver a la Sala de vistas.

Finalmente, la posibilidad de práctica anticipada de la testifical del menor víctima planteaba ya en el momento de la modificación operada por LO 14/1999 el problema de su compatibilidad con la doctrina de la prueba anticipada, con la interpretación que de sus requisitos ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como su posible contradicción con el tenor del art. 730 LECrim. Dichos escollos hacían ya en aquel momento difícilmente imaginable la posibilidad de sustituir la declaración del menor en el acto de la vista por la prestada con carácter anterior, practicada con todas las garantías, y convenientemente grabada en un soporte que permitiera la reproducción de imagen y sonido en el acto de la vista, aun cuando dicha posibilidad fuera deseable para preservar el bienestar del menor, si no se operaba la correspondiente reforma en el régimen de la prueba anticipada.

Josep M<sup>a</sup> Tamarit Sumalla tras la modificación operada por LO 14/1999 en la prueba testifical de menores, eventualmente víctimas, entre otras novedades se ha

---

<sup>536</sup> Así, MARQUEZ DE PRADO/MARTÍNEZ ARRIETA, “*Validez de la en ausencia del procesado, en Poder Judicial*”, 2ª época, 1991, n. 21, pp. 122 y ss. En semejante sentido, ARAGONESES NARTÍNEZ, “*Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*”, en *Revista de Derecho procesal*, 1995, n. 2, pp. 435 y ss.

generalizado en la praxis judicial cotidiana en nuestro país, también frente a los tribunales de orden penal, el uso de la videoconferencia. En relación con las posibilidades de evitación de la confrontación visual entre víctima-testigo y acusado antes referidas, la emisión de testimonios a través de videoconferencia puede facilitar enormemente la práctica de las dos primeras opciones. Esto es, aquella en que el menor declara fuera de la Sala de vistas, en una habitación aneja, que sea capaz de infundirle confianza y serenidad, e incluso en el emplazamiento más adecuado a sus necesidades, que puede hallarse fuera de la sede del Tribunal, o bien, lo que resultará menos habitual, aquella en que el acusado se halle fuera de la Sala de vistas y siga lo que en ella sucede a través de este mecanismo.

Fue a partir del año 2001, en cumplimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, cuando se implementó en numerosas sedes jurisdiccionales el sistema de videoconferencia<sup>537</sup>. La introducción de dicho sistema no ha sido pacífica jurídicamente hablando. Las oposiciones a su inclusión en el orden jurisdiccional penal deben buscarse en la ausencia de previsión legal acerca de su uso en normativa rituarial propia del proceso penal, más allá de la genérica alusión al uso de este tipo de sistemas a que podría considerarse que apelaban indirectamente los preceptos de la Lecrim que aludían a evitar la confrontación visual tras la reforma introducida por la LO 14/1999. Ante dicha ausencia de regulación legal, se había apelado tanto a la aplicación supletoria de la LEC como a las previsiones del art. 230 LOPJ en punto al uso de nuevas tecnologías. Por una parte, la nueva ley rituarial civil permite en su articulado la introducción de nuevas tecnologías en la presentación de escritos y la documentación de actuaciones. Por otra, el aludido art. 230 LOPJ contempla en su párrafo primero una

---

<sup>537</sup> Más detalladamente acerca de su introducción en la Administración de justicia, GIMÉNEZ ONTAÑÓN, “Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia”, en *La Ley*, 2003-4, pp. 1596 y ss.



suerte de principio general de admisión de las nuevas tecnologías para el cumplimiento de las funciones propias de los órganos jurisdiccionales

Sin embargo, ni siquiera la existencia de preceptos en los que indirectamente pudiera sustentarse la utilización de este nuevo sistema logró convencer inicialmente a la Fiscalía General del Estado. Ésta, en una primera Instrucción, la 1/2002, negó juridicidad del uso de la videoconferencia a pesar de la existencia del art. 230 LOPJ. Según la fiscalía este precepto no podía habilitar la celebración “juicios virtuales”, en los que podían entenderse comprometidos tanto el principio de inmediación como el de publicidad, si ello no se evitaba mediante la introducción una norma jurídica expresamente habilitante. Ciertamente, la referida Instrucción daba respuesta a las dudas suscitadas en punto a la celebración de juicios en que el Tribunal se hallaba espacialmente separado de las partes y de la práctica de todas las pruebas, lo que hizo que posteriormente la misma Fiscalía General del Estado modificara su opinión, en la Instrucción 3/2002, aunque con ello la polémica estaba ya servida.

Resulta obvio, conforme o Prof. Dr. Joseph Tamarit Sumalla, que el uso de un instrumento con tantas ventajas como la videoconferencia no podía hacerse esperar<sup>538</sup>. En lo que aquí interesa, no se duda de que este sistema tiene una esencial virtualidad en punto a la evitación de la victimización secundaria, tanto de víctimas mayores como menores de edad, permitiendo un tratamiento adecuado a las víctimas menores, a las que puede hacerse declarar desde un emplazamiento que les resulte idóneo a sus especialidades como testigo, siendo, además, acompañados por adultos – familiares o profesionales – con la consiguiente menor incidencia psicológica aneja a la exploración

---

<sup>538</sup> Una enumeración de las ventajas de este sistema puede encontrarse en VELASCO NUÑEZ, La videoconferencia llega a los Juzgados, en *La Ley*, 2002-2, pp. 1786 y ss., El mismo, Videoconferencia y administración de justicia, op. cit., pp 1777 y ss; MAGRO SERVET, La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de juicios penales, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 7 de febrero de 2002, p. 2; El mismo, La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales, en *La Ley*, 2003-3, p. 1699.

entre otras virtudes. Además, una adecuada interpretación de las normas marco contenidas en nuestro ordenamiento jurídico en el momento en que se planteó la polémica, así como un entendimiento de los principios reguladores de la práctica de la prueba en el proceso penal acordes con la actualidad del momento, debían posibilitar por sí solos la admisión de este mecanismo técnico aun sin necesidad de una norma habilitante. Puesto que nos hallamos ante un instrumento de apoyo, no un medio de prueba, el mismo no puede considerarse globalmente bueno o malo, sino que deberá analizarse si su aplicación a cada medio probatorio es adecuada. En este sentido, su uso para la práctica de la prueba testifical no tenía porqué comprometer los principios que la rigen, sino todo lo contrario. Así, se asegura la contradicción, la publicidad, la concentración y unidad virtual de acto o la inmediación en mayor medida que los tradicionales supuestos de auxilio judicial nacional e internacional.

Aun cuando se utilización ha venido siendo posible y lo hubiera continuado siendo incluso sin previsión normativa, ha sido probablemente la aprobación de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal la que ha propiciado que se hayan introducido preceptos reguladores relacionados con el uso de este sistema en nuestro Derecho interno. El art. 11 de la referida Decisión, al objeto de evitar las dificultades inherentes al hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquél en que haya cometido la infracción, establece que los estados deben velar para que sus autoridades puedan tomar medidas tendentes a decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometer la infracción, así como a recurrir, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, al sistema de videoconferencia<sup>539</sup>.

---

<sup>539</sup> El art. 11.1, rubricado – víctimas residentes en otro Estado miembro – establece – 1. Los Estados miembros velarán por que SUS autoridades competentes estén en condiciones de tomar medidas necesarias para paliar las dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro

En cumplimiento de dicha Decisión Marco, mediante la Ley 38/2002, se introdujeron en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dos preceptos, el art. 777.2, para el procedimiento abreviado, y el art. 797.2, para los juicios rápidos, en que se prevé la posibilidad de práctica inmediata y, por tanto, anticipada, de la prueba testifical cuando por el lugar de residencia del testigo o víctima o por otro motivo fuera de prever que la prueba no podrá practicarse en el acto del juicio o pueda motivar su suspensión, debiendo garantizarse la posibilidad de contradicción de las partes, así como documentándose en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o por acta autorizada por el Secretario judicial, que habrá de ser reproducida en el acto del juicio en los términos contemplados en el art. 730 Lecrim. Esto es, se permite en estos dos procesos la práctica anticipada de una prueba testifical cumpliendo con determinadas garantías y admitiendo su registro en un soporte audiovisual.

No obstante, aun cuando coincidiendo con la introducción del juicio rápido se aclara la posibilidad de aplicar las previsiones del art. 730 Lecrim a soportes audiovisuales en que se registren declaraciones anticipadas, no ha sido hasta la aprobación de la LO 13/2003, de 24 de octubre, en que la práctica de pruebas testificales a través de videoconferencia ha ganado finalmente carta de naturaleza legal. Curiosamente hemos tenido que esperar a la aprobación de una norma que reforma la prisión provisional para que la ley rituaría reconociera explícitamente la posibilidad de efectuar determinadas declaraciones y comparecencias ante el Tribunal por medio de videoconferencia, sin que en la Exposición de motivos se haga alusión alguna a la introducción específica de dicha posibilidad. Con semejante mutismo justificativo se

---

distinto de aquél en que haya cometido la infracción, en especial en lo que se refiere al desarrollo de las actuaciones. A tal fin, dichas autoridades deberán sobre todo estar en condiciones de:

- decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción.
- recurrir en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los artículos 10 y 11 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.

introduce un nuevo párrafo tercero al art. 229 LOPJ que permite la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas utilizando el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre personas alejadas en el espacio siempre que se garantice la posibilidad de contradicción, la salvaguarda del derecho de defensa, y cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal. Esto es, que contiene una regulación general permisiva de la práctica de actuaciones judiciales a través de este sistema. Junto a este precepto, los correspondientes introducidos en la Lecrim, en concreto los arts. 325, en su última redacción, y el nuevo art. 731 bis, permiten que el Juez o Tribunal acuerde la comparecencia al procedimiento penal de imputados, testigos o peritos o personas que deban intervenir en otra condición a través de videoconferencia u otro mecanismo o sistema similar, de conformidad con lo que establece el art. 229.3 LOPJ, por razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de una de estas personas resulte particularmente gravosa o perjudicial.

Así aun cuando se ha afirmado que no era precisa la regulación específica de la práctica de la prueba testifical a través de videoconferencia, su previsión explícita, al margen de lo adecuado de la norma a través de la que se ha incluido, sí puede tener utilidad en punto a aclarar algunas cuestiones, como la de quién da fe de la identidad de los intervinientes, además de resultar adecuada su específica previsión en el caso de la comparecencia de los imputados, dado que en ese supuesto su admisibilidad había generado mayores dudas que en la comparecencia de testigos.

Para la práctica de las pruebas testificales de víctimas menores de edad, que es la cuestión que aquí nos ocupa, la nueva regulación legal permite concluir que es perfectamente factible la primera de las posibilidades interpretativas apuntadas en

relación con la evitación de la confrontación visual a que se refieren los arts. 448 y 707 Lecrim, esto es, que el menor declare una habitación contigua o fuera de la sede del Tribunal, en un espacio adecuado y asistido por personas que pueden minorar el impacto de la exploración del menor. Sin embargo, en tanto se permite la testifical a través de videoconferencia de mayores de edad sin necesidad de informe pericial, una vez constatado que la comparecencia resulta gravosa o perjudicial, podría suceder que el legislador, sin pretenderlo, haya mantenido una regulación para esta práctica con testigos menores más exigente que con los mayores de edad. Ello a salvo de interpretar que evitar la confrontación visual se refiere no solamente a la práctica de la prueba a través de videoconferencia, sino, además, sin que el acusado vea al menor, con lo que tendría sentido la exigencia de mayores requisitos en este supuesto, manteniendo la aplicabilidad del régimen general para los casos en que no se evite la visión del testigo por la parte acusada, aunque aquél sea menor de edad.

Más difícil parece, tras las modificaciones introducidas en la Lecrim y la LOPJ, que la segunda de las posibilidades interpretativas relacionadas con la evitación de la confrontación visual antes apuntadas se generalice. Es decir, que ésta se evite declarando el menor en Sala, hallándose el imputado fuera, puesto que al margen de aquellos supuestos en que razones de seguridad así lo aconsejen, parece preferible, desde el punto de vista de la salvaguarda de menor, que éste declare fuera de la Sala, siendo además menos comprometido para la observancia de los derechos procesales del imputado que así se haga.

En lo tocante a la tercera de las posibilidades tendentes a evitar la confrontación visual, la consistente en preconstituir la testifical del menor víctima con carácter anterior a la celebración del plenario, reproduciéndola en ese acto en los

términos establecidos en el art. 730 Lecrim, poco se ha avanzado tras la aprobación de la LO 14/1999.

Al respecto, únicamente algunas resoluciones jurisprudenciales parecen haber iniciado en los últimos tiempos una nueva línea interpretativa proclive a admitir declaraciones diferidas de menor de edad aun cuando materialmente sea posible su asistencia al acto del plenario. Constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas vinculantes para los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral con respecto a los principios de contradicción, inmediación, oralidad e igualdad de armas. No obstante, esta regla general admite excepciones, a través de las cuales es posible integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación, siempre y cuando las mismas se sometan a determinadas exigencias de contradicción, no sean reproducibles en el acto del juicio y se introduzcan en el debate en el plenario. En concreto, por cuanto se refiere a las declaraciones prestadas en instrucción, el Tribunal Constitucional ha interpretado con carácter restrictivo la posibilidad de practicar anticipadamente la prueba testifical, al considerar que de sus propias características no deriva ni su carácter irrepetible ni su imposibilidad genérica de práctica, por lo que su incorporación al proceso como prueba anticipada únicamente se ha admitido en los supuestos en que se produce imposibilidad real de práctica en el juicio oral, circunscrito a los casos de fallecimiento del testigo, de imposibilidad de localización, y limitadamente de residencia en el extranjero.

Puesto que las excepciones al principio general de validez única de la prueba testifical prestada en plenario se han circunscrito generalmente a supuestos de imposibilidad material de concurrencia al acto, difícilmente podrían entenderse incluidos en este supuesto los casos en que la deposición en plenario pudiera suponer un

peligro para el correcto desarrollo o la estabilidad del menor. Con ello pocas posibilidades existían de interpretar el tenor del art. 707 Lecrim en el sentido de evitar la confrontación visual sobre la base de validar la primera declaración prestada con observancia de todas las garantías, esto es, fundamentalmente posibilitando la contradicción. No obstante, como se ha indicado, en los últimos tiempos se está sosteniendo una interpretación más laxa de la posibilidad, que hace equivaler a los supuestos de la material, también los de imposibilidad legal, incluyendo dentro de éstos aquellos en los que la comparecencia al acto del juicio pueda suponer un perjuicio para el desarrollo personal del menor, validándose como prueba de cargo bien la declaración prestada en instrucción por el propio menor, bien, en caso de no existir, las declaraciones de testigos de referencia.

Ciertamente, la existencia de una doctrina jurisprudencial que muestre conciencia acerca de los perjuicios que puede suponer para la víctima menor su declaración en el acto de juicio supone un avance. No obstante, debe advertirse que dicha orientación jurisprudencial no es ni mucho menos mayoritaria, cuanto menos por el momento, y que, en todo o caso, la ausencia de modificación del tenor del art. 730 Lecrim o del art. 448 Lecrim, deja la puerta abierta a la vuelta a una interpretación de la imposibilidad en términos predominantemente materiales.

A falta de previsión alguna que permita validar la prueba testifical anticipada de menor de edad más allá de lo que sostiene la referida interpretación jurisprudencial, llama la atención que se haya aprovechado la reforma que introduce en la Lecrim el juicio rápido para introducir tanto en el procedimiento abreviado como en este segundo tipo de procedimiento sendos preceptos que permiten anticipadamente declaración a los testigos que razonablemente pueda temerse que no comparecerán al acto del juicio por razón de su residencia. La introducción de las previsiones contenidas en los arts. 777.2 y

797.2 Lecrim, como se ha dicho, venía auspiciada por el mandato contenido en el art. 11 de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; sin embargo, dicho precepto exige únicamente hacer posible la declaración de la víctima que resida en un Estado distinto a aquél en que se instrumenta el proceso penal, lo que posibilita actualmente la videoconferencia, como mecanismo de uso legalmente admitido, haciendo referencia sólo a la declaración anticipada como una de las opciones que lo factibilizan. Siendo ello así, resulta sorprendente que el legislador haya sido tan generoso en punto a admitir la práctica de una prueba testifical anticipada por el lugar de residencia de quien debe deponer, pensando fundamentalmente en los testigos-víctimas que sean turistas, y al mismo tiempo tan cicatero en adoptar un nivel de reconocimiento semejante cuando se trata de validar declaraciones anticipadas de menores.

Una actitud respetuosa con las especialidades del testigo-víctima, menor debería, concluir ya de lege lata a entender incluido entre los otros motivos que permiten la práctica anticipada de la testifical en los arts. 777.2 e 797.2 Lecrim, el posible perjuicio al desarrollo del menor anejo a su declaración en el acto de la vista. Dicha interpretación resulta mucho más adecuada en relación con las involuciones que puedan producirse en el desarrollo de los menores por declarar a presencia del Tribunal y del imputado que en relación con los testigos que residen en el extranjero, existiendo para éstos la posibilidad de declarar con el sistema de videoconferencia. Por ello, de *lege ferenda*, la adecuada consideración a las especialidades del menor-víctima como testigo debería conducir a la previsión específica de la validez de la práctica de prueba testifical anticipada para éste en cualquier tipo de procedimiento penal, también en el ordinario. Con este objeto, resultaría preferible la previsión normativa de las cautelas que deberían adoptarse para acordar la práctica anticipada de la prueba – requerimiento



de un previo dictamen pericial y acuerdo en resolución judicial motivada, por ejemplo, incluso planteando la posibilidad de que se aplicara únicamente a menores de determinada edad - , previéndose también legislativamente cómo debería llevarse a cabo para garantizar la observancia de los principios que rigen la práctica de pruebas en el plenario – especialmente la contradicción - , y sin descartar que la declaración pudiera efectuarse fuera de la Sala, en un lugar adecuado para garantizar el bienestar del menor, y a través del sistema de videoconferencia. No a otra conclusión debería llevar la previsión también contenida en el art. 3 de la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en el sentido de que ésta sea interrogada sólo en la medida necesaria para el proceso penal, cuando se la pone en relación con el testimonio del menor, siempre más exacto cuando se el pregunta en un espacio de tiempo no alejado del suceso y con menos errores si se evita la repetición de entrevistas.

A modo de síntesis Joseph M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla entiende que, de lo expuesto puede deducirse que en los últimos años se está produciendo un fenómeno en virtud del cual, en el marco de la tendencia general hacia el redescubrimiento de la víctima en el sistema penal, se están reduciendo los efectos victimizadores inherentes al proceso penal. Si bien se debe celebrar la adopción de medidas legislativas que vayan en esa dirección, por cuanto se refiere a la evitación de la victimización secundaria de las víctimas-testigos menores de edad nuestro derecho procesal puede aun evolucionar más, sobre todo con la previsión específica de la prueba testifical anticipada de la víctima menor de edad en determinadas circunstancias.

Gerardo Landrove Díaz entiende ser singular la posición de la víctima en la justicia de menores.<sup>540</sup>

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, al declarar inconstitucional el art. 15 de la añeja Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948,

---

<sup>540</sup> Gerardo Landrove Díaz. La Moderna Victimología. Tirant to blanch libros. p. 188-190.

hijo necesaria la regulación de un proceso ante los hoy denominados Juzgados de Menores que - no obstante sus especialidades por razón de los sujetos del mismo - dispusiese de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional.

Consecuentemente, la Ley Orgánica de 5 de junio de 1992, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, trató - desde aquella óptica - de establecer un marco flexible en orden a la determinación de las medidas que hayan realizado hechos tipificados como infracciones penales y, siempre, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.

En esta línea, ha llegado a afirmarse que la mejor ley de menores es aquella que estimula, facilita u obliga - si fuere necesario - a la búsqueda de acuerdos no judiciales; de aproximación, en suma, de las partes afectadas. Hablar de psicología, de pedagogía, de educación y de justicia de menores es hablar de psicología, pedagogía y mediación; en ningún caso, de psicopatología, de tratamiento o de castigo<sup>541</sup>.

En la Exposición de motivos de la ley antes invocada se precisa - además - que la misma tiene simplemente el carácter de una reforma urgente<sup>542</sup>, que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores y - que será objeto de medidas legislativas posteriores -. A pesar de la promesa de nuestro legislador, la promulgación de un a moderna y razonable legislación penal de menores sigue siendo una de las asignaturas pendientes del sistema y ello tiñe de provisionalidad todo el contenido de la ley de 1992.

De todas formas la normativa reformadora ha intentado - al menos en parte - vertebrar un nuevo sistema de intervención en la justicia de menores, dando cabida a

---

<sup>541</sup> Cfr.: J. FUNES, La nueva Ley: confirmación de una línea de trabajo y posibilidades para un marasmo interpretativo, en Mediación y justicia juvenil, cit., pág. 227.

<sup>542</sup> Tal reforma parcial ha generado un cuerpo legal - deforme y caótico -, en el que conviven buena parte de los preceptos derivados de la anacrónica Ley franquista con instituciones y medidas procesales y sancionadoras que pueden considerarse tributarias de la influencia ejercida por políticas criminales actualmente de moda en otros países (Cfr. TAMARIT SUMALLA, La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales, cit., pág. 85).

planteamientos ampliamente asumidos desde hace años en otros países. Se incorpora así a nuestro procedimiento de menores la estrategia de la diversión, en cuanto favorecimiento de soluciones informales inéditas en el proceso tradicional y se aborda también un itinerario semejante al seguido en no pocos ordenamientos jurídicos foráneos<sup>543</sup>, que antes de pretender una generalización de tales soluciones les abrieron paso en el marco específico de la criminalidad juvenil.

No parece discutible que en una ley como la aludida todo gire, fundamentalmente, en torno al interés del menor; por ello, el procedimiento allí previsto queda supeditado a la oportunidad del mismo, hasta el punto de que cabe la posibilidad de darlo por concluido en algunas fases de su desarrollo; el principio de intervención mínima ostenta así un papel protagonista. Ello no obstante, también se produce con la conducta del menor una cierta lesión de bienes jurídicos ajenos y – en definitiva – la concurrencia de una víctima, cuya reparación por el ofensor es tomada en cuenta por nuestro legislador en su dimensión sociopedagógica. A la vista de tales condicionantes, no puede extrañar que haya llegado a hablarse de la singular posición de la víctima en este ámbito<sup>544</sup>.

Así, entiende Gerardo Landrove Díaz que la Ley Orgánica de 1992 da cabida a dos modalidades de reparación a cargo del juvenil ofensor: como reparación previa a la comparecencia y como reparación procesal conciliada, con efectos suspensivos del fallo, y sigue su explicación:

El art. 15.1 precisa, en su regla 6ª, que atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiere empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el

---

<sup>543</sup> Vid.: Mª I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 109 y s.s.

<sup>544</sup> Vid.: Mª J. CORONADO BUITRAGO, *La singular posición de la víctima en la justicia de menores*, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 399 y s.s.

daño causado a la víctima, el Juez - a propuesta del Fiscal – podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones<sup>545</sup>. Se trata, en definitiva, de una verdadera reparación extrajudicial, ya que tiene la virtualidad de evitar el procedimiento.

En ella es crucial la intervención del Ministerio Fiscal (principio de oportunidad), al que – como subraya la Exposición de motivos de la Ley reformadora de 1992 – se le otorgan amplias facultades en orden a la terminación del proceso con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede producir.

Establece el art. 16.3. que, en atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores – de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del abogado – podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que de común acuerdo el menor, debidamente asistido, y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial; ello no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaren su oposición o ésta fuere manifiestamente infundada.

Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el juzgador deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta; al respecto, se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada.

A pesar de que la propia ley califica – con dudoso rigor – esta modalidad reparadora de “extrajudicial”, lo cierto es que se produce la misma ya en el ámbito del

---

<sup>545</sup> En otro caso, el Juez de Menores señala fecha y hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de los siete días siguientes. A ella serán convocados el Fiscal, el equipo técnico, el menor, que podrá asistir acompañado de abogado de su elección o del que, si lo hubiere solicitado, se le hubiere designado de oficio, su representante legal y aquellas otras personas que, a la vista del informe del equipo técnico, el Juez considere oportuno convocar.

proceso, una vez celebrada la audiencia y en el momento previo a la emisión del fallo. De ahí lo discutible de la terminología utilizada por nuestro legislador.

### **5.1. Víctimas Menores y la Reparación del Delito en el Derecho Español**

A respecto del sistema penal de menores como laboratorio de la justicia reparadora Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte<sup>546</sup> muy bien escriben que el sistema penal de menores ha sido el marco en el que se han desarrollado muchos de los programas de justicia reparadora, hasta el punto que en cierto modo ha llegado a convertirse en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales. A menudo se señala las ventajas que el mismo ofrece en comparación con el sistema de justicia criminal ordinario, dada la menor rigidez del proceso y su mayor permeabilidad a las soluciones desformalizadoras. Se alude, en esta dirección, a la primacía de los contenidos rehabilitadores de la intervención sobre los retributivos o de prevención general, a las mayores garantías de éxito de la mediación en los imputados menores de edad e incluso a la mayor disposición de las víctimas y de la sociedad a aceptar una conciliación o una respuesta blanda ante la delincuencia juvenil en comparación con la de adultos. Sin embargo, también se han puesto de relieve algunos inconvenientes específicos de la justicia de menores, históricamente orientada hacia una misión “protectora”, en la que por consiguiente adquiere un carácter prioritario el interés del menor. La conciencia de esta especial misión por parte de los jueces y otros profesionales puede favorecer prácticas y

---

<sup>546</sup> Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla. Carolina Villacampa Estiarte. *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Grupo Editorial Ibañez. P. 346 a 354.

actitudes poco receptivas hacia los intereses de la víctima, que la actual evolución de la política criminal trata precisamente de evitar<sup>547</sup>.

Josep M<sup>a</sup>. Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte destacan Contenidos fundamentales de la Ley española de responsabilidad penal del menor.

En España, la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, siguiendo el criterio adoptado en otros Ordenamientos y a partir de algún tímido antecedente<sup>548</sup>, concede a la mediación y reparación un ámbito de juego relativamente importante, si se compara con la mínima relevancia que tiene en el sistema penal de adultos. Ello ha merecido una opinión positiva por parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión<sup>549</sup>. En cualquier caso, constituye una relevante novedad en el derecho español, que no ha sido tomada suficiente en consideración<sup>550</sup>. Veamos cuáles son los fundamentos de ese mayor protagonismo que el tema adquiere en la justicia de menores. La atención especial a la reparación del daño causado y la conciliación con la víctima se refleja ya en la Exposición de Motivos. De modo algo confuso, ésta invoca el principio de intervención mínima y proclama el predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social y de prevención general. La conciliación y la reparación se materializan, según se advierte en la Exposición de Motivos, en un

---

<sup>547</sup> Vid. BAZEMORE / LEIP / NUNEMAKER. “La participation des victimes dans le processus décisionnel”, *Criminologie*, vol 32, 1999, p. 138.

<sup>548</sup> Con anterioridad a la aprobación de la Ley de responsabilidad penal del menor hoy vigente en España, la LO 4/1992, de 5 de junio, introducía la reparación en el sistema penal de menores, vinculada a la suspensión del fallo por tiempo indeterminado. Con ello se optaba por una vía extrajudicial después de la sentencia, prescindiendo de toda referencia a la mediación en fases anteriores del proceso. En la regulación de la reparación extrajudicial se apreciaba, junto a la aludida restricción, una gran amplitud e indeterminación, derivada ésta de su escaso desarrollo, atribuible en buena parte al contexto de provisionalidad en que se produjo.

<sup>549</sup> Así, GARCIA PEREZ, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *Actualidad Penal* nº 32, 2000, p. 695, quien califica de acierto el haber configurado la reparación del daño no como sanción penal sino como forma de solución privada del conflicto social, basada en el principio de subsidiariedad. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que en su mayor parte los primeros trabajos doctrinales sobre la Ley penal del menor prescinden de una valoración del tratamiento de la reparación.

<sup>550</sup> Valga como muestra la escasa atención que le presta la Circular num. 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, de criterios de aplicación de la LO 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores.

acuerdo entre el ofensor y el perjudicado, cuyo cumplimiento por parte del menor “termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa”. El texto de la Exposición de Motivos, que acude a conceptos de corte moralista como “arrepentimiento efectivo” y alude a la necesidad del “perdón” de la víctima, resulta específicamente desacertado, desorientado y poco coherente con el sentido de la reparación en el articulado de la ley, pese a que no faltan también en éste algunos deslices de este tenor. Ante tal situación, debe tenerse presente el carácter normativamente no vinculante del Preámbulo de la Ley.

Más allá de las desviaciones terminológicas, la Exposición de Motivos sugiere que el sentido de la mediación reparadora aparece vinculado al interés del menor. La importancia que se otorga a la misma, claramente superior a la que tiene en el sistema penal de adultos, parece obedecer en general más a su capacidad para mejorar la respuesta penal frente al menor más que a una voluntad de ofrecer una mayor satisfacción a la víctima. Nótese en este sentido como el desarrollo de nuevas vías de reparación ha coexistido, en la versión original de 2000, con un relativo retroceso de las posibilidades de participación de la víctima en el proceso, en comparación con el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, por ejemplo, se establecía que en el procedimiento no cabía en ningún caso el ejercicio de la acción penal por particulares. Con ello se rechazaba tanto la acción por parte de la víctima o los perjudicados (con la excepción de la acción civil) como la acción popular, algo que no debe causar extrañeza si se tiene presente que en el contexto europeo la previsión de esta última vía de participación en el proceso penal resulta totalmente excepcional. Estas restricciones suscitaron precisamente algunas de las primeras críticas que socialmente recibió la Ley, que trataba de evitar la estigmatización del menor y la perpetuación de situaciones de

conflicto social podría tener el hecho de dar entrada a una acusación por particulares<sup>551</sup>. Las referidas demandas sociales se han visto en parte atendidas mediante la LO 15/2003, que ha introducido la acusación particular en el proceso a favor de las personas directamente ofendidas o de sus representantes legales si aquellas fueran menores de edad o incapaces. Contra el criterio que se había adoptado en 2000, se concede explícitamente a la acusación particular (art. 25) el derecho de instar la imposición de medidas contra el menor imputado, además de poder proponer pruebas, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, social o familiar del menor, y participar en la práctica de las mismas y en las vistas y audiencias que se celebren<sup>552</sup>. Estas medidas se suman a las previsiones relativas a la responsabilidad civil ex delicto del texto de 2000, en concreto la introducción de un procedimiento que permita un rápido resarcimiento y la responsabilidad civil solidaria con el menor de sus padres, tutores, guardadores o acogedores, solución que responde a un principio calificado extraña e impropia de “en cierto modo revolucionario”<sup>553</sup>.

Además de lo anteriormente apuntado, debe tenerse presente que entre los elementos diferenciales del sistema de menores respecto al de adultos está el distinto sentido del principio de legalidad, que se manifiesta en una técnica de atribución y de determinación de la pena más flexible y en un mayor alcance del principio de oportunidad. Se impone así una lógica según la cual no existe un interés en una persecución del delito a cualquier precio, por lo que soluciones que de modo más excepcional se dan también en el Derecho penal de adultos, en los que se admite una

---

<sup>551</sup> En la EM se subraya la voluntad de arbitrar “un amplio derecho de participación de las víctimas”, por encima de los límites, aunque en todo caso se reconoce expresamente la negación a los particulares del “derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales”.

<sup>552</sup> La dinámica revisionista respecto a los principios de la Ley Orgánica se ve acrecentada con el proyecto de ley en tramitación, en el que se prevé un incremento punitivo en las medidas y una mayor atribución de derechos a las víctimas, que lleva incluso a introducir matices en la proclamación, como principio de la ley, del interés superior del menor.

<sup>553</sup> Vid. VAQUER ALOY, A., “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación”, en La Ley, núm. 5224, 2000, p. 1 y ss., quien propone soluciones interpretativas que permitan atemperar el “ímpetu revolucionario” exhibido por el legislador.



ponderación entre la persecución del delito y otra clase de intereses (por ejemplo, en el delito de chantaje, condicionado a criterios de proporcionalidad o en los delitos semipúblicos), hallan en el sistema de justicia juvenil vías más regulares de aplicación. No debe verse en este régimen diferencial un dualismo exacerbado que amenace la unidad de principios del sistema penal, pues tal diferencia de regímenes se fundamenta, según venimos sosteniendo en un principio, en el interés del menor, que es propio del conjunto del sistema<sup>554</sup>. Ahora bien, la explicación racional de esta dualidad de regímenes no impide plantear, como previsión de futuro, la posibilidad que la aplicación de criterios propios de la justicia reparadora en el ámbito de la justicia de menores tenga ciertos efectos de mimetismo en el proceso ordinario, precisamente porque las inercias tienden a que se gestionen los distintos procesos con arreglo a criterios comunes, lo cual introduce resistencias a la fragmentación de la unidad del sistema.

Las ventajas de las respuestas de carácter reparador para el menor infractor son bastante evidentes, como para resaltar Prof. Joseph Tamarit Sumalla. Además de las derivadas de la evitación de medidas que pueden tener costes negativos para el mismo, se favorece su responsabilidad por el hecho cometido, al verse confrontado con las consecuencias de su hecho mediante el reconocimiento de la víctima de sus actos, contrarrestando así las actitudes de neutralización o negación de la víctima favorecedoras de una progresión en la trayectoria delictiva. La reparación permite un mayor desarrollo personal e integración del menor en la sociedad, con un potencial de restauración del equilibrio roto por el delito. Por supuesto que tan positivo rendimiento sólo cabrá valorarlo en la medida que la conciliación se conduzca de modo respetuoso con la dignidad humana y con los derechos de sus intervinientes.

---

<sup>554</sup> Valga como muestra de ello la cesión al Ministerio Fiscal de la atribución de proceder a una ponderación de los intereses en conflicto antes de poner en marcha el dispositivo de persecución de determinados delitos con víctima menor de edad (así, aunque con grandes imperfecciones técnicas, en los art. 191 y 201 CP).

No menor interés suscitan las oportunidades que las soluciones reparadoras ofrecen a las víctimas, que en muchas ocasiones son también menores de edad y corren el riesgo de ser doblemente víctimas por el hecho de haber sido victimizadas por alguien que goza de una especial protección del sistema. El proceso reparador se ha revelado como una vía que puede contribuir al reequilibrio emocional y a una adecuada elaboración psíquica de los efectos del delito, con capacidad de neutralización del miedo a una nueva victimización y de las estrategias de aprendizaje de roles de víctima. Naturalmente las posibilidades de éxito dependerán de las condiciones concretas de la víctima y del autor, para lo cual resulta decisiva la función de los profesionales que deben evaluar el caso y conducir el proceso extrajudicial.

La regulación de la mediación reparadora en la Ley destaca por su parquedad, si se tiene en cuenta el importante espacio que se le concede, lo cual obliga a establecer criterios sistemáticos para la resolución de los distintos problemas a partir de un débil apoyo en el texto legal. Antes de acometer tal tarea debemos proceder a su adecuada ubicación en el seno del proceso penal de menores.

Una primera constatación es la ausencia de una medida de reparación. En el cuadro general de medidas descrito en el art. 7-1, lo más cercano a tal clase de medida se halla en las reglas de conducta cuya imposición se prevé en el seno de la medida de libertad vigilada, entre las que no se encuentra expresamente prevista ninguna obligación de carácter reparador, aunque ello no impide hacer uso de la cláusula residencial séptima (cualesquiera otras obligaciones que el Juez estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona). Nos encontramos así en una situación similar a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena en el Código Penal (art. 83). Otra cosa son las prestaciones en beneficio de la comunidad (art. 7, 1- j), previstas como medida

autónoma, pese a que tienen mucho en común con la reparación en tanto que sean entendidas como forma de reparación social.

No parece pues que los anteriores elementos sean suficientes para otorgar a la reparación un estatuto teórico de sanción penal autónoma respecto a las medidas aplicables a los menores infractores. La mediación reparadora aparece concebida en todo caso como forma de reacción alternativa, sin que pueda afirmarse su carácter sancionador, pues su sentido radica precisamente en la evitación de la reacción convencional a través de una medida. La solución adoptada se corresponde así con las posiciones doctrinales que han defendido la necesidad de una introducción limitada de la mediación reparadora, como alternativa al proceso, y han criticado las versiones legislativas en que aparece como una sanción a imponer por el Juez. Las medidas, no obstante su orientación fundamentalmente reeducativa, consisten en una privación o restricción de derechos derivada de una imposición de responsabilidad por un hecho delictivo (así se reconoce expresamente en el art. 17-1) y con vocación intrínseca preventiva, lo cual permite reconocer su carácter sancionador, sin que la mediación reparadora responda a tal dinámica.

Si nos situamos en otra perspectiva, destaca Prof. Joseph Tamarit Sumalla que podemos preguntarnos de que modo la Ley tiene en cuenta criterios propios de la justicia reparadora en la fase de la imposición de la medida. A menudo se sugiere, desde instancias victimológicas, que se conceda una mayor preponderancia al daño causado por el delito como criterio de valoración de la sanción penal, en detrimento de otros elementos más permeables a la introducción de valoraciones subjetivas del juez o contenidos de signo moralista, así como una distinta comprensión de la idea de proporcionalidad. Debe ante todo reconocerse en tal clase de propuesta la influencia de la tradición jurídica anglosajona, en la que no existe un bagaje dogmático que dote de

una suficiente seguridad jurídica a la aplicación de los conceptos subjetivos. En cualquier caso, la técnica adoptada por la Ley de responsabilidad penal de le menor está caracterizada por una gran flexibilización, al señalar el art. 7-3 que el Juez, para la elección de la medida o medidas adecuadas, atenderá de modo flexible a la valoración jurídica de los hechos y especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. En todo caso, la fórmula se encuentra orientada muy significativamente hacia el interés del menor infractor. Así se reafirma en la referencia al deber de motivación de la duración de la medida, que se vincula una vez más a la valoración del mencionado interés.

Por otra parte, a diferencia del Derecho de adultos no se prevé una atenuación de la responsabilidad penal basada en la reparación del daño causado, pues la determinación de la medida se efectúa con arreglo a criterios totalmente distintos. El art. 7-3 se refiere en primer lugar a la elección de la medida o medidas adecuadas y sólo en su última frase alude al deber de motivar “el plazo de duración de la misma”. Con ello se concede poco espacio a consideraciones sobre el esfuerzo por conciliarse con la víctima o por reparar el daño causado. Puede entenderse que se conceda un menor peso a la gravedad del hecho en términos parecidos a los de Derecho penal de adultos, pero resulta poco oportuna la omisión por parte del legislador, preocupado exclusivamente por el interés del menor, de toda referencia al daño causado por el delito. Por ello, tan sólo cabrá atender a tal clase de consideraciones a la hora de determinar la clase de medida y su duración en razón de que la reparación resulte oportuna desde la perspectiva del interés educativo del menor.

Para una adecuada ubicación sistemática de la mediación reparadora en la Ley, debemos partir de la distinción, ya trazada anteriormente, entre mediación antes de la condena y después de la condena. La primera se encuentra prevista en el art. 19 como

causa de desistimiento en la continuación del expediente, con capacidad de interrupción definitiva del procedimiento penal que evite el enjuiciamiento de los hechos. La segunda se concreta en la concesión al Juez de menores de la facultad de dejar sin efecto la medida impuesta por conciliación entre el menor y la víctima (art. 51-2)<sup>555</sup>.

## **5.2. Las Especialidades Procesales: Especial Incidencia en el Testigo Menor de Edad**

Pilar Íñiguez Ortega efectúa un apartado específico sobre la declaración de la víctima- testigo menor de edad, dada la complejidad de su evolución y su posible afectación a su desarrollo integral, como se aludirá, de forma más pormenorizada, al exponer los diferentes delitos, de los que puede ser objeto las víctimas<sup>556</sup>.

A lo largo de la historia, en los sistemas judiciales, como reflejo del pensamiento social general, se ha producido una fuerte desconfianza respecto al testimonio de los niños. A comienzos del siglo XX psicólogos, jueces y abogados continuaban pensando que las declaraciones de los niños eran poco fiables, debido a dos problemas supuestamente relacionados con su edad: una memoria limitada y una gran sugestionabilidad a preguntas sesgadas o sugerentes<sup>557</sup>.

Esta desconfianza se ha basado en un desconocimiento de las capacidades de los niños y no ha sido hasta los años 80, cuando no se ha establecido la memoria infantil como un ámbito de investigación propio.

---

<sup>555</sup> En el aspecto terminológico la Ley refleja la diversidad de conceptos al uso, aunque emplea especialmente el término conciliación.

<sup>556</sup> ORTEGA, Pilar Íñiguez, “*La víctima: aspectos sustantivos y procesales*”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Tesis de Doctorado.

<sup>557</sup> VARGAS CABRERA, B., “*Las relaciones entre las medidas de protección y reforma y la actuación del Ministerio Fiscal*”, Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, 2000, pp 578 y ss.

La capacidad del niño como testigo, depende del momento evolutivo del mismo y de sus capacidades cognitivas<sup>558</sup>, incluso, en nuestro contexto, se va considerando válido el testimonio de los niños, cada vez más pequeños, pero la limitaciones de sus capacidades verbales dificultan enormemente la devolución, se producen un aumento de la pérdida de detalles por los errores de omisión, hay una gran dificultad para situar en dimensiones espacio-temporales y un incremento de la interferencia de la memoria semántica.

La denominada amnesia infantil, que consiste en el hecho, que no recordemos en absoluto acontecimientos de nuestra infancia, ha llevado a hacer dudar, de la competencia de memoria de los niños pequeños; los estudios más recientes sobre competencia de la memoria en la primera infancia, han demostrado, que los niños pueden recordar episodios vividos y acontecimientos generales, con un sistema de recuerdo similar a los de niños más grandes aunque en la recuperación, dependen más, de que se les proporcione, claves específicas.

La edad límite para el testimonio infantil, se sitúa en torno a los tres años de edad por la reducida capacidad cognitiva-léxica en este período evolutivo, siendo en estas edades donde la pericial psicológica es más determinante en el proceso. En otro contexto hemos distinguido tres estadios evolutivos en relación al testimonio del menor<sup>559</sup>:

Primero, niños entre los 2/3 y 6/7 años: Como testigos en el juicio tienen evidentes limitaciones; el abuso es vivido, sin comprensión y el niño, se ve impactado, por las actuaciones posteriores siendo aconsejable limitar la extensión de éstas. El nivel de desarrollo del lenguaje, junto a las limitaciones cognitivas que dificultan utilizar las palabras con el sentido "adulto", y precisar, las características del abuso hacen

---

<sup>558</sup> LLOYD-BOSTOCK, S. 1988, informe sobre la problemática comentada incluido en los estudios efectuados por BAURMANN, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, V 1999 pp 231 y ss.,

<sup>559</sup> SORIA Y HERNÁNDEZ, 1994, idéntica reseña a la nota anteriormente citada.

aconsejable la utilización de técnicas no verbales. La comprensión de los hechos y los conocimientos sexuales son muy pobres; aunque ya distinguen entre sexo, tienen comúnmente experiencias de desnudez y, suelen discriminar, las partes corporales, desconocen las funciones sexuales.

El lenguaje que utilizan es analógico, cuando se refieren a la penetración o a la eyaculación aparecen frases como "hacia pis encima mío", "sacaba moquitos", "me puso una piedra", etc.

Conforme Pilar Iñiguez Ortega, se confunden las formas de contacto (cualquier presión sobre la apertura vaginal puede ser interpretada como una penetración), la asignación verbal a elementos del cuerpo puede ser errónea o se expresan ideas bizarras basadas en temores personales (embarazo bocal). Su recuerdo se puede ver interferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos.

Segundo, niños entre 6/7 y 10/11 años: Los aspectos cognitivos están más desarrollados, ello permite hablar de las emociones y utilizar a partes iguales la comunicación verbal y no verbal. El análisis del proceso psicosocial de ajuste, es muy relevante, y se configura como uno de los elementos claves en la comprensión personal de la victimización y sus efectos posteriores; que inciden de forma determinante en el testimonio, evitan el recuerdo y pueden negar de forma reiterada la existencia del mismo ya por la alteración de su imagen personal-social o por su relación con el agresor.

Tercero, adolescencia hasta los 16 años. La capacidad verbal y el desarrollo cognitivo prácticamente, no diferencian su testimonio, del de un adulto, pero se puede ver influido tanto como los efectos de la victimización como de las características del momento evolutivo (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.). Aquí, las formas de exploración, no deben

diferenciarse de las del adulto y no es aconsejable el uso de técnicas de exploración infantil, como el dibujo o los muñecos con características sexuales explícitas.

### **-La participación del niño como testigo**

Pilar Íñiguez Ortega se refiere a un reciente estudio analizando la población de delitos sexuales sentenciados en 1995 en la ciudad de Barcelona, Y habiendo detectado 103 menores como testigos víctimas de abuso sexual<sup>560</sup>. Describimos a continuación algunos de los resultados más significativos por ella destacados:

#### 1.- Tipo de delito

Mayoritariamente, son delitos de agresión sexual y exhibicionismo, una cuarta parte de ellos son de tipo crónico y de los crónicos un 36% se prolongan durante más de un año.

Respecto a la relación de los acusados con los niños encontramos:

#### 2.- Relación entre el acusado y el menor

Más de la mitad de los acusados, conocían a la víctima y de ellos un tercio convivían con el niño. Entre los que tenían una relación previa con la víctima hemos encontrado todo tipo de vínculos. Destaca que una cuarta parte de los casos se trataba de familiares. De los abusadores intrafamiliares tres cuartas partes corresponden a figuras parentales (padre o nueva pareja de la madre). Es importante destacar que hay un 10% de acusados que son profesionales que conocían al menor a causa de su trabajo y en la gran mayoría de los casos se trataba de educadores.

Respecto a las víctimas el 75% son niñas y un 25% niños, de todas las edades aunque el segmento de edad más frecuente lo encontramos entre los 12/15 años.

Del conjunto de los datos obtenidos en la investigación son mas significativos aquéllos que refieren a los procedimientos de investigación y enjuiciamiento.

---

<sup>560</sup> HERNÁNDEZ, J. A.; BLANCH, N. y DE LA FUENTE, J. “*La mediació víctima-delinquent*” editado dentro de Justiforum, Papers de estudis i formació editado por el CGPJ en colaboración con la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Julio 1996.



Sobre el descubrimiento hemos encontrado que los niños explican los hechos mayoritariamente a sus padre o a los profesionales (un tercio de los casos, cada uno) pero los hechos se denuncian en la policía (85%, mientras que en fiscalía 6% y en el juzgado de guardia 8%) directamente por la propia víctima o por los padres.

¿Pero cuántas veces tienen que testificar los menores?

### 3.- Número de testimonios del menor

Como podemos observar la mayoría de los niños testifican tres veces (policía, juzgado y juicio), aunque un 9% de los niños declaran mas de tres veces, hay niños que declaran 4, 5 y 6 veces. A estas testificaciones, hemos de añadir que un 25% de los niños también habrán de ser reconocidos pericialmente.

Al juicio oral son llamados el 96% de los niños y solamente en un 10% de los casos se solicitan medidas de protección como:

- Se renuncia a la declaración del niño.
- Audiencia a puerta cerrada.
- Separación visual testigo-acusado.

Al número de declaraciones de los niños hemos de añadir la dimensión temporal. Entre el último delito y la denuncia acostumbra a pasar poco tiempo (un mes en un 82% de los casos).

Entre el testimonio en policía-fiscalía y el testimonio en el juzgado de instrucción la media es de 1,3 meses.

La media de tiempo que transcurre entre que la víctima testifica por primera vez al juzgado de instrucción y la celebración del juicio oral es de 23,1 meses. De tal forma que el tiempo que transcurre entre el delito y la celebración del juicio oral es de promedio 2 años y cuatro meses.

Estos datos confirman la importancia del testimonio infantil en los casos de delitos sexuales, las pocas medidas de protección que se realizan, el número de veces que tienen que declarar y los prolongados periodos de tiempo entre los diversos momentos de la investigación. Por todo ello se han planteado algunas alternativas que mas adelante describiremos.

Pilar Íñiguez Ortega aborda la evaluación del testimonio infantil en el proceso penal, que, en el análisis de la exactitud y credibilidad del testimonio, tiene una especial relevancia para el psicólogo jurídico desde los orígenes de la disciplina<sup>561</sup> es importante diferenciar, entre los conceptos de credibilidad y validez:

Credibilidad del testigo o de sus declaraciones es un juicio de valor que establece cada observador, es la exactitud percibida<sup>562</sup>. Un testimonio, resulta creíble, cuando los afectos, cogniciones y comportamiento del testigo son comprensibles y derivables de la narración del suceso. Dicha credibilidad, no implica el testimonio sea válido o exacto, sino depende de variables psicosociales como la atribución de intencionalidad y en menores de las concepciones que sobre las capacidades de los mismo como testigos tiene el profesional.

Validez-Exactitud. Refiere a la idea de como el recuerdo es una representación válida del suceso y/o la identificación es correcta; la memoria humana tiene errores y olvidos, los testigos pueden tener motivaciones personales para mentir y las personas se diferencian en sus habilidades cognitivas.<sup>563</sup>

Si la validez del testimonio infantil, se ve alterada, por las limitaciones de sus capacidades amnésicas y de su etapa evolutiva, como hemos descrito. La credibilidad

---

<sup>561</sup> HERNÁNDEZ y VÁZQUEZ, “*Maltrato infantil. Guía de actuación de los profesionales sanitarios*”, Distrito sanitario de Málaga, Junio 2002.

<sup>562</sup> DE LAMO RUBIO. J. “*Violencia doméstica. Aspectos jurídicos. Estudios sobre la familia*”, Tomo I 2000, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>563</sup> SANCHEZ GARCIA DE PAZ, I, “*La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*” Actualidad Penal, nº 33 11 a 17 de Septiembre de 2000.

sufre graves riesgos por dos causas; la naturaleza del delito (sexual, generalmente entre personas conocidas y sin pruebas "objetivas) y los estereotipos en torno a la infancia en general y a sus capacidades en particular.

Al plantear la evaluación de las agresiones sexuales a menores hemos de distinguir de las evaluaciones dirigidas a la investigación del delito sobre el menor, y las dirigidas, a la intervención sobre el niño y su contexto<sup>564</sup>.

Aquí nos centraremos en la perspectiva de la evaluación forense donde el niño acude en función de su doble condición de víctima del delito y de único testigo, pero no puede olvidarse que todas las actuaciones sobre un niño abusado deben tener también una finalidad asistencial, en cualquier institución que se produzca<sup>565</sup> y que la detección-diagnostico del abuso el cuello de botella del proceso de la intervención.

#### 1. Modelos de evaluación

La psicología jurídica clásica se aplicó a la obtención de la evidencia delictiva mediante pruebas psicológicas, que podían servir para verificar la sinceridad: prueba de AGRAHAM - ROSANOLF-JUNG, "detector de mentiras", método de la "expresión motriz" de LURIA, método de Mira, hipnosis y anestesia<sup>566</sup>.

Los modelos de evaluación forense, del niño, por ejemplo, abusado sexualmente, se pueden clasificar en cuatro modelos u orientaciones fundamentales:

##### A) Modelo psicofisiológico

El modelo psicofisiológico, se basa en la asociación ansiedad-mentira, asociación que es conocida desde la antigüedad. Se producen cambios fisiológicos (tasa de respiración, resistencia electrogalvánica de la piel, etc.) que pueden ser registrados

---

<sup>564</sup> HESTER Y RADFORD, "La situación del menor ante la violencia", trad. Medima, J., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

<sup>565</sup> ARIMANY, COMPTE, HERNÁNDEZ y POU, referencia a la misma obra citada anteriormente.

<sup>566</sup> GONZALVEZ VICENTE, P. "Regulación y repercusión de los actos de violencia en los menores", Boletín de Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Volumen dedicado a la "Violencia Doméstica", nº 21, 3º época, Mayo 2002.

por el polígrafo. Aquí no podemos hacer una descripción de las nuevas pruebas para el uso de una vieja técnica, el registro poligráfico<sup>567</sup>. En todo caso su uso puede utilizarse en las fases de investigación policial e instrucción judicial, pero es muy dudoso utilizarlo como prueba ya que el porcentaje medio de sujetos identificados correctamente varía según los estudios desde aproximadamente un 50% a un 100% por lo que en numerosas jurisdicciones no se permiten estas pruebas<sup>568</sup>. Otro planteamiento es de tipo ético en cuanto se aplique a testigos-victimistas del delito.

Una segunda aplicación de este modelo, son las técnicas observacionales más o menos sistemáticas, que intentan registrar los cambios en el comportamiento (postura, movimiento, etc.) o en la prosodia del lenguaje, asociados a la ansiedad.

#### B) Modelo psicosocial

Basado en el estudio de los indicadores psicosociales asociados al abuso sexual que pueden referirse tanto a la conducta del niño, las secuelas físicas como a las características del contexto. Respecto a la conducta del niño SGROI (1982) sugiere los siguientes:

1. Demasiada sumisión al abusador; restricción de las relaciones sociales y control por parte de este.
2. Conductas de acting out o agresivas.
3. Retraimiento y no participación en actividades sociales y/o escolares.
4. Dificultades en el colegio (en concentración y rendimiento).
5. Humor depresivo y sentimientos de indefensión.
6. Problemas de sueño.
7. Conducta pseudomadura, el menor asume rol de adulto.
8. Actividad sexual que sugiere abuso, con muñecos o compañeros.

---

<sup>567</sup> IACONO y PATRICK, "La nature et la pensée", París, De Seuil, 1984.

<sup>568</sup> CILLERO BRUÑOL, M. "Infancia y Derechos. Una cuestión de principios", en Derecho a tener derechos, T.IV, p. 34.

9. Conducta inapropiada para su edad.
10. Intenta estar mucho tiempo fuera de casa y/o realiza fugas.
11. Evita adultos o le molesta la presencia de estos.

Estos indicadores, se solapan, con las secuelas a corto plazo, descritas anteriormente, y tienen la dificultad añadida, que solo algunos de ellos, pueden establecerse una relación específica con los hechos y constituyen, síntomas propios, de otros trastornos psicopatológicos en la infancia, que pueden no tener relación, con el abuso sufrido.

#### C) Modelo clínico-psicopatológico

Evaluación clínica, utiliza los procedimientos de la psicología clínica infantil que difieren según la orientación teórica que guíe la exploración; psicodinámica, cognitivo conductual, sistémica o ecléctica. Sus técnicas se basan en la entrevista junto a las clásicas de las exploraciones infantiles; juego, dibujo libre, HTP, cuestionarios de personalidad, escalas, inventarios, etc.

Se ha criticado este modelo por su inespecificidad, ante las características de abuso infantil y su tendencia a considerar al mismo desde una perspectiva de trastorno individual y/o familiar.

El modelo ha tenido dos formulaciones:

a) Formulación clásica. Se realizaba una evaluación psicopatológica del testigo y aquellos que presentaban un diagnóstico psicopatológico, sistemáticamente, encontraban cuestionada su credibilidad. "Fabulación", es un término que aún se repite en las solicitudes de las evaluaciones forenses.

b) Actualmente, el modelo considera básico, realizar una evaluación psicopatológica del testigo por dos motivos:

a'. El diagnóstico psicopatológico concreto puede modular la forma de producción del testimonio y la credibilidad atribuida por otros profesionales.

b'. Hay una interacción entre el trastorno actual, la secuela del delito y los fenómenos de memoria.

En el diagnóstico diferencial, deben descartarse:

a. La presencia de síndromes específicos.

b. La presencia de una clínica que afecte directamente al testimonio y que puede estar en la base de un testimonio falso: pseudología, etc.

Algunos trastornos psicopatológicos que pueden afectar al testimonio son:

1. Trastornos cognitivos:

a) Amnesias.

b) Demencias.

c) Retraso mental.

d) Esquizofrenia y Trastornos delirantes

2. Trastornos de la Personalidad:

a) Histriónico.

b) Narcisista.

c) Esquizoide.

d) Paranoide.

e) Antisocial de la Personalidad.

f) Otros.

3. Trastornos disociativos.

a) Simulación.

Una aportación interesante, han sido los estudios clínicos de casos de falsa denuncia, por ejemplo, en el caso de las acusaciones de abuso sexual, en procesos de separación disputados, un tema de creciente incidencia en los juzgados de familia.

En la práctica clínica, se encuentran características sintomáticas diferentes, entre los casos verdaderos y falsos en Abuso sexual infantil intrafamiliar.

Otra aportación del modelo son los síndromes específicos como:

a. Síndrome de adaptación al abuso sexual<sup>569</sup>:

1. Mantenimiento del secreto.
2. Indefensión.
3. Atrapamiento y acomodación.
4. Desvelamiento aplazado, conflictivo e inconveniente.
5. Retracción.

b. Síndrome de la Falsa Memoria<sup>570</sup>. El síndrome de la falsa memoria se ha

afirmado que tiene características epidémicas y encuentra dos fuentes:

1. Fenómenos antropogénicos, muchos terapeutas sugieren una historia de Agresión Sexual incluso en pacientes que no la han padecido.

2. La influencia de los medios de comunicación.

El síndrome se caracteriza, además de por su origen por:

a) Las relaciones interpersonales se centra en la memoria de la experiencia traumática.

b) La experiencia es objetivamente falsa, pero la persona cree firmemente en ella.

c) El recuerdo presenta:

Incoherencias.

---

<sup>569</sup> IACOMO Y PATRICK, obra citada anteriormente.

<sup>570</sup> CILLARO BRUMOL, op. cit.

No hay recuerdo antes de la psicoterapia.

El recuerdo produce reacciones emocionales desproporcionadas.

d) Interrumpe las conductas adaptativas y evita enfrentarse a sus verdaderos problemas.

#### D) Modelo cognitivo

La psicología cognitiva, dentro del campo del testimonio, ha estudiado los procesos de memoria y en las características de testimonio asociadas a la realidad de la declaración.

La distinción de dos niveles de memoria a largo plazo (M LP) como Memoria episódica y Memoria semántica ya establecida por TULVIN en 1972 es el presupuesto central del modelo. La memoria episódica recibe y almacena información sobre episodios y eventos fijados temporalmente y las relaciones tempo-espaciales entre tales eventos; almacena atributos perceptuales en términos de referencia autobiográfica. Mientras tanto la memoria semántica agrupa el conocimiento organizado que la persona posee sobre las palabras, los símbolos, conceptos, su organización y manipulación.

Los recuerdos imaginados, son generados, fundamentalmente, por procesos de la memoria semántica (información idiosincrática) mientras que los percibidos se atribuyen a la memoria episódica e incorporan más información sensorial y contextual.

Undeuchs ha desarrollado una técnica de Análisis de la realidad de la Declaración (Statement Reality Analysis) basado en la entrevista y en el análisis de la declaración obtenida, se propone, diferenciar, entre los testimonios exactos (verdaderos) y diferentes de los testimonios fabricados o autogenerados (falsos)<sup>571</sup>, pero existe

---

<sup>571</sup> HERMANN, L., “Violencia doméstica a dor que a lei esqueceu”, CEL-LEX, Ed. Campinas-SP, 2000.



numerosas versiones con cambios en la metodología e incluso en los criterios<sup>572</sup>341.

Sigue las siguientes fases:

1. Análisis de la información contenida en el sumario: declaración del menor, los testigos y el acusado.

2. Entrevista con el menor, que pretende obtener una declaración completa, debe realizarse en un ambiente adecuado y es aconsejable grabarla en video, tiene las siguientes fases:

a) Obtener la confianza del menor.

b) Narración libre de los hechos.

c) Preguntas de control.

3. Proceso de Análisis de las dos fuentes de información que, partiendo de la capacidad de la persona y las características del suceso, comprende dos categorías de criterios a valorar según su intensidad aquellos que añaden credibilidad de los que restan credibilidad.

Revisemos algunos de las características de contenido relevantes para el Análisis de la Realidad de la Declaración<sup>573</sup>.

I. Características generales.

1.- Consistencia lógica.

Diferentes e independientes detalles del testimonio describen los mismos acontecimientos. Los detalles se pueden combinar sin discrepancias ni inconsistencias. Pero pueden aparecer circunstancias inusuales aunque la coherencia lógica se mantenga.

2.- Producción no estructurada.

Los elementos del suceso, suele describirlos el testigo, en secuencias no continuas ni en orden cronológico. Hay que considerar, especialmente, las limitaciones

---

<sup>572</sup> GARCIA MENDEZ y BELOFF, M., "Infancia, Ley y Democracia en America", Ed. TEMIS de PALMA, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires, 1999.

<sup>573</sup> BECKERIAN y DENNETT, 1992, UNDEUTSCH, 1989; STELLER, 1989.

de la capacidad cognitiva del testigo (niños, deficientes mentales y el efecto del estrés, de la situación de evaluación o del suceso).

### 3.- Cantidad de detalles.

Es un criterio puramente cuantitativo, aunque difícil de operativizar. Una cantidad de detalles sobre el lugar, las personas, los sucesos, las circunstancias es un buen indicador de credibilidad. Especialmente si son sensoriales y algunos comprobables.

Pilar Íñiguez Ortega trae en su trabajo técnicas y procedimientos en la entrevista psicológica con menores de edad.

#### 1. Características del contexto.

Los sucesos y acciones, suelen producirse, dentro de una gran cantidad de situaciones sociales y físicas y están relacionadas con circunstancias temporales especiales. Los testimonios falsos, tienen dificultad para relatar contextos complejos, suelen simplificarse.

#### 2. Descripción de las interacciones.

Suelen producirse un conjunto de acciones y reacciones, dentro de las cuales destacan las conversaciones y las respuestas suelen relacionarse con la acción. Construir asociaciones estímulo-respuesta es especialmente complejo.

#### 3. Reproducción de las conversaciones.

Es importante, la reproducción de la conversación, entre diferentes personas con su particular vocabulario, conducta, etc.

#### 4. Inesperadas complicaciones durante el suceso.

Las complicaciones y obstáculos se producen en las situaciones reales, que tienden a desviarse de los "normal" lo "típico".

Pilar Íñiguez Ortega muy bien aborda la Motivación. Relación con el contenido de la declaración de dicha víctima del delito.

Estos últimos criterios, están basados en las hipótesis motivacionales-competencias. No todos los testigos, suelen ser competentes, para aportar todos los detalles y esta incompetencia puede ponerse en relación con la motivación. Una persona que construye o inventa su testimonio, normalmente, no emite conductas que hagan dudar sobre su competencia.

Por ello un testimonio cierto hará:

1. Correcciones espontáneas.
2. Admisión de lagunas amnésicas.
3. Admisión de dudas acerca de su propio testimonio.
4. Autoconcepto disminuido.
5. Perdón al agresor.

Pilar Íñiguez Ortega trae elementos específicos de la ofensa con dicha víctima del delito.

- Detalles característicos de la ofensa.

Un perito competente debe conocer las características de los delitos sexuales estos acontecimientos, de las personas implicadas y de sus conductas, tanto los indicadores criminológicos como de victimización han de ser considerados.

El análisis de contenido de la declaración, se completa, con el análisis de validez de la misma que consta de 11 criterios agrupados en cuatro categorías:

- Características psicológicas:

1. Adecuación del lenguaje y el conocimiento.
2. Adecuación de la emoción.
3. Susceptibilidad a la sugestión.

- Características de la entrevista:

1. Preguntas sugestivas, directivas o coactivas.
2. Adecuación global de la entrevista.

- Motivación para informar falsamente:

1. Motivos para informar.
2. Contexto de la revelación o informe original.
3. Presiones para informar falsamente.

- Cuestiones de la investigación:

1. Consistencia con las leyes naturales.
2. Consistencia con otras declaraciones.
3. Consistencia con otras evidencias.

Cada criterio, requiere, un análisis individualizado considerándose su presencia y la dirección de la misma (criterios positivos o negativos). El informe psicológico permitirá clasificar la declaración del testigo en una de las siguientes categorías de credibilidad:

Muy probablemente.

Probable.

Credibilidad Indeterminada.

Improbable.

Muy improbable.

2. Modelo integrador

El modelo integrador, pretende realizar evaluaciones clínicas, desde una perspectiva psicosociales y utilizando el modelo cognitivo para analizar la declaración. Es el que nosotros consideramos más válido (HERNÁNDEZ, 1995) en cuanto, todo

análisis del testimonio, es una tarea de caso único clínico, imposible de abordar, si no se tienen en cuenta partir de diversos presupuestos o conocimientos previos:

- Modelo teórico comprensivo que integre los conocimientos del proceso de victimización psicosocial, la base psicosocial del abuso de menores y las aportaciones de la psicología cognitiva al análisis del testimonio.

- Entrenamiento en habilidades en entrevistas de testimonios y en la interpretación conductual de los indicadores de abuso.

Oportuno relatar técnicas y procedimientos en la entrevista psicológica con las víctimas menores de edad abusados sexualmente.

En la evaluación de los menores abusados sexualmente, la entrevista es la técnica clave que utilizan todos los profesionales implicados en la atención al menor victimizado, pero se van a diferenciar no solo por las metodologías y sino también por los objetivos. Es a través de la entrevista, por la que todos los modelos, aplican, sus técnicas y procedimientos específicos.

La entrevista psicológica, es el medio básico de peritación, en abusos sexuales a menores<sup>574</sup> y posee, dos vertientes, claramente definidas: pudiendo distinguir entre las entrevistas dirigidas a la investigación del delito sobre el menor y las otras dirigidas a la intervención asistencial sobre el menor victimizado. Estas últimas, dirigidas a la intervención sobre el menor y su familia, pretende detectar la influencia del abuso sobre el desarrollo psicosocial del menor y posteriormente generar un plan de intervención.

Aquí, nos centraremos en las entrevistas de investigación, pudiendo distinguir en función de su objetivo entre las entrevistas Detección del Abuso Sexual -realizadas en los servicios sociales especializados, ante la policía o en el juzgado de instrucción- y las Entrevista de evaluación de la credibilidad del testimonio y/o secuelas del menor en el ámbito forense.

---

<sup>574</sup> GARCIA MENDEZ Y BELOFF, op. cit.

En los sistemas jurídicos occidentales, los niños tienen que repetir su narración en diversos contextos (familia, profesionales, policía, juzgado y juicio), y se somete a numerosas entrevistas. Una de las ideas claves, es limitar su participación a la mínima imprescindible, nosotros abogamos por métodos alternativos a las múltiples entrevistas y a continuación describiremos un modelo de entrevista con menores abusados sexualmente que pretende:

- Recoger el testimonio del menor de la forma más extensa y precisa posible.
- Analizar la credibilidad y validez del testimonio del menor.
- Valorar las secuelas y orientar la intervención asistencial sobre el menor victimizado.

Esta entrevista posee una serie de principios generales y un contexto básico de ejecución, desarrollándose a lo largo de cinco fases.

#### 1. Principios generales

Es una entrevista semiestructurada, que debe aplicarse flexiblemente, en función del caso concreto y sus objetivos mixtos suponen que ya es asistencial para el niño aunque se realice con fines también de investigación: facilita la expresión de las emociones y al final da un marco comprensivo al niño sobre lo acontecido.

En función de la institución donde se realice la entrevista se inicia con la autorización legal pertinente (padres, juez, etc.). La presencia del familiar, debe desaconsejarse por su presión directa sobre el menor ("cuéntale la verdad"). En caso contrario debe situarse fuera de la visión de niño para impedir que "ayude" al niño ni exprese sus sentimientos personales delante del mismo. En caso de considerarse necesaria la presencia de otros observadores (policías investigadores, otros familiares...), conviene, la utilización de sala con espejos unidireccionales.

Estas entrevistas se aplican por personal entrenado y en un contexto ambiental facilitador no amenazante, evitando los formalismos profesionales y buscando ambientes cercanos al niños.

La profundidad de la entrevista, duración, número de sesiones..., dependerá de los hallazgos realizados y las necesidades jurídico/asistenciales frente al estrés que supone para el niño la entrevista en sí misma.

Desde un punto de vista técnico, se compone de una fase, pero el orden temático no es fijo y evoluciona en función de la situación emocional del entrevistado.

## 2. Fases de la entrevista

### A) Fase I: Presentación y obtención de confianza

El objetivo básico es establecer las bases de la relación con el menor para mantener un nivel de comunicación apropiado. En segundo lugar, conocer la vida diaria del niño, la estructura familiar y el nivel de desarrollo social y cognitivo. Por último se pretende evaluar los niveles de conocimientos psicosexuales del menor (términos corporales utilizados, estilo familiar de funcionamiento -desnudez, baño, revistas, disciplina, etc.).

La fase se inicia sin una preparación específica del menor ("vamos a hablar sobre cosas de: la familia, el colegio") aunque, si debe presentarse el entrevistador y su finalidad, el abuso se menciona de forma indirecta.

Las preguntas se centran, en aspectos neutros a nivel afectivo del menor especialmente la escuela y sus amigos, evitando aspectos que provoquen estrés en el niño. Se evalúa el nivel de desarrollo del niño y el ambiente social, donde vive buscando establecer, un nivel adaptativo previo al abuso.

Si el niño realiza alguna referencia al hecho, el entrevistador la escuchara atentamente para utilizarla posteriormente pero no profundizará en esta dirección, la

actitud es de crear un clima de confianza aunque habrá que explicarle de forma comprensiva al niño que dada la funcionalidad jurídica de la entrevista no se puede garantizar la confidencialidad.

#### B) Fase II: Profundización inicial

El objetivo básico es promover la narración espontánea de los hechos en el menor. Sin duda ello implica un cambio en la relación sostenida en la primera fase, repercutiendo en una elevación del nivel de ansiedad del niño en la exigencia de un rol más activo para el entrevistador.

Existen tres líneas de profundización<sup>575</sup>:

A. Directa. Centrándose en los motivos que le han hecho venir ("¿Por qué crees que has venido a la entrevista?", "Cuéntame lo que ha pasado"...).

B. Indirecta siguiendo la línea de descubrimiento de la agresión: algo que dijo el niño ("He hablado con X y me dijo que había oído que pasaban cosas en tu familia. ¿Puedes decirme un poco de qué se trata?").

C. Indirecta a través de indicadores de abuso: sospecha sobre un lugar o persona ("X me dijo que no querías que Y estuviera en tu casa. ¿Puedes decirme por qué?"), enfermedad física ("¿Por qué fuiste al médico?", "¿Dónde te hizo daño?") y cambios emocionales (¿Puedes contarme qué cosas te preocupan?", "¿Por qué estás triste?"), cambios conductuales ("¿Por qué te peleaste con...?", "Creo que últimamente has faltado al colegio") y cambios en la relación familiares (para ello puede recurrirse al dibujo de la familia como elemento base).

Al finalizar la presente fase deben analizarse las consecuencias de la búsqueda de indicadores practicada, así pueden tomarse tres decisiones: no continuar, progresar en la entrevista manteniendo las opciones o hipótesis de trabajo abiertas y terceras profundizar en una investigación abierta sobre la agresión.

---

<sup>575</sup> GARCIA MENDEZ Y BELOFF, op. cit.



### C) Fase III: La facilitación de información

El objetivo, es la profundización en el conocimiento del hecho. Es este momento debe controlarse al máximo, los fenómenos persuasivos del entrevistador, como persona con autoridad, en la expresión de sus propios sentimientos, en el sesgo de las preguntas formuladas, etc.

Es posible que a medida que se avanza en la entrevista aparezcan momentos de temor o miedo, a la descripción de los hechos o inducido por el agresor. Dada la profundización emocional exigida al niño, es muy importante el control constante de la relación.

La fase debe iniciarse partiendo de preguntas poco cargadas afectivamente y que faciliten la narración de lo sucedido. Para ello pueden utilizarse tres tipos<sup>576</sup>:

- Directa: "¿Alguien ha tocado tu cuerpo haciéndote sentir incómodo?".
- Presentación y directa: "Algunos niños son tocados en partes privadas de su cuerpo por personas próximas a ellos como familiares que ellos conocían bien. ¿Te ha pasado eso?".
- Hipotética: "Si X te tocara, ¿como te sentirías?".

En caso que la respuesta sea afirmativa, es necesario preguntarle abiertamente, por el "como". Por contra las preguntas basadas en el porqué deben evitarse por la confusión que inducen al niño y la autculpabilidad que suelen generar ("¿Por qué no lo contaste a tu madre?").

Para ayudar al niño en su recuerdo, pueden utilizarse el juego libre y los materiales. La finalidad del Juego libre es ofrecer un espacio de relajación, lo cual es de especial validez en casos de niños de corta edad. Durante el mismo, el entrevistador puede observar los comportamientos del menor y las situaciones planteadas en su imaginación.

---

<sup>576</sup> GARCIA MENDEZ Y BELOFF, op. cit.

El objetivo de los materiales, es facilitar la expresión de hechos o sentimientos de forma indirecta. Tradicionalmente se utilizan en primer lugar, pequeñas figuras a modo de juguetes (coches, casa, etc.), en este caso es importante la historia representada, no obstante, el entrevistador debe evitar presionar al menor para obtener información, especialmente respecto a los nombres, pues una presión inadecuada puede provocar el abandono del juego y el inicio de otro.

En segundo lugar las máscaras, sin duda, son las grandes facilitadoras a la hora de expresar situaciones o hechos cargados de significación emotiva para el niño, de esta forma se le concede la oportunidad de "escondarse" tras ella.

A continuación encontramos las muñecas, tanto de gran tamaño como muñecos con características sexuales explícitas (muñecos anatómicamente correctos). En ambos casos ayudan a conocer los términos sexuales que utiliza el niño y a conocer tanto la conducta como la zona corporal (propia y del agresor) implicada. Pueden utilizarse para:

- El juego espontáneo.
- Para identificar el conocimiento anatómico y el lenguaje del menor.
- Como medio de expresión de los hechos en niños no verbales o prepúberes (no es recomendable en niños a partir de los 10/12 años).

Siempre se han de utilizar con precaución, y en todo caso, los hallazgos han de valorarse en función del conjunto de los datos y evitando las interpretaciones inferenciales.

También se utilizan, un elemento tradicional de la psicología, el dibujo en sus diversas acepciones, libre, de persona, familia, etc. que, además, posibilita posteriormente la posibilidad de formular preguntas sobre el material elaborado y la aparición de indicadores directos (por ejemplo en la figura humana). También, utilizarse

para concretar el área relacionada con la agresión, por ejemplo solicitándole que dibuje al presunto autor y él mismo y posteriormente una la mano del primero a su zona corporal contactada.

Durante toda la evaluación, la observación conductual, es ,sin duda, otro elemento clave que aporta información clínica tanto en la entrevista, en su conducta y ambiente habitual como de observación directa de juego libre o, en la utilización de materiales (muñecos, dibujos, etc.) y algunos cuestionarios o escalas pueden servir para precisar el diagnóstico clínico.

#### D) Fase IV: Especificación del suceso

El objetivo esencial es la clarificación de forma específica de detalles parciales de la narración. Sin duda en esta etapa la ansiedad del niño se multiplica por la vivencia que implica la exigencia de precisión. No obstante, es fundamental por tres motivos:

Validación jurídica del testimonio.

Utilidad para la testificación del psicólogo.

Facilita la intervención posterior con el niño y la familia, aunque este no sea su objetivo directo.

De forma agrupada podemos hallar las cuatro siguientes áreas:

Contexto del delito: donde y como tenía lugar, presencia de uno o más agresores, observadores, etc.

Características de la interacción: violencia, amenazas, forma coercitiva y de temor, pornografía, bestialismo, etc.

Características y conducta del agresor: nombrar, describir de forma precisa sus características físicas, etc.

Características y conducta del menor victimizado: proceso de adaptación/ indefensión a la agresión, miedo inducido, vivencia del secreto, etc.

Aquí pueden utilizarse, la Entrevista Cognitiva adaptada a su aplicación con menores cuando el asaltante, es desconocido para el menor. El problema inicial es la identificación del agresor a partir del testimonio del niño con las dificultades que puede tener para recordar/expresar datos claves para la investigación policial/judicial, por lo que estas técnicas favorecen el recuerdo<sup>577</sup>.

#### E) Fase V: Cierre

En esta fase, debe recapitularse brevemente lo descrito a lo largo de toda la entrevista en forma de resumen. Tras este traspaso de información, resulta importante, recocer al niño su participación por las dificultades emocionales que ello representa, reforzando la autoestima y finalmente prepararle para el siguiente paso (entrevista de otro profesional, visita al juzgado, etc.), facilitando las futuras intervenciones de otros profesionales.

A lo largo de esta fase, el entrevistador, no debe enfatizar, en el proceso de ruptura de la relación, ni evaluar la viabilidad en la resolución del problema sino tan solo establecer un antes y después de la relación; ofreciendo al menor, un marco comprensivo de sus situación, de lo acontecido y del proceso personal y judicial, en el que se encuentra.

Una vez realizada la entrevista, se procede al análisis de la información obtenida en función del modelo teórico integrador e los conocimientos del proceso de victimización psicosocial, la base psicosocial del abuso de menores y las aportaciones de la psicología cognitiva al análisis del testimonio, a fin de informar a la autoridad judicial tanto de las secuelas como de la validez de la declaración del menor.

Pilar Íñiguez Ortega aborda técnicas de ayudas al recuerdo a las víctimas del delito: la entrevista cognoscitiva y alternativas al menor como testigo en la fase de instrucción.

---

<sup>577</sup> CUADROS FERSÉ, I., “*Diagnóstico y tratamiento del maltrato infantil*”, Bogotá, Marzo, 2002.

Se pretende, un análisis, cualitativo del contenido y no cuantitativo, como en el caso anterior. Se basa en el supuesto que si un testigo inventa una declaración se basa en sus esquemas y conocimientos generales y no en una experiencia. (M . Semántica, versus M. Episódica).

1. Detalles inusuales.

Detalles de la declaración que son inesperados o sorprendentes para el entrevistador.

2. Detalles superfluos.

Que no son necesarios para incriminar al acusado.

3. Informe exacto sobre detalles no comprendidos.

Detalles descritos de forma correcta pero que el niño no comprende su función, pero son comprendidos por el adulto.

4. Descripción de asociaciones externas.

Cuando se describen elementos relacionados con sucesos con acontecimientos previos o posteriores no relacionados con la acusación.

5. Informe sobre el estado mental subjetivo.

Emociones y Cogniciones, antes, durante y después del suceso.

6. Atribuciones sobre el estado mental del agresor.

Atribuciones a las emociones, pensamientos y motivaciones del agresor.

La dificultad de recuerdo ante la que se encuentra el testigo/víctima, ha motivado el desarrollo de técnicas utilizadas, fundamentalmente, en contexto policial-judicial para recoger y ayudar al recordar al testigo. En función de la tarea cognitiva demandada a la persona, se distingue, entre los sistemas de ayuda al recuerdo o al reconocimiento del agresor y/o del delito<sup>578</sup>; por sistemas de recuerdo, se entienden, aquellos en los que se solicita al testigo que describa todo aquello que recuerda,

---

<sup>578</sup> CUADROS FERSÉ, I., op. cit.

mientras, que los sistemas de reconocimiento suponen que el testigo ha de identificar al autor en una rueda de presos o mediante el archivo fotográfico.

Para facilitar la tarea del testigo se han utilizado instrumentos clásicos como el dibujo a carboncillo, los retratos robot, cuestionarios etc. Los sistemas de facilitación tecnológica del recuerdo tienen en común:

- a) Todos dividen la cara en sus distintas partes (ojos, pelo,...).
- b) El operador-policía es un experto entrenado.
- c) El procedimiento habitual consiste en combinar características faciales que el testigo recuerda, empezando por el peinado, forma de ojos y terminando al retocar la imagen final.

Se diferencian:

- a) Número de características faciales disponibles.
- b) Número de accesorios disponibles.
- c) Diferentes soportes o modos de presentación (papel, cartón, ordenador, fotografías, etc.).
- d) Dificultad para el dominio de la técnica.
- e) Tiempo de aplicación.
- f) Calidad imagen final.

Presenta riesgos:

- La aplicación con preguntas sesgadas o en contexto de presión.
- Una vez formada la imagen el testigo puede autoconvencerse de la autenticidad de su recuerdo y se malogre el trabajo policial. LOFTUS, (1976), ha descrito el proceso de transferencia inconsciente (contenidos posteriores solapan o sustituyen la huella de memoria), proceso que distorsiona la información y también afectan a las ruedas de presos produciendo falsos positivos.

- Los niños se pueden ver mas influidos que los adultos por el método de aplicación, además existen una caras que son más fáciles que recordar que otras y hay sistemas mas adecuados para unas caras que otras<sup>579</sup>.

Tipos:

#### 1. Identi-Kit

Francia, 1950. Originariamente solo individuos blancos. Consiste en láminas transparentes con diferentes características (130 peinados, 102 ojos, 37 narices, 40 labios y 52 barbillas), cuenta con accesorios como cejas, cicatrices, gafas, arrugas barbas, sombreros, etc. Se ha abandonado casi en favor del Photofit.

#### 2. Photofit

Fotografías de características impresas en cartulinas. 105 peinados y orejas, 99 ojos y cejas, 89 narices, 105 bocas, 74 barbillas y mejillas. Complementos como barbas, gafas, cicatrices, también permite usarse con no-blancos. No resulta útil en un 50% caso y fue responsable de la resolución del caso en solo el 5% casos.

#### 3. Sistemas por ordenador

Son iguales que los anteriores, pero cada vez de un uso más creciente, gracias a la calidad y rapidez de los gráficos. Permiten mejorar, la estrategia de selección característica, porque en todo momento, van constituyendo la cara creada.

La práctica diaria, demuestra, que estas técnicas, deben realizarse con un control riguroso de la metodología empleada, para evitar sugerencias, a los que serían motivos de pérdida de la validez de la prueba.

La identificación del agresor en medio abierto cuando se produce una persecución "en caliente", se sigue utilizando, por algunos cuerpos policiales pero tiene problemas de garantías legales y científicas, si se produce una identificación errónea, por el testigo posteriormente no hay forma de comprobarla, mediante una rueda de

---

<sup>579</sup> CUADROS FERSÉ, I, op. cit.

reconocimiento ya que ésta, queda invalidada, por el recuerdo de la primera identificación.

Desde la psicología, se han utilizado, diversas técnicas, como entrevistas más o menos estructuradas y la hipnosis, pero la técnica más prometedora con niños es la entrevista cognitiva<sup>580</sup>. Se basa, en técnicas que facilitan al testigo diversos canales de recuperación al igual que existen en la Memoria Episódica varios sistemas de almacenamiento: reconstrucción de contextos físicos y mentales, cambios de perspectiva espacial y secuencia, técnicas de asociación, etc. Esta técnica adaptada a niños, ha demostrado su eficacia, para lograr recuerdos válidos.

Se han utilizado técnicas de hipnosis para recuperar detalles de difícil recuerdo por el impacto emocional producido, pero tienen un uso más como investigación que efectividad legal en cuanto un testigo ha de ser consciente de lo que afirma para que se le atribuya validez a su declaración.

Pilar Íñiguez Ortega, en su trabajo, enumera alternativas al tratamiento de las víctimas menores de edad como testigos.

En otros países<sup>581</sup>, se han planteado, diversas medidas para reducir la victimización secundaria de los niños, pero que se han de ir evaluando en nuestro contexto para analizar los efectos de las mismas, en los niños y en el proceso, especialmente, su repercusión sobre los derechos del encausado.

Se han clasificado las medidas entre aquellas que están dirigidas al

1. Niño y sus familiares

- Atención pluridisciplinar y acompañamiento profesional del menor.
- Información al niño sobre los procedimientos y lo que se espera de él.

---

<sup>580</sup> CUADROS FERSÉ, I obra citada anteriormente.

<sup>581</sup> GRAY, 1993, HERNÁNDEZ, 1995, HERNÁNDEZ, BLANCO DE LA FUENTE, 1998, ARIMANY Y COO, 1995. reseñados por sus estudios, en la obra de CUADROS FERSÉ anteriormente mencionada.



- Asesoramiento y apoyo a los padres sobre los efectos del delito y de la participación en el proceso judicial.

- Preservación de la intimidad evitando la difusión de la identidad del menor y garantizando la absoluta confidencialidad de sus datos personales, familiares como de su declaración.

## 2. Procedimientos

- Los procedimientos han de considerar las necesidades asistenciales del niño.

- Se han de reducir los plazos de los procesos judiciales.

- No repetición de las declaraciones del niño.

- La declaración del niño es recomendable que se haga en presencia del juez, con la ayuda de un profesional especializado. En una sala adecuada, se registre en vídeo y haya espejo unidireccional o monitores de TV en sala separada para que las partes puedan presenciar la declaración y aportar sus preguntas a través del juez o el experto.

- Evitar diligencias de investigación como careos o reconstrucción de hechos.

- Admisión, por parte de los tribunales de:

- Testimonio referencial.

- Periciales por expertos en testimonio infantil.

- Evitar, siempre que sea posible, la declaración del menor en el juicio oral, si se ha de producir:

- Admitir el testimonio del niño por circuito cerrado de TV.

- Modificación del lenguaje judicial utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

- Juicios a puerta cerrada.

- Modificar el entorno físico de la sala para que sea más adecuado para la declaración de los menores (utilización de salas especiales).

- Utilización de muñecos y dibujos para que el niño pueda expresarse.

### 3. Profesionales y Servicios

Los profesionales han de ir teniendo formación específica en entrevista con niños, desarrollo, memoria y victimización infantiles.

También se ha comenzado a elaborar guías de actuación (Collegi de Psicòlegs de Catalunya, documento interno, 1998) y protocolos de coordinación institucional en Girona, Barcelona, Valencia, Sevilla, etc.

Pilar Íñiguez Ortega explica las líneas de intervención y su enfoque jurídico.

A modo de conclusión, destaquemos que en el ámbito forense actualmente nos encontramos ante dos retos profesionales:

a) Reducir al máximo la victimización secundaria que sufre el menor y evitar que nuestras actuaciones dificulten la recuperación psicológica del niño.

b) El desarrollo de nuevas y más eficaces técnicas de evaluación de la victimización y el testimonio infantil.

Existe el fundamento teórico para aplicar programas de prevención en las direcciones marcadas y que contribuirán a una mejor atención al menor en el sistema jurídico penal, también aquí el beneficio del menor debe pasar a ser el valor fundamental a defender.

Recientes sentencias, sobre la admisión del testimonio con separación visual (mampara), el testimonio de referencia, las periciales de credibilidad del testimonio y las diferencias de actuación que se están produciendo en nuestros juzgados, están llevando, a numerosos profesionales a una conclusión; como en otros países, hemos de adecuar nuestras leyes procesales, de tal manera, que se garanticen, los derechos del encausado, pero que no se siga atentando al interés del menor y su derecho al pleno desarrollo de su personalidad.

Aspectos jurídicos.

La Jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional<sup>582</sup> como la del Tribunal Supremo<sup>583</sup> ha destacado que las declaraciones de un menor pueden constituir prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

La declaración del menor, constituye una verdadera fuente de información y su testimonio representa, en muchos casos, la verdadera prueba inculpatória de cargo. Por ello, no es de extrañar que la Jurisprudencia<sup>584</sup>, insista en la necesidad de que esa declaración se leve a efecto a presencia de su representante legal o del Ministerio Fiscal.

La valoración de dicho testimonio presenta, no obstante, ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia, arrojan unos criterios de valoración, que llegan a determinadas conclusiones, que no pueden ser despreciados, por lo que no es lógico que los operadores jurídicos trabajen sin contar con estos datos de enorme interés.

Debe propiciarse la entrada, de esos elementos periciales de valoración, de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicológicos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. Es este, un aspecto, muy necesitado de potenciar que, además, conduce a una doble finalidad. De una parte, permite robustecer la convicción judicial, sobre la verosimilitud de lo declarado por la víctima menor edad, tan susceptible en muchos casos de ser moldeada por el adulto, y de otro lado, para tomar conciencia del estado psicológico del menor, en el momento de prestar su declaración y adoptar, en su caso, las medidas de protección, que estime necesarias, incluso, evitando la confrontación visual.

---

<sup>582</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 44/89. Esta sentencia entendió que las declaraciones de las menores agredidas en un delito de violación era prueba valorable para enervar la presunción de inocencia.

<sup>583</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1.995 y 23 de marzo de 1.997, entre otras.

<sup>584</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1.999, ente otras.

Estas dos ideas, sin duda, marcan el diferente planteamiento que se ha apreciado, tanto en la jurisprudencia más reciente como en el Legislador. En efecto, el Tribunal Supremo<sup>585</sup> analizando la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, desestima finalmente, el recurso, porque el Órgano Judicial de instancia fundó su convicción condenatoria, no sólo en el testimonio de la niña, sino también en los informes periciales de un psicólogo que avalaron la credibilidad de dicho testimonio. El Alto Tribunal subraya en este sentido, la razonabilidad del fallo, destacando, implícitamente, la conveniencia de este tipo de pruebas periciales complementarias para fortalecer dicho convencimiento condenatorio.

Pero tampoco ha de ser descuidado, como se ha anticipado, el análisis del estado psicológico del menor para procurar que su testimonio se expresado de la manera más libre y espontánea posible. Por ello, se había tornado en imprescindible la idea de que el Legislador arbitrará los cauces necesarios para obtener esa efectividad, sobre

---

<sup>585</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1.999. En el Fundamento Jurídico 1º de esta resolución se puede leer textualmente lo siguiente: “ En el caso que da origen a este recurso, el Tribunal “ a quo” ha expresado una convicción moral declarando probado el hecho por el que condena al acusado y razonando a continuación el porqué de su convicción. E importa resaltar que lo ha hecho con una ejemplar honestidad intelectual y jurídica, reconociendo la dificultad que entrañaba la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral y ponderando cuidadosamente cuanto podía favorecer tanto las tesis de las acusaciones como las de la defensa. Nos encontramos, pues, ante un juicio de certeza –moral, por supuesto, pues no puede aspirar a otra clase de certeza el juicio de los hombres- a que se ha llegado por medio de una reflexión crítica y laboriosa, inspirada por el decidido e imparcial afán de descubrir la verdad. Una certeza que no tiene su base en una opción voluntarista sino racional o, dicho de otro modo, en el análisis racional de la prueba que ante el Tribunal de instancia se practicó. Esta prueba no era, ciertamente, muy amplia ni de fácil valoración. El Tribunal tenía ante sí, junto al hecho incuestionable de la desfloración de una niña que aún no contaba quince años cuando denunció los hechos –desfloración que podía situarse, en el tiempo, no lejos de la fecha expresada por la que se decía ofendida- un testimonio claramente inculpatario de ésta, mantenido durante la instrucción del sumario y ratificado en el acto del juicio oral. La declaración que la ofendida realizó en el plenario no dejó de suscitar reservas en el Tribunal, como cabe deducirlo de las palabras con que el mismo calificó el citado testimonio – “ terriblemente mecánico y rígido”- antes de otorgarle mayor credibilidad que a la declaración del acusado. Pero finalmente se desvanecieron aquellas reservas y se concedió plena fiabilidad a las manifestaciones de la ofendida, ante la contundencia de un informe pericial –el de la psicóloga- que “ aseveró de forma tajante la fiabilidad del relato efectuado” por la niña, y “ eliminó cualquier posibilidad de simulación” por parte de la misma.

todo después de lo acontecido en el enjuiciamiento de unos hechos, que motivaron una polémica sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>586</sup>.

Pilar Íñiguez Ortega aborda la declaración del menor como prueba anticipada.

En este sentido, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio, agrega un último párrafo al artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>587</sup> que establece la regulación de la prueba anticipada. Pues bien, el nuevo precepto va a permitir al Juez de Instrucción, “atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias...” del testigo, “acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación

---

<sup>586</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1.998. La citada sentencia contemplaba unos supuestos abusos sexuales a una menor de ocho años por parte de su padre, quien condenado en la instancia, acudió a la casación denunciando que la menor no había declarado en presencia del acusado y que se le había denegado una pericial psicológica solicitada. EL Tribunal Supremo le da la razón en esta sentencia con las siguientes consideraciones: “ El acusado tenía derecho a que se practicara la prueba pericial que propuso y que constituía una forma de obtener una visión conjunta e integrada por la observación de todos los miembros de la familia por un mismo perito lo que no se había hecho en esa forma en la causa y, desde luego, la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (artículo 11.2, d). La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido. Por todo ello se observa que el recurrente sufrió una indefensión tanto al no admitirse una prueba cuya evaluación por el juzgador pudo ser determinante de una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podría haber determinado una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podría haber determinado una distinta resolución, y consecuentemente, el motivo ha de ser admitido...”.Desde luego si lo que condujo al Tribunal Supremo a constatar la existencia de una ausencia contradicción efectiva entre la menor, víctima del hecho, y su padre, acusado del mismo, el argumento así esgrimido carece, de consistencia, puesto que lo único que el Tribunal de instancia impidió fue que la menor estuviera presente en la misma Sala en que lo estaba el acusado, para así evitarle coacción psicológica que el mismo podía ejercer, en cuanto padre que era de la pequeña, sobre aquélla, pero en ningún momento se impidió a la defensa formular cuantas preguntas y repreguntas tuvo por conveniente a la menor, no generándose por ello indefensión alguna. Esta sentencia determinó la reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 14/99.

<sup>587</sup> Dicho precepto dispone: "Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba".

visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba”.

Varias son las notas destacadas por Pilar Íñiguez Ortega que han de ser destacadas, en el comentario de este precepto:

En primer lugar, que esta diligencia sumarial de declaración testifical únicamente es predicable y aplicable a los menores de edad, es decir a aquellos sujetos que no hayan alcanzado los dieciocho años. Por consiguiente, el Legislador ha establecido una clara barrera para la aplicabilidad de esta forma de declaración, la de la mayoría de edad.

En segundo término, no en todos los casos será posible acordar la práctica de una diligencia de esta naturaleza, con la eventual limitación de derechos que para el imputado supone no poder confrontar de modo directo y visual la declaración del menor que le inculpa. Es necesario que, para ello el Juez tenga presente, de una parte, la naturaleza del delito y de otra las circunstancias del caso. Es evidente que en estos delitos de violencia familiar, la concurrencia de ambos requisitos es fácilmente apreciable, teniendo en cuenta la constatación de unas relaciones personales entre el menor y el imputado, aspecto esencial en estos delitos.

En tercer lugar, parece acertado que el Juez, antes de adoptar esta medida protectora, se vea asesorado por un informe pericial que aconseje su aplicación. El Legislador, en este sentido, no establece límite alguno al tipo de informe, pudiendo ser, por consiguiente, psicológico, médico, social, o de cualquier otra naturaleza, en función de las circunstancias del caso.

Finalmente, la Ley, va a permitir que el menor no haya de afrontar la dura carga psicológica que supone saberse contemplado visualmente por aquella persona que presuntamente fue el causante del daño sufrido. Para ello, la Ley arbitra la posibilidad

de utilizar cualesquiera medios técnicos de grabación de la imagen y del sonido, de tal manera que la declaración prestada por el menor, a presencia del Juez, del letrado defensor y del Fiscal podrá ser grabada íntegramente y servir ulteriormente como medio de prueba en el acto del juicio reproduciéndose la cinta en el mismo. El derecho de defensa ha de quedar, en todo caso, garantizado, de tal manera que la defensa técnica del imputado pueda en tiempo real intervenir efectivamente en su declaración, debiéndose asegurar, por tanto, la plena efectividad del principio de contradicción.

También resultaría conveniente la grabación audiovisual de la entrevista que el menor pudiera haber sostenido con el psicólogo o perito encargado por el Juez de realizar el informe pericial previo a la autorización que contempla este artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser incorporada, al propio informe, por cuanto puede contribuir a fortalecer aún más, no sólo las conclusiones del propio informe en sí, pues el Juez Instructor, con su visionado, puede disponer de una mejor información para autorizar esta medida, sino también, para que, adicionada al proceso, la citada cinta, el Órgano de enjuiciamiento, disponga de un instrumento fundamental para valorar y razonar sobre la credibilidad del testimonio del menor.

Finalmente, la protección deparada por la Ley Orgánica 14/1999 al menor como testigo, se completa, con la prohibición de acordar, la práctica de careos con testigos menores de edad, en virtud del nuevo segundo párrafo añadido al artículo 455<sup>588</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Únicamente, de modo excepcional, es posible la práctica de esta diligencia cuando reúna dos condiciones que tiene que valorar el Juez instructor de modo motivado: La “imprescindibilidad” de esta diligencia y la “no lesividad” para el interés del menor, que, en todo caso, habrá de ir precedida del informe pericial.

---

<sup>588</sup> El cual dispone que “no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial”.

La medida, resulta absolutamente acertada, porque en la experiencia de la práctica demuestra, de una parte, que los careos, difícilmente, permiten llegar a una conclusión clara sobre la verosimilitud de los contenidos de una u otra declaración confrontada, y de otra, tratándose de menores, su falta de madurez y el impacto psicológico que para el mismo puede suponer la confrontación dialéctica, con un adulto, presunto autor, del delito cometido sobre el mismo, convierte en razonable esta prohibición.

El término “imprescindible” que utiliza el Legislador, obliga al Juez a acordar la práctica de esta diligencia únicamente en aquellos supuestos en que no exista otro medio alternativo de comprobar la existencia del delito o descubrir a sus partícipes, interpretación que es fácilmente deducible de la confrontación de este párrafo con el anterior, que prohíbe, también con carácter general los careos, salvo cuando se reputen absolutamente necesarios para la obtención de los citados fines. La “no lesividad del interés” del testigo menor de edad vendrá condicionada, evidentemente, por las conclusiones del informe pericial realizado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la propia personalidad del menor.

Pilar Íñiguez Ortega explica la validez de la declaración del testigo con deficiencia mental, cuando el testimonio prestado por una persona deficiente mental, puede ser suficiente, también, para enervar la presunción de inocencia. En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>589</sup> ya ha venido a destacar que la deficiencia mental de que las víctimas adolecen “no descarta sin más la verosimilitud de sus imputaciones... Las versiones prestadas por deficientes mentales... sirven para formar la convicción del juzgador...”.

No se establece, pues limitación alguna a la credibilidad del testimonio de las personas con deficiencias psíquicas, pues aún, cuando aquéllas carecen de la capacidad

---

<sup>589</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Enero de 1.996.



de expresión de otras personas, pueden transmitir perfectamente vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valoradas en función de las características personales del propio testigo<sup>590</sup>.

Pilar Íñiguez Ortega explica la relación del Ministerio Fiscal y el menor en dicha fase procesal, señalando que es usual comenzar, al exponer el tema, realizando acotaciones al mismo y que van a ser objeto de desarrollo, siendo de carácter terminológico, la primera que se ha de hacer, consistente en sustituir en el título de este apartado por la expresión “los menores” por la de “la infancia”.

La razón de dicha modificación, puede parecer baladí, pero, si se permite la sugerencia, invitaría a descartar desde ahora, en la medida en la que sea posible, la utilización de expresiones que implican alguna valoración peyorativa para referirse a personas que no han alcanzado la edad a la que hemos convenido se tiene capacidad para actuar con relevancia jurídica, pero que son tan personas como las demás: se es niño o niña, adolescente, joven, adulto/a o viejo/a y todos los que se encuentran en cada una de esas etapas deben de ser, jurídicamente hablando, iguales entre sí y con relación a los demás; en cambio, si a alguna de tales personas se la designa como menor o mayor, es inevitable reclamar la presencia de otra con la que hacer la comparación y, por ende, una de las dos será inferior o superior a la otra.

Ello ha determinado que, como hasta ahora, los niños han sido los considerados inferiores, se haya generalizado una visión estereotipada que permite caracterizarlos como los "aún-no: aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no con los mismos derechos, aún-no con suficientes conocimientos, aún-no etc."<sup>591</sup>. Posiblemente

---

<sup>590</sup> Así lo ha reconocido de modo reiterado el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de febrero de 1.991, 6 de abril de 1.992, 4 de febrero de 1.993 y 4 de julio de 1.995, así como autos del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1.992 y de 5 de febrero de 1.997, entre otras muchas resoluciones.

<sup>591</sup> F. CASAS I AZNAR, “*Los niños y las niñas en procesos judiciales: ¿qué nos pueden decir o cómo nos comunicamos con ellos?*”, Bienestar y Protección Infantil, Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, año IV, n. 1, p. 49.

no haya acertado ,en la sustitución porque, etimológicamente, infante es el que no habla, y, por extensión, infancia sería el conjunto de personas que no hablan. Creo, sin embargo, que, con independencia de la significación social de las expresiones, viene en mi defensa la autoridad de la Real Academia Española, ya que, con independencia de las numerosas acepciones de las expresiones infante e infanta, define la infancia como el "período de la vida del niño desde que nace hasta los comienzos de la pubertad<sup>592</sup>".

En segundo lugar, como sostiene CASAS I AZNAR<sup>593</sup>, "...es denominador común a casi todos los países del planeta el hecho de que son muy escasos los datos estadísticos que se publican desde la perspectiva de las niñas y niños...", hasta el punto de que se ha acuñado la expresión invisibilidad estadística de la infancia para definir ese fenómeno que, por una parte, dificulta la elaboración de cualquier estudio riguroso sobre un tema como el propuesto, pero al mismo tiempo reclama nuestra atención para impedir que se prolongue por más tiempo esa situación de invisibilidad que dificulta el conocimiento de la dimensión real del problema, que, por lo que a nosotros atañe ahora y en este momento, se centra en reflexionar sobre la naturaleza y, especialmente, sobre la eficacia de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos cuyo objeto está relacionado con los derechos de los niños.

El citado fenómeno de la invisibilidad estadística de la infancia ,adquiere, perfiles propios cuando de la actividad de la Administración de Justicia se trata, ya que es conocido el secular olvido, por utilizar una calificación benigna, que todos los responsables de esta parcela de la Administración del Estado vienen, con tesón digno de mejor causa, manteniendo respecto de la aplicación de esta ciencia social a la

---

<sup>592</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima edición, Madrid, 1984.

<sup>593</sup> CASAS I AZNAR, op. cit., p. 45.

administración de la justicia<sup>594</sup>, salvo para refutar la veracidad de aquellas encuestas que, con desesperante

En consecuencia, se omiten las referencias estadísticas, relativas a la intervención del Ministerio Fiscal, en los procesos cuyo objeto afecta a los intereses de la infancia, ya que, a la escasa fiabilidad de las mismas, se une, tal vez el poco interés que tal cuestión pueda tener para desarrollar el tema desde la perspectiva desde la que se va a abordar.

Concebido el proceso, como instrumento propio de un sistema de heterocomposición de controversias caracterizado ,por atribuir la solución a un órgano del Estado colocado en posición de superioridad ,sobre las partes en conflicto, que tiene que cumplir su cometido con estricta sumisión al Derecho y con autoridad suficiente para exigir, incluso por la fuerza, el cumplimiento de las soluciones que proporcione a los conflictos de los que conozca<sup>595</sup>, es obvio, que será inevitable, tratar aquí ,sobre la naturaleza de la posición del Ministerio Fiscal en el proceso.

No nos resistimos a transcribir el pensamiento que, CALAM ANDREI<sup>596</sup> dedica al Ministerio Fiscal ("Es abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; éste es el absurdo psicológico que sitúa al Ministerio Fiscal en el permanente riesgo -si no impone su fino sentido de equilibrio- de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del magistrado") y a suscribir la crítica que a dicho pensamiento y las conclusiones que al

---

<sup>594</sup> Cfr. sobre esta cuestión de la impermeabilidad de la Administración de Justicia a la estadística, en lo que se refiere a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, la ponencia desarrollada por el autor en un curso de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial con el título "*La imprudencia*", publicada en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, I, pp. 73-120, y, en concreto, las pp. 76 a 80 (obra citada).

<sup>595</sup> MORENO CATENA, V.y otros, "*Introducción al Derecho Procesal*", Madrid, 1996, pp. 277 y ss.

<sup>596</sup> HERNÁNDEZ GIL, A, en "*La posición del fiscal en el orden civil*", conferencia dictada el 15 de junio de 1976 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia dentro del ciclo organizado por el Ministerio Fiscal en conmemoración del cincuentenario de su Estatuto.

respecto formuló HERNÁNDEZ GIL<sup>597</sup>, cuando, después de destacar la excesiva carga paradójica del pensamiento de CALAM ANDREI y de apuntar que el riesgo se refiere más a la función que al órgano, señala que "la pasión -que está constitutivamente en el abogado y no está constitucionalmente en el Ministerio Fiscal- no es lo que aleja ni lo que acerca al abogado y al Ministerio Fiscal. El abogado y el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la diversidad de cometidos, tienen un patrimonio (espiritual) común: la falta de poder decisorio... En el fiscal se aprecian afinidades estructurales con el abogado y afinidades funcionales con el juez. Desde una posición que estructuralmente se asemeja a la del abogado, realiza, y sobre todo desde el punto de vista del fin, cometidos que funcionalmente se acercan a los del juez o los completan. Como el abogado ocupa la posición de parte; defiende, acusa, informa. Como el juez sólo persigue, en último término, el interés objetivo de la justicia dispensada sin acepción de personas".

Tal conclusión, formulada en 1976, es perfectamente compatible con la regulación que, tanto la Constitución Española como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo, hacen de este órgano del Estado, al que le asignan, entre otras, la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley y la de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, lo que debe de realizar conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, a los que nos hemos referido en el presente trabajo y que son importantes para la defensa de los derechos de la víctima a nivel global.<sup>598</sup>

---

<sup>597</sup> Cfr. la conferencia antes citada, que, junto con las integrantes del ciclo, se publicó en Madrid, 1976, pp 106 a 108.

<sup>598</sup> Concretamente, a ella, se hace una referencia expresa, en el citado Texto normativo, en su artículo 3, cuyo tenor literal es el siguiente:" para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1

Para ello trataremos, aun conociendo la materia que está siendo objeto de estudio en le presente trabajo, de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, distinguiendo, entre los que tienen naturaleza contenciosa y los propios de la jurisdicción voluntaria; a continuación se expondrá la intervención del Fiscal en los procesos penales, distinguiendo a su vez entre aquellos procesos en los que los niños son parte pasiva de aquellos otros en los que son titulares de los bienes jurídicos atacados por las conductas que constituyen el objeto del proceso o, sin ser víctimas o perjudicados, pueden tener intervención en los mismos como testigos.

Una última precisión: ¿convendría, tal vez, plantearse, puesto que nos encontramos en trance de reformas procesales, la posibilidad de introducir modificaciones tan importantes como para permitir que se reconociese sin rodeos a los niños la capacidad de obrar adecuada a su estado de desarrollo, incluida la postulación y defensa? Acepto de antemano que se califique de, como mínimo, jurídicamente incorrecto proponer semejante reflexión. Pero conviene tener presente que, además del alcance que puedan tener algunas modificaciones legislativas introducidas en nuestro Ordenamiento<sup>599</sup>, cuando el Reino Unido firmó la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, formuló una reserva en cuya virtud en Escocia "...no está permitida la presencia de representantes legales en los procedimientos seguidos ante audiencias infantiles. Las audiencias infantiles han demostrado durante años ser una forma efectiva de afrontar los problemas de los niños de manera menos formal y de menor confrontación. Por lo cual el Reino Unido, respecto al art. 37.d (de la Convención) se reserva el derecho de continuar con el actual sistema de audiencias infantiles<sup>600</sup>".

---

correponde al Ministerio Fiscal: 10. Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos, para que reciban la ayuda y la asistencia efectivas."

<sup>599</sup> Cfr. arts. 2 y 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero.

<sup>600</sup> CASAS I AZNAR, F., op. cit., p. 57.

### **5.3. Protección de testigos menores**

No cabe duda que el menor víctima de delitos puede ser un testigo fundamental en el procedimiento penal y que tal posición prevalente le puede ocasionar un peligro que ha de ser considerado o tutelado por las autoridades judiciales.

La Ley Orgánica 19/1994 vino a precisar a ofrecer medidas de protección a aquellas personas que pueden sufrir perjuicios por el cumplimiento del "deber constitucional de colaboración con la Justicia", y entre éstas, reiteramos, pueden estar los menores, a los cuales esta Ley les proporciona mecanismos de protección en la fase de instrucción.

Normalmente se tiende a pensar que la aplicación de estas normas viene motivada por la delincuencia organizada (piénsese a modo de ejemplo en el menor que ha sido prostituido por una organización criminal dedicada a tal fin), pero, frente a esta concepción, se ha de tener en cuenta que la Ley sólo exige que: "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o sus descendientes o hermanos" (art. 1.2 de la Ley).

Este peligro grave a que alude la Ley, entendemos que, en el caso de los menores objeto de un delito, ha de ser valorado a la vista de las especiales circunstancias que concurren en el menor, de modo que ese riesgo serio mencionado pueda ser considerado incluso en supuestos en que el menor lo sienta así.

Es decir, el riesgo se ha de observar, estimamos, desde la perspectiva subjetiva del menor, y no tanto desde una visión objetiva de un adulto. El precepto en cuestión se refiere a un peligro grave para la persona, que puede ser de tipo psicológico o moral, y no estrictamente físico.

En este sentido, sí hubiese querido tal disposición proteger tan sólo la vida del testigo, creemos que lo habría señalado así, y sin embargo solamente indica que ha de existir un riesgo para la persona. El hecho de que esté tipificado como delito la lesión que menoscaba la salud mental (art. 147 CP) abonaría esta postura.

Si como advierte la Exposición de motivos, la Ley pretende evitar los retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos, con los niños, especialmente vulnerables, se ha de considerar que dichos retraimientos e inhibiciones son mayores, por su mayor sugestibilidad y visión de los acontecimientos de otra manera que el adulto: “El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”, señala la Exposición de Motivos de aquel Texto normativo. Uno de esos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos es, sin duda, la infancia (art. 39.4 CE)<sup>601</sup>.

En razón de ello, creemos que una sensibilidad especial del Juez hacia el menor hará que se adopten todas o algunas de las medidas contempladas en el art. 2 de la LO 19/1994, complementadas con las del art. 3 de dicho Cuerpo legal<sup>602</sup>, porque, sin duda, redundan en beneficio del menor, evitando su victimización secundaria, que no es, en definitiva, sino un perjuicio o daño moral que le puede causar el sistema administrativo judicial.

---

<sup>601</sup> “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Especialmente se ha de considerar la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 20 de noviembre, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 y publicado en el BOE el 31 de diciembre de 1990. De entre los distintos preceptos de esta Convención que protegen al niño podemos destacar el art. 19 en donde se establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas...apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental...”.

<sup>602</sup> Pensemos lo positivo que puede ser para un niño que no consten en las diligencias ciertos datos (por ej. su nueva residencia o centro de acogida); que comparezca utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual; que se fije como domicilio la sede del órgano judicial, el cual puede hacer que lleguen reservadamente al niño o a sus representantes las citaciones o notificaciones. En fin, la evitación de fotografías o que se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, se compadece con el derecho a la intimidad y a la propia imagen que le garantiza el art. 4 de la Ley Orgánica 1/996.

#### 5.4. Sobre la coordinación entre las distintas Instituciones públicas

Hace no mucho he defendido la idea de que se debería realizar en relación a los malos tratos que sufren las mujeres un protocolo de actuación, que permita coordinar la actividad de distintos entes que pueden actuar en estos casos<sup>603</sup>. La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado se hace eco de la necesidad de coordinación entre instituciones en estos casos<sup>604</sup>. También en el ámbito de las agresiones sexuales se ha señalado la conveniencia de tal actuación coordinada<sup>605</sup>.

Creemos, que es posible y necesaria, también esa actuación, en los supuestos de delitos de lesiones o contra la libertad sexual de los menores, al menos en los casos más graves, de modo que cada organismo involucrado en esta lacra social ha de saber, en estos supuestos, lo que hacer, todo ello con el fin de que los niños sufran lo mínimo posible y que el procedimiento judicial sea, desde todos los puntos de vista, lo más

---

<sup>603</sup> TAPIA PARREÑO, J.J., op. cit., "Sobre los malos tratos que sufren las mujeres y la Administración de Justicia", Boletín Informativo Jueces para la Democracia, número 21 de mayo de 1998, pp. 12 y 13.

<sup>604</sup> Así, en la misma, se recogen posturas como la de la Fiscalía de Lugo (pp. 329) que aboga por "una actuación coordinada de diversas autoridades policiales, asistenciales y judiciales, coordinación en la que el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir una función de especial importancia...". Igualmente se hace referencia a la Fiscalía de Gerona que incluye en su Memoria el borrador de Propuesta de colaboración entre los organismos implicados, elaborado por el Servicio de Atención a las Víctimas de Delitos. En él se recalca la necesidad de coordinar la actuación de los órganos de la Administración de Justicia, Sanidad, Bienestar Social y Policía Judicial y se detallan las medidas judiciales que puede instar el Ministerio Fiscal en los casos de malos tratos a mujeres". En relación a esta Provincia se puede mencionar que finalmente esta Propuesta fructificó en un Protocolo de Actuación en los casos de violencia doméstica en mayo de este año.

<sup>605</sup> MOLTABAN HUERTAS, MI, ob.cit., p. 67, que indica que "Si la urgencia o premura de la actuación recolectora de las pruebas no necesita más comentario; sí lo exige y de forma relevante la necesidad de coordinar los distintos sujetos o instituciones que confluyen en ese momento inicial: piénsese en el Centro Sanitario; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Asistencia Social y Juzgado. Es muy delicada la imbricación de todos ellos- a la manera de eslabones en la cadena- y la defectuosa actuación de cualquiera de ellos se va transmitiendo y puede incidir en el fracaso de la investigación o en el agravamiento de la condición de la víctima. Por ello se echa en falta una articulación efectiva de las instituciones reseñadas y una específica preparación de las personas que actúan por aquéllas. Lo primero sería viable a través de protocolos de actuación coordinados entre las instituciones intervinientes tras la comisión del hecho delictivo; de suerte que cada una (centro hospitalario, centro analítico, policía; juzgado) sepa el momento en que ha de iniciar y finalizar su actuación, evitando demoras e innecesarios peregrinajes a la víctima". La autora hace referencia a intentos de coordinación en este sentido, como el Plan de Coordinación Institucional en materia de agresiones sexuales de 1991, en Barcelona. En el País Vasco existe tal Coordinación en estos delitos, en un plan que fue impulsado por el Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde).



liviano que se pueda. En esta labor coordinada han de participar distintas instituciones públicas.

Esbozando lo que podría ser este protocolo, podríamos pensar, que desde el primer momento que se tiene conocimiento de la existencia de un hecho criminal contra un niño (normalmente la Policía, pero también un centro médico o los Servicios sociales), tal ilícito se debería poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción, en funciones de Guardia, que debería asumir la decisión sobre las distintas cuestiones relativas al menor, algunas de las cuales hemos citado (medidas cautelares en relación al menor y al sujeto activo), evitando al mismo tiempo distintas declaraciones del menor.

Sería preciso relacionar, a los distintos centros médicos, especialmente a los servicios de pediatría de éstos, con la clínica médico forense, de forma que el forense se pueda personar en el Hospital y examine el cuerpo del niño conjuntamente con los doctores que le asisten, impidiendo los dobles exámenes y elaborando el correspondiente informe que podrá ser utilizado a lo largo del procedimiento<sup>606</sup>.

Contar con los Servicios Sociales del Ayuntamiento, Diputación o Comunidad Autónoma sería adecuado, pues han de colaborar, en muchos casos, con el Juez y el Fiscal, detectando los hechos delictivos y proporcionándoles información valiosa sobre las circunstancias del niño, para actuar en su beneficio. Además, pueden disponer de centros asistenciales de distinto tipo para cuidar eventualmente del menor. Lo ideal sería promover desde las propias instancias judiciales, servicios que pudieran estar disponibles, las 24 horas del día.

---

<sup>606</sup> En la Memoria de la Fiscalía General (p. 326 de la misma), se relata cómo esta dinámica ya se ha puesto en funcionamiento en Tarragona, de alguna manera, en cuanto la Fiscalía ha recomendado que "a la más mínima sospecha deben conectar con el médico forense de guardia con objeto de que pueda acudir a los Servicios Hospitalarios para percibir estos vestigios y poder contar posteriormente con su informe en el juicio oral". Siempre será conveniente poner de acuerdo a ambos profesionales para ver cuál es la mejor manera de llevar a cabo su labor de forma más concorde, conjugando los distintos intereses u objetivos que cada uno tiene.

Si los órganos judiciales cuentan, como ya ocurre en muchos lugares de España, con unos profesionales de las ciencias humanas en los Servicios de orientación al Detenido o de Asistencia a la Víctima, éstos pueden servir de enlace precisamente entre los Órganos judiciales y/ o la Fiscalía y aquéllas Instituciones que han de velar por el menor y protegerle.

El Servicio de Asistencia a la Víctima puede, además, en esos primeros momentos atender al menor y tal vez derivarlo más tarde hacia recursos que en ciertos lugares ya existen en la Comunidad y que se financian con dinero público (tratamientos psicológicos para niños por ej.).

Ese Servicio o el del Detenido o aquellos Servicios Sociales pueden, a su vez, proporcionar una gran información sobre las circunstancias sociales, educativas o familiares del niño o/y del agresor que permitan tomar decisiones en un sentido o en otro.

La Policía, también debe conocer estos servicios, pues puede ser preciso en ocasiones que ellos mismos lleven al niño al centro adecuado, y como hemos señalado debe realizar sólo aquella actividad imprescindible en relación con el hecho punible, comunicando inmediatamente al órgano de guardia el luctuoso suceso, sin perjuicio de que ad cautelam pueda tomar las decisiones oportunas en orden a la recogida de elementos de prueba y para la protección del menor.

En definitiva, sin perjuicio de otras medidas que podemos consensuar, y otras decisiones que se pueden tomar por el propio Juzgado de Instrucción, en estrecha relación con el Fiscal, cuyo papel se ha de reivindicar, es muy importante, que una serie de instituciones que, en ese primer momento, y posteriormente en el proceso van a intervenir "pacten", salvando obviamente las competencias de cada uno, un modo de

actuar en estos casos, tratando de ocasionar los menores perjuicios a un menor que bastante ha sufrido con el hecho criminal.

## **6. MEDIDAS PROCESALES**

Profesor David Lorenzo Morillas Fernández, en su trabajo, agrupa los medios de control social más relevantes de la esfera procesal que, aunque ya han sido referidos en los Planes para la erradicación de la violencia doméstica, creo necesario abordar.

Transcribo ahora las consideraciones vitales del Profesor Morillas Fernández:

Obviamente, el referente principal en esta disciplina ha sido la modificación que sufrió la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio que, en su capítulo II, introduce cambios en sus artículos 13, 14.1, 103 y 104.2, y añade nuevos preceptos, en concreto los últimos párrafos de los artículos 109 y 448, los segundos párrafos de los artículos 455, 707 y 713, además de crear el artículo 544 bis del referido texto legal. Con ello se pretende facilitar, como expresamente indica la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, “la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse en las primeras diligencias”, “la persecución de oficio de las faltas de malos tratos” y “la minoración de las consecuencias que sobre la propia víctima o sobre los testigos menores de edad pueda tener el desarrollo del proceso”.

Por ello, creo necesario detenerme, en primer lugar, en el análisis de la nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, producida con fecha de 24 de octubre de 2002; y, dejando a un lado las modificaciones legislativas implantadas, en dos medidas procesales de control social concretas, como son las creaciones, de un lado, de Juzgados

de violencia y, de otro, del Servicio de Violencia Familiar y el Registro en el ámbito de las Fiscalías.

#### 1. Procedimiento de enjuiciamiento rápido de casos de violencia doméstica.

Esta política de mejora de las medidas procesales en materia de violencia habitual en el ámbito doméstico encuentra un nuevo referente con la recién creada Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. El principal motivo de su creación es, como recoge la Exposición de Motivos, «la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas».

En concreto, el artículo segundo de la mencionada Ley introduce cambios significativos en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos-. En su virtud, podrán enjuiciarse todos aquellos delitos con pena privativa de libertad no superior a cinco años, o con cualquiera otras penas siempre y cuando su duración no exceda los diez años, y que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aún sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el referido Juzgado por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.

Entre el catálogo de delitos enumerados se recoge, de forma expresa en el artículo 795.1.2ª a), los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal.

Entre las actuaciones reseñadas en el referido procedimiento, jugará un papel fundamental la Policía Judicial en tanto va a ser la encargada de practicar las diligencias contempladas en el precepto 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, verbigracia solicitar del facultativo o personal sanitario copia del informe relativo a la asistencia prestada; información a la persona a la que se le atribuya el hecho; citación de la persona denunciada, testigos y entidades contempladas en el artículo 117 del Código

Penal para que comparezcan ante el Juzgado de guardia (...). Asimismo el apartado tercero incluye una cláusula de especial urgencia en virtud de la cual las referidas citaciones podrán realizarse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta.

El Capítulo III desarrolla las diligencias urgentes ante el Juzgado de guardia; esto es, una vez recibido el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas incoará, si procede, diligencias urgentes. Para ello recabará los antecedentes penales del detenido; tomará declaración al imputado y a los testigos, practicará cualquier tipo de diligencia, pudiendo incluso ordenar careos o citara a aquellos sujetos que estime convenientes. Seguidamente oirá a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, las cuales podrán solicitar cualquier medida cautelar frente al imputado procediendo el Juez de guardia a dictar resolución bien dando inicio al juicio oral – desarrollado de conformidad con los términos previstos en los artículos 786 a 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-; bien considerando insuficientes las diligencias practicadas, en cuyo caso ordenará la continuación como diligencias previas del procedimiento abreviado; o dictando auto acordando alguna de las decisiones previas de los tres primeros puntos del artículo 779.1, en donde acordará lo que proceda sobre la adopción de medidas cautelares.

Por último, en cuanto a la sentencia, se dictará dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista, frente a la cual podrá interponerse recurso de apelación.

## 2. La creación de Juzgados de violencia.

Como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, actualmente existe una gran concienciación social referente al problema de la violencia doméstica.

Manifestación de la misma es el incremento de denuncias persistente año tras año.

Por todo ello, el Pleno del Consejo del Poder Judicial aprobó el 19 de junio de 1998 atribuir a los juzgados de instrucción de un partido judicial el conocimiento de las causas relativas a la violencia doméstica, esto es, especializar Juzgados en esta materia o crear un número que se estime procedente. A tal efecto, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Elche fue pionero en esta cuestión. En la actualidad el Consejo General del Poder Judicial está evaluando la eficacia de la medida de especialización de Juzgados de violencia doméstica con base en la experiencia de los tres que actualmente se encuentran en funcionamiento (ubicados en Elche, Orihuela y Alicante), no habiéndose registrado, hasta el momento, otras solicitudes de especialización.

La pregunta que surge a tal efecto es si es necesaria la creación de dichos Juzgados especializados en esta materia. Magro Servet entiende que en estos casos no se trataría de especializar un Juzgado porque estos no conocerán sólo de los asuntos de violencia doméstica sino que, también, conocerán de otras cuestiones, aunque con la reducción en el reparto de determinadas materias por la compensación que se produce al tener que conocer de los asuntos de violencia doméstica<sup>607</sup>. Según Pilar Íniguz Ortega, la opinión mostrada por Magro Servet es criticable porque en ese Juzgado no sólo se

---

<sup>607</sup> MAGRO SERVET, Vicente. “La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999 de 9 de junio y su incidencia en el ámbito de protección de mujeres maltratadas”, en *La Ley*, número 4850, 1999, p. 12.

van a ver cuestiones de violencia doméstica, luego no puede hablarse de una especialización en una materia concreta sino en la creación de una serie de Juzgados tendentes a aliviar, en cierta medida, la carga judicial actual. Además, por otra parte, habría que plantearse analizar cual es el porcentaje de causas judiciales iniciadas por violencia doméstica y ponerlas en comparación con otras figuras delictivas, de indudable relevancia, y cuya especialización, en el orden jurisdiccional, otorgara no sólo una atención prioritaria sino también desviara dicha carga produciendo una mayor rapidez en las causas pendientes.

A tal efecto, podría hablar de las lesiones de importante consideración o de los delitos contra la vida, que de forma directa, abarcarían también, en determinados supuestos, los de violencia doméstica.

### **6.1. La creación del Servicio de Violencia Doméstica Familiar y el Registro en el ámbito de las Fiscalías**

Profesor David Lorenzo Morillas Fernández hace, en su trabajo, referencia a dos puntos de especial relevancia. De un lado, la posible creación de una Fiscalía dedicada exclusivamente a cuestiones de violencia doméstica y, de otro, la creación de un Registro en dicha materia.

Centrando el tema de la Fiscalía específica en violencia doméstica, he de partir de la Circular 1/1998 de intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito familiar, en donde se considera desaconsejable adoptar dicha medida en tanto que las dos Fiscalías que a tal efecto subsisten –narcotráfico y corrupción- se justifican por los fenómenos complejos que regulan puesto que no sólo extienden sus efectos al ámbito nacional sino al internacional llevando aparejada la

presencia de terceros países. No obstante, sí se acuerda la adopción de medidas organizativas que faciliten en las Fiscalías la persecución de tales hechos y el contacto más próximo y directo del Fiscal con las víctimas de estos delitos.

En la actualidad, las soluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales para conocer los datos que permitan acreditar la concurrencia del requisito de la habitualidad se articulan a través de los Decanatos, mediante las normas de reparto. El problema de los mismos es que su cobertura está muy limitada en tanto afecta únicamente a la localidad donde dicho Juez Decano se ubica. Sin embargo, para solventar este problema, la Fiscalía General del Estado, de conformidad con lo establecido en la Circular 1/1998, de intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito familiar, ha puesto en marcha un Registro informático de causas por violencia doméstica, necesario a todos los efectos, a través del cual se podrá acceder desde cualquier parte del territorio nacional. A tal efecto, será el Fiscal encargado del Servicio de Violencia Familiar, asistido del personal auxiliar necesario, quien tendrá que dirigir el Registro, informático o convencional, dependiendo de la disponibilidad de medios, el cual se formará con los datos de interés que se extraigan de las incoaciones de procedimiento por hechos de esta naturaleza. Para Ganzenmüller con esta medida lo que se pretende es “evitar el tratamiento inconexo de las conductas violentas reiteradas a una persona y facilitar una estadística fiable y completa”<sup>608</sup>, en definitiva, tener una base de datos a la que poder recurrir para ver si procede aplicar la habitualidad del comportamiento a la que hace referencia el tipo del artículo 153 del Código Penal.

En atención al panorama actual en relación con el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico, estimo necesario la creación del mencionado registro de causas de violencia doméstica, el cual debiera de cumplir con una doble finalidad: a) recoger el número de denuncias interpuestas contra un sujeto para apreciar con ello el carácter de

---

<sup>608</sup> Ganzemüller Roig, C. «El fiscal...», cit., pág. 327.



la habitualidad siempre y cuando las mismas respondan efectivamente a agresiones probadas del victimario; b) conociendo el número de denuncias interpuestas contra un individuo podrá valorarse la peligrosidad del denunciado y calibrar, si es necesario, la posible adopción de medidas cautelares ante la acumulación de denuncias o la gravedad de los hechos denunciados.

## **7. LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO**

Las reformas legislativas del Derecho penal brasileño realizadas especialmente a partir del final de la década de ochenta e inicio de la década de noventa refleja, sin lugar a dudas, revelado influencias del movimiento victimológico y es posible detectar en ellas algunos aspectos del abordaje hasta ahora hecho.

El último artículo de la Constitución Federal de 1988 es significativo: Según el art. 245, “la ley dispondrá sobre las hipótesis y condiciones donde el Poder Público dará asistencia a los herederos y dependientes carentes de personas victimizadas por crimen doloso, sin perjuicio de la responsabilidad civil del autor del delito”.

Ese dispositivo (a lo que se sabe, aún no cumplido) revela innegablemente la influencia del movimiento victimológico y establece la responsabilidad asistencial del Estado a los herederos y dependientes, pero, extrañamente, no asegura el derecho a la asistencia pública para la propia víctima, derecho ya reconocido en diversos países. Como se ha resaltado, la creación de los fondos públicos de compensación fue un importante resultado del victim's rights movement, aunque los efectos prácticos muchas veces no hagan justicia a la publicidad que rodea tales iniciativas<sup>609</sup>. Quizá sea posible

---

<sup>609</sup> Para un análisis de la eficacia de los programas de compensación en Inglaterra, Canadá, Estados Unidos y Alemania, v. Bernhard Villmow, *Victim compensation in some western countries*. De una

identificar en la misma vertiente del movimiento victimológico, que inspiró el art. 245 de la CF, las reformas penales consecuentes, especialmente la Ley 8.072/90 y la ley 8.930/94. También en la ley 9.426/96, que añadió un inciso en el § 2º del art. 157 del CP, es posible identificar una preocupación victimológica, pues fue reconocida como calificadora del robo la circunstancia de que el agente mantenga a la víctima en su poder, restringiendo su libertad.

Es a partir de la ley 9.099/95, sin embargo, que los reflejos del movimiento victimológico asumen las características de su otra vertiente, la de satisfacción a la víctima. Antes de abordarlos específicamente, son necesarias algunas consideraciones generales.

Las reformas puntuales realizadas en el ámbito del ordenamiento penal han recibido muchas críticas de la doctrina, pues se pierde, con ellas, una línea de coherencia sistemática indispensable para la eficacia y credibilidad del derecho penal. Es evidente que el proceso legislativo ideal habría de ser fruto de un debate doctrinal profundo, alimentado por el análisis de las tendencias internacionales más arraigadas en nuestra propia realidad, con una opción clara de política criminal. No es lo que tenemos visto. De ahí la sorpresa de la doctrina frente a los nuevos rumbos político-criminales, discriminatorios, traídos por la ley 9.099/95, cuando las reformas legislativas hasta entonces realizadas indicaban una clara opción por medidas más represivas.<sup>610</sup>

En el campo de las reformas penales que trajeron novedades importantes relacionadas con el movimiento victimológico, queda evidente la carencia de un debate previo. Como ejemplo, véase que cuando surgió la ley 9.099/95 no había, en el sistema patrio, una discusión madura acerca de la relación de las medidas de satisfacción a la

---

manera general, el autor busca las razones de una eficacia abajo de la esperada, bien como del desinterés por parte de las víctimas y presenta resultados de las investigaciones hechas en los países mencionados acerca del grado de satisfacción de las personas que buscan los servicios de compensación.

<sup>610</sup>Ada Pellegrini Grinover et al., Juzgados Especiales Criminales – Comentarios a la ley 9.099/95, de 26.09.1995.

víctima con el derecho penal. La nueva ley, absolutamente innovadora en ese campo, saludada entusiásticamente por algunos y repelida con vehemencia por otros, fue la palanca para un debate, aún incipiente, acerca de la cuestión referida. Así como el análisis de la cabida de medidas de satisfacción a la víctima con el derecho penal, diversas otras cuestiones fundamentales no pudieron ser debatidas con la necesaria serenidad. Entre éstas, es de resaltarse la posibilidad de una fórmula conciliadora entre el inamovible aspecto garantista del derecho penal y procesal penal, y la informalidad de algunos procedimientos introducidos por la nueva legislación. Un cuidadoso análisis, la profundización en algunos temas, la meditación serena, cedieron espacio a un debate realizado bajo la presión de la ley ya en vigor.

En razón de la falta de estudios profundos acerca de la cuestión victimológica en Brasil, la víctima siempre fue, para el derecho penal, una personalidad desconocida. Nunca se buscó descubrir, por algún método empírico serio, cuáles eran expectativas en relación al derecho penal, cuál la medida que genera su satisfacción. Los estudios victimológicos realizados en otros países revelan que las concepciones del sentido común en relación a la víctima son muchas veces fruto de meras suposiciones, de una visión distorsionada y discriminatoria. De ahí la necesidad de conocer que aquella es también “cliente” del sistema penal, antes de pretender satisfacer sus supuestos intereses.

Tales condiciones no significan, sin embargo, que el debate tardío sea inútil. Al contrario, superado el momento más oportuno para su realización, es extremadamente relevante que las novedades legislativas sean seriamente analizadas. Por fin, la reforma puntual del derecho penal, tan criticada, acaba por indicar que, con la misma facilidad con la que se hace una ley, es posible reformarla. Hay que mantener, sin embargo, la esperanza de que la inseguridad jurídica y social resultante de las constantes reformas,

así como el peligro de la banalización del derecho penal que la prisa legislativa ansía, sean factores suficientes para crear el saludable hábito de una profundización del debate anterior a la promulgación de nuevas leyes.

Hechas esas observaciones preliminares, cabe decir que, aunque los reflejos del movimiento victimológico se han sentido en el EJ brasileño, especialmente en la década de 90, la víctima, de alguna forma, era antes llevada en consideración por el derecho penal. Una rápida retrospectiva histórica demuestra la verdad de tal asertiva.

Así es que el Código Criminal del Imperio, en su Capítulo IV, denominado “De la satisfacción”, disponía la obligación de reparación del daño. Retiradas las circunstancias que la historia ha superado, el contenido de ese capítulo, especialmente los arts. 21 y 22, suena increíblemente actual. Dispone el Art. 21 que “El delincuente satisfará el daño que causar con el delito”, el Art. 22 añade que “La satisfacción será siempre la más completa que sea posible, siendo en caso de duda, a favor del ofendido. Para este fin el mal que resulte a la persona y bienes del ofendido será evaluado en todas sus partes y consecuencias”.<sup>611</sup>

Disposiciones en ese sentido no se repitieron en los órdenes penales siguientes. El Código Penal de 1890 – Dec. 847, de 11.10.1890 – consideraba la obligación de reparar el daño como efecto de la sentencia condenatoria y en el art. 70 establecía que “la obligación de indemnizar el daño será reglada según el derecho civil”.<sup>612</sup> Es interesante observar que los arts. 345 a 350 de ese estatuto preveían los crímenes de violación de los derechos de la propiedad literaria y artística, y la sanción correspondiente era el pago de pena de multa “en favor del autor”.

La Consolidación de las leyes Penales, Dec. 22.213, de 14.12.1932, también en considerar la víctima en al establecer las circunstancias atenuantes y agravantes.

---

<sup>611</sup> José H. Pierangeli (coord.), Códigos Penales de Brasil – evolución histórica, p. 170.

<sup>612</sup> Ibidem, p. 276.

Además, exigía la reparación del daño para la concesión de suspensión condicional de la pena o de libertad condicional.

El Código Penal de 1940 mantuvo las referencias a la víctima al tratar de las circunstancias atenuantes y agravantes, así como a la necesidad de reparación del daño para la concesión de favores legales. Innovando en relación a la legislación vigente hasta entonces, tipificó el ejercicio arbitrario de las propias razones (art. 345), entre otras conductas contra la administración pública, antes “injustificadamente dejado al borde de nuestra ley penal”.<sup>613</sup>

La reforma penal de 1984 trajo algunas innovaciones importantes con relación a la víctima, especialmente al incluir, entre las circunstancias a tener en consideración por el juez en el momento de la fijación de la pena, aquella referente al comportamiento de la víctima (art. 59 del CP). La Exposición de Motivos de la ley 7.209/84, al justificar la inclusión del “comportamiento de la víctima” entre las circunstancias judiciales, se manifiesta así: “Se hizo referencia expresa al comportamiento de la víctima, erigido, muchas veces, en factor criminógeno, por constituirse en provocación o estímulo a la conducta criminal, como, entre otras modalidades, el poco recato de la víctima en los crímenes contra las costumbres.” No obstante a tamaño defecto genérico, la exigencia legal de atención al comportamiento de la víctima para la fijación de la pena y el régimen inicial posibilita un análisis mucho más amplio que el sugerido en la Exposición de Motivos.<sup>614</sup>

La reparación del daño no es cuestión olvidada por el Código Penal, que la establece como condición para la obtención de beneficios legales, como el *sursis*

---

<sup>613</sup> Exposición de Motivos del Código Penal de 1940, n. 84.

<sup>614</sup> Cabe observar que una de las victorias más pregonadas del movimiento por los derechos de las víctimas en los Estados Unidos es el derecho al denominado victim’s impact statement, documento donde la víctima registra los impactos del delito en su vida, en los aspectos materiales y emocionales, y ese registro debe ser considerado por el juez en la fijación de sentencia (Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Política criminal en los Estados Unidos, p. 79, y Ellen Alexander y Janice Harris Lord, Impact Statements – la victim’s right to speak, la nation’s responsibility to listen, Dpt. Of Justice, Office for victims of crime).

especial (art. 78, § 2º) y la libertad condicional (art. 83, IV), y como condición para la rehabilitación (art. 94, III), constituyendo también presupuesto necesario para la concesión de indulto y conmutación de penas, en los términos de los decretos presidenciales editados anualmente. Por fin, la obligación de reparar el daño es efecto automático extrapenal de la condena (art. 91, I).

La reparación del daño es también considerada en el art. 16 del CP, que trata del arrepentimiento posterior: en los crímenes cometidos sin violencia o grave amenaza, la reparación voluntaria del daño o la restitución de la cosa, antes de la recepción de la denuncia, es causa obligatoria de disminución de la pena. De acuerdo con el ítem 15 de la Exposición de Motivos del CP, tal innovación fue “instituida menos en favor del agente que de la víctima”. Aquí, vale observar la diferencia de tratamiento con que es contemplada la reparación del daño (configurada por el pago del tributo o contribución social y accesorios) como causa extintiva de punibilidad, en la ley 9.249/95, sin que haya argumento jurídico que sustente el tratamiento diferenciado. El incentivo a la colección de los tributos en favor del Estado, ciertamente, cuenta menos que la calidad de aquellos que están sujetos a la persecución penal por la práctica de los llamados “crímenes de la gente de cuello blanco”. Mismo porque el argumento podría ser igualmente utilizado en favor de la víctima individualizada.

Pese haber sido prevista en varios artículos, la efectiva reparación del daño no ha sido práctica común y su ausencia, en la mayoría de las veces, no constituye traba alguna a la obtención del fin pretendido, bastando la juntada del certificado de pobreza. Considerando que la gran mayoría de los acusados y condenados por la justicia criminal es formada por personas pobres, defendidas por abogados públicos, con frecuencia ni mismo la juntada de la declaración se hace necesaria. Se puede decir que existe una

presunción de pobreza, de modo que, en la práctica, sólo ante algún indicio de que el condenado tiene medios suficientes se le exigirá la reparación del daño.

Entre las innovaciones legislativas que revelan la influencia del movimiento victimológico, en especial en lo que hace referencia a la reparación del daño, merecen ser destacados, además de la ley 9.099/95 e la ley 9.249/95, ya mencionada, que creó causa extintiva de la punibilidad de determinados delitos, derivados de la reparación del daño antes del recibimiento de la denuncia, la ley 9.503/97 (modificada por la ley 9.602/98) – Código de Transito Brasileño, que instituyó la multa reparatoria; la ley 9.605/98, que instituyó la pena de prestación pecuniaria y reconoció, como circunstancia atenuante, el arrepentimiento del agente manifestado por la espontánea reparación del daño, además de incentivar la reparación en otros dispositivos; la ley 9.714/98, que alteró dispositivos referentes a las penas alternativas, introduciendo en el Código Penal la pena de prestación pecuniaria.

Como se ve, es clara la tendencia introducir provisiones legales que tratan de la reparación del daño, pero queda claro también que no hay un tratamiento homogéneo del tema. Para una mejor comprensión de la materia, serán destacados algunos aspectos.

### **7.1. La Ley 9.099/95**

Sin duda alguna, la ley 9.099/95 representó la introducción de la cuestión victimológica en el derecho penal brasileño. Como visto, la víctima siempre fue objeto de alguna referencia legal, a pesar de recibir poca atención doctrinal. Pero la ley 9.099/95 es efectivamente el texto legal que reflejó, en el ordenamiento penal brasileño, el movimiento victimológico internacional de una manera más evidente.

La ley que dispone sobre los Juzgados Especiales Civiles y Criminales trajo grandes innovaciones en el campo penal y procesal penal. La primera gran novedad ya se encuentra en el art. 2º, que establece los criterios que deben orientar el proceso – oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad – y su objetivo fundamental – la conciliación o transacción. Llama la atención esa disposición por tratar, a un tiempo, del proceso a seguir tanto en los Juzgados Especiales Civiles como en los Criminales, introduciendo, así, un proceso penal marcado por la informalidad y direccionado a la conciliación o transacción. Si en el proceso penal direccionado a la reconstitución jurídica del hecho para ejercicio del *jus puniendi* estatal el papel de la víctima es, esencialmente, informativo, en los procedimientos orientados a la conciliación y transacción su papel es, al contrario, formativo.

El establecimiento de la conciliación y de la transacción como escopo precipuo del procedimiento es la forma a través de la que la ley demuestra su preocupación por la víctima. “La preocupación central, ahora, ya no es sólo la decisión (formalista) del caso, sino la búsqueda de solución para el conflicto. La víctima, finalmente, empieza a ser redescubierta, porque el nuevo sistema se preocupó, principalmente, por la reparación de los daños.”<sup>615</sup>

La importancia conferida a la reparación de los daños está evidenciada en el art. 74, que prevé la posibilidad de composición civil entre las partes. Se trata de una medida de naturaleza híbrida, civil y penal.<sup>616</sup> El acuerdo homologado por el juez, si es incumplido, tiene fuerza de título ejecutivo y, tratándose de acción penal privada o pública condicionada a la representación, implica la renuncia al derecho de queja o representación.

---

<sup>615</sup>Ada Pellegrini Grinover et al., Juzgados Especiales Criminales – Comentarios a la ley 9.099/95, de 26.09.1995, p. 38.

<sup>616</sup>Ibidem, p. 40.



Las otras medidas despenalizadoras introducidas por la ley 9.099/95, la transacción penal (art. 76), representación (art. 88) y la suspensión condicional del proceso (art. 89), tienen también, según la mejor doctrina, naturaleza híbrida, penal y procesal penal.<sup>617</sup>

La exigencia de representación para el ejercicio público de la acción penal por lesiones corporales leves y lesiones corporales culposas, introducidas en el art. 88 de la ley 9.099/95, es una medida que busca también a satisfacer a la víctima. Numerosos casos llegaban, antes, a los tribunales y tenían andamio independientemente de la voluntad de la víctima que, con frecuencia, no poseía interés alguno en el proseguimiento del hecho.

Uno de los aspectos más cuestionados de la ley en examen es el relacionado con la transacción penal. Hay una aplicación de pena sin proceso y sin juicio de culpabilidad, lo que violaría la presunción de inocencia y el principio *nulla poena sine iudicio*. Quien defiende la constitucionalidad de la ley, argumenta que “la aceptación de la sanción penal, no derivando de la aplicación de la pena consecuencias desfavorables en relación a la reincidencia o a los antecedentes criminales y a sus registros. El único efecto penal de la transacción es impedir nuevo beneficio por el plazo de cinco años, lo que también es razonable”.<sup>618</sup>

Sin embargo, el aspecto más grave de la transacción penal parece que no es el concerniente a la libertad de transigir, resuelta por el principio *nolo contendere*.<sup>619</sup> El problema reside en el hecho de que la posibilidad de transacción penal indica, que el Poder Público está dispuesto a “abrir mano” del proceso, que el Estado no juzga

---

<sup>617</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>618</sup> Ibidem, p. 32. Cabe percibir que uno de los principales argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la transacción – la posibilidad de ser aplicada una pena de prisión sin proceso (en el caso de conversión de pena pecuniaria no paga) – ya perdió razón de ser frente a la ley 9.268/96, pues ahora la multa es deuda de valor y no puede ser convertida en pena corporal.

<sup>619</sup> Ibidem, p. 32

necesario el ejercicio del jus puniendi. La gran contradicción, que no se resuelve apelando a la voluntariedad del hecho, está en que, no aceptando la transacción, el acusado podrá cumplir una pena innecesaria, a la que el Estado podría haber renunciado. O sea, es una pena inútil, y a ella el condenado será sometido no por la existencia de un interés público en su aplicación, sino por su insistencia en verse procesado. Por otro lado, la explicación teórica de que la aceptación de la transacción penal no implica la admisión de culpa escapa al sentido común. Una explicación simplista, al estilo de “usted paga para librarse del proceso”, suena, en los oídos de algunos, como si fuera una propuesta ilícita.<sup>620</sup>

La ley 9.099/95, dejando de lado las cuestiones más frecuentes, tiene algunos aspectos positivos, pues evita el proceso en muchas hipótesis en las que realmente no sería necesario. Por otro lado, innumerables casos que antes no llegaban a los tribunales ahora rellenan las pautas de audiencia.<sup>621</sup> Para algunos, ésta es una gran ventaja de la ley 9.099/95, que permite la solución de casos que antes quedaban pendientes o eran resueltos personalmente por las partes. Ese argumento no cierra la cuestión. No es porque el conflicto necesita de solución que la solución debe ser de naturaleza penal; la experiencia demuestra que la gran mayoría de los casos que llegan a juicio representan apenas un síntoma de problemas mayores. No es infrecuente que una parte se encuentre, en un día, en el papel de autor y, otro día, en el papel de víctima. Necesitan, efectivamente, de un interlocutor, necesitan resolver cuestiones más complejas que el

---

<sup>620</sup> Realmente no es tarea fácil explicar al (supuesto) autor del hecho que pagar una multa (en la transacción penal) o comparecer trimestralmente en el foro para justificar sus actividades (en la suspensión condicional del proceso) no significa ningún juicio de culpabilidad y que él continúa siendo visto como inocente.

<sup>621</sup> Para ilustrar, véase la pauta de audiencias de la 2.ª Vara Criminal del Foro Regional de Pinheiros del día 1.º de febrero de 1999 (solamente las audiencias realizadas): 13:30 h: audiencia preliminar refiere a una supuesta práctica de amenaza. De acuerdo con la mujer, el marido cuando bebe amenaza a toda la familia. Están casados hace más de 20 años. Después de orientados, ella renuncia a la representación y él se compromete a frecuentar los Alcohólicos Anónimos; 13:45 h: audiencia preliminar. “Juego del bicho”. El autor se considera inocente, pero acepta la transacción penal – pago de diez cestas-básicas a una institución de caridad; 14:00 h: audiencia preliminar. Pelea de tránsito con lesiones corporales leves.

caso presentado en juicio; necesitan, sobretodo, contar sus historias. De ahí que no sea un tribunal criminal el mejor escenario.

En relación a la satisfacción de la víctima, sería importante la realización de un estudio empírico para comprobarla. Especialmente en casos de agresión o amenaza, habiendo representación, es común que la víctima experimente alguna perplejidad al percibir que, después de manifestar que desea el proseguimiento del hecho, éste es cerrado con la transacción penal o archivo.

Por fin, la ley 9.099/95 vino demostrar que, en la criminalidad de bagatela, el derecho penal ha funcionado como *prima ratio* y la posibilidad de ir a la policía y al foro criminal por cualquier desentendimiento puede dificultar o impedir la creación de otras instancias, otros espacios públicos de conciliación. Medida mucho más saludable para la vida social.

Un gran mérito de la ley 9.099/95, y que merece traspasar sus límites, es el cambio de concepto de la justicia penal. La fase policial es simplificada y desburocratizada. El caso es encaminado a juicio en poco tiempo. Tratándose de un procedimiento informal, las partes se sienten más acogidas y participantes, tienen mayor libertad de expresión. Los jueces y abogados tienen necesariamente una actuación más próxima a las partes, más abierta. Existe diálogo y no apenas un “cuestionario”, como en los procedimientos tradicionales. Sin duda, el grado de satisfacción de las partes implicadas debe mucho a ese factor. En términos victimológicos, la ley 9.099/95 evita o, en la peor de las hipótesis, minimiza la victimización secundaria.

## **7.2. La Multa Reparatoria en el Código De Circulación**

Si se detecta enorme polémica – y aún se existe – acerca de una de las muchas novedades introducidas en el sistema penal por el Código de Transito Brasileño. Una de las más controvertidas novedades es la previsión de multa reparatoria. Se trata de una medida cuya finalidad evidente es satisfacer a la víctima o sus herederos y su previsión, en el art. 297 del CTB, revela la clara intención del legislador de posibilitar que esa satisfacción se dé de forma más rápida, en el propio proceso criminal, sin perjuicio de la interposición de acción civil para cobro de la indemnización restante.

La preocupación del legislador penal con la satisfacción de la víctima ya estaba evidenciada en la ley 9.099/95, como se vea indicado. La previsión de la multa reparatoria vino confirmar esa tendencia, lo que también fue hecho por la reciente ley 9.714, de 25 de noviembre de 1998, que modifica el Código Penal e introduce la prestación pecuniaria. Esta legislación luego será objeto de análisis.

La multa reparatoria es objeto de gran controversia doctrinal. Para algunos autores, se trata de pena criminal; para otros es penalidad civil; y para otros aún es efecto de la condena. Se discute también la posibilidad y la constitucionalidad de su aplicación.

Entre los que entienden que es inaplicable el art. 297 del CTB, está Willian Terra de Oliveira, para quien “tal disposición es, en el mínimo, absurda, pues, además de desnaturalizar la función natural del proceso penal, no ofrece el mínimo de garantía (violando incluso los principios constitucionales). Basta notar que el propio juez criminal podrá fijar de forma sumaria una ‘multa reparatoria’ que no podrá ser superior al valor del perjuicio demostrado en el proceso’. Se pregunta: ¿que tipo de perjuicio? ¿Material (los daños del vehículo) o personal (lesiones o muerte)? ¿El proceso penal es

el instrumento adecuado para cuantificar la reparación de daños? ¿Qué será de la liquidación de la sentencia o de la acción civil ex delicto?”.<sup>622</sup>

Para Damásio de Jesús, se trata de pena sin crimen y, por tanto, inconcebible su aplicación. Nos dice: “La prescripción de la pena puede ser especial o general. Especial cuando abstractamente impuesta en el precepto secundario de la norma incriminadora (Parte Especial del Código Penal o legislación extravagante). General cuando prevista en la Parte General del estatuto criminal. (...) En la multa reparatoria del Código de Circulación Brasileño, sin embargo, el legislador olvidó de la conminación genérica. Y no la específica. (...) De modo que la pena de ‘multa reparatoria’, por falta de prescripción legal (principio de reserva de ley), no puede ser aplicada por el juez. Ella no existe, pues no se sabe a que crímenes aplicarlas. Pena sin prescripción no es pena. Es una alma perdida vagando por la inmensidad del derecho penal a la búsqueda de un cuerpo.”<sup>623</sup>

Posición contraria es mantenida por Cezar Roberto Bitencourt, para quien no hay dificultad u obstáculo para la aplicación de lo dispuesto en el art. 297 del CTB. “El contradictorio y la amplia defensa asegurados para la institución criminal serán extendidos a la comprobación del perjuicio material resultante del crimen y a la ejecución de la multa reparatoria. La extensión de la referida multa está definida en el § 1.º del art. 297, o sea, ‘no podrá ser superior al valor del perjuicio demostrado en el proceso’. Por otro lado, su fijación no será aleatoria, pero deberá ser, debidamente, ‘demostrado en el proceso’, como establece el párrafo supracitado. El propio art. 297 define la multa reparatoria como ‘el pago, mediante depósito judicial en favor de la víctima, o sus sucesores, de cantidad calculada con base en lo dispuesto en el párrafo del art. 49 del CP, siempre que haya perjuicio material resultante del crimen.’ Este

---

<sup>622</sup> Willian Terra de Oliveira, CTB: “controvertido, natimuerto, tumultuado”.

<sup>623</sup> Damásio de Jesus, Dos temas de la parte penal del Código de Tránsito brasileño.

dispositivo, además de definir en qué consiste la multa reparatoria, define también su naturaleza civil y su carácter privado, permitiendo que sea pagada a los sucesores de la víctima. Instruido el proceso y demostrado el ‘perjuicio material resultante del crimen’, observados el contradictorio, la amplia defensa y el debido proceso legal (en el mismo proceso y en la misma jurisdicción criminales), como hacen algunos países europeos, no hay ninguna dificultad legal constitucional para operar esa previsión legal. Por último, la acción civil ex delicto, que es más amplia, por poder abarcar todo el daño sufrido por el ofendido, incluso el moral, podrá ser propuesta normalmente. Sólo el daño material ya compensado en la esfera criminal deberá ser deducido.”<sup>624</sup>

Estudios defienden la posibilidad de la acumulación de la multa reparatoria con la multa penal, pues esta se destina al seguro público y aquella a la víctima.

El posicionamiento del Ministerio Fiscal Paulista, de acuerdo a la Conclusión n. 4, aprobada en el plenario del encuentro sobre “Código de Circulación Brasileño – Aspectos penales”,<sup>625</sup> es en el sentido de que la multa reparatoria posee naturaleza penal y puede ser acumulada a la multa prescripta en el tipo legal.

En suma, sobre la multa diseñada para reparar, hay quien habla tratarse de un instituto inaplicable, otros defienden su aplicación. Hay quien la considera institucional. Para unos, tiene naturaleza civil. Para otros, es pena. Para otros es efecto de la condena. Se discute aún la posible violación al principio de la iniciativa de las partes frente a la aplicación por el juez sin requerimiento del particular. Es mucha controversia para un solo artículo.

Teniendo en cuenta las disposiciones referentes a la nueva modalidad de pena restrictiva de derecho – la prestación pecuniaria, que luego será analizada - y buscando trazar una línea coherente entre los dos institutos, la multa reparatoria y la prestación

---

<sup>624</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Algunos aspectos penales controvertidos del Código de Circulación*.

<sup>625</sup> DOE de 08.04.1998, Poder Ejecutivo, Sección I, p. 31.

pecuniaria nacen con la misma finalidad: dar satisfacción a la víctima. Se trata, pues, de una evidente manifestación del impacto más del movimiento victimológico entre nosotros.

### **7.3. La Pena de Prestación Pecuniaria**

Como se ha mencionado, una nueva modalidad de pena fue introducida en el ordenamiento jurídico patrio. Se trata de la prestación pecuniaria, especie de pena restrictiva de derecho, creada por la ley 9.605, de 02.02.1998, que dispone sobre los crímenes ambientales. Después integrada en el Código Penal por la ley 9.714, de 25.11.1998.

La prestación pecuniaria, de acuerdo con la nueva redacción del art. 45, § 1.º, del CP, consiste en el “pago en especie a la víctima, a sus dependientes, o la entidad pública o privada con destinación social, de importancia fijada por el juez, no inferior a 1 (un) sueldo mínimo ni superior a 360 (treientos y sesenta) sueldos mínimos”. De acuerdo aún con el dispositivo mencionado, el valor del pago será deducido de la eventual condena en la zona civil, son coincidentes los beneficiarios, y, de acuerdo al § 2.º, si el beneficiario aceptar, la prestación pecuniaria puede consistir en prestación de otra naturaleza.

La redacción poco difiere de la ley 9.605/98. En este texto legal, la prestación pecuniaria viene prevista en el art. 12 y “consiste en el pago en especie a la víctima o a la entidad pública o privada con fin social, de importancia fijada por el juez, no inferior a un sueldo mínimo ni superior a treientos y sesenta sueldos mínimos. El valor del pago será deducido del montante de la eventual reparación civil a que sea condenado el infractor”.

Con relación a la ley 9.605/98, la primera indagación a hacerse hace referencia a la identificación del beneficiario. La mayor parte de las infracciones previstas visan la protección de bienes jurídicos difusos; son los crímenes multivictimarios o de víctima difusa. Algunas disposiciones permiten la individualización de la víctima, como es el caso de los incisos II y III del art. 58, que establecen la pena a ser impuesta en la hipótesis de resultar del crimen de contaminación y de otros crímenes ambientales el resultado de lesión corporal grave o muerte.

La pena de prestación pecuniaria, así como la multa reparatoria, tiene evidente naturaleza penal, no desvirtuada por ser destinada a la víctima.

Como se ve, por medio de la ley de los Delitos Ambientales y, ahora, de la reforma parcial de la Parte General del Código Penal, importante alteración fue hecha en el sistema de penas. Dejando de lado las tormentosas discusiones de la doctrina internacional acerca de la naturaleza de las medidas de reparación a la víctima, el legislador, entre nosotros, ya hizo su opción: se trata de modalidad de pena restrictiva de derecho.

La innovación trae un aspecto positivo, pues el destino de la prestación pecuniaria a la víctima y no a los cofres públicos está en evidente sintonía no va sólo con las demandas del movimiento victimológico, sino con un intuitivo sentido de justicia inspirados en palabras de Thomas More antes referidas.

Sin embargo, las nuevas disposiciones precisan de mayores aclaraciones dogmáticas. Por algún motivo, los debates verificados entre ilustres penalistas de la actualidad son tan intensos como el Proyecto Alternativo elaborado en Alemania, que no reconoce la reparación como pena autónoma. Una de las cuestiones que demandar en mayor análisis, antes de una opción en ese sentido, es la siguiente: si la prestación pecuniaria impuesta en el juicio penal es la pena, ¿por qué razón la condena civil por el



mismo hecho no lo es? El problema es planteado por Claus Roxin, que concluyó la imposibilidad de que la reparación tenga naturaleza de pena autónoma: “En primer lugar, la suposición de que es posible invertir 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, los problemas con la regla *nullum crimen* y con el principio *in dubio*, que llegarían al derecho civil, no necesitaban preocupar a los antiguos germanos; pero a nosotros sí se nos presentarían.”<sup>626</sup>

Esta indagación es sólo una muestra de la necesidad de una mayor profundización acerca de la naturaleza de la prestación pecuniaria. El debate no puede y no debe ser impedido por la vigencia de la nueva ley.

## XII. VICTIMIZACIÓN DE LAS MINORÍAS – EL RACISMO

### 1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL RACISMO Y LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN PENAL BRASILEÑA

Katia Enelise Oliveira da Silva<sup>627</sup>, en su obra “El Papel del Derecho Penal en el enfrentamiento del racismo” destaca los trabajos de sociólogos brasileños como Otávio

---

<sup>626</sup> Claus Roxin, La reparación en el sistema de los fines de la pena, p. 143.

<sup>627</sup> SILVA, Katia Enelise Oliveira da. *O Papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*.

Ianni, Maria Isaura P. de Queiroz y Fernando Henrique Cardoso, que denunciaban la “contradicción insoportable entre el mito de la democracia racial y el racismo efectivo, direccionado contra negros y mulatos” (Ianni, 1987, p. 213), así como el prejuicio contra indígenas, caboclos, poloneses, italianos, etc., empezaron a ser conocidos por una parcela significativa de la sociedad brasileña alrededor de 1970.

Con esto, destaca la autora citada, que los intelectuales brasileños y latinoamericanos, en general, iniciaron la lucha “contra su propia discriminación (no la del vecino), aquella que se reproduce y crece con su consentimiento” (Guimarães, 1995, p. 44), pues era más fácil identificar las discriminaciones, especialmente las raciales, que ocurrían en los Estados Unidos y en África del Sur, que las realizadas por los propios brasileños, considerándose que “la brutalidad y crueldad del racismo norteamericano probaron ser su mayor flaqueza, entonces, al inverso, la flexibilidad y la sutileza del racismo brasileño probaron ser su mayor fuerza” (Andrews, 1985, p. 55).

Frente a esta equivocada forma de comparar dos realidades tan diferentes y porque los brasileños están imbuidos de la “tan proclamada, como falsa, democracia racial, raramente perciben los profundos abismos que aquí separan los estratos sociales” (Ribeiro, 1995b, p. 24).

De esta manera, denuncia Katia Enelise Oliveira da Silva, que muchos creen vivir en un paraíso, que todos tienen las mismas condiciones para conquistar el suceso en las diversas áreas de nuestras vidas, independiente de raza, edad, sexo, etc., y, así, escapar “a nuestra propia forma de prejuicio” (Leite, 1950, p. 207) y de las visiones racistas, que cada vez más “poseen un carácter incógnito encarándose en sistemas de poder social, político y económico, ocultándose detrás de suaves fachadas burocráticas” (Davies, 1982, p. 25).

Además, durante mucho tiempo fue fuerte la creencia de que “siendo el Brasil Colonial étnicamente formado por portugueses, indios y negros y habiendo ocurrido una gran miscegenación, sería muy difícil surgir en el país clima para prejuicios de raza o de color” (Marques, 1976, p. 181).

A pesar de eso, una parcela de la sociedad se sensibilizó con el asunto y empezó a repudiar todas las formas de discriminaciones existentes. Muchos movimientos populares fueron subsidios importantes para el reconocimiento de los disturbios que la práctica discriminatoria causaba en el medio social, entre ellos los de las mujeres, de los negros y de los intelectuales, que iniciaron las reivindicaciones para que todas las desigualdades materiales injustas no fueran admitidas.

Algunas formas de discriminaciones quedaron más visibles y tuvieron un repudio más vehemente, como las discriminaciones de género y racial, siendo que la lucha contra el racismo tomó proporciones mundiales y fue reconocida en la mayoría de los países como un problema actual y serio, pudiéndose observar esto en las palabras de Luigi Manconi y Laura Baldo (1993, p. 29): “A partire dal 1991 e nel corso degli anni successivi, sempre più è apparso evidente Che Il razzismo è questione europea”.

En Brasil, muchas voces aun resuenan para “que el racismo sea combatido en nombre de la vida, de los principios humanitarios y democráticos y en nombre de la legitimidad del estado de derecho” (Teodoro, 1996, p. 111).

La ciencia contribuyó, durante largo tiempo, con la ratificación de la ideología del racismo a través de las teorías raciales que reforzaban los preceptos y afirmaban que algunas razas eran superiores a otras y esto representó para el Derecho Penal un gran impedimento, pues algunos escritores brasileños fueron influenciados por estas teorías raciales europeas como, Nina Rodrigues, que llegó, incluso, a sostener “en una de sus obras que los negros, indígenas y mestizos, considerados inferiores e incapaces, no

podrían merecer del Código Penal el mismo tratamiento dispensado a las razas superiores y blancas” (Halfpap, 1979, p. 119).

El desarrollo de investigaciones, en varias áreas del conocimiento humano, resultó en descubrimientos científicos que “destruyeron en gran parte la eficiencia del mito puro y sencillo en el seno de las masas, el racismo contemporáneo se ve forzado a adoptar una disimulación científica” (Comas, 1970, p. 53), sobreviviendo “apenas como aberración de pensamiento junto a grupos anacrónicos o a pseudo-cientistas” (Sodré, 1995, p. 6).

Sin embargo, casi en el siglo XXI, aun veremos intentos de reforzar el sentimiento de superioridad de un pueblo en relación a otro, apenas por diferencias en el color de la piel. En el libro *La curva de la campana*, referenciado por Katia Enelise Oliveira da Silva en su obra, esto resta evidente, pues sus autores, utilizando testes para mensurar QI, sin explicar precisamente qué entienden por inteligencia, concepto nada pacífico en la ciencia, concluyen que, “en media, los asiáticos y blancos tienen QI superior a los negros y que eso se debe a factores genéticos, pues las diferencias se mantienen mismo en condiciones de igualdad socioeconómica” (Frota-Pesoa, 1994, p. 3) Referido libro tiene una fuerte connotación política, porque los autores, de forma velada, justifican un control sobre la natalidad de las personas negras y que no se debería gastar tantas verbas gubernamentales con la afirmación de un pueblo que es “comprobadamente de bajo QI”. Estas pseudoconclusiones científicas solamente confirmaron que los antagonismos raciales deben ser comprendidos en su contexto histórico y social; no tienen base biológica. La afirmación de que ellos son el resultado inevitable de diferencias entre los grupos sirve apenas para ocultar sus verdaderas causas. (Klineberg, 1996, p. 313).

De hecho, aunque concordáramos que las diferencias de raza podrían ser comprobadas por la ciencia, “La valoración de esas desigualdades es un problema muy difícil” (Hrdilicka, 1953, p. 174).

Katia Enelise Oliveira da Silva señala que la tomada de consciencia de la gravedad de los problemas causados por las innúmeras formas de discriminación no fue rápida y, aun hoy, muchas personas tienen dificultades de aceptar que conductas discriminatorias no son excepciones o actos aislados de algunos brasileños.

A pesar de esa lenta caminata, hubo una determinación de los grupos organizados que luchaban contra el racismo, para que la práctica del racismo fuera criminalizada y que el gobierno brasileño tuviera un posicionamiento más enérgico contra las desigualdades injustas, siendo que examinaremos, en el ítem que sigue, el resultado legislativo que fue obtenido.

La cuestión del racismo en la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 05 de Octubre de 1988:

Iniciados los trabajos para la promulgación de una nueva Carta Magna en el país, ya empezaron los debates entre las organizaciones populares y los parlamentos constituyentes, con la finalidad de que fueran garantizadas varias conquistas en el combate al racismo.

Innumerables listas de adhesiones de brasileños de diversas regiones del país fueron entregues al Congreso Nacional, para que se reconociera derechos a las personas que sufrían discriminaciones de todo orden en Brasil.

De esta presión popular resultaron muchos avances y principios importantes fueron expresamente grabados en la Constitución Federal de 1988.

### **1.1. El tratamiento dado al tema de la igualdad**

La lectura atenta de los artículos de la Constitución Federal de 1988 ya evidencia la fuerza pujante con que la igualdad surge en este periodo de la historia de Brasil.

Se modifica la concepción del Estado, que traspasa la figura del Estado Imperativo, pasando a Estado Interventor, Organizador, Previdenciario, etc., o sea, no es más apenas imperio, sino fomento y previdencia.

Imponiéndose el Estado Social que no se reduce a la concepción de Estado de Derecho, típica del siglo XIX, una vez que son ampliadas sus funciones, pasando a ser, también, planeador, organizador, previdenciario, empresario, etc. Con la nueva configuración del Estado del siglo XX, va a ocurrir, también, un cambio en la forma de concebirse la igualdad, una vez que:

“La tendencia del constitucionalismo contemporáneo es en el sentido de no más limitarse a la enunciación de un postulado formal y abstracto de isonomía jurídica, sino de fijar en la constitución medidas concretas y objetivas tendentes a la aproximación social, política y económica entre los ciudadanos del Estado, o, entonces, de exigir a través coordenadas y orientaciones precisas, que el legislador ordinario adopte tales medidas” (Carlos Roberto de Siqueira Castro apud Bianchini, 1996, p.218).

La igualdad formal está presente en los textos constitucionales de Brasil, desde las primeras Cartas Magnas, como ya analizamos en el Capítulo I. Sin embargo, en la Constitución Federal de 1988, hay una visibilidad mayor de la igualdad material, pues “de todos los derechos fundamentales, la igualdad es aquel que más ha subido de importancia en el Derecho Constitucional de nuestros días, siendo, como no podría dejar de ser, el derecho-clave, el derecho guardián del Estado social” (Bonavides, 1997, p. 341).

Frente a eso, surge un nuevo discurso legislativo, acerca del principio de la igualdad, que pasa a ser uno de los pilares del Estado de democracia social: “principio de la igualdad de oportunidades, o de puntos de partida” (Bobbio, 1996, p. 30), siendo que, por fin, el Estado pasa a ser productor de igualdad fáctica, estando obligado, “si sea el caso, a prestaciones positivas; a proveer medios, si necesario, para concretizar comandos normativos de isonomía”. (Bonavides, 1997, p. 343).

La importancia atribuida a los temas de igualdad y, consecuentemente, del combate a el racismo, es percibida con bastante limpidez por los constituyentes que incluyen, en el Preámbulo de la Constitución Federal de 1988, como una de las metas del Estado Democrático, asegurar una sociedad pluralista y sin prejuicios, siendo que marcas de estas finalidades son encontradas en varios artículos inseridos en la Ley Mayor, entre ellos: artículo 1° inciso III, artículo 3° incisos III y IV, artículo 4° inciso VIII, artículo 5° incisos XLI y XLII, §§ 1° y 2°, 19 incisos I y III, 60, § 4°, inciso IV, 215 §§ 1° y 2°, artículo 216 incisos I, II, III, IV, V y § 5°, artículo 242 § 1° y artículo 68 de las disposiciones transitorias.

De todos esos artículos, considerándose el direccionamiento del presente trabajo y los reflejos ocasionados directamente en el Derecho Penal, proseguiremos los estudios apenas en relación a los incisos XLI y XLII del artículo 5° de la Constitución Federal de 1988.

## **1.2. La criminalización de la práctica de racismo**

La práctica del racismo fue considerada crimen por el legislador constituyente y este precepto normativo fue incluido entre las cláusulas pétreas de la Constitución Federal de 1988 – artículo 5°, inciso XLII.

Luego después de la promulgación de la Carta Magna, fueron levantadas dudas cuanto a la inconstitucionalidad de la ley n° 7.437, de 20.12.1985, que aún consideraba el prejuicio racial una contravención penal. Podemos clasificar, conforme Katia Enelise Oliveira da Silva, en dos corrientes las posiciones surgidas:

Los que defendían la recepción de la ley 7.437 por la Constitución - el argumento utilizado consistía en lo siguiente: a pesar de esta ley trata de contravenciones penales y no de crímenes, la única forma de no transformar en impunes las conductas discriminatorias ocurridas en el período en que no fuera promulgada otra ley ordinaria, que dispusiera sobre materia en consonancia con la Constitución, era aceptándose la recepción. Como ejemplo de un doctrinador que se asoció a esta línea de pensamiento tenemos Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 223);

Los que consideraban revocada la ley 7.437 – para estos autores, entre ellos José Cretella Júnior (1990, p. 479), era urgentísima la edición de una nueva ley que definiera y puniera la práctica del racismo en los términos dispuestos por la Carta Magna.

Sin embargo, esta discusión no duró mucho, una vez que restó superada con la promulgación de la ley n° 7.716 de 05.01.1989, que definió los crímenes resultantes de la discriminación de raza o de color.

Por lo dispuesto en el artículo 5°, incisos XLI y XLII, de la Constitución Federal de 1988, hubo una distinción profunda entre las demás discriminaciones que son practicadas en el seno de la sociedad y la discriminación racial, pues para las primeras apenas restaron especificados que la ley punirá cualquier discriminación que atente a los derechos y libertades fundamentales, no constando el área del Derecho que debería enfrentarlas.



Seguramente, esto ocurrió porque el movimiento negro efectuó una vigilia muy grande cuando se estaba elaborando la Ley Mayor, para que las prácticas discriminatorias relacionadas con la raza y el color salieran de la condición de que ganara el status penal correspondiente a la gravedad de la perturbación causada en la sociedad.

Además de eso, el racismo puede ser considerado una figura clave entre las varias especies de discriminaciones presentes en las sociedades, solamente superado en intensidad y frecuencia con la que se manifiesta por el racismo que victima las mujeres.

Esta disposición, criminalizando la práctica del racismo, no representó una innovación solo en la legislación brasileña, pues Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 221) al examinar esa materia en las constituciones de otros países, afirma no haber encontrado “nada más que la fijación amplia del principio de la igualdad”.

Sin embargo, algunos doctrinadores brasileños, del área del Derecho Constitucional, se manifestaron contra esta disposición, o no la reputaron tan importante. Entre ellos están Alcino Pinto Falcão y Celso Ribeiro Bastos, siendo que el argumento presentado es que el racismo no sería un problema tan serio en nuestro país.

Los pocos penalistas que escriben sobre esta materia también tienen dificultades para reconocer que las conductas discriminatorias raciales no son actos aislados de algunos brasileños, sino una forma de actuar considerada cotidiana en Brasil.

Por otro lado, hay una tendencia muy acentuada en atribuirse todas las discriminaciones a los problemas sociales existentes, siendo olvidado que, en Brasil, la pirámide socioeconómica es racial, el contingente afro brasileño engruesa la base de esta pirámide entre los asalariados y subempleos. Como esta situación no se modifica por décadas, la única explicación viable es que la población negra sufre una

discriminación racial velada, disfrazada, “casi avergonzada”, en muchos segmentos de la sociedad brasileña.

No obstante, actualmente no convencen más las enseñanzas sobre los puntos de partida, o sea, que el negro tendría mayor dificultad en equipararse a los blancos por haber sido esclavizado en un período de la historia, considerándose el tiempo transcurrido desde la abolición de la esclavitud y, también, porque los inmigrantes ingresaron en masa en el País durante la misma época, siendo que hoy integran todas las clases sociales brasileñas.

De hecho, la afirmación de que el negro tiene más barreras sociales y, actualmente, es más pobre que otras razas por haber sido esclavo, solo ratifica que este estereotipo negativo está fuertemente infiltrado en la mente del pueblo brasileño y, de esta manera, acentúa esa fuente pródiga de discriminaciones.

El propio gobierno brasileño ya está asumiendo un nuevo discurso en relación a esas desigualdades sociales que se mantienen entre los negros, tanto que en el 10º relatorio encaminado a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, se declara que “el Estado brasileño considera que la perpetuación de estas desigualdades económicas y sociales entre los grupos raciales ya es en sí misma una manifestación indirecta de discriminación y, como tal, necesita ser combatida, pues constituye un obstáculo al derecho a la igualdad de oportunidades”.

El no reconocimiento de Brasil como un país con serios problemas de racismo, aun es una conducta común entre los brasileños y, consecuentemente, también entre los operadores del Derecho. Sin embargo, en relación a estos últimos, los reflejos de esta postura son más serios, pues ellos ejercen el poder de la violencia simbólica, o sea, “el poder capaz de imponer significaciones como legítimas” (Ferraz júnior, 1994, p. 276) y,

con esto, neutralizan los comportamientos diversos que podrían ocurrir en la jurisprudencia.

Así, Katia Enelise Oliveira da Silva se posiciona de forma a no concordar con la idea de que Brasil sea un país libre de problemas raciales, o que ocurran raras conductas discriminatorias, por eso, en nuestra opinión, la Constitución Federal de 1988 representó un marco importante en esta cuestión, una vez que, con la criminalización de conductas discriminatorias raciales, son también, implícitamente, reconocidos, por el legislador brasileño, los graves problemas causados por la práctica del racismo.

Sin embargo, este crimen recibió dos rótulos: ser imprescriptible e inafianzable, rótulos estos que son totalmente inadecuados, como puntuaremos en los apartados que siguen.

### **1.3. Imprescriptibilidad**

La palabra prescripción viene del latín “praescriptio”, que significa un escrito puesto antes, y era usada para que el magistrado no examinara el mérito de la materia. En sentido contrario, tenemos la imprescriptibilidad que posibilitaría al juez siempre analizar y decidir sobre el mérito.

La prescripción “es la pérdida del derecho de punir, por el transcurso del tiempo; o, en otras palabras, el Estado, por su inercia o inactividad, pierde el derecho de punir. No habiendo ejercido la pretensión punitiva en el plazo fijado en ley, desaparece el jus puniendi” (Noronha, 1997, p. 359). Puede ser tanto de la acción, que ocurre antes de que el proceso haya sido iniciado, como de la condena, que tiene lugar después de la sentencia condenatoria.

El estudio histórico del instituto de la prescripción demuestra que fue lenta su conquista por la humanidad. De hecho, ella ya era conocida en el derecho griego y en el derecho romano, pero “el más antiguo texto legal de que se tiene noticia, relativamente a la prescripción penal es la Lex Julia de adulteriis, del año 18 a.C.” (Porto, 1983, p. 13).

La prescripción fue muy combatida en el siglo XVII, argumentándose que era peligrosa para la seguridad nacional. Cesare Beccaria<sup>628</sup>, incluso, no fue, de forma general, favorable a ella.

La prescripción de la acción tuvo aceptación más rápida y hoy está en casi todos los códigos penales modernos; mientras la prescripción de la condenación “solamente surgió en Francia a través del Código Penal de 1791” (Porto, 1983, p. 13), por influencia de la Revolución Francesa, habiendo alguna resistencia para ser adoptada en Inglaterra, que acogió apenas como excepción.

En relación a la “imprescriptibilidad de cualquier tipo de crimen, casi todas las legislaciones modernas la repelen, adoptando, así, la regla de la prescriptibilidad en los casos de represión criminal” (Cretella Jr., 1990, p.483).

El desarrollo de estudios en esta materia hizo que surgieran varias teorías que fundamentan la prescripción, y las más significativas son las siguientes: del olvido, de la dispersión de las pruebas, de la presumida expiación moral o indirecta, de la presumida enmienda del criminal, del interés disminuido, de la extinción de los efectos antijurídicos, psicológica, de la falta de imputabilidad (con la analogía civilista), de la equidad y, por fin, las que se basan en la política criminal.

---

<sup>628</sup> En su famoso libro *De los Delitos y de las Penas*, en el ítem XXX destinado a los procesos y prescripciones, así se manifestaba “los crímenes crueles que permanecen largo tiempo en la memoria de los hombres, así que probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo, que se libera a través de la fuga. En los delitos menores y oscuros, sin embargo, la prescripción debe poner fin a la incerteza del ciudadano cuanto a su suerte, pues la oscuridad, arrollando por mucho tiempo los delitos, anula el ejemplo de la impunidad, dejando, sin embargo, al reo la posibilidad de redimirse”.

En el derecho brasileño, también, no fue fácil hacer que el instituto de la prescripción pasara a integrar nuestra legislación. La prescripción de la acción solamente ingresó con el Código de Proceso Criminal de 1832<sup>629</sup>, una vez que el legislador de 1830 fue contrario al instituto, conforme disposición del artículo 65<sup>630</sup>. Ya la prescripción de la condenación demoró más tiempo, siendo instituido por el Decreto n° 774, de 20.09.1890, que declaró abolida la pena de galés, redujo a 30 años las penas perpetuas, computó el tiempo de prisión preventiva en la ejecución y estableció la prescripción de las penas<sup>631</sup>. A partir de entonces constó en todos los nuestros códigos penales.

Así, cuando el legislador constituyente estipuló la imprescriptibilidad para los crímenes resultantes de la práctica del racismo fue de encuentro a una conquista histórica de los pueblos civilizados, “contrariando la doctrina, que dicta la prescriptibilidad en todos los ilícitos penales” (Mirabete, 1997, p. 398) y no llevando en consideración que “todo pasa, un día. Ha de pasar, también, y ser olvidada, la amenaza del Estado de agarrar el delincuente. Ni el odio de los hombres suele ser invariablemente implacable y irreductible” (García, 1968, p. 700).

La previsión constitucional es demagógica y “va en contra de nuestra sistemática legal” (Falcão, 1990, p. 273), no habiendo nada más incoherente con el sistema democrático, basado en la dignidad de la persona humana, que la imprescriptibilidad (Cf. Franco, 1996, p. 179), pues la prescripción “es antes de todo, una exigencia de justicia social” (Hungria, 1945, p. 114).

---

<sup>629</sup> Los plazos de prescripción constaban en los artículos 54 a 57 del capítulo I, título II, parte segunda del código de proceso criminal de primera instancia de 1832.

<sup>630</sup> El artículo 65 traía la siguiente redacción: las penas impuestas a los reos no prescribirán en ningún tiempo.

<sup>631</sup> Ya en aquella época, el legislador evidenciaba la importancia de abolir los crímenes imprescriptibles, expresando, en las consideraciones de este decreto, lo siguiente: “es inminente, mientras no es publicado y puesto en ejecución el nuevo código penal de la República dos Estados Unidos do Brasil, remediar excesivos rigores de la legislación criminal vigente, entre ellos la imprescriptibilidad de la pena.

De hecho, la pena, siendo aplicada mucho tiempo después de la comisión del delito, no tendría ninguna justificación. Con el pasar del tiempo, se diluyó el clamor público, la indignación, el sentimiento de inseguridad, etc., que el crimen podría causar y, frente a esa nueva realidad, el Estado “no tiene más razones para aplicar al hecho el Derecho Penal objetivo, extinguiéndose la exigencia de punición” (Jesus, 1997<sup>a</sup>, p. 712).

Un Estado que efectivamente quiere resolver los conflictos “no tienen interés en prolongar indefinidamente los litigios. Desea dirimirlos con brevedad, objetivando restituir la paz, o impedir el peligro para la sociedad” (Lyra Filho, 1973, p. 271).

Por otro lado, las pruebas, que ya son difíciles en los crímenes de discriminación, se vuelven casi imposibles de ocurrir pasado mucho tiempo del hecho, siendo que la tardía movilización de la máquina judicial acarrearía apenas onus para las arcas del Estado, sin cualquier resultado efectivo.

Al prever la imprescriptibilidad para estos tipos de delitos, el legislador constituyente llegó solo cerca del principio de la proporcionalidad, una vez que, para crímenes tan o más graves seguirán siendo aplicadas las reglas del instituto de la prescripción.

Se verifica que este dispositivo constitucional está en desacuerdo con el espíritu de la Carta Magna y representa un retroceso para el Derecho Penal patrio, debiendo ser repudiado por todos los que celan por la preservación de un Estado Social que se empeñe en proteger los ciudadanos y que, por tanto, no podrá perseguirlos por tiempo indefinido.

#### **1.4. Inafianzabilidad**

La fianza “es un onus impuesto al reo o al acusado en casi todos los casos de libertad provisoria, para que así él pueda defenderse suelto en proceso penal condenatorio” (Marques, 1997, p. 132). Ella consiste en un depósito, en dinero o valores, realizado por el acusado o en su nombre para que responda el proceso en libertad, teniendo “la finalidad de compelerlo al cumplimiento del deber de comparecer y permanecer vinculado al distrito de la culpa” (Greco Filho, 1991, p. 252).

Este instituto es previsto “desde la antigüedad. En Brasil, todos los textos constitucionales se refirieron a él, excepto la Carta de 1937” (Fernandes, 1991, p.29), pero tuvo reducida su aplicación desde 1977, en virtud de la alteración hecha por la Ley nº 6.416, de 24.05.77, que añadió el párrafo único al artículo 310, determinando que solamente no será concedida la libertad provisoria, independiente de fianza, en los casos donde sea necesaria la prisión preventiva.

Como el legislador constituyente rotuló de infianzable la práctica del racismo, tuvo inicio en la doctrina la discusión sobre la posibilidad de ser concedida libertad condicional, con base en el artículo 310, párrafo único, del código de proceso penal.

Katia Enelise Oliveira da Silva recuerda Vicente Greco Filho y Antônio Scarance Fernandes, entre otros, que se manifestaron en el sentido de ser concedida la libertad condicional para casos de infianzabilidad, siendo éste el posicionamiento mayoritario de los penalistas brasileños.

Frente a eso, a pesar de el legislador pretender ser más riguroso con los reos que respondieran procesos por crímenes de práctica de racismo, paradójamente, acabó por beneficiarlos, pues difícilmente dejarán de recibir la libertad condicional sin pagar fianza, una vez que, en la gran mayoría de los casos, las hipótesis que autorizan la prisión preventiva no están presentes.

Así, en el entender de Katia Enelise Oliveira da Silva, erró el legislador constituyente, pues sería mejor que dejara la fianza para ser tratada por ley ordinaria, oportunidad en que podría haber una reflexión más detallada sobre la materia.

Luego después de entrar en vigor la Constitución Federal de 1988, el legislador ordinario cumplió el dispositivo constitucional que determinaba la criminalización de la práctica del racismo, y varias leyes fueron promulgadas.

### **1.5. Legislaciones penales anti discriminatorias promulgadas después de 1988**

La Constitución Federal de 1988, a pesar de haber rotulado el crimen de práctica de racismo de imprescriptible e infianzable, representó una conquista en materia relacionada a el racismo.

Sin embargo, el constituyente, al criminalizar la práctica del racismo, no definió qué entiende por racismo “sustantivo que puede significar cosas diferentes, lo que no basta para caracterizar la tipicidad criminal” (Falcão, 1990, p. 272). Así, tal tarea fue delegada al legislador ordinario.

Para saber cual fue el alcance que fue dado en el ámbito criminal, analizaremos, con base en las enseñanzas de Katia Enelise Oliveira da Silva, como la materia está dispuesta en las leyes penales promulgadas después de 1988.

#### **A. Ley nº 7.716, de 05 de Enero de 1989**

Tres meses después de la promulgación de la Carta Magna de 1988, el legislador ordinario elaboró una nueva ley antidiscriminatoria, definiendo los crímenes



resultantes de raza o de color. El autor de esta ley fue el Diputado Carlos Alberto Caó, antiguo presidente de la Asociación Brasileña de Imprenta, que presentó el Proyecto de Ley n° 668/88 (Cámara de Diputados) aun en el año de 1988 y que, posteriormente, fue transformado en la Ley n° 7.716 (Cf. Prudente, 1988, p. 144).

La ley está compuesta de veintiún artículos: uno de ellos hace una previsión genérica en el sentido de que sean punidos, en la forma de la ley, los crímenes resultantes de prejuicio de raza o de color (artículo 1°); dos tratan de la fecha en que ella entra en vigor y en que quedan revocadas las disposiciones en contrario (artículos 20 y 21); cuatro fueron vetados por el Presidente de la República de la época – José Sarney (artículos 2°, 15, 17 y 19); y dos prevén efectos posibles en caso de condenan (artículos 16 y 18). Establece, por tanto, doce tipos penales.

Las justificaciones para los vetos fueron las siguientes:

- El artículo 2° preveía que el racismo sería imprescriptible, inafianzable e insusceptible de suspensión condicional de la pena. Como el *sursis* es un derecho que la propia Constitución garantiza a todos los condenados, ese artículo era inconstitucional, pues no puede el legislador ordinario hacer una restricción que no está expresamente dispuesta en la Carta Magna;

- El artículo 15 disponía que discriminar alguien por razones económicas, sociales, políticas, o religiosas, en local de trabajo, en público o en reuniones sociales sería considerado delito. El veto fue proferido con justificativa de ser la tipificación muy abarcador y de difícil comprobación. Sin embargo, es sabido que muchas discriminaciones también ocurren en función de la situación social y económica de la víctima, siendo que “la propia amplitud de la ley sería corregida tanto por el trabajo de la doctrina, como, también, en su aplicación por los tribunales” (Sznick, 1993, p. 205). Frente a eso, el veto fue considerado indebido por muchos juristas.

- Los otros dos vetos, del artículo 17, que preveía pena accesoria, y del artículo 19, que determinaba el rito sumario para el proceso, fueron correctos, una vez que con la reforma del Código Penal – parte general, quedaron abolidas las penas accesorias y el rito previsto era incompatible para los delitos punidos con pena de reclusión.

Los doce tipos penales restantes que forman esta ley, también conocida como Ley Cáo, prevén sanciones que van de un a cinco años de reclusión, con posibilidad de ser agravada en 1/3 (un tercio) la pena, cuando el crimen previsto en el artículo 6° sea practicado contra menor de dieciocho años. Todos estos delitos admiten tentativa y co-autoría, debiendo ser utilizadas las reglas generales aplicables, previstas en la Parte General del Código Penal.

El mayor mérito atribuido a la Ley Cáo fue transformar el ilícito resultante de prejuicio de raza y de color en crimen. Sin embargo, las críticas empezaron a surgir luego después del inicio de su vigencia, pues, a pesar de haber superado algunos defectos presentados por la Ley Afonso Arinos, aun era formada de tipos penales casuísticos. Además volvimos al modelo de 1951, pues fueron sacados los actos resultantes de prejuicios de sexo y estado civil, que ya eran conquistas desde 1985, con la Ley n° 7.437 – constante en el ítem 20 del Capítulo I de este libro. Por tanto, hubo así una reproducción de los tipos penales de la ley Afonso Arinos, con substitución de las penas.

Por otro lado, también se verifica un intento de aumentar los espacios donde podrían ser ejercidos los delitos raciales, abarcándose espacios sociales que no fueron considerados por las leyes anteriores.

Para tanto, hubo el aprovechamiento de las experiencias obtenidas con las frustraciones jurídicas que las víctimas sufrieron en los tribunales. De hecho, estos espacios nuevos fueron restando visibles cuando los discriminados buscaban la justicia

para ver solucionados los crímenes de que entendían ser víctimas, y el proceso terminaba con una sentencia absolutoria, por atipicidad del hecho.

Pasaron a hacer parte de esos nuevos espacios sociales, no solo el matrimonio, sino también el ingreso en determinadas partes de edificios de viviendas o públicos, previstos en los artículos 14 y 11, respectivamente<sup>632</sup>. Así, hubo una evolución, saliéndose de los espacios únicamente físicos, para incluir las relaciones sociales. Pero, aun queda la permanencia de la limitación a espacios que llamaremos de arquitectónicos, una vez que restringidos a situaciones predeterminadas, llevando a concluir que las conductas discriminatorias raciales podrían ser legítimas en un espacio y en otros no.

La experiencia evidenció varias dificultades encontradas por las víctimas de ese tipo de delito, las que, para fines didácticos, agruparemos en dos momentos, ya señalando que no pretendemos agotar todas las barreras que son denunciadas por los discriminados, sino apenas las más evidentes.

En la fase de la averiguación judicial – había una falta de preparación de los delegados y demás policías para investigar este tipo de delito, que, a pesar de estar previsto desde 1951 como contravención penal, en la práctica nunca fue muy utilizado, pues, por la ineficacia de las leyes anteriores, las víctimas no buscaban más las delegaciones de policía para hacer las ocurrencias.

Buscando solucionar este problema, en algunas ciudades de Brasil, entre ellas, São Paulo y Rio de Janeiro, fueron creadas Delegaciones Especializadas para los delitos de discriminación.

---

<sup>632</sup> La redacción de esos artículos es la siguiente: “artículo 11 – impedir el acceso a los caminos sociales en edificios públicos o residenciales y elevadores o escada de acceso a los mismos: pena reclusión, de 1(un) a 3(tres) años ”. Se observa que el legislador fue minucioso en los detalles, incluso dejando, por lo menos, curioso este texto legal. “artículo 14 – impedir o obstar, por cualquier medio o forma, el matrimônio o conveniencia familiar y social: pena reclusión, de 2 (dos) a 4(cuatro) años .

En estas delegaciones especializadas quedó más fácilmente comprobada la fragilidad de la Ley Caó que, por prever tipos casuísticos, hacía que la mayoría de los informes de comisión fueran clasificados como crímenes de difamación o injuria.

Con la clasificación de crimen contra el honor, la acción penal ya no era más pública incondicionada, pasando a ser de responsabilidad de la víctima movilizar la máquina judicial a través de una acción privada, que representaba un *onus* para los discriminados y, por eso, normalmente, la averiguación era archivada después del plazo de decadencia, previsto en el artículo 38 del Código de Proceso Penal.

En la fase judicial – para pocas averiguaciones que se convertían en procesos criminales, a través de la denuncia del promotor de justicia, el camino de la víctima proseguía siendo arduo, una vez que la prueba del hecho y del dolo, en estos tipos de delito, son muy difíciles.

De hecho, el racismo realizado en el Brasil no es asumido, él viene, muchas veces, “ocultada de una manera sutil” (el empleo ya fue ocupado; lo siento, pero, no tenemos plazas) y que, veladamente, contiene en sí una recusa, motivada por el racismo, pero disimuladas por excusas como las citadas” (Sznick, 1993, p. 207).

Así, considerándose la forma disimulada con que el racismo es realizado en el nuestro país, pues después de las primeras leyes penales antidiscriminatorias ella “se ha vuelto más sutil y sistemática (Eccles, 1991, p. 143), se verifica la dificultad de ser probado el dolo, siendo que, en la mayoría de las veces para resultar el proceso en una condenación, necesitará que el discriminador, reo, en el proceso criminal, “después de practicar el racismo por prejuicio de raza, decline (...), que esta fue la razón de su acto. Si no lo haga, será su palabra contra la palabra del discriminado” (Silva, 1994, p. 136).

Como la responsabilidad objetiva está totalmente descartada de la legislación penal que lleve en cuenta la persona humana, sería inviable pensarse en condenaciones

basadas apenas en la dañosidad social del hecho. Por eso es fundamental la prueba contundente del dolo, llevándose en consideración que los tipos penales de la Ley Caó son todos dolosos y no hay revisión de la figura culposa.

Por otro lado, cabe resaltar, también, que el legislador ordinario no observó la tendencia más moderna en relación a la calidad y cantidad de las penas.

De hecho, se verifica que la sanción adoptada fue la privativa de libertad, agravada por tiempo excesivo.

Haciendo esa opción política, el legislador despreció los estudios ya realizados en esta área, cuyos resultados determinaron el repudio de las largas penas privativas de libertad en muchos países, porque “se comprobó que los cárceles son factores criminógenos de alto poder, además que causan inevitablemente la desintegración social y síquica del individuo y todo su círculo familiar” (Cervini, 1993, p.93).

La criminología se desarrolló mucho en este siglo, buscando comprender al criminal y la sociedad donde él está inserto, siendo que una línea de trabajo evidenciar que la pena privativa de libertad es más eficaz cuando, a pesar de no ser larga, tenga la garantía de ser cumplida.

Además, la pena pecuniaria no fue prevista y, sin ninguna duda, sería mucho más útil para ese tipo de delito.

Así, en relación a las sanciones previstas para estos delitos, se perdió, también, “una excelente chance de modernizar el tratamiento dado al racismo en el País” (Trentim, 1994, p. 97).

Como esta ley no preveía muchos casos importantes de discriminación, empezaron a surgir otras leyes, algunas de materia totalmente diversa, que estipulaban en sus textos tipos penales para auxiliar en el combate al racismo.

B. Ley n° 8.069, de 13 de Julio de 1990

Por esta ley fue instituido el Estatuto del Niño y del Adolescente – actos infraccionales y medidas socioeducativas - oportunidad en que fueron definidos los crímenes practicados contra el niño y el adolescente, en el Título VII, Capítulo I, artículos 225 a 244.

En el artículo 5° de esta ley, quedó establecido que “ningún niño o adolescente será objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, exploración, violencia, crueldad y opresión, punido en la forma de la ley, cualquier atentado, por acción o omisión, a sus derechos fundamentales (subrayado nuestro)” (Franco, 1995, p. 297).

Entendió el legislador que no bastaría esta disposición que preveía una protección genérica, y criminalizó algunas conductas que fueran practicadas contra el menor, siendo que esto fue considerado un exceso porque

“la pulverización de las normas penales en diversos textos legislativos no es buena providencia (...), a la medida que se transforman los contextos legales en verdaderas colchas de retazos, desestructurándoles la tan necesaria composición sistemática” (Renato Cramer Peixoto apud Franco, 1995, p. 371).

Además, se crea la ilusión de que los problemas sufridos por los niños y adolescentes por discriminaciones pueden ser, de manera generalizada, atacado por el sesgo penal. Con eso, el legislador multiplica las figuras criminosas y las “descripciones típicas bajan a pormenores y generalizaciones inaceptables; las consecuencias penales son distribuidas sin ningún criterio”. (Franco, 1993, p. 371).

En este mismo periodo histórico, fue promulgada otra ley muy combatida, ley n° 8.072, de 25 de Julio de 1990, que luego quedó conocida como la Ley de los Crímenes Hediondos. No nos detendremos en el análisis de las críticas hechas a este

texto legal por los juristas, por huir del tema central del racismo. Para nosotros solamente interesa mencionar que por el párrafo único del artículo 1° de la ley, el crimen de genocidio pasó a ser considerado hediondo.

#### C. Ley n° 8.078, de 11 de Septiembre de 1990

Instituyó el código de defensa del consumidor que dispone sobre la protección del consumidor y da otras providencias. El título II trata de las infracciones penales – artículos 61 a 80.

En el artículo 67, es prevista una pena de detención de tres meses a un año y multa para quien haga o promueva publicidad que sabe, o debería saber, ser engañosa o abusiva.

Por otro lado, en el párrafo 2° del artículo 37 de la misma ley, encontramos la definición de publicidad abusiva: “es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que estimule la violencia, explore el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio y experiencia del niño, no respete valores ambientales, o que sea capaz de inducir el consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa a su salud o seguridad.” (Franco, 1995, p. 471).

Este artículo da grande amplitud a la definición de publicidad abusiva, refiriéndose “siempre a valores de la sociedad. Prohíbe el ataque de la publicidad a valores sociales y no al bolso del consumidor” (Trentin, 1994, p. 91).

Es el artículo 37 que va a rellenar la norma penal en blanco prevista en el artículo 67, antes referido, que es un crimen formal, siendo suficiente para su consumación “la efectiva exposición de los consumidores al mensaje publicitario”. (A.H.V. Benjamim, 1995, p. 491).

D. Ley n° 8.801, de 21 de Septiembre de 1990

La ley antidiscriminatoria anterior, solamente abarcaba los resultantes de prejuicio de raza o color, quedando fuera del ámbito penal todas las demás discriminaciones, como las motivadas por religión, etnia, etc.

Con la finalidad de rellenar estas lagunas, el legislador ordinario promulgó la ley n° 8.081/90, oportunidad en que añadió a la Ley Cáo el artículo 20, §§ 1° y 2°, estableciendo los crímenes y las penas aplicables a los actos discriminatorios o de prejuicio de raza, color, religión, etnia o procedencia nacional, practicados por los medios de comunicación o por publicación de cualquier naturaleza.

Como consecuencia de esos incrementos, fueron reenumerados los artículos 20 y 21, pasando la ley 7.716/89 a contar con veinte y dos artículos.

Con el artículo 20, una diversidad mayor de discriminaciones fueron tipificadas, estando el legislador ordinario autorizado a eso por lo dispuesto en el inciso XLI del artículo 5° de la Constitución Federal.

En la comunidad jurídica hubo una receptividad buena de esta ley, una vez que innúmeras prácticas discriminatorias extremadamente nocivas a la convivencia social eran atípicas hasta esta fecha. Sin embargo, el entusiasmo no valió mucho porque el nuevo texto legal abarcaba solamente las discriminaciones practicadas por los medios de comunicación.

La innovación que merece relieve es la que, nuevamente, el legislador introdujo algunos otros espacios y empezó a destruir los espacios arquitectónicos, mismo estando circunscrito, aun, a los medios de comunicación.



De hecho, la definición del instrumento huye del espacio geográfico, única referencia constante en las leyes anteriores, evitándose, aunque de forma limitada, las injusticias provocadas por la posibilidad de una misma discriminación ser legítima, cuando practicada en determinado lugar, y no legítima en otro.

Katia Enelise Oliveira da Silva señala que la preocupación inicial de los doctrinadores en relación a esta nueva ley fue evidenciar que la norma penal indiscriminadora no estaría “cercando el llamado derecho constitucional de la plena libertad de información” (Osorio, 1995, p. 332), pues, aunque el Estado Democrático presuponga una imprenta libre, sin censuras previas, al mismo tiempo debe garantizar “protección al honor, vida privada e imagen de todos los individuos, respetando, por tanto, dos de los principios fundamentales consagrados por la Constitución: dignidad de la persona humana y prevalencia de los derechos humanos.

El tipo penal del artículo 20 trajo tres verbos bastante amplios: practicar, que posee forma libre y abarca cualquier acto, desde que idóneo, que produzca el racismo previsto en el tipo incriminador; inducir, que presupone la iniciativa en la formación de la voluntad del otro; e instigar, que busca alejar la posibilidad de una desistencia.

Con esas alteraciones, la eficacia de la ley penal anti discriminatoria mejoró y los procesos criminales tenían mayores posibilidades de acabar con el juicio del mérito, ultrapasándose un poco más la cuestión de la atipicidad.

Con eso, el número de condenaciones aumentó, siendo difícil precisar los motivos exactos, pues ellos son muchos y se encuentran, normalmente, mezclados unos a los otros. Sin embargo, apenas para ejemplificar, citaremos algunos que se hicieron sentir:

Hubo una vigilia mayor de los grupos de discriminados, una vez que los medios de comunicación de masa afectan millares de personas y, por eso, es mucho más dañoso socialmente un delito practicado a través de ellos;

La propia ley servía como estímulo para las víctimas que tenían posibilidad de verificar un resultado inmediato al buscar protección en los Tribunales, una vez que por la disposición contenida en los §§ 1º y 2º, del artículo 20, podría ser hecho el recogimiento inmediato de la condena, la destrucción del material aprendido.

La sociedad, considerada como un todo, pasó a tener una conciencia mayor de como las discriminaciones son practicadas en Brasil;

La prueba material era fácil de ser verificada a través de la publicación, en la imprenta escrita, o de la retención de la cinta, tratándose de televisión, y el dolo no era tan difícil de ser probado;

El crimen previsto traía un delito formal, que no exige resultado material para su consumación.

Por otro lado, las dificultades para la aplicación de esta ley en las publicaciones que arrollan chistes, caricaturas e ironías luego restaron patentes. De hecho, el pueblo brasileño posee una forma única de encarar sus problemas, siendo extremadamente “burlón” e irónico con todo el contexto socioeconómico donde vive.

Esta forma de encarar la realidad crea un terreno fértil para el surgimiento de los chistes, que, como son expresiones del humor, hacen parte del imaginario colectivo. Ellas buscan la manifestación de la risa. El problema es que el sentido común ahí expreso, frecuentemente, adquiere status de verdad, perpetuando estereotipos y prejuicios.

Sin embargo, de la misma forma que el chiste difunde de manera informal el racismo y auxilia su conservación, también sirve para denunciar la realidad

discriminatoria que vigora en el interior de la sociedad. Así, la búsqueda y comprobación del elemento subjetivo del delito no son muy fáciles.

Fábio Medina Osorio (1995, p. 335) se posiciona en el sentido de que la incidencia del tipo incriminador examinado no es alejada por la presencia del llamado *animus jocandi*. Entendemos que esta afirmación genérica y hermética, en una materia tan delicada como esta, al ser aplicada a los casos concretos, proporcionaría innúmeras injusticias, pues desprecia toda una cultura y forma de vida del brasileño.

Por eso, defendemos que se debe hacer el examen del *animus jocandi* en los juicios de los procesos de crimen de discriminación que se refieran a chistes, caricaturas u otros contextos semejantes. Sin embargo, tal análisis es muy difícil de ser realizada en el ámbito del proceso. Así, se verifica que muchas veces son utilizados mecanismos jurídicos inusitados como la vida pasada del reo para analizar el hecho que está en juicio. Se entra, peligrosamente, en el Derecho Penal del Autor.

No se excluye la posibilidad de que en algunas situaciones la persona puede tener solamente la intención de hacer una broma. Obviamente que una cosa es hacer broma, otra es ridiculizar. En este último caso, el dolo subsiste. El ridículo es un arma terrible. Desde que, sin embargo, sea ultrapasada la medida de un tono humorístico, exponiéndose la persona al escarnio, desaparece la buena fe y se vuelve evidente el *pravus animus*.

E. Ley n° 8.882, de 03 de Junio de 1994

Esta ley modificó la redacción del § 1° del artículo 20, introducido por la ley n° 8.081/90 y renumeró los antiguos §§ 1° y 2°.

L redacción del texto demuestra que el legislador aun persistía en el error de deceder a detalles inadecuados para un tipo penal. Considerando este texto legal un verdadero desastre, pues el uso de una cruz suástica en muchas situaciones puede no significar una conducta discriminatoria, sino de terrorismo, como también tener una otra significación cualquier, que solamente el contexto podrá evidenciar.

Además, se verifica que el legislador no tuvo la preocupación con la prohibición de la divulgación del nazismo, sino de la utilización de la cruz suástica con tal finalidad.

Frente a la redacción falla de mencionado párrafo, difícilmente será aplicado en la práctica.

#### F. Ley n° 9.029, de 13 abril de 1995

El legislador siguió incluyendo en leyes dispersas disposiciones penales contra la práctica discriminatoria, creando, de esta manera, una confusión grande para los operadores del derecho que tendrán que trabajar con numerosas leyes al mismo tiempo, en el momento en que tengan en sus manos un crimen de discriminación.

Además, con esta inflación de leyes, se distancia del espíritu que direcciona el Derecho Penal moderno: el principio de la mínima intervención.

Por la ley 9.029, quedó prohibida la exigencia de tests de embarazo, esterilización u otras prácticas discriminatorias, a efectos de exámenes de admisión o de permanencia de la relación jurídica de trabajo, siendo tipificados los crímenes de discriminación en el artículo 2°, incisos I y II. En el párrafo único de este mismo artículo están previstas las personas que pueden ser sujetos activos de estos crímenes.

G. Ley n° 9.455, de 07 de Abril de 1997

Esta ley en el artículo 1°, inciso I, letra c, definió el crimen de tortura en los siguientes términos:

Constituye crimen de tortura:

I – constreñir a alguien con empleo de violencia o grave amenaza, causándole sufrimiento físico o mental:

(...)

c- en razón de discriminación racial o religiosa

(...)

Pena – reclusión de dos a ocho años.

En virtud de esta ley, dos tipos de discriminación, racial y religiosa, pasaron a servir de motivo para el crimen de tortura.

## CONCLUSIONES

“Con el término victimología, difundido rápidamente en estos últimos años, se designa hoy una disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, Morales, sociales y culturales; de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha jugado en la génesis del crimen; dentro de un marco psicosocial estudia la conducta de aquellas personas que han sido víctimas de conductas que ellas mismas han sido víctimas de conductas que ellas mismas han contribuido a crear. Examina también las predisposiciones personales, psicológicas y sociales que producen victimidad, así como la dinámica interpersonal en el crimen y, en particular, en los delitos contra la persona y en aquellos de naturaleza sexual. Propende igualmente, por la concreción de una tecnología del comportamiento de la víctima potencial, en orden a prevenir o disminuir su vulnerabilidad. Además, estos estudios se están demostrando extremadamente útiles para el perfeccionamiento de políticas preventivas y de sistemas preparatorios para quienes, como consecuencia del delito padecido, han sufrido daños, bien patrimoniales, físicos e psicológicos. En su evolución más reciente, aparece unida al fomento de los servicios de atención a las víctimas de los delitos”.

### I. LA VICTIMOLOGÍA – LINEAS CONCEPTUALES

Empezamos el trabajo dando énfasis a la importancia de la víctima en los primeros tiempos. Razón por la cual es importante desde el principio apuntar las tres fases que marcaron la evolución histórica del papel de la víctima en el derecho criminal.

Para ser más preciso me valgo, didácticamente, de las enseñanzas del maestro Antônio Scarance Fernandes, que en la obra *El papel de la víctima en el proceso penal*, apunta las siguientes fases: el período de gran prestigio en las épocas de predominio; de la venganza privada y de la justicia privada; el largo espacio-tiempo real del declive y del olvido y, recientemente, el momento de la re descubierta de la víctima.

La primera fase se refiere a la venganza privada, por el hecho de que estaba a cargo de la víctima. Pero se debe dejar muy claro que la expresión no significa un derecho de disponibilidad, pues, además de una satisfacción personal a la víctima, la efectiva aplicación de la sanción tenía por *desiderátum*, la restauración de la armonía perdida con la práctica del delito.

Sacándose el aspecto individualista, es posible, como bien ilustra la jurista Ana Sofía Schmidt de Oliveira, hacer mención “al derecho penal antiguo como la fase de la edad de oro de la víctima”, ya que la participación de la víctima en la resolución del conflicto era realmente relevante.

Los mejores tratadistas del derecho penal señalan que la edad de oro perduró hasta el siglo XII D.C., cuando, el Estado pasó a ejercer el control del “ius puniendi”.

Las primeras constituciones dogmáticas del Derecho Penal, que inicialmente se confunde con el propio proceso penal, retratan la historia de la evolución del derecho penal, reflejando un distanciamiento de la víctima, que es dejada de lado tanto por la escuela clásica, como por la escuela positiva. Por esta razón, la mayoría de los estudiosos del derecho penal afirman que la construcción del concepto de bien jurídico como objeto de la tutela penal, dispensaba de la necesidad a la víctima en concreto.”

La historia de la criminología evidencia que en sus orígenes la víctima no mereció grandes consideraciones. Sólo recientemente la víctima ha pasado a ser objeto de especial interés de la criminología.

La redescubierta de la víctima influyó fuertemente en los sistemas procesales de numerosos países. Más concretamente, los orígenes del movimiento victimológico están relacionados con el nacimiento del movimiento internacional de los derechos humanos en el período de postguerra, que culminó con la Declaración Universal de los Derechos de la víctima de Naciones Unidas.

A partir de entonces, fueron desarrollados estudios y más estudios, no sólo sobre la víctima propiamente dicha, sino también sobre sus relaciones con el autor del ilícito penal. A partir de ahí se afirma la existencia de la “victimología”, sea como una nueva ciencia, sea como un capítulo de la criminología. A nuestro juicio, el futuro de la victimología aparece como uno de los más prometedores, no solo porque abre nuevos horizontes ante la criminología, sino también, más que todo, porque la victimología es una realidad científica que hoy se impone.

No podemos olvidar que los resultados conscientes alrededor de la misma fueron adquiridos gracias a los ecos de los dominios y conocimientos del delito, sin embargo, la victimología no vino, solo a añadir un campo a la criminología. Más que eso, más que significar un alargamiento de la existencia de las ciencias criminales tradicionales, la victimología representa una nueva dimensión o un nuevo personaje en cada capítulo o problema de aquellas ciencias. Hay que afirmar, por eso, que la victimología pertenece a la criminología, aún es posible solo, sin embargo, en términos de inercia o de un primado jerárquico legitimado por la prioridad cronológica.

Por eso, los juristas afirman que la evolución de la victimología revela haber sido trazado un camino semejante al de la criminología, teniendo en vista que los primeros abordajes científicos también partieron de un cuestionamiento etimológico, lo que también ocurrió con la criminología, cuyo enfoque sufrió muchas críticas, pero ha sido recientemente rehabilitado.



Hay uniformidad de pensamiento entre los estudiosos de la victimología, a la hora de entender que ésta es el objetivo primordial de esta disciplina es el estudio científico de las víctimas del delito.

Partiendo de esta premisa, en el trabajo desarrollado, hemos optado por una definición estricta o restrictiva de lo que entendemos como víctima, con especial interés por la víctima de delitos.

En esta esfera de raciocinio no podemos dispensar Mendelsohn, considerado el iniciador de los estudios científicos sobre la víctima, quien afirma que el objetivo fundamental de la victimología es el de luchar para que haya menos víctimas en todos los sectores de la sociedad, razón por lo que afirma que la victimología debe buscar métodos que reduzcan los elementos perjudiciales de los casos, como también disminuir el tamaño, la gravedad y la magnitud de las consecuencias, así como prevenir las reincidencias, o sea, las posibilidades que el individuo vuelva a ser víctima del delito.

Durante el trabajo que desarrollamos, hemos optado por una definición restrictiva de víctima, en razón del especial interés por la víctima de delitos. Esta opción no significa, como bien señala Ana Sofía de Oliveira, que olvidemos la posibilidad de que la victimología venga a ser estudiada como ciencia independiente, teniendo como objeto otras categorías de víctimas, pues, de cualquier manera, pensamos y concluimos como la eminente jurista, que una absoluta independencia sería algo estéril. Por esta razón, debemos añadir que el método que posibilita el mejor aprovechamiento del contenido de cada campo del saber, es evidente el de la interdisciplinariedad, pero debemos resaltar que tales relaciones establecidas entre las diversas disciplinas, no pueden ser relación de poder. Por eso, me sumo a la corriente defendida por Scarance, según la cual por un estudio jurídico de la víctima no sirven los conceptos literarios de base etimológica.

No hay uniformidad en el uso conceptual de los vocablos, pues existe la víctima en el proceso penal y, también en el derecho penal, la posibilidad de luchar por innumerables intereses, tanto en el ámbito penal, como en el civil. Ahí está el por qué de representar papeles distintos, con derivaciones terminológicas distintas.

## II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En el actual sistema de justicia criminal que Brasil adopta, ya no podemos decir que la víctima fue olvidada, pues la reparación de los daños pasó a ser prioridad con la entrada en vigor de la Ley de los Juzgados Especiales Criminales, n.º 9.099/95, que en el ámbito de la criminalidad, pequeña y media, introdujo en Brasil un modelo consensual de justicia criminal. La prioridad, ahora, no es el castigo del infractor, sino también, y sobre todo, la indemnización de los daños causados por el delito a la víctima.

La importancia conferida en la reparación de los daños está evidenciada en el art. 74, que prevé la posibilidad de composición civil entre las partes. Se trata de una medida de naturaleza híbrida, civil y penal, pues el acuerdo homologado por el juez, si no es cumplido, tiene fuerza de título ejecutivo y, tratándose de acción penal privada o pública condicionada a la representación, implica la renuncia del derecho de queja o representación.

La ley que dispone sobre los Juzgados Especiales Civiles y Criminales trajo innovaciones de relevante importancia al campo penal y procesal penal, entre ellas el establecimiento de las modalidades de conciliación y transacción (art.76), representación (art.86) y la suspensión condicional del proceso (art.89), como base del procedimiento, volviéndose a la forma por la cual la ley demuestra su preocupación por la víctima.

La Ley posee disposiciones que tratan a un mismo tiempo, del proceso que ha de ser observado tanto en los Juzgados Especiales Civiles como Criminales, introduciendo, así, un proceso penal marcado por la informalidad y direccionado a la conciliación o transacción. Por último, la Ley evita el proceso en muchas hipótesis en las que realmente no sería necesario. Pero por otro lado, hoy, los numerosos casos que antiguamente no llegaban al tribunal, rellenan las pautas de audiencia.

Una de las novedades más controvertidas introducidas en el sistema penal, como consecuencia de los ilícitos de esta naturaleza, han sido la multa reparatoria y la prestación pecuniaria

La multa reparatoria ha sido prevista por el Código de Circulación brasileño, con la finalidad de dar satisfacción a la víctima o sus familiares, y la posibilidad de que esta satisfacción se dé de forma más rápida, en el propio proceso penal, sin perjuicio de la interposición de la acción civil para el cobro de la indemnización de los daños y perjuicios no satisfechos con ella.

A su vez, la Ley n.º 9.605/98 introdujo en el ordenamiento jurídico patrio, una nueva modalidad de pena, la de prestación pecuniaria, que es una especie de pena restrictiva de derecho, y que después fue integrada en el Código Penal por la Ley n.º 9.714/98. La mayor parte de las infracciones para las que se contempla esta pena afectan a bienes difusos, son los delitos multivictimarios o de víctima difusa.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza penal o civil de estas penas, a nuestro juicio, la pena de prestación pecuniaria, así como la multa reparatoria, tienen evidente naturaleza penal, no desvirtuada por ser destinadas a la víctima. Esta innovación trae un aspecto positivo, pues la destinación de la prestación pecuniaria a la víctima y no a los cofres públicos está en evidente sintonía, no sólo con los reclamos del movimiento victimológico, sino también con un intuitivo sentido de justicia.

En el anteproyecto de ley de reforma del Código de Proceso Penal elaborado por una comisión compuesta por los juristas Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Scarance Fernandes, Miguel Reale entre otros, en el procedimiento sumario, se prevé que en la sentencia condenatoria el juez penal fije el mínimo de indemnización a las víctimas, que será ejecutada inmediatamente en el juicio civil, después del tránsito en juzgado de la sentencia, sin perjuicio de la liquidación de la condena.

También en lo que toca a la exposición de motivos de los procedimientos, suspensión del proceso y efectos de la sentencia penal condenatoria, los referidos juristas destacaron que el beneficio de la víctima ocupa lugar destacado en el proceso penal contemporáneo. Se incorporó un inciso (VII) al artículo 387 del Código de Proceso Penal, relativo a la sentencia penal condenatoria, estipulando que en ella el juez fije, desde luego, un valor mínimo para la reparación de los daños provocados, considerando los daños sufridos por el ofendido. Al artículo 63, atinente a los efectos civiles de la sentencia penal, se le añadió un párrafo determinando que, transitada en juzgado la referida sentencia, la ejecución puede ser efectuada por el valor atribuido por el juez, por el daño efectivamente sufrido. De ese modo la víctima podrá ser resarcida inmediatamente, aunque sea parcialmente, sin aguardar las demoras del proceso civil de liquidación.

Esto hace parte, incluso, del mensaje enviado por el Ministro de la Justicia José Gregório al Congreso, donde tramitan tales proyectos, los cuales enaltecen y se preocupan con los derechos de la víctima, principalmente, en lo que se refiere al resarcimiento del delito, objeto nuclear de nuestro trabajo.

### III. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA

Realmente, la víctima es una figura esencial en el hecho y normalmente es calificada como sujeto pasivo del derecho penal. Por esta razón, recibe en el Código de Proceso Penal un tratamiento diferenciado en relación a las informaciones que presta alrededor de los hechos en que se ha visto envuelta.

El valor probatorio de las declaraciones del ofendido y de sus características intrínsecas, sobre la forma de alcanzar la verdad real e imparcial, es en la realidad el objetivo último del proceso penal, en el sentido de llegarse a la justa y correcta aplicación de la ley penal.

El Código de Proceso Penal diferencia las declaraciones del ofendido, como elemento probatorio de la deposición del testigo, incluso, habiéndolas abordado en capítulos distintos y dándoles tratamientos diversos.

No obstante, el contradictorio también debe incidir sobre la deposición del ofendido, al contrario de lo que ya decidió el Tribunal Federal de que las preguntas al ofendido constituyeran un acto informal y practicado por el juez *ad clasificadum*.

Finalmente, diría que el contenido de la deposición del ofendido debe siempre ser confrontado con los demás elementos probatorios de los autos, sin los cuales no podrá subsistir. Estando aislado o en contradicción en el contexto probatorio, debe ser rechazada su eficacia probatoria.

#### IV. DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

Las nuevas tendencias en relación a la víctima, revisiones e interpretaciones de nuevas normas procesales, así como la necesaria construcción de nuevos dispositivos más cercanos a la realidad sociopolítica en la que la víctima está inserta han planteado

la acción civil ex delicto, cuando la repercusión de la infracción haya de atender también el campo de la responsabilidad civil.

La acción civil ex delicto es el procedimiento judicial vuelto a la recomposición del daño civil causado por el delito, observó en varios y diferentes sistemas procesales, que ha traído satisfacción a las víctimas de delitos

Reglamentando la materia, ora permitiendo el enjuiciamiento simultáneo de los pedidos (penal y civil) en un solo juicio (el penal), ora previendo la separación entre las instancias, con mayor o menor grado de independencia entre ellas. Se entiende por independencia entre el juicio penal y el juicio civil la posibilidad de obtención de decisiones judiciales diversas sobre un mismo y único hecho, lo que solamente puede ser admitido, al menos en términos absolutos, en un sistema de separación total de instancias.

## V. LAS NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL BRASILEÑO (INTRODUCIDAS POR LA LEY 11.690/08)

El juez criminal, por fuerza del art. 59 del Código Penal, cuando dé la pena, deberá tener en consideración los perjuicios sufridos por la víctima con ocasión del delito.

La actual reforma procesal que está en curso, vislumbra la preocupación no sólo en cuanto a la reparación en las hipótesis de transacción, sino también con la fijación de un valor mínimo para la reparación de los daños causados. Tales reformas reflejan las tendencias modernas del proceso penal en la búsqueda de satisfacer los intereses de las víctimas.

Juzgamos, aún, oportuno apuntar datos de las legislaciones extranjeras sacadas del brillante artículo del jurista Lélío Braga Calhau, publicado por la revista brasileña de ciencias criminales, n.º 31, los cuales revelan la existencia de textos legislativos en diversos países como por ejemplo en Austria (Ley 288/72), Alemania, Inglaterra, Holanda, etc. Suecia, Países Bajos, Italia y Bélgica poseen legislaciones que benefician víctimas de delitos.

## VI. LA JUSTICIA RESTAURATIVA, EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y EL ABOLICIONISMO PENAL

Se acabaron las ilusiones sobre el discurso que aún hoy legitima el sistema penal, una vez que, en el ámbito de la ejecución de la pena, suena totalmente falso hablar de reeducación, resocialización, reinserción, repersonalización u otra cosa perteneciente al gran conjunto de fines propuestos que jamás fueron alcanzados.

Se argumenta que el sistema penal supone que todos los implicados (reos y víctimas) poseen reacciones y necesidades iguales, pues desconsidera la singularidad de cada uno. Se parte del presupuesto de que toda la persona victimada desea vengarse del agresor, lo que efectivamente no corresponde a la realidad. De ahí afirmar que una de las funciones del sistema penal sería impedir una *pseudo vindita particular*.

La propuesta de promover un encuentro entre las partes implicadas traería mayor posibilidad de composición del conflicto. Es importante que se conozca bien todo el contexto de un hecho, antes que se considere a una persona un criminal, debido a la injerencia de la justicia criminal entre los implicados, como bien enseña Nils Christie.

Se nota que el sistema penal congela en el tiempo el delito y sus protagonistas, dando, en consecuencia, una respuesta insatisfactoria e irracional al fenómeno criminal.

En diversas épocas, el sistema penal ha fracasado como método para prevenir y resocializar al criminal, probando, entre otras cosas, que el encarcelamiento del hombre no lo mejora, ni lo perfecciona ni, tampoco, corrige la falta cometida.

Dentro de esa realidad el abolicionismo acontece para proponer la extinción del sistema penal, para viabilizar la aplicación de mecanismos no penales de control social y privilegiar medidas preventivas de actuación sobre las causas y los orígenes estructurales de conflictos y situaciones socialmente negativas.

Tal propuesta prevé aún la creación de microorganismos sociales basados en la solidaridad y fraternidad, persiguiendo la reapropiación social de los conflictos entre agresores y ofendidos y la creación espontánea de métodos o formas de composición.

Pero, pese al innegable mérito de la crítica abolicionista, sus conceptos no parecen apropiados para dar respuesta viable a la criminalidad violenta en el actual nivel evolutivo de nuestra sociedad.

Las sociedades mejores, más justas, más igualitarias y más solidarias, de las cuales no prescinde el abolicionismo, a primera vista pueden parecer, y quizá de hecho estén, muy distantes, sin embargo necesitan ser siempre buscadas con vigor, a través de la primacía de las instituciones y el respeto de las garantías del hombre.

La inmediata reducción del sistema penal y la creación de mecanismos garantizadores de una máxima contención del poder punitivo del Estado, representando, en el decir de Mariah Lúcia Karam, una ruptura con la fantasía perversa que sostiene la opción penal, son, así, un necesario paso en un camino más largo, pero no por eso inalcanzable, de una futura superación de la propia reacción punitiva.

Finalmente, la propuesta abolicionista, aunque correcta, no se encuentra suficientemente madura para ser ejecutada en nuestros días, pero para el futuro debe ser



ansiosamente deseada y a través de ella, procura la primacía de las instituciones y un absoluto respeto a las garantías del hombre.

## VII. SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: TENDENCIAS INTERNACIONALES

A la medida que hemos desarrollado un trabajo alrededor de la víctima en el ámbito del Derecho criminal, tuvimos como preocupación su conceptualización, ponerla dentro de nuestra legislación, incluso dando enfoques en el derecho alienígena. Para ello, nosotros nos cimentamos en una investigación fatigante, pero gratificadora, pues cogimos apoyo y estímulo en los numerosos estudiosos citados en las referencias bibliográficas que acompañan este trabajo.

Situamos a la víctima tanto en el derecho penal, como, principalmente, en el Código de Proceso Penal brasileño, como en diversos países, así como en el estudio de la criminología y posteriormente en la victimología. Pero siempre direccionamos nuestro trabajo alrededor de las tendencias contemporáneas de la victimología, que hemos constatado en la experiencia de diversos países.

Hay una idea que se ha consolidado paso a paso en el campo procesal, que es la unificación de juicio, como ya previa la vieja escuela positiva, o sea, ya en el juicio penal, a través de la sentencia criminal por parte del magistrado.

Como bien nos enseña Alexandre dos Santos Macedo, vivimos diariamente en una verdadera guerra urbana, que afecta principalmente a los pobres, pues los ricos consiguen, aún, defenderse.

Nuestro ordenamiento jurídico en vigor, ha adoptado el principio de la separación. Pues la pretensión de la reparación del daño causado por el delito, solamente podrá ser deducida en acción civil ante la jurisdicción civil, como dispone el

art. 64 del Código de Proceso Penal. Pero no podemos olvidar que hay una gran influencia de las decisiones penales sobre la jurisdicción civil. El Código de Proceso Civil de 1973, aún en vigor, dice, literalmente que la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado es recibida como título ejecutivo judicial, sobre lo que ya hemos proferido en la tesis.

La modificación más emblemática proyectando mejorar la situación de la víctima, fue haber alterado la disciplina de la acción civil ex delicto, permitiendo que el magistrado fije, en el ámbito criminal, una indemnización a la víctima, debido a los daños causados por el delito, tener en es je profundizamos en el capítulo 9, al analizar el art. 63 y 387 introducidos por la Ley 11.719/08.

Este sistema también es adoptado por otros países como Uruguay, que en su Código de Proceso Penal en el art. 25 establece que la acción civil y la acción penal que se funden en un mismo hecho ilícito deberán ser interpuestas separadamente e independientemente en las respectivas sedes.

En España, la legislación permite al perjudicado por el delito ejercer en el propio proceso penal, la acción civil para obtener la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización por los perjuicios materiales y morales.

Por el contrario, otro hecho sucede a Argentina, donde el Código de Proceso Penal, prevé la posibilidad de ejercicio dentro del juicio penal de una acción civil tendente a la restitución y al resarcimiento patrimonial del daño causado en razón del delito (arts. 29 a 33 del Título IV del Libro Primero). Antiguamente, hasta 1929 Argentina adoptaba el sistema de independencia, en moldes semejantes al derecho brasileño. Pero el cambio de sistemas atribuyó al titular de la acción civil la facultad de intentar la misma en sede penal o en sede civil, según su elección. Igualmente, en Cuba,

el tribunal que conoce el delito, declara también su responsabilidad civil derivada del ilícito penal y su extensión.

También, el nuevo Código de Proceso Penal de Paraguay, promulgado en 1998, y que entró en vigor en julio de 1999, trajo como uno de los cambios más importantes con relación a la víctima, la reparación de los daños luego que lograda la condena penal ante el mismo tribunal que profirió la sentencia condenatoria (art.29). Una importante ventaja de ese procedimiento es la rapidez de la indemnización a la víctima de un delito, estableciéndose un procedimiento abreviado. Además, establece la posibilidad de la extinción de la acción penal por la reparación del daño en delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos.

En México, así como en Cuba, existe un Fondo de Reparación, integrado por cantidades recibidas por el Estado, derivadas de multas y pequeños porcentajes derivados de los beneficios líquidos anuales de todas las industrias, servicios y demás actividades lucrativas existentes en los ordenamientos estatales. En Cuba la Caja de Resarcimiento es tenida como la entidad legal competente para cumplir las disposiciones relativas a la responsabilidad civil que sea declarada en sentencia por los Tribunales Populares. En el país existen distintos instrumentos para sostener la Caja de Resarcimiento, tales como: recargos cobrados en razón del atraso en el pago de la responsabilidad civil, responsabilidades civiles no reclamadas por sus titulares en el plazo legal, valores de fianzas confiscadas en los procesos judiciales, entre otros tributos.

De todo lo que fue expuesto, vamos llegando a las conclusiones finales, que la reparación de los daños de las víctimas de delitos, componen una de las finalidades, y, porque no decir, principios de la victimología, ciencia que estudia la víctima.

Podemos, también concluir, que las tendencias jurídicas contemporáneas, van en el sentido de crear, por parte del Estado, un sistema de reparación primaria a la víctima del delito, a través de un fondo público especial, como por ejemplo la Caja de Resarcimiento, de Cuba, en consonancia con una de las finalidades de la victimología. En atención a ello, entendemos que Brasil debe consolidar tal experiencia, (Caja de Resarcimiento), así como modificar ciertas disposiciones, en el sentido expuesto a lo largo de la tesis para defender mejor el interés de la víctima resultante de un delito.

## VIII. LA REPARACIÓN Y EL SISTEMA PENAL: ¿UNA TERCERA VÍA PUNITIVA?

Surge una nova forma de entender el derecho penal, en la que caben el consenso y la reparación, frente a conductas que deberían ser analizadas desde una perspectiva diferente.

Este es el espacio en el que quedan posibilidades para el diálogo y la resolución alternativa del conflicto, en síntesis, para la justicia restaurativa.

La reparación se relaciona con los principios de fijación de la pena, circunstancia esta que permite diferenciar distintas funciones que la reparación puede cumplir en relación con el Derecho penal, como atenuante o eximente de pena, como condición o instrucción impuesta al condenado, como substitutivo de la sanción penal e como consecuencia jurídica autónoma en el Derecho penal de menores.

## IX. INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA

Se ha analizado con detalle el papel de la víctima en el proceso penal, y ello con dos objetivos principales: de un lado, evitar su victimización secundaria y, de otro, precisar su papel en el proceso.

El sujeto pasivo del delito, objeto de protección de la tutela estatal como finalidad del ordenamiento jurídico, debe ser resguardado por el derecho procesal penal, siendo coherentes y acertados los criterios que nordean el tratamiento que le es conferido, distinguiendo sus declaraciones de la deposición testimonial, y evitando en el proceso penal los factores que puedan dar lugar a una victimización secundaria. Es verdad que, muchas veces, el ofendido envuelto por el sentimiento de venganza, acaba, de manera consciente o inconsciente, modificando la verdad del hecho del que fue víctima. Pero, por otro lado, las declaraciones del ofendido son imprescindibles para conocer el hecho criminoso, razón por la cual, debe el magistrado darle el valor pertinente, pues lo que interesa a la realización de la justicia es el conocimiento de la verdad real.

Existen numerosos proyectos de leyes en el congreso brasileño, que objetivan una modificación sustancial en el Código de Proceso Penal de 1940, principalmente, en lo que se refiere al sistema preliminar de investigación (actualmente averiguación policial). Hay una unanimidad de pensamiento, en el sentido de dar valor a la víctima del delito, la cual, en el procedimiento policial actual, sufre numerosos perjuicios y constreñimientos, lo que ocurre también en la instrucción criminal. Esto no es novedad, pues en otros países tales hechos se repiten, lo que llevó a autores de la estirpe de Raúl Cervini, de Uruguay, a escribir líneas y más líneas sobre la victimización secundaria.

Apenas como ejemplo, nos dice João Mendes Jr. en la obra *proceso criminal brasileño*, que en Palestina es deber del pariente más próximo del muerto acusar y seguir en el proceso; en Atenas, el acusador era quien recogía y reunía las pruebas para

producirlas durante los debates; en Egipto, por ejemplo, se encuentra una política represiva y auxiliar de la instrucción a cargo de los testigos del hecho.

La historia del sistema penal demuestra que la víctima en los últimos siglos se encuentra desamparada, e incluso victimizada durante el Proceso Penal, ella no cuenta casi para nada; sólo actúan el poder estatal por una parte, y el delincuente por la otra. Ambos abandonan o desconocen a la víctima. Muchas declaraciones oficiales y muchos estudios científicos lamentan que las víctimas se encuentren marginadas, reducidas a la importancia y que padezcan importantes problemas afectivos.

Durante el proceso, la víctima es, a lo más un *convidado de piedra*. Otras veces, ni convidado. Tan injusta postergación al sujeto pasivo del delito produce en él una segunda victimización que aparece patente en todos los países de nuestra cultura. Más marginación sufren las víctimas que no son inmediatamente sujeto pasivo, del crimen.

Existe la conciencia de que quien padece un delito, al entrar en el aparato judicial, en vez de encontrar la respuesta adecuada a sus necesidades y derechos, recibe una serie de posteriores e indebidos sufrimientos, incomprensiones, etc., en las diversas etapas por las que transcurren el proceso penal: desde la policía hasta la post penitenciaria, pasando por la judicial, sin olvidar la pericial.

Existe también la franca posibilidad de que cuando las víctimas se acerquen a los centros de atención de la víctima, en el caso de que éstos existan, sean atendidas con extrañeza y lejanía. Sólo se les ofrece un formulario impreso, o poco más; y, desde luego, el personal parece carecer de los conocimientos necesarios, así como del interés y de la sensibilidad deseable.

A lo largo del proceso penal, desde el comienzo de la actitud policial los agentes del control social con frecuencia se despreocupan o ignoran a la víctima; y por

si fuera poco, muchas veces, la victimizan todavía más. Especialmente en algunos delitos, como los sexuales. No es raro que en estas infracciones el sujeto pasivo sufra repetidas vejaciones, pues, a la agresión del delincuente se añade la postergación y/o estigmatización por parte de la policía, de los médicos forenses y del sistema judicial. Durante todo el proceso, que termina en el sistema penitenciario dirigidos mayoritariamente por hombres, se observa frecuentemente que los agentes masculinos tienen más miedo de condenar y/o tratar injustamente a los hombres que a las mujeres; en este aspecto, les mueve menos de lo debido el principio de justicia y equidad. No observan debidamente la Declaración de las Naciones Unidas, sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

En estudios sobre crímenes violentos, lesiones y agresiones sexuales, las víctimas en los primeros contactos con la policía se encuentran satisfechas del comportamiento policial, pero, esta sensación se va empeorando a lo largo del tiempo.

Al comienzo la policía acude pronto, da muestras de apreciar la gravedad del delito. Pero después, generalmente la víctima va encontrando menos comprensión y sobre todo, se queja por la falta de información. Rarísima vez se le comunica si el delincuente ha sido detenido, juzgado, condenado, si ha reparado los daños, si ha devuelto lo que robó, etc. También muchas víctimas manifiestan que la policía no está a la altura debida para prestarle la ayuda necesaria o esperada. Algunas víctimas declaran que jamás volverán a acudir a la policía.

Se da el caso de acusaciones en contra de la policía o cuerpos de seguridad debido a los malos tratos y abusos en contra de las víctimas, tenemos con tristeza que reconocer que es en parte falta de información científica y humana que no han recibido en las academias o centro de preparación. Los informes anuales de Amnistía

Internacional son los medios de comunicación que divulgan y dan a conocer estos casos con más amplitud.

La actitud de las víctimas en cuanto a su deseo de que al delincuente se le imponga la justa sanción punitiva va cambiando con el transcurrir del tiempo de manera distinta que su exigencia de recibir ellas su debida compensación. Esta permanece prominente a lo largo de todo el proceso.

El personal judicial, a veces, olvida que las víctimas necesitan un tratamiento especial y no cumplen las medidas adecuadas para atenderles. Con frecuencia desconocen algunas de las facilidades que el sistema judicial les brinda a favor de las víctimas o estas facilidades no lleguen al grado deseado.

La victimización secundaria en las instituciones penitenciarias, se manifiesta de la siguiente manera: contactos físicos no queridos, comentarios desagradables con alusiones sexuales, agresiones psicológicas como comentarios de mal gusto o humillantes, miradas mal intencionadas, imágenes o ilustraciones pornográficas, fotos degradantes, etc.

## X. LOS DERECHOS DEL ACUSADO Y DE LA VÍCTIMA

Hacemos un abordaje de los derechos de los acusados y de las víctimas de crímenes en el derecho comparado, por ejemplo Cuba, México y España.

Importante tener en cuenta las legislaciones de otros países del mundo establece como medida para asegurar la responsabilidad civil la fianza en efectivo, que a nuestro criterio también pudiera emplearse para hacer más efectiva, en la práctica, la responsabilidad civil proveniente del delito y de la cual se nutre la Caja de Resarcimientos.



Observó que hay más instrumentos de procedimiento penal con el fin de garantizar el bienestar de la víctima después de un crimen, a raíz de la tendencia mundial

## XI. VÍCTIMAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Realizando una síntesis alrededor de la violencia sufrida por la mujer en los días de hoy, diríamos de plano, que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, limitando todas las observancias, gozos y ejercicios de tales derechos y libertades.

La eliminación de la violencia contra las mujeres surge como condición indispensable para su desarrollo individual y social, además de su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

Según la profesora Vera Regina Pereira de Andrade, en materia publicada en la Revista de la Facultad de Derecho de la UFSC, vol. 1, el feminismo brasileño está inserto en un proceso de doble vía, aunque ambiguo. De un lado, la necesidad de una amplia revisión de los tipos penales existentes, defendiendo la discriminación de conductas hoy tipificadas como delito (aborto, posesión sexual mediante fraude, seducción, casa de prostitución y adulterio, entre otras), y la redefinición de algunos delitos, con especial referencia al estupro, con vista a excluir su carácter sexista. Por otro lado, el agravamiento de las penas en el caso de asesinato de mujeres y la criminalización de conductas hasta entonces no criminalizadas, particularmente la violencia doméstica y el asedio sexual.

De fundamental importancia, y por eso no podríamos dejarla de destacar, fue la creación en 1984 de las Delegaciones de Mujeres, para recibir quejas específicas de violencia del género.

Paulatinamente se ha descubierto que los malos tratos y la violencia sexual ocurren con mucha más frecuencia de lo que se imaginaba. Esto conduce al movimiento feminista a inscribir el problema de la violencia contra las mujeres y de la impunidad masculina, como uno de los puntos centrales de la agenda feminista, así como a elegir el control penal como mecanismo prioritario para contestarlo.

Durante el trabajo que desarrollamos, podemos constatar que la criminalidad contra la mujer se halla comandada por dos grandes, y aún silenciosos, presupuestos: una visión victimizadora de la mujer violentada y una visión proteccionista del sistema penal, ambas idealizadas.

La visión victimizadora invoca a la mujer como sujeto pasivo, o sea, como objeto de la violencia. La visión proteccionista del sistema penal invoca, a su vez, la existencia de un sistema penal que la protegería contra este dominio y opresión. Pero a nosotros nos parece muy difusa esta respuesta sobre la protección, pues lo que las mujeres buscan a través del sistema penal y lo que esperan de él con la criminalización es el castigo, lo que conduce, a nuestro juicio, a una situación paradójica.

Por último, diría que vivimos en una sociedad con valores patriarcales en la que los hombres utilizan la violencia para controlar a las mujeres y someterlas a su dominación. Incluso, en unión de homosexuales ha ocurrido el mismo problema.

Tenemos que romper el extraño y generalizado sentimiento de parálisis e impotencia frente al problema de la violencia. Es preciso que no nos habituemos a lo intolerable y el primer paso es, siempre, el quebranto de la indiferencia.

El sistema penal no es solo un medio ineficaz para la protección de las mujeres contra la violencia, sino que también duplica la violencia ejercida contra ellas y las divide, pues muchas veces las mismas son sometidas a un juicio y divididas. El sistema penal no trata igualmente a las personas, porque se trata de un subsistema de control social, selectivo y desigual, tanto de hombres como de mujeres y porque es, él mismo, un sistema de violencia institucional, que ejerció su poder y su impacto también sobre las víctimas. Aquí encontramos, sintéticamente, la denominada incapacidad preventiva y resolutoria del sistema penal.

Importante, también, a nuestro ver, es aducir que la propia experiencia a nivel internacional sobre las reformas penales criminalizantes producidas por el feminismo, tuvieron resultados altamente frustrantes para las mujeres, confrontados con sus expectativas originarias.

Aún sea la Ley Maria da Penha (Ley 11.340/2006) clasificada por la Unifem (Fundo del Desarrollo de las Naciones Unidas por la Mujer) como una de las tres mejores legislaciones del mundo, su real aplicabilidad está no obstante comprometida hasta que no se logre proteger a las mujeres víctimas de la violencia.

En el campo de las minorías, surge como una calamidad social la constatación de los menores como víctimas de una sociedad cruel, que los lleva a la práctica de infracciones penales y también a permanecer marginados en el contexto social.

El Estatuto da Criança e do Adolescente – al contrario de lo que muchos piensan, incluso los jóvenes – no es el “evangelio de la impunidad”, no es un arma en las manos de los adolescentes, no los protege cuando rompen las reglas sociales.

El ECA trae eficaces sanciones que pueden ser aplicadas a adolescentes sentenciados por la práctica de actos ilícitos. Son las llamadas medidas socio-educativas, que van desde la advertencia para los casos muy leves, hasta el

internamiento, pasando por la prestación de servicios a la comunidad, por la reparación del daño, por la semilibertad asistida, además de las medidas específicas de protección. Puede haber acumulación en la aplicación de las medidas, y es indispensable tener en consideración las circunstancias, la gravedad de la infracción y la capacidad de cumplimiento por parte del adolescente sentenciado.

La Libertad Asistida – que es considerada la “medida madre” por su eficacia – puede ser ejecutada tanto por entidad o programa de atención, como por persona capacitada designada por el magistrado para acompañar el caso, constituyéndose en la llamada Libertad Asistida comunitaria.

La medida de Libertad Asistida cumplida, en el mínimo por seis meses, podrá ser convertida en internamiento, como permite el Estatuto, cuando los relatorios mensuales del orientador señalen que el adolescente no está cumpliendo las reglas impuestas, como estudiar con aprovechamiento, frecuentar cursos profesionalizantes y conferencias sobre drogas, entre otros, además de la obligación de llegar temprano a su casa y no frecuentar ciertos lugares, como mínimo.

La medida no envuelve religión, no hay vínculo laboral entre orientador y Tribunal o Universidad y el voluntario no es responsabilizado por un eventual nuevo acto infraccional que sea practicado por el adolescente.

Cumplida la sanción correctamente, por proposición del orientador el adolescente es desvinculado de su pena en audiencia, con la presencia del Ministerio Fiscal, del defensor, del orientador y del propio adolescente.

Después de la promulgación del ECA, poco fue hecho o cambiado para atender a la nueva legislación. Al contrario, el país asiste, perplejo, a la total falta de sensibilidad de gobernantes que, a pretexto de ajustar sus presupuestos, cortan servicios

y funcionarios destinados a atender políticas públicas para niños y jóvenes como si fueran descartables, dispensables o superfluas.

Con la promulgación del estatuto, la política de atención a los derechos del niño y del adolescente pasó a ser realizada en un conjunto articulado de acciones gubernamentales y no gubernamentales en el ámbito de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios, a través de los consejos tutelares, encargados por la sociedad de velar para que estos derechos sean cumplidos.

La constitución y el Estatuto da Crianza e do Adolescente (Ley 8.069 de 13 de julio de 1990) tratan de los derechos y garantías de los mismos, con preceptos formulados de acuerdo con principios intrínsecos a la condición de estos menores.

A su vez, el art. 227 de la Constitución dice: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesión, a la cultura, a la dignidad, al respecto, a la libertad y la convivencia familiar y comunitaria”. También se debe poner a salvo de toda la forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

Por otro lado, a pesar de la preocupación de la legislación, podemos afirmar que la realidad es muy diferente de lo que fue y está siendo idealizado, pues lo que se ve en las calles, principalmente en los grandes centros urbanos, son niños y adolescentes hambrientos, sucios, sujetos a todos los tipos de enfermedades, pasando vergüenza y dejando su dignidad de lado para pedir limosna. En muchos casos sólo consiguen olvidar la miseria en que se encuentran por el camino de las drogas y el alcohol.

Delante de ese cuadro, surgen opiniones referentes a la eficacia de tal Estatuto, o sea, si la aplicación del Estatuto da Criança e do Adolescente ha sido eficaz. Razón por la cual apunto algunas opiniones: Reijo Nimi, maestro en Derecho y Diplomacia y

representante en Brasil del Unicef (Fundación de las Naciones Unidas para la Infancia), alega que el Estatuto cambió la forma en que la sociedad ve a sus niños y sus adolescentes, pues ellos pasaron a ser seres humanos en el sentido más amplio del término, titulares de derechos y no sólo de necesidades. Complementa que hay que congratularse de su implementación, pues la estructura de participación creada por el ECA – principalmente los consejos tutelares– está vigente en la Unión en todas las unidades de la Federación y en muchos municipios, habiendo alcanzado el movimiento social por la infancia y adolescencia, el status de uno de los más activos del país. Finaliza diciendo que el ECA sirvió como inspiración para legisladores de más de 15 países latinoamericanos, lo que comprueba que hace casi una década Brasil asumió el compromiso de protección integral y de prioridad absoluta de sus niños.

Ya Ebenézer Salgado Soares, Fiscal de Justicia de la Infancia y de la Juventud de la ciudad de São Paulo, afirma que el Estatuto introdujo profundas alteraciones en el escenario brasileño en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales del niño y del adolescente. Surgió como una forma de garantizar y promover la dignidad de la persona, siendo realizada la política de atención a los derechos de los niños y adolescentes a través de un conjunto articulado de acciones gubernamentales y no gubernamentales en el ámbito de la unión de los Estados y de los municipios. Sin embargo, a pesar de reconocer que tal Estatuto proporcionó un cambio de mentalidad en la sociedad brasileña, lo hizo de forma lenta y gradual, principalmente en lo que se refiere a las acciones gubernamentales; resaltando que la triste y vergonzosa realidad brasileña sólo será modificada cuando la familia, la sociedad y, fundamentalmente, el Poder Público, dejen el discurso y pasen a la práctica de lo que predicán.

Diría que la cuestión de la responsabilización del adolescente infractor y la eventual sensación de impunidad que muchas veces es pasada a la opinión pública no

precede de los textos legales ni de la necesidad de su alteración, a pesar de que el Estatuto da Criança e do Adolescente no sea una obra lista y acabada.

Tal sensación se basa en la incompetencia del Estado para ejecutar las medidas socio educativas previstas en la ley, en la inexistencia o insuficiencia del programa de ejecución de medidas en medio abierto y en la carencia del sistema de internamiento (privación de libertad) que diariamente los órganos de prensa denuncian. Todo lo que ocurra de forma distinta no pasaría de rara y honrosa excepción, y como muy bien afirma el jurista João Batista Saraiva “Se discute solamente el crecimiento de la violencia infantil, olvidándose que aparecen causas como: desempleo, miseria, deseducación y desagregación familiar, entre otras, y lo que es peor, omiten que el sistema penal es caótico y demagógicamente pretenden lanzar a jóvenes de 16 años a la convivencia con criminales adultos, y olvidan el verdadero vil: la ausencia de compromiso del Estado y de la sociedad con la real efectividad de las propuestas traídas por el ECA”.

Es muy común, también, que las autoridades invoquen el viejo y desgastado discurso de que todos son responsables y la sociedad siempre hace mejor que el poder público. Lo que hasta puede ser verdad, pero no dispensa el gobierno de tener políticas, servicios y acciones.

De ese modo, para que efectivamente fueran aplicados los derechos de los menores, sería necesario un gobierno fuerte, con políticas sociales públicas dirigidas a reducir drásticamente el hambre, la pobreza, la injusticia social y las enfermedades con medidas preventivas, principalmente en el área de la salud.

No hay una violación de los derechos a la vida y a la salud de los menores pero sí una cierta connivencia con la situación actual. Lo que se encuentra en juego, además de estos derechos esenciales, son la libertad, el derecho y la dignidad. Esas mismas

vidas que deberían tener derecho a la educación, a la cultura, al ocio, al deporte, a la convivencia familiar y comunitaria y a la profesionalización, ven todo eso como hechos lejanos de realizarse.

De hecho, no hay ausencia de preceptos legales o legislaciones con lagunas; se constata que hubo bastante celo en la elaboración del estatuto. Hay sí, completa falta de condiciones y recursos para la resolución de esa situación.

Es necesario que el foco de las apreciaciones gubernamentales recaiga sobre la forma por la cual se aplica y se realiza la ley.

Son numerosas las violaciones a los derechos y a las previsiones de ley, lo que denota la insolvencia estatal y nos hace suponer que el estatuto sea casi una disposición virtual.

El Estado no tiene alternativa que no sea reformular su conducta e invertir eficazmente en una política social fuerte, con objetivos ciertos, centrada en los órganos judiciales, cuya finalidad sea asegurar la aplicación de las leyes.

Hay mucho que dar, pero, para ello, las instituciones gubernamentales y no gubernamentales necesitan de recursos humanos y materiales, entrenamientos, diálogos con estudiosos y profesionales de las más diversas áreas y principalmente de libertad y de incentivo moral, para participar de un movimiento de sensibilización de la sociedad y de los gobernantes, mostrándoles cómo puede ser nuestra contribución para el desarrollo de las más diversas acciones de atención a la familia, al joven y al adolescente.

## XII. VICTIMIZACIÓN DE LAS MINORÍAS – EL RACISMO

Por lo que se refiere a la situación del negro en Brasil, en la tesis se ha analizado la evolución histórica de la discriminación que ha sufrido, desde comienzos



del siglo XIX hasta hoy. Para abordar finalmente, el análisis de la legislación que lo protege.

El trabajo que desarrollamos alrededor de la víctima en el derecho criminal nos ha llevado a discurrir acerca de las minorías, pues en Brasil existen políticas por parte del Estado, principalmente, dirigidas a abordar la situación de los negros, de las mujeres, de los niños y de los adolescentes. En esa fase conclusiva, vamos a tejer algunas consideraciones generales sobre la situación del negro, incluso en lo que toca a la legislación que lo protege, bien como un desenrollar histórico de la discriminación que el mismo sufre, desde los períodos que anteceden la liberación de los esclavos que ocurrió en 1888, hasta los tiempos de hoy.

El problema del racismo es antiguo. La legislación penal positiva brasileña vigora en la égida del Código Penal de 1940, de la era getulista. Volviendo en el tiempo, el código penal en vigor era el de la República, de 1890; antes de él, el Código Criminal del Imperio de 1830 y antes del código del Imperio, vigoraban las Ordenaciones Filipinas, Libro V.

En las Ordenaciones Filipinas, no se encuentra, en el libro V, ningún tipo de discriminación contra él. Por lo contrario, la esclavitud humana existía (negro, indio) y el libro V trataba de la materia, pero ninguna disposición condenaba el racismo. Había incluso normas que estimulaban el racismo. Por ejemplo: contra los judíos, gitanos y moros, los que eran obligados a usar ropas y sombreros de determinado color, forma etc. y, si no lo hicieran, estarían practicando una infracción penal.

En suma, en los primeros tiempos después de el descubrimiento, durante 300 años, nuestra propia legislación penal estimulaba la acción discriminatoria, envolviendo ciertas y determinadas personas.

Proclamada la independencia, la esclavitud continuaba y en el Código Criminal de 1830, existía toda una parte dedicada a los esclavos, por el caso de que estos infringieran la ley penal, recibían tratamientos distintos.

En el artículo 60 del Código Criminal del Imperio, si el reo fuera esclavo e incurriera en penas que no fueran la pena capital o de galeras, él sería condenado a la pena de azotes y después sería entregado a su señor, que colocaría en él, esclavo, un hierro por el tiempo y manera que el juez designase. Más aún, el número de azotes sería fijado en la sentencia y el esclavo no podría llevar más de cincuenta (azotes) por día.

Lo mismo ocurre con el Código de la República de 1980, que no recogía ninguna alusión a la discriminación por motivo de raza.

Verificado, aquí, en Brasil, el movimiento de Vargas, el Estado Nuevo, adoptó una nueva codificación penal que es el Código Penal de 1940.

Ocurrida la revolución de 1964, se redactó un nuevo código penal, el código de 1969, que no entró en vigor, por circunstancias diversas. De modo que continúa en vigor el Código Penal de 1940, con muchas modificaciones y alteraciones. En él tampoco hay ninguna disposición respecto al racismo o a prejuicios.

[La expresión racismo es totalmente inadecuada siendo correcto usar el término discriminación. La ley 1.390/51 – Ley Afonso Arinos - , decía: "*constituye infracción penal (contravención penal), punida en los términos de esa ley, la recusa por establecimiento comercial o de enseñanza, de cualquier naturaleza, de hospedar, servir, atender o recibir clientes, haya éste comprado o no un producto, la discriminación de raza o de color*".]

Lo que se desprende, a través de esa ley y/o de leyes posteriores, es el combate a la llamada acción discriminatoria, que no siempre atiende a la raza. Cuando hablamos de racismo, limitamos el área de incidencia de la discriminación. Las manifestaciones

de la discriminación son muchas: pueden referirse a la raza, al color, a la edad, al sexo, al grupo social, etc.

Discriminación es una infracción genérica, más precisamente una contravención penal. En esta categoría hablamos de discriminación por razón de: raza, color, estado civil, sexo, inclinación religiosa, etc.

Lo que la ley pune es relativo a raza y color. El prejuicio es género, a lo que se combate realmente.

Coloquialmente, en la prensa e incluso entre los intelectuales del ramo, el término racismo tiene muchos significados diferentes, aunque semejantes. Racismo, a priori, es tratado como si se tratara de una doctrina científica, o no, que exhorta la existencia de razas humanas, con diferentes cualidades y habilidades, ordenadas de tal modo que las razas formen una estratificación jerárquica de cualidades morales, psicológicas, físicas e intelectuales.

El racismo es también referido como si fuera un cuerpo de actitudes, preferencias y gustos instruidos por la idea de raza y de superioridad racial, sea en el plan moral, estético, físico o intelectual. Así, por ejemplo, las personas que consideran los negros feos, o menos inteligentes, o menos trabajadores, o físicamente más fuertes son comúnmente referidas como racistas. Popularmente, en Brasil, se dice que tales personas tienen prejuicio de color.

Se califica, incluso, como racismo el sistema de desigualdad de oportunidades, inscritas en la estructura de una sociedad, que pueden ser verificadas apenas estadísticamente a través de la estructura de desigualdades raciales, sea en la educación, en la salud pública, en el empleo, en la renta, en la vivienda, etc. Tal sistema, aunque no exista independientemente de sus agentes – los ciudadanos de un Estado – no puede ser confundido, sea con la doctrina, sea con el sistema de actitudes, sea con los

comportamientos individuales concretos. Eso porque alguien de raza o color que históricamente disfrute de menos oportunidades, no necesita, para acabar en una posición de inferioridad social, ser discriminado, sufrir prejuicios o ser inferiorizada doctrinalmente. El propio sistema de desigualdades raciales se encargaría de reproducir su inferioridad social de hecho, bastando para ello que naciera y se socializara en una familia típica de su situación racial.

La actual legislación brasileña contra el racismo, aunque no distinga los diversos aspectos de este fenómeno, busca expresamente cohibir la doctrina racista y el prejuicio racial en su manifestación verbal y comportamental – la discriminación.

Todavía, la Ley n° 7.716 de 5 de enero de 1989, que definía los delitos resultantes de prejuicio de raza o de color, no contemplaba la manifestación verbal del prejuicio. Esta fue contemplada apenas por la Ley n. 9.459 de 13 de mayo de 1997, que trata del “Delito de Prejuicio”, que alteró los Arts. 1° y 20° de la Ley n. 7.716, de 5 de enero de 1989, añadiendo aún un párrafo al Art. 140 del Decreto-ley n° 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal). La Ley 9.459 reza, en su Artículo 1°: *“Serán penados, en la forma de esta Ley, los delitos resultantes de discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión o procedencia nacional”*. El Artículo 20° de la misma Ley habla de *“practicar, inducir o incitar a la discriminación o prejuicio de raza, etnia, religión o procedencia nacional”*. Además, añade un tercer párrafo al Artículo 140 del Código Penal, que trata de la injuria, para sentenciar con reclusión de *“uno a tres años y multa”* la injuria *“que consista la utilización de elementos referentes a la raza, color, etnia, religión u origen”*.

De este modo, de los diversos significados del término racismo, tratamos en este trabajo apenas de aquellos cubiertos por la legislación brasileña actual: el prejuicio racial, expresado verbalmente a través de ofensas personales; la discriminación racial, o

sea, el tratamiento desigual de personas, en los más diversos ámbitos de la vida social, basado en la idea de raza, restringiendo su amplio y líquido derecho constitucional y legal al lesivo tratamiento, la expresión doctrinaria del racismo o la incitación pública del prejuicio.

En todo el mundo, la pauta anti-racista, hasta muy recientemente, se ha concentrado exclusivamente en la lucha contra la segregación y la discriminación raciales institucionalizadas por el Estado. En este sentido, la igualdad formal de derechos entre blancos y negros en Brasil, además de la ausencia de conflictos raciales violentos, fue tomada, desde temprano, como estructurante de una supuesta “democracia racial”. O sea, en Brasil, a pesar de las vicisitudes del autoritarismo, prevalecería un tratamiento ecuánime entre las razas, al contrario de los Estados Unidos, patria de la democracia política moderna, donde prevalecía, en el plan racial, el choque de castas. Esa fue, sin duda, la razón por la que muchos estudiosos de relaciones raciales en Brasil, desde el trabajo pionero de Donald Pierson (1971; [1942]) en Salvador, tuvieron tanta dificultad en reconocer, aún cuando tropezando insistentemente sobre prejuicios y discriminaciones, su contenido propiamente racial.

Acompañando la ausencia de preocupación por las desigualdades de hecho y el énfasis en desigualdades de jurado, las ciencias sociales trabajaron todos esos años con un concepto, por demás generalizante, de clase social, definida, sea como grupos de acomodación de conflictos en una sociedad abierta, sea aún como grupos de distribución de poder en el orden económico, sea como grupos que ocupan diferentes posiciones en un modo de producción.

En lo que se refiere específicamente a uno de los temas de este trabajo, la lucha de los grupos que se definen como “negros” en Brasil ha sido ejemplar en términos de denunciar la presencia cotidiana del racismo en la sociedad brasileña, un racismo que,

como veremos, anda a par con el abuso de autoridad, en una tentativa, que espero fútil, de mantener las distancias sociales del orden jerárquico.

El tema del prejuicio de color quizá sea el único, en Brasil, que pone en juego al mismo tiempo el comportamiento personal y la estructura de la sociedad; lo privado y lo público se confunden y se determinan mutuamente, la ética y la política se relacionan del modo más agudo, la identidad nacional se confunde con los derechos universales del hombre, Brasil se vuelve muy interesante.

En Brasil, las informaciones existentes muestran que la población negra se concentra en los niveles inferiores en términos de nivel de renta, de acceso a los servicios públicos básicos. Ese fenómeno tiene una relación directa con la situación del mercado de trabajo. El país campeón de desigualdades, tiene gran parte de su fuerza de trabajo sobreviviendo en condiciones de subempleo, cuando no de desempleo. En algunas áreas urbanas importantes, como en el caso de las metrópolis del norte, la llamada economía informal (de los autónomos, del pequeño comercio ambulante, de los ambulantes, etc.) absorbe alrededor de la mitad de las personas disponibles para el trabajo.

Es en ese universo de la pobreza, no contemplado por la legislación laboral y previdenciaria, donde se aglutina una parcela significativa de la fuerza de trabajo negra. No podría ser de otra forma. Después de haber sido sometida a un régimen de esclavitud secular, la mano de obra de origen africana se vio privada del ejercicio del trabajo libre en los sectores más dinámicos. Para los negros y mulatos sobraron los pequeños servicios de pequeño prestigio como: el comercio ambulante, las reparaciones, el biscate y sobre todo los servicios personales.

La existencia de un sector informal de gran volumen refleja una situación clara de exclusión. Más grave aún es la perspectiva de que el proceso de globalización en

curso deberá proporcionar un aumento de trabajo segmentado, donde estos participan principalmente en la condición de trabajadores informales, como factor de perpetuación de las desigualdades sociales y raciales en Brasil.

Fue comprobado que hay un enmascaramiento de la realidad, o sea, hay un prejuicio en relación al color, pero de forma implícita, los empresarios nunca asumen que son prejuiciosos. Los motivos que ellos usan para descalificar un candidato al empleo son otros, que muchas veces son fútiles, como “usted no está totalmente habilitado para el cargo”. Los negros realmente tienen dificultades al ingresar en el mercado de trabajo. Se constata que hay un privilegio para las personas de raza blanca.

La sociedad vive una llamada “democracia racial” que, en verdad, no existe. La discriminación no es asumida por el pueblo brasileño. Lo interesante es que la población admite el racismo, sin embargo no asume que es racista. La dificultad que las personas poseen en asumir su racismo se debe al hecho de que este es un sentimiento interior de ellas. El racismo está presente tanto en la sociedad como en la educación que las personas obtuvieron.

En Brasil se sostiene que no existe racismo, sin embargo, hasta los políticos consiguen reconocer la cuestión racial.

Actualmente, los negros están más visibles en la prensa y en el medio. Ellos están pasando a conquistar sus derechos. A pesar de ser una tarea difícil, los negros empiezan a salir en busca de la libertad.

El problema del racismo es tan contradictorio que ya fue creada una ley contra la discriminación. Si no hubiera racismo, no habría necesidad de crear una ley contra el racismo. Pero, esta ley no resuelve el problema, apenas pune. Ahí está el hecho de que el racismo distorsionado continúa vivo.

Vale señalar que muchos negros no reconocen que son discriminados, expresiones utilizadas como bromas hacen que ellos acrediten que no hubo intención de discriminar.

Las formas de discriminación racial empiezan en la escuela y no se extinguen, son pocos los negros que consiguen ingresar en una facultad, sólo un 6%, y lo peor: de estos, sólo un 3% concluyen sus estudios universitarios.

La gran conquista del negro es el Movimiento Negro Unificado, existiendo proyectos de ley de acciones antirracistas como la creación del fondo nacional para políticas y acciones positivas, proporcionalidad étnico racial en la enseñanza universitaria y otros. Sin embargo, no basta que haya proyectos de ley e interés de los políticos, sino también que los negros descubran la violación de sus derechos e identifiquen como opera el racismo.

Por fin, solamente a través de medidas que lleven al alistamiento de gobierno y sociedad sería posible una mejora de la calidad de vida en general, pues todo eso indica que estamos delante de un tipo particular de racismo, un racismo silencioso y sin rostro, que se esconde por detrás de una supuesta garantía de la universalidad y de la igualdad de las leyes, y que arrolla para el terreno de lo privado el juego de la discriminación.

De hecho, en una sociedad marcada históricamente por la desigualdad, por el paternalismo de las relaciones y por el clientelismo, el racismo sólo se afirma en la intimidad.

Por último, diría que el periodo esclavista nos dio como herencia la política del mondonismo y autoritarismo, que hoy se disemina por todo el país, afectando a las poblaciones menos privilegiadas, o sea, los pobres como muy bien señala la historiadora Emília Viotti en sus obras, *Lágrimas de Sangre* y *Coronas de Gloria*.



Por otro lado, no podemos desconocer que los movimientos antirracistas y los movimientos negros organizados, influyeron decisivamente en las numerosas leyes que tratan del asunto, como muy bien relata y elenca Hedio Silva Jr., en la obra *Antiracismo*, pero esto por sí solo, no resuelve la situación, pues cada día más debe haber el alistamiento de la sociedad y principalmente de acciones gubernamentales y no gubernamentales, creando políticas que disminuyan la exclusión de los negros en el ámbito social, como también políticas educacionales.

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Waldyr de. Código de Trânsito Brasileiro: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ACORN, A. “Compulsory Compassion: a critique of *Restorative Justice*”, Vancouver, 2004.
- ADVOCACIA E JUSTIÇA CRIMINAL. Organizada por Luiz Flávio Borges D’Urso. Anais do II Encontro dos Advogados Criminalistas, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997.
- AGUIAR, Dias, José de - Da responsabilidade civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- AIMONETTO, M. G., “*Azione penale y ruolo della vittima in Itália y in Francia*”, (1995) IP 185.
- ALFARO, Luis Miguel Reyna - Derecho, Proceso Penal y Victimología. Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- ALLER, Germán. Concepto y Tipos de Víctimas. In Victimología. Fundación de cultura universitaria: Montevideo, 1998.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de - Princípios Fundamentais de Processo Penal. São Paulo - Ed. RT, 1973.
- ALONSO FERNÁNDEZ, Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 1999.
- ALONSO RIMO, Víctimas y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ALSCHULER, Albert. “La historia acerca de la negociación sobre la Declaración de Culpabilidad”. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Año 8 N° 12. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, J. y DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo, en La Ley, 1985, 3.
- ÁLVAREZ GARCÍA, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.ª Código Penal)”, CPC, n.º 61, 1997.
- ALVES, Costa Sidney - Declaração de Princípios Basicos de Justiça para Víctimas de Crimes e Abuso de Poder. Comentários e Pespectivas de Implementação na América Latina.
- AMBOS, Kai. “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, n° 8-A.
- ANDRADE, Manuel da Costa - A Víctima e o Problema Criminal. Coimbra, 1980.
- ARAGONESES NARTÍNEZ, “*Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*”, en Revista de Derecho procesal, 1995, n. 2.
- ARAÚJO, João Vieira de - A revisão nos processos penais. Rio de Janeiro 1899.
- ARMENTA DEU, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en RPJ, 3.ª época, n.º 58, 2000 (II).
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “*La protección penal de la seguridad en el trabajo*”, Madrid, 1981, p. 182. Ahí sí podría hablarse, además de la idea de protección, de un principio de seguridad, al que haría referencia de algún modo la expresión “seguridad en el trabajo”.
- ARRUDA, Roldão - Deus é Negro. O Estado de São Paulo. São Paulo, 23 de março de 1998.

ARZAMENDI, La Cuesta José L. de - A Reparação da Vítima no Sistema Penal Espanhol. Fascículo de Ciências - Brasil, 1992.

ASSIS, Araken de - Eficácia civil da sentença penal. Revista dos Tribunais Brasil - 2000.

ASSIS, Araken de. Eficácia civil da sentença penal. 2 ed. rev. atual. y ampl. São Paulo: RT, 2000.

AZEREDO, G. de Carvalho - Da indenização por ato ilícito. Rio de Janeiro, 1945.

AZEVEDO, Eliane - Raça: conceito e preconceito. São Paulo - Ática, 1987.

AZEVEDO, Fernando de - A Cultura Brasileira. 6ª ed., Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

BAAMONDE, Fernando, “*La víctima en el proceso penal*”, Madrid, Ed. La Ley, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, “*Principios de derecho penal*”, 5º ed., 1998.

BACIGALUPO, Silvina. In Cuestiones penales y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Astrea, 1974.

BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, Bosch, 1998, p. 30.

BAEZA AVALLONE, “El arrepentimiento espontáneo”, CPC, n.º 9, 1979,

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado - Da responsabilidade penal e da isenção da pena. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 2º. Ed., 1962.

BANNENBERG/UHLMANN, “Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleichs in Wissenschaft und Kriminalpolitik”, en Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Direito Processual Civil. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

BARATTA, Alessandro - Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Pena., IBCCrim 5, São Paulo.

BARATTA, Alessandro. “Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, IBCCrim, volume 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “*Temas de direito processual: segunda série*”, São Paulo, Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARONA VILLAR, “La justicia penal y la celeridad: luces y sombras”, en La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario del Derecho Penal, 2004.

BARREIROS, José Antônio, Processo Penal. Coimbra, Almedina, 1981.

BARROS, Monteiro, Washington de - Curso de direito civil. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASILEU GARCIA in TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, “*Código de Processo Penal Comentado*”. v.3. São Paulo, Saraiva, 1996.

BATISTA, Nilo - Práticas Penais no Direito Indígena. Revista de Direito Penal, V. 31, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.

BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis Ganhos Faceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1998.

BATTAGLINI. La Querella, 1958.

BAZEMORE / LEIP / NUNEMAKER. “La participation des victimes dans le processus décisionnel”, Criminologie, v. 32. 1999.

BEAUVOIR, Simone de - O Segundo Sexo, vol. II. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BECCARIA, Cesar, “*De Los Delitos y de las Penas*”, Alianza Editorial: Madrid, 1986.

BECCARIA, Cesare - Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, 1983.

- BECKERIAN y DENNETT, 1992, UNDEUTSCH, 1989; STELLER, 1989.
- BENTHAM, Jeremias - Teoria das penas legais e tratado dos sofismas Politicos. São Paulo, Cultura, 1943.
- BERGALLI, Roberto - Criminologia em América Latina. Buenos Aires, Pannedille, 1972.
- BERGALLI, Roberto - Los Rastros Ideológicos de La Falasia Resocializadora. El Debate en Españã - Espanha, 1986.
- BERGALLI, Roberto, en “*El pensamiento criminológico (Un Análisis Crítico y Estado y Control)*”, vols. I y II, Ed. Península, Barcelona, 1983.
- BERISTÁIN, Antonio, “*Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*”, Tirant le Blanch, Valencia, España, 1994.
- BERISTAIN, Antônio. Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia. São Paulo, Editora UNB, 2000.
- BERISTÁIN, Antonio. Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Tirant lo Blanch: Valencia, España, 1994
- BERND, Zilá - Racismo e Anti-racismo. São Paulo, Moderna, 1964.
- BETTIOL, Giuseppe - Direito Penal: São Paulo: RT, 1977. V.1 e 3.
- BEVILÁQUA, Clóvis - Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Rio de Janeiro, 1919.
- BITENCOURT, César Roberto - Lições de direito pena: Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, Novas Penas Alternativas – Análise político-criminal das alterações da lei 9.714/98, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Algunos aspectos penales controvertidos del Código de Circulación.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, 3a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, parte geral, 5a ed., São Paulo, 1999, cap. XI.
- BITENCOURT, Moura Edgar de - Vítima, Vitimologia. Enciclopédia Saraiva de Direito - Brasil, 1977.
- BOBBIO, Norberto - Dicionário de Política. 4ª ed. Vol. I, Brasília: UnB, 1992.
- BORAFIA, Abdul W. M., “*Compensation to Victims of Crime*”, II Symposium, USA, 1977.
- BORBA, Guillermo A. Tratado de direito Argentino – Obligaciones, v. 2º, n.º 1604.
- BOSCHI, José Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
- BRASIL - Jornal Do Senado. Brasília, Jan./jun., 1998.
- BRIENEN, M.; GROENHUISEN, M.; HOEGEN, E., “*Evaluation and meta-evaluation of the effectiveness of victim-oriented legal reform in Europe*”, en Criminologie, volume 33, nº 1 (2000), La Victimologie: quelques enjeux, Les presses de l’Université de Montréal.
- BRIENEN, M.; HOEGEN, E., “*Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*”, WLP, 2000.
- BRUNO, Anibal - Direito Penal. 4ª Edição - Brasil, 1984.
- BRUNO, Aníbal, “*Derecho penal*”, t. I.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. La sanción resarcitoria. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1984.
- BUSTOS, Ramirez Juan – Manual de Derecho Penal Especial. Parte Geral. Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

BUSTOS, Ramirez Juan – Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico. Porto Alegre, 1991.

BUSTOS, Ramirez Juan - Presenti y Futuro de la Victimología. Santa Fé de Bogotá, Ed. Temis, 1993.

BUZAID, Alfredo. Do concurso de credores no processo de execução. Ed. Saraiva, São Paulo, 1952.

CABAÑAS GARCÍA, “El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, en R.D. Proc., 2, 1991.

CAFFERATA NORES, J.I. - La prueba em el proceso panal, 2ª ed. At., Depalma, Buenas Aires, 1994.

CAFFERATA NORES, J.I. Introducción al nuevo Código Procesal de la Provincia de Córdoba, Marcos Lerner, Córdoba, 1992.

CALDERON, José A. R e LEON DELL, Rosário. Victimología. 2º Edição, México, Cardenas Editor, 1998.

CALHAU, Lélío Braga - Direito Penal, Vítima e Cidadania. Revista Teia Jurídica, São Paulo.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, Justiça Criminal e Cidadania: O Tratamento da Vítima como Fundamento para uma Efetiva Cidadania. In Vitimologia no Terceiro Milênio. SÉGUN, Elida (Coordenadora). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CALLEGARI, André Luiz - O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. Boletim do IBCCrim, set/1998.

CALLEGARI, André Luiz. “*O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal*”, Boletim do IBCCrim, set/1998.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, “*Processo penal cautelar*”, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 519, y MIRABETE, Julio Fabbrini, “*Processo Penal*”, São Paulo, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, direito constitucional e Teoria da Constituição, 2. ed., Lisboa, Almedina, 1998.

CANOTINHO, Joaquim José Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Comentarios al Código Penal de 1995”.

CARNEIRO, Maria Luíza Tucci - O Racismo na História do Brasil - Mito e Realidade. Livro de São Paulo: Ática, 1993.

CARNELUTTI, Francesco - As Misérias do Processo Penal. Campinas: Conan, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli, Conan, Campinas, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *El delito*. Buenos Aires: Ejea, 1952

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Argentina: Depalma, 1944.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Depalma: Argentina, 1944.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel ignácio - Doutrina e Prática das Obrigações. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense 1956.

CAVALLIERI, A. "Direito do menor: um direito novo". Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Ano Y-XVII, nº 21 (nova fase), maio de 1979.

CEREZO MIR, José, “*Curso de Derecho penal español*”, Madrid, 1990.

CERVINI, Raúl – La Victima y la Actuacion Policial. 7º Simpósio Internacional de Victimología, RJ, 25 a 30 de agosto de 1991.

CERVINI, Raúl - Los Procesos de Decriminalización. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Uruguai, 1992.

CERVINI, Raúl. Artigo em A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica – Apuntes para una aproximación metodológica, in Revista Brasileira de Ciências Criminais 11/77, 1995.

CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*”, traduzida por Eliana Grania et al. 2ª ed, São Paulo, RT, 1995.

CESARINO Júnior, A. F. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.

CESSARE, REGINA. Aspectos Psicodinâmicos da Conduta da Vítima durante o juízo. 2º Seminário sobre a Psicologia do Desvio, 7 a 14 de Setembro de 1990, Córdoba, Argentina.

CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona. 2. v. 2. ed. Milán, 1989.

CHRISTIE, Nils - A Indústria do Controle do Crime. Rio de Janeiro: forense, 1998.

CHRISTIE, Nils, “*Conflicts as Property*”, en British Journal of Criminology, vol. 17, 1977.

CILLERO BRUÑOL, M. “*Infancia y Derechos. Una cuestión de principios*”, en Derecho a tener derechos, T.IV.

CLARIA OLMEDO, Jorge. El Proceso Penal. Depalma, 1985.

CÓDIGO DE HAMMURABI - 2ª ED. Vozes, Petrópolis, 1976.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ARGENTINO – Editora A-Z, Buenos Aires, 2000.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO – Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

Código de Processo Penal comentado, 6. ed., São Paulo: RT.

CÓDIGO PENAL ARGENTINO – Editora A-Z, Buenos Aires, 2000.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

COELHO, B. L. M. "A proteção jurídico-constitucional da criança". Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993.

COLLINS, Marvin, Research on Victimization, The Youth Interrogator. Berlin, USA, 1972.

CONDE PUMPIDO, Cândido, "El Ministerio Fiscal", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

CONDE, Francisco Munõz. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM, São Paulo, nº 11/8.

CONDE, Francisco Munõz. Princípios políticos criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial, n.11, 1995.

CONDE, Francisco Munõz. Teoria Geral do Delito. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

CONFERÊNCIA das NAÇÕES UNIDAS - Criminal Law and Protection of the Environment. Hamburgo, Alemanha, 14 a 17 de setembro de 1989.

Constituição da República Federativa do Brasil.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo, 1988.

CORDERO, Franco. Procedura Penale.

CÓRDOBA RODA, Juan, “*Comentarios al Código Penal*”, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1972.

CÓRDOBA, Fernando. La posición de la víctima, en El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Del Puerto. Buenos Aires, 1993.

CORRERA, Michele M. e RIPONTI, Danilo - La Vittima nel Sistema Italiano Della Giustizia Penale. Un Approccio Criminologico - Itália, 1990.

COSTA ANDRADE, “*Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)*”, en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988.

- COSTA, A. G. O estatuto da criança e do adolescente e o trabalho infantil. São Paulo, LTr, 1994.
- COSTA, Pimenta. Código de Processo Penal Anotado. Lisboa, 1991.
- CREUS, Carlos. Derecho procesal penal. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- CRUCHO DE ALMEIDA/ALÃO, “Inquérito de Vitimação 1994”, *Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça*.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003.
- CUADROS FERSÉ, I., “*Diagnóstico y tratamiento del maltrato infantil*”, Bogotá, Marzo, 2002.
- D’URSO, Luiz Flávio Borges - Advocacia e Justiça Criminal. São Paulo, Oliveira Mendes, 1997.
- Damásio de Jesus, Dos temas de la parte penal del Código de Tránsito brasileño.
- DAVI, Pedro R. Criminología y Sociedad. Buenos Aires, Ed. Pensamento Jurídico, 1979.
- Davis, Gwynn. *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice*. London, 1992.
- DE LAMO RUBIO. J. “*Violencia doméstica. Aspectos jurídicos. Estudios sobre la familia*”, Tomo I 2000, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- DE MORAES ROCHA, “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, em RPCC, 9, fasc. 1, janeiro-março 1999.
- DEL MORAL GARCIA. A., e SANTOS VIJANDE, J. M. Publicidad y secreto em el processo penal. Comares, Granada, 1996.
- DEL OLMO, Rosa, en “*Ruptura criminológica*”, Universidad Central de Caracas, 1979.
- DEL VECCHIO, Giorgio - Direito, Estado e Filosofia. Rio de Janeiro. Politécnic, 1952.
- DELGADO, Maurício Godinho, Introdução ao Direito do Trabalho, São Paulo. Ed. LRT, 1995.
- DELMANTO, Celso - Código Penal Comentado. 4ª Edição – São Paulo, 1998.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “*Les grands systèmes de politique criminelle*”, Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique. MAMULY, Jorge Assaf, “*Curso de processo penal*”, 4 ed, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- DENCKER, “Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB”, em JZ, n.º 5-6, 1973, p. 144. En referencia a dichas medidas (*Auflagen und Weisungen*), con relación al parágrafo 56b StGB, LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch Kommentar. 25 Auflage, Beck, München, 2004.
- DERVIEUX, Valérie. “*Processos Penais da Europa*”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- DERVIEUX, Valérie. in *Processos Penais da Europa* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- DI TULLIO, Princípios de criminologia Clínica. Ed. Aguiar, Madrid, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueredo - Direito Penal Português: As conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueredo – Direito Processual Penal. v. I, Coimbra Editora, 1981.
- DIAS, Jorge Figueiredo, “*Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*”, Lisboa, Aequitas, 1993.

- DIÁZ, Gerardo Landrove. *La Moderna Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 1998.
- DIÁZ, Gerardo Landrove. *Victimología*. Valencia: Ed. Tirant Loblanch, 1990.
- DIÁZ, Gerardo Landrove. *Victimología*. Valência, Tirant lo Blanch Libros, 1990.
- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima edición, Madrid, 1984.
- DICIONÁRIO Aurélio da Lingua Portuguesa - Brasil, 1998.
- DIETER, Simón, “*La Independencia del Juez*”, Ed. Ariel, nº 31, Barcelona, 1981.
- DOLEISCH, Wolfgang, “*Compensation of Victims*”, I Symposium, Israel, 1973.
- DINIZ, Maria Helena - Curso de direito civil brasileiro 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, vol. 3, São Paulo, Saraiva.
- DO CARMO, Rui. “O Ministério Público face á pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)”, em RMP, n.º 81, Lisboa, 2000.
- DONDE ESTÁ LA VÍCTIMA?– Apuntes sobre Victimología - Colección Visión Compartida - Librería – Editorial Historica Emilio J. Perrot
- DONNICI, Virgilio. *A Criminologia na Administração da Justiça Criminal*. Rio de Janeiro, Forense 1974.
- DOS REIS BRAVO, “Prescrição e suspensão do processo penal fiscal. Algumas reflexões”, em RPCC, 9, fasc. 4, outubro-dezembro 1999.
- DOTTI, René Ariel - Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: revista dos Tribunais, 1998.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, IBCCrim n. 11 (julho-setembro de 1995).
- DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para os Sistemas de Penas*. 2ª edição, São Paulo, RT, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *O Problema da Vítima*, publ. em RT 648, Ed. RT, São Paulo.
- DRAPKIN, Israel - El Derecho de las Víctimas. *Revista Mexicana de Ciências Penales*, Anõ III nº 3 INACIPE, México 1980.
- ECHEBURUA ODRIOZOLA, E., FERNÁNDEZ-MONTALVO, J., DE LA CUESTA, J.L., “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, *Psicología Clínica, Legal y Forense*, vol. 1, núm. 2, 2001.
- EIRAS NORDENSTAHL, U., “*Mediación Penal – de la práctica a la teoría*”, Ed. Librería Historica, Buenos Aires, 2005.
- ENZINOZA, Riera Argenis - A Dialética da Função Policial na América latina. *Revista de Direito Penal*, V. 29, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- ESER, A. “*Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Proceso Penal*”, en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ESER, A. *Acerca del renacimiento de la víctima en el proceso penal*. en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo, “*Código de processo penal brasileiro anotado*”, 6 ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, T. 1, vol. 2.
- ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6 ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo, RT, 1998.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. SP, Bookseller.



ESPINOSA, Solis Alejandro - Criminologia y Victimología. Revista Debate Penal, año I, nº 3, 1987, Lima.

F. CASAS I AZNAR, “*Los niños y las niñas en procesos judiciales: ¿qué nos pueden decir o cómo nos comunicamos con ellos?*”, Bienestar y Protección Infantil, Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, año IV, n. 1.

FABRIS, Sérgio Antônio - Fascículos de Ciências Penais - Vitimologia. Vol. 5, 1992.

FAIREN, Guillen V. Nueva Enciclopèdia Jurídica. Seix, Barcelona, 1950, Accion Fix.

FATTAH, Abdel Ezzate - La Víctima es ella culpable. Montreal Canadá, 1971.

FATTAH, Ezzat A. Toward a victim policy aimed at healing, not suffering.

FATTAH, Ezzat A., “*Victimology past, present and future*”, em Criminologie, volume 33, nº 1 (2000), La Victimologie: quelques enjeux, Les presses de l’Université de Montréal, p. 26.

FAVARD, J. y GUTH, J. M., “*La marche vers l’uniformisation? La quatrième droit à l’indemnisation des victimes des infractions*”, (1990) I JCP 3466.

FENI Erico - El Homicídio Suicidio, Itália 1892.

FERNANDES, Antonio Scarance - O Papel da Víctima no Processo Criminal. Brasil, São Paulo: Malheiros Editores LTDA - 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance, “*Processo penal constitucional*”, 3ª ed., rev., atual. y ampl., São Paulo, RT, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O Papel da Víctima no Processo Criminal*. Malheiros Editores: São Paulo, 1995.

FERNANDES, Florestan - Significado do Protesto Negro. São Paulo - Cortez: Autores Associados, 1989.

FERRAJOLI, L., “*Derecho y Razón*”, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, Luigi - Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Ed. Trotta, 3ª ed., 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampáio - A Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERREIRA PINTO, “*O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor*”, RPCC, nº 1, janeiro-março 2005.

FERRI, Enrico, “*Sociología Criminale*”, Ed. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1900, p. 847, nº 88.

FEUERBACH, Paul Johann A.V. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14a ed., Aalen, 1973.

FIGUEIREDO DIAS, “*Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil*”, RPCC, 2, abr-jun 2007.

FIGUEIREDO DIAS, “*Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal*”, em RPCC, 8, fasc. 2, abril-junho 1998.

FIGUEIREDO DIAS, “*Para uma reforma global do proceso penal português*”, em *Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983.

FIGUEIREDO, Ariosvaldo - O Negro e a Violência do Branco. Rio de Janeiro, José Álvaro, 1977.

FIGUEREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE. Criminologia. Coimbra, Alamedina, 1992.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 3ª. Ed. São Paulo, Atlas.

FLÁVIO GOMES, “*Natureza jurídica da suspensão condicional do proceso (É acto discricionário, acto consensual bilateral ou direito público subjetivo do acusado?)*”, em RPCC, 6 fase. 2, abril-junho 1996.

FLEURY, Geraldo Raúl Curado. Violência nos grupos íntimos. 7º Simpósio Internacional de Vitimologia, Rio de Janeiro, 1991.

FLORIAN, Eugênio - Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona, Bosch, 1933.

FOUCAULT, Michel - Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 15ª ed., 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio - Lições de Direito Penal. Parte Geral, 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, “*Lições de direito penal: parte geral*”, Rio de Janeiro, Forense, 1985, y MIRABETE, Julio Fabbrini, “*Execução Penal*”, 1986, vol. 1.

FRANCHIMONT, M., A. Jacobs y la Maset, “*Manuel de procédure pénale*”, Liège, 1989.

FRANCO, Ary Azevedo - Código de Processo Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1954.

FREDERICO MARQUES, José - Curso de Direito Penal. v. 2, 2º edição, São Paulo, Saraiva, 1966.

FREDERICO MARQUES, José - Elementos de Direito Processual Penal. Rio - São Paulo, Forense, v. 1, 1961.

FREDERICO MARQUES, José – Tratado de Direito Penal, v. 2, Ed. Bookseller, 1997.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu, “*Ley 11.690/2008: reforma del tratamiento de las pruebas en el Código de Proceso Penal*”, Disponible en [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), acceso en 26.06.2008.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu, “*Recientes innovaciones en la legislación brasileña (como la transacción penal y la suspensión condicional del proceso, previstas en la Ley 9.099/95)*”.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Ley 11.690/2008: reforma del tratamiento de las pruebas en el Código de Proceso Penal. Disponible en [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). Acceso en 26.06.2008.

FUENTES SORIANO, Olga, “*La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales*”, En Revista de Derecho Procesal número 1, Madrid, 1996.

FUNES ARTIAGA, Jaume, La nueva Ley: confirmación de una línea de trabajo y posibilidades para un marasmo interpretativo, en Mediación y justicia juvenil. Barcelona: Fundació Jaume Callís, 1995.

GALAIN PALERMO, “*Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?*”, Sistema Penal, 2, abril-junio de 2008, Ubijus, México.

GALAIN PALERMO, “*Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal*”, RP, 20, julio de 2007, La Ley, España.

GALLINO, Rafael Miranda. Delitos contra el orden económico. Buenos Aires: Ed. Pannedille, 1970.

GARCIA MENDEZ y BELOFF, M., “*Infancia, Ley y Democracia en America*”, Ed. TEMIS de PALMA, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires, 1999.

GARCÍA, Antonio Pablos de Molina – Criminologia uma introdução a seus fundamentos teóricos. Revista dos Tribunais – São Paulo, 1992.

GARCIA, Basileu, “*Instituciones de derecho penal*”, v. I, t. I.

GARÓFALO, Rafael - Indenización a las Víctimas del Delito. Madrid, España. 1987.

GARÓFALO, Rafael, en “*Criminología*”, Frarelli Bocca, Torino, 1885. La segunda parte está destinada a la “*Reparación a las víctimas del delito*”. Fija los criterios de la reparación en la época.

GARÓFALO, Raffaele, “*Indemnización a las Víctimas del Delito*”, La España Moderna, Madrid, España, s/f.

GIARDA, Angelo - La Persona Offesa nel Processo Penale. Milão, Giuffrè, 1971.

GIERKE, O. Das deutsche Genossenschaftsrecht, tomo III, Graz, 1954.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Vitor e CORTES DOMINGUES, Valetin. Derecho Procesal Penal. Madri: Editorial Colex, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. Der Prozess Als Rechtslage. Berlim, 1925.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, “*Provas Lei 11.690, de 09.06.2008*” in “*As reformas no processo penal*”, MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis (Coordenadora), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas Lei 11.690, de 09.06.2008. in *As reformas no processo penal*. MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis (Coordenadora). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da aprendizagem. Revista de los Tribunales. Año 100. vol. 906. abril 2011. Edictora Revista de los Tribunais, São Paulo, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Criminologia – Introdução a seus Fundamentos Teóricos. Em co-autoria com Antonio García-Pablos de Molina, 2ª ed, São Paulo, RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos, “*Criminología*”, 3ª ed. rev., atual. y ampl., São Paulo, RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, “*Comentários às reformas do Código de Proceso Penal e da Ley de Tránsito: novo procedimento do Júri (Ley 11.689/08)...*”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Proceso Penal e da Ley de Tránsito: novo procedimento do Júri (Ley 11.689/08)...* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GÓMEZ COLOMER, “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, en RPJ, 64, 2001.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autorresponsabilidad empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC, 8.5.2006, versión internet: <http://criminet.ugr.es/recpc08-05.pdf>;

GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, 1988.

GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y probation”, en CID MOLINÉ/LARRAURI (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

GONZÁLEZ, Anarbela Sánchez. “Evolución del perfil de la víctima de violencia contra la mujer”, en SUMALA, Josep Mª Tamarit, “Estudios de Victimología – Actas del I Congreso español de victimología”, Tirant to Blanch, Valencia, 2005.

GONZÁLEZ, Daniel Álvarez. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal. Colegio de Abogados, San José, 1986.

GONZÁLEZ, Rodrigo Ramírez. La Victimología - Colombia, 1983.

GONZALVEZ VICENTE, P. “Regulación y repercusión de los actos de violencia en los menores”, Boletín de Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ,Volumen dedicado a la "Violencia Doméstica", nº 21, 3º época, Mayo 2002.

GRAFL, “Diversion in Austria: Empirical Data”, EJCCLCJ, 9, vol. 4, 2001.

GRAY, 1993, HERNÁNDEZ, 1995, HERNÁNDEZ, BLANC I DE LA FUENTE, 1998, ARIMANY Y COO, 1995. reseñados por sus estudios, en la obra de CUADROS FERSÉ anteriormente mencionada.

GRECO FILHO, Vicente, “*Manual de processo penal*”, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini – As garantias Institucionais do Direito de Ação. SP, RT, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal, Forense, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Juizados Especiais Criminais. 3ª Ed. São Paulo, RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini – Queixa Representação e Querrela: Contrastes e Confrontos. Periódico Ciência Penal, SP, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juzgados Especiales Criminales – Comentarios a la ley 9.099/95, de 26.09.1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juzgados Especiales Criminales – Comentarios a la ley 9.099/95, de 26.09.1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al., Juzgados Especiales Criminales – Comentarios a la ley 9.099/95, de 26.09.1995.

GUASP, Jaime. Concepto y método de derecho procesal. Madrid, Civitas, 1997.

GUASP, Jaime. Concepto y Método de Derecho Procesal. Madrid, Civitas, 1997.

GUIARDO, La Persona Offesa - Espanha, 1990.

H J ALBRECHT, “Kriminologische perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde“, en ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), Neue Wege, cit., pp. 43 y 55; HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2 Auflage, München, 1990.

HANS GÖPPINGER, “Criminología”, ed. Reus S.A., Madrid, 1975.

HARLAND, Alan T., “*Compensating Crime Victims in the Evolution of Criminal Justice*”, SAGE, USA, 1978.

HASSEMER, Winfried. Três temas de Direito Penal, Porto Alegre, Publicação da Escola Superior do Ministério Fiscal, 1993.

HASSON, Uzi y Sebba Leslie, “*Compensation for Victims of Crime: Look at the Schime*”, I Symposium, Israel, 1973.

HEIDEGGER, Martín, “*El Ser y el Tiempo*”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

HEIDEGGER, Martin. El ser y el tiempo. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

HÉLIE, M. Faustin - Traité de L’instruction Criminelle - Histoire et Theorie de la Procédure Criminelle. 12ª ed. Paris, 1866, Tomo I.

HENAO, Juan Carlos. El Dano, Analisis Comparativo de la Responsabilidad Extra Contractual Del Estado en Derecho Colombiano e Francés. Bogotá, Colômbia, Universidad Externado de Colômbia, 1999.

HERMANN, L., “Violencia doméstica a dor que a lei esqueceu”, CEL-LEX, Ed. Campinas-SP, 2000.

HERNÁNDEZ GIL, A, en “*La posición del fiscal en el orden civil*”, conferencia dictada el 15 de junio de 1976 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia dentro del ciclo organizado por el Ministerio Fiscal en conmemoración del cincuentenario de su Estatuto.

HERNÁNDEZ y VÁZQUEZ, “*Maltrato infantil. Guía de actuación de los profesionales sanitarios*”, Distrito sanitario de Málaga, Junio 2002.

HERNÁNDEZ, J. A.; BLANCH, N. y DE LA FUENTE, J. “*La mediación víctima-delinquent*” editado dentro de Justiforum, Papers de estudis i formació editado por el CGPJ en colaboración con la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Julio 1996.

HERRERA MORENO, Myrian, “*La hora de la víctima*”, Compendio de victimología, Madrid, Edersa, 1996.

HERRERA MORENO. La hora de la víctima. Compendio de victimología. Madrid: Edersa, 1996.

HESTER Y RADFORD, “*La situación del menor ante la violencia*”, trad. Medima, J., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

HETING, Hans Von - El Delito, Vol. II - Alemanha, 1990.

HIRSCH, “Zur Behandlung der Bagatellekriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. – Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft“, ZStW, 92, 1980.

HIRSCH, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität“, cit., pp. 230 y ss.; SALINGER, “Grenzen der Opportunit: § 153a StPO und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001”, GA, 3/2005.

HIRSCH, Hans Joaquín, “*La reparación del daño en el marco del derecho penal material*” in MAYER, Julio B. J. (organiz.), “*De los delitos y de las víctimas*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

H-J ALBRECHT, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

HULSMAN, Louk, “*Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*”, trad. espanhola Sergio Politoff, Barcelona, Ariel, 1984.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro, LUAM, 1997.

HULSMAN, Louk. Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa. Trad. Espanhola Sergio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984.

HÜNERFELD, “A pequena criminalidade e o processo penal”, RDE, IV, n.º 1, janeiro-junho 1978.

HUNGRIA, Néelson - Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1955. V. 1 e 7.

IACONO y PATRICK, "La nature et la pensée", Paris, De Seuil, 1984.

IANNI, Octávio - Escravidão e Racismo, São Paulo - Hucitec, 1978.

J. L. SANGRADOR, “La Victimología y el sistema jurídicopenal”, Madrid, pág. 84.

JAKOBS, Günter. “Strafrecht”, AT, 2ª ed., 1991.

JAUCHEN, Eduardo M. La prueba en materia penal, Santa Fé, 1992.

JEAN JACOB ROUSSEAU, “El Contrato Social”, UNAM, México, 1969.

JESCHECK, H.H. Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1981.

JESUS, Damázio E – Código de Processo Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, 1991.

JESUS, Damázio E - Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal. Boletim do IBCCrim 91/7, 2000.

JESUS, Damázio E – Direito Penal, v. 1,2,3. São Paulo, Saraiva, 1991.

JONES, James M. - Racismo e Preconceito. São Paulo, Edgard Blucher. 1973.

Josep Mª. Tamarit Sumalla. Carolina Villacampa Estiarte. Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Grupo Editorial Ibañez.

JOSTES, Leistungsstörungen und Fehlverhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung von Strafverfahren gem. § 153 a StPO, Lang, Frankfurt, 2004.

JUNG, “Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa”, GA, 2002.

JÚNIOR, Heitor Piedade, MAYR, Eduardo, KOSOVISKI, Ester - Vitimologia em Debate II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

JUNIOR, João Mendes Almeida. Processo Criminal Brasileiro. RJ/SP: Freitas Bastos, 1959.

- KAHN, Túlio - Pesquisas de Vitimização. Revista do Ilanud, São Paulo, nº 10, p. 7-30, 1998.
- KARAM, Maria Lúcia - De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Luam, 1991.
- KAUSCH, Der Saatsanwalt. Ein Richter von dem Richter? Untersuchung zur Parag. 153a StPO, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- KELSEN, Hans, “*Qué es la justicia?*”. São Paulo, Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. O que é Justiça? São Paulo, Martins Fontes, 1997.
- KIRCHHOFF Gerd, Ferdinand - Vitimologia. Um Empreendimento Supérfulo - Brasil, 1990.
- KLAUS TIEDERMANN. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. Revista de Ciências Criminais - IBCCRIM RT, nº 11
- KOSOVISKI, Ester e SÉGUIN, Élida - temas de Vitimologia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- KRES, JACK. The Role of the Victim at Sentencing, 2º Simposio de Vitimologia, Boston, 8 a 11 de setembro de 1976.
- KÜHNE, H. H., Germany, in Van den Wyngaert (ed.), Criminal procedure systems, 144.
- LABANCA, L. E. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo - Victimología. Valência. Tirant Lo Blanch, 1990.
- LANDROVE DIÁZ, Gerardo, Victimología, Valencia, Ed. Tirant de Blanch, 1990.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La desprotección de las víctimas en El Derecho español, en Victimología, Servicio Editorial de La Universidad de País Vasco.
- LANGBEIN, J. H., “*Comparative criminal procedure*”, Germany, St. Paul, Minn., 1977.
- LANGON CUÑARRO, Miguel. L.J.U.,
- LANGON, Miguel. “Criminología – História y Doctrinas”, ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981.
- LANGON, Miguel. “Introducción a La Victimologia”, La Justicia Uruguaya, Tomo LXXXVII.
- LARRAURI PIJOAN, E. “*La reparación*” en CID, J./LARRAURI, E. (Coords), Penas alternativas a la prisión, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- LARRAURI, “La reforma del sistema de penas en España”, RPCP, n.º 17, 2005.
- LARRAURI, Elena, “*De los delitos y de las víctimas*”, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- LAVENE, Ricardo. Juventud y Violencia. Buenos Aires: La ley, 1986.
- LEAL, César Barros - Prisão: Crepúsculo de uma era. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- LEGAZ Y LACAMBRA, “*El derecho y el amor*”, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- LEONE, Giovanni, “*Manuale di diritto processuale penale*”, 13 ed., Nápoles, Jovene, 1988.
- LEVI Nino. La parte civile nel processo penal italiano, Cedam, 1936.
- LEVI, G.; Schmitt, J-C. História dos jovens. Tradução de Cláudio Marcondes et alli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- LIEBMAN, Eurico Túllio - A Eficácia da Sentença Penal no Processo Civil. São Paulo, 1999.
- LIMA da Fonseca, Antônio Cezar - Direito Penal do Consumidor, 2ª Edição. Editora Livraria do Advoga, Porto Alegre, 1999.
- LIMA, Alcides de Mendonça - Comentários ao Código de Processo Civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- LIMA, Francisco Meton Marques. *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. Revista LTr, Volume 61, no. 5, maio de 1997.

LIMA, Ma. De la Luz - Criminalidad femenina. Porrúa, México, 1988.

LIRA, Ricardo Pereira - Elementos do Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LLANO, Abelardo Rivera. La Victimología Um Problema Criminológico?. Ed. Jurídica Radar. Santa Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

LLANO, Abelardo Rivera. La victimologia: Un problema criminológico, biogenética, biotecnología, fecundación "in vitro" y víctimas sociales. Librería Jurídica Radar Ediciones, 1997.

LLOYD-BOSTOCK, S. 1988, informe sobre la problemática comentada incluido en los estudios efectuados por BAURMANN, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, V 1999.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi, en "Amicizia carità e diritto", Ed. Giuffrè, Milano, 1974.

LOPES MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

LOPES, José R. L. Responsabilidade civil do fabricante, RT.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro - Direito Penal, Estado e Constituição: Princípios Constitucionais Politicamente Conformadores do Direito Penal. São Paulo, IBCCrim, 1997.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição: Princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*. São Paulo, IBCCrim, 1997.

LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario de texto y el debate parlamentario, Madrid, 1996.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., Criminalidad y abuso de poder, Tecnos, Madrid, 1983.

LORENTE ACOSTA, M. "Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ([http://criminnet.ugr.es/repc/repc\\_02-07.html](http://criminnet.ugr.es/repc/repc_02-07.html)) RECPC 02-07 (2000).

LÖSCHNIG-GSPANDI, *Die Wiedergutmachung*.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", El Derecho penal de la circulación, 2.ª ed., Barcelona, 1990.

LUZÓN PEÑA, Participación por omisión y omisión de impedir delitos, en La Ley, 1983-III.

LYRA, Roberto e ARAÚJO Júnior, João Marcelo - Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 4ª., ed. 1995.

Mª I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil, Editorial Comares, Granada, 1998.

MACEDO, Alexander dos Santos. Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal.

MADLENER, Kurt - Compensação. Restituição. Sanção Pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais, RBCCrim 10, abr. - jun., São Paulo: RT, 1995.

MAGALHÃES, Noronha - Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1985.

MAGRO SERVET, La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de juicios penales, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 7 de febrero de 2002.

MAGRO SERVET, Vicente. "La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999 de 9 de junio y su incidencia en el ámbito de protección de mujeres maltratadas", en La Ley, número 4850, 1999.

- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes – Código de Processo Penal Anotado. Coimbra, 1999.
- MAIER, J.: “*La Víctima y el Sistema Penal*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio B. J. - De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad - Hoc, 1992.
- MAIER, Julio B. J. – La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Ed. Depalma, v. 2.
- MAIER, Julio B. J.: La víctima y el sistema penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992
- MALBLANC - Opuscula ad ius criminale spectantia, Erlangen, 1793
- MANRIQUE, Tulio Sambrano. La Víctima del Delito Sexual. 2º Seminário de Córdoba sobre Psicología do Desvio, 7 a 14 de setembro de 1990, Vers. Mim. Córdoba, Argentina.
- MANTAVANI, Fernando. Direito Penale. Padova, Ed. Cedam, 1979.
- MANZANERA, Luis Rodríguez. Victimología – Estudio de La Víctima. Editorial Porrúa, México, 1999.
- MANZANERA, Luis Rodríguez. Victimología – Estudio de La Víctima. Editorial Porrúa: México, 1999.
- MANZINI, Vincenzo - Tratado de Diritto Penale Italiano. Turim, 1961.
- MARCHIORI, Hilda - La Víctima del Delito. México, Editora Porrúa, S.A., 1998.
- MARCHIORI, Hilda – Los Procesos de Victimization desde um Enfoque Criminológico. Argentina, Lerner Editora, 2003.
- MARCHIORI, Hilda – Víctima, Denuncia y Criminalidad. Argentina, Editora Córdoba.
- MARICONDE, Alfredo. Derecho procesal Penal. Córdoba, 1986.
- MARQUES, José Frederico. “*Curso de direito penal*”, São Paulo, Saraiva, 1956, vol. 3.
- MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1956
- MARQUEZ DE PRADO/MARTÍNEZ ARRIETA, “*Validez de la en ausencia del procesado, en Poder Judicial*”, 2ª época, 1991, n. 21.
- MARTINEZ SÁNCHEZ, Maurício, en “*El Problema Social. Sistema Penal*”: el sistema acusado por los abolicionistas, ponencia presentada en el coloquio internacional. “*Sistema penal para o terceiro milenio*” celebrado en Rio de Janeiro, en el mes de sep. de 1990, publicada en las Actas del coloquio, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1991, págs. 144 y ss. véase, igualmente, “*El proceso despenalizador*”, del profesor español Jaime Miguel Peris Rieira, U. de Valencia, 1983; “*Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*”, de Elías Carranza, Mario Honed y otros, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, y “*Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social*”, de Winfried Hassemer, en D. P. y ciencias sociales, U. Autónoma de Barcelona, 1982.
- MARTINEZ, Sara Aragonese. Derecho Procesal Penal. Madrid, 1996.
- MARVIN E. WOLFGANG, “Victim and precipitation in Victimology and Law”, ponencia presentada en el V Simposio Internacional sobre Victimology, Zagreb, 18 al 23 de agosto de 1985.
- MASON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado – Parte geral. São Paulo: Método, 2008.
- MASON, Cléber, “*Direito Penal esquematizado – parte geral*”, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2008.
- MATTI JOUTSEN, “The role of the victim of crime in european criminal justice systems”, Helsinki, EE.UU., 1987.
- MAURACH, Gossel e ZIPF. Derecho Penal - Parte General, ed. arg, 1995.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho Penal. Parte General. 2, trad. de la 7.ª ed. Alemana por Jorge Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAYR, Eduardo. Vitimização judicial da vítima: algumas reflexões. Visão brasileira, Porto Alegre: Fabris, 1982.



- MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MENDELSON, B. – Vitimologia e Tendencias da Sociedade Conteporânea. Nº. 10, São José, Costa Rica, 1981.
- MENDELSON, Benjamin - Victimology and Contemporary Society's Trends - E.U.A, 1976.
- MENDELSON, Benjamin, “*La victimología y las Necesidades de la Sociedad Contemporánea*”, año 4, n. 7, México, Messixs, 1974.
- MENDIZÁBAL OSES, L - Derecho de menores: teoria general. Madrid Pirámide, 1977.
- MENDONÇA, Andrey Borges de, “*Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*”, São Paulo, Método, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de, “*Nueva reforma del Código de Proceso Penal - comentada artigo por artigo*”, São Paulo, Método, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Nueva reforma del Código de Proceso Penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.
- Mensaje 213, *Diario de la Cámara de los Diputados*, 30 mar. 2001.
- MÉRIGEAU, M., “*La victime et le systemè pénal allemand*”, 1994, RSC 56.
- MERLE, Roger e VITU, André. *Traite de Droit Criminel*. Paris, 3º edição, Ed. Cujas, 1997.
- Método indutivo é aquele que parte de questões particulares até chegar a conclusões generalizadas.
- MIERS, David. *State Compensation for criminal injuries*. London, Blackstone Press LTD, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini - Código de Processo Penal Interpretado - Brasil. 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini – Manual de direito penal. 2º Ed., V. 2, São Paulo, Atlas, 1984.
- MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso”, em RPCC, 6 fasc. 4, outubro-dezembro 1996.
- MOKHIBER, Russel. *Crimes Corporativos*. São Paulo: Ed. Página Aberta, 1995.
- MOLINÉ, Cid. “Las penas alternativas a la prisión en la reforma de la Ley 15/2003”, RPCP, n.º 17, 2005.
- MORE, Thomas, “*Utopia*”, Libro I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença penal condenatória. nº. 6.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo. In *Temas de Direito Processual*, Segunda Série.
- MORENO CATENA, V.y otros, “*Introducción al Derecho Procesal*”, Madrid, 1996.
- MORESCO, Javier: *La Expropiación del conflicto y los Derechos de la Víctima*. Tesis Profesional, Unam, México, 1989.
- MORILLAS FERNANDEZ, D. L., “*Análisis Criminológico del Delito de Violencia Doméstica*”, Cadiz, 2003.
- MOURA, Clóvis - Brasil, Raízes do Protesto Negro, São Paulo: Global, 1983.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Asis (coord.) *las reformas no proceso penal: las nuevas Leyes de 2008 y los projetos de reforma*. son Paulo: Editora Revista de los Tribunais, 2008.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Asis (coord.), “*Las reformas no proceso penal: las nuevas Leyes de 2008 y los projetos de reforma*”, São Paulo, Editora Revista de los Tribunais, 2008.

MOZOTA FATAS, “La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal”, en ADPCP, tomo XLII, fasc. I, enero-abril, 1989.

MUIR PUIG, “Una tercera vía en materia de responsabilidad de las personas jurídicas”, RECPC, 6.1. 2004, ISSN1695-0194, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, “*Compensation as a criminal penalty?*”

MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN. Derecho Penal, 3a ed., Valência, 1996.

NAUCKE, Wolfgang - in La filosofía Social del Derecho Penal orientado a las ciéncia sociales, in D.P. y ciencias sociates, U. Autónoma de Barcelona, 1982.

NAUCKE, Wolfgang, en “*La Filosofía Social del Derecho Penal Orientado a Las Ciencias Sociales*”, en D. P. y Ciencias Sociales, U. Autonomia de Barcelona, 1982.

NEUMAN, Elías - Mediación y Conciliación penal. Buenos Aires: Universidad, 1994.

NEUMAN, Elías – Victimología el rol de la victima em los delitos convencionales. Buenos Aires, Universidad, 1994.

NEUMAN, Elías – Victimología Supra Nacional, El Acobo a la Soberania. Buenos Aires, Universidad, 1995.

NEUMAN, Elías. “Victimología”, ed. Universidad, Buenos Aires, 1984.

NEUMAN, Elias. *Mediación y Conciliación Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1997.

NIETO, “Informe España sobre mediación penal y justicia alternativa”, RP, 15, enero de 2005.

NKPA, Nwokocha, K. V., The Practice of Restitution to Victims of Crime in a Traditional Society, II Symposium, USA, 1977.

NKPA. Nwokocha, K. V., “*The Practice of Restitution to Victims of Crime in a Traditional Society*”, II Symposium, USA, 1977.

NORDENSTAHL, Eiras. CHRISTIAN, Ulf. “Donde Está La Víctima? – Apuntes sobre Victimología” - Colección Visión Compartida - Librería – Editorial Historica Emilio J. Perrot.

NORONHA, E. Magalhães - Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1968.

NOVAES, Fernando. Historia da vida privada no Brasil. São Paulo, Cia de Letras, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza, “*Código de Processo Penal comentado*”, São Paulo, RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. São Paulo: RT, 2008.

NUÑEZ, Ricardo, “*Derecho Penal Argentino*”, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1965.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt - A Víctima e o Direito Penal. Revista dos Tribunais - Brasil, 1999.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt, “*Política criminal en los Estados Unidos de América – Notas de viagem*”

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt, Política criminal nos Estados Unidos.

OLIVEIRA, Edmundo. Vitimologia e Direito Penal. Rio Grande do Sul, Editora Forense, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, “*Curso de Processo Penal*”, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Lúmen Juris Editora: Rio de Janeiro, 2008

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de - Víctimas e Criminosos. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1993.

OLIVEIRA, Lúcia Helena Garcia - O Lugar do Negro na Força de Trabalho, Rio de Janeiro, IBGE. 1983.

OLIVEIRA, Odete Maria. *Problemática da Vitima de Crimes, Reflexos no Sistema jurídico Português*. Lisboa, Rei dos Livros Editora, 1994.

OLIVEIRA, Willian Terra. *CTB: controvertido natimorto tumultuado*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). São Paulo: ano 5.

OLMEDO, Jorge Clariá. *El Proceso Penal*. Depalma, 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Recomendações sobre a cooperação internacional em matéria de prevenção do crime e de justiça penal no contexto do desenvolvimento violento*, item 13, de 14.12.1990, 68ª sessão plenária, Gabinete de Direito Comparado. Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1999.

ORTEGA, Pilar Íñiguez, “*La víctima: aspectos sustantivos y procesales*”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Tesis de Doctorado.

PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Universidad Católica: Buenos Aires, 2009.

PAPALEO, Celso Cezar. *Programas Assistências às Vítimas do Crime*. Edição especial, dezembro de 1997, Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

PAVARINI, Massimo, en “*La Criminología*”, Ed. Le Monnier, Firenze, 1980.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro.

PELLEGRINI, Laércio - *Vitimologia*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.

PELLEGRINO, Laércio - *Vitimologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, “*Instituições de direito civil*”, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. 1.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal: apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999.

PIEDEDE Junior, Heitor - *Vitimologia - Brasil*, Editora Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELI, José H. (coord.), *Códigos Penales de Brasil – evolución histórica*.

PIERANGELLI, José Henrique - *Proceso Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. São Paulo, Jalovi, 1983.

PINTO, J. A. R. "Para fazer do menor-problema um problema menor". *Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, pp. 26/27.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, v. 1º, parágrafo 36.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, v. 2º, parágrafo 505.

PRADO, Geraldo - *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRATS CANUT, *Comentarios a la parte especial, del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES (director), Arazandi, 1996.

Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale, en: *Speciali Documenti Giustizia – 1*. Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988.

Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale, en: *Speciali Documenti Giustizia – 1*. Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988.

QUEIRÓZ, Paulo de Souza - *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.

QUINTERO OLIVARES, “*Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas*”, en CGPJ, *Responsabilidad*

penal de las personas jurídicas. *Derecho comparado y derecho comunitario*, Madrid, 2007.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo, “*La Victimología*”, Editorial Temis, Colombia, 1983.

RAMÍREZ, Gonzáles Rodrigo - *La Victimología*, Bogotá, Temis, 1983.

RAMÍREZ, Juan José Bustos. *Presenti y Futuro de la Victimología*. Ed. Temis: Santa Fé de Bogotá, 1993.

RAMIREZ, Rodrigo, “*La victimología*”, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

REALE, Miguel - *Filosofia do Direito*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 17ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

RIEB/HILGER, “Das neue Strafverfahrensrecht-Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987”, NStZ, 1987.

RIESS, “Die rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”.

RIQUELME, Rafael Fontecilla – *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile.

RIZZARDO, Arnaldo - *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RODRÍGUEZ GARCÍA, “El –derecho premial- como remedio para lograr que la justicia penal española sea eficaz. (Reflexiones a partir de la nueva regulación de la conformidad del acusado en el procedimiento abreviado)”, en *La influencia de la dogmática penal alemana en Iberoamérica*, cit., p. 600.

RODRIGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ed. Universidad Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Análisis de la nueva regulación del 'principio del consenso' en el procedimiento penal abreviado español. Disponible en: <http://www.stj.pt/docbweb/plinkres.asp?Base=STJ1&Form=ISO690&SearchTxt=%22DE+Direito+processual+penal%22+%2B+%22DE+Direito+processual+penal%24%22&StartRec=250&RecPag=5>

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “*Victimología*”. Estudio de la víctima, México, Ed. Porrúa, 2ª edición, 1989.

RODRÍGUEZ RAMOS, “*Societas delinquere potest. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*”, en *La Ley*, 3 de octubre, 1996;

ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. 1. ed. 1. imp. Librería Tirant lo Blanch, S.L., 2000.

ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 1995.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da Ação Penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1969.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*, Barcelona : Serlipost, 1994.

ROUSSELET, J. - *O adolescente e o trabalho*, tradução de Daniel Innocentini, São Paulo: Paulinas, 1963.

ROXIN, C., “*La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena*”, trad. Julio Maier, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

ROXIN, Claus, “*La reparación en El sistema de los fines de la pena*” In MAIER, Julio (Coord.): *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC,2001.

ROXIN, Claus, “*Strafrecht*”, AT, 3ª ed., 1997, § 1, 3.

ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, 2001.

S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

S. WALTHER, “*Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation*”, en *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*.

Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, ESTER/RABENSTEIN (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

S. WALTHER, “Reparation and Criminal Justice: can they be integrated?”, en ILR, vol. 30, numbers 3-4, 1996.

SÁ, Élida - A Questão Urbana e Ambiental. In Revista de Direito da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

SALLES, Vicente - O Negro sob o Regime da Escravidão, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. 1971.

SANCHES Neuza - Cores do Brasil, Veja, São Paulo, 1997.

SANCHES, Perez Sílvia - Analisis Psico - Social de Las Soluciones Interactivas de Los Conflictos. La Experiencia en el Norte Argentino. Revista Sociedade y Derecho, V. 3, nº 1. Ed. Mrquez, México, 1987.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, I, “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor” Actualidad Penal, nº 33 11 a 17 de Septiembre de 2000.

SÁNCHEZ, Maurício Martínez - La abolición del sistema penal. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995.

SANDER, Emir - Movimentos Sociais na Transição democrática, São Paulo: Cortez, 1987.

SANJURJO, Rafael - La Experiência de Justicia Informal Comunitária, V. 5, nº 3 Ed. Marquez, México, 1989.

SANTOS, Joel Rufino - O que é racismo. Brasília, Editora Brasiliense, 1980.

SANTOS, Leandro Gualuzzi dos. “Procedimentos Lei 11.719, de 20.06.2008” in “As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma”. Coordenação de Maria Thereza Rocha de Asis Moura, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Leandro Gualuzzi dos. Procedimentos Lei 11.719, de 20.06.2008 in As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Coordenação de Maria Thereza Rocha de Asis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SAVIGNY, Friedrich C.V. - System des heutigen Römischen Rechts, tomo II.

SCHNEIDER, Hans Joachim - La Posicion Jurídica de La Víctima Del Delito en el Derecho y en el Proceso Penal. Revista Doutrina Penal, añõ 12, argentina 1989.

SCHROTH, “Der Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Zwischenbilanz“, Michalke et al., (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februae 2008, de Gruyter, Berlin, 2008.

SCHÜNEMANN, “Zur Stellung”, cit., p. 193 y ss.; WEIGEND, “Das Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?”, en NJW, 1987.

SCREVENS, Raymond - La Protection des Droits de La Víctime. Revista de La Facultad de Derecho - Espanha, 1986.

SCREVENS, Raymond, “La Protection des Droits de la Victime”, Revista de la Facultad de Derecho núm. 11, Universidad Complutense, España, 1986.

SEGUIN, Elida. Direito das minorias. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

SEPAROVIC, Paul Z. - Victimology, a New Approvach in Sicial Sciences - Alemanha, 1976.

SEPAROVIC, Z. Paul, “Victimology, a New Approach in Social Sciences”, I Symposium, Israel, 1973.

SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A., “Psicopatología de las víctimas de malos tratos”, en estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, Tomo II, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer, Madrid, Año 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREIA JUNIOR, Alceu, “*Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*”, São Paulo, RT, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREIA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación””.

SILVA, Francisco de Assis - *História do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo, Moderna 1992.

SILVA, Franco Alberto e STOCO, Rui – *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Revista dos Tribunais.

SILVA, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, 3ª ed., rev. e atual., Lisboa, Verbo, 2004, v. 3.

SILVA, Ivan Luis Marques da, “*A Reforma procesal penal de 2008: Ley 11.719/2008, procedimientos penais: Ley 11.690/2008, provas: Ley 11.689/2008, júri: Comentada artigo por artigo*”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ivan Luis Marques da. *A Reforma procesal penal de 2008: Ley 11.719/2008, procedimientos penais: Ley 11.690/2008, provas: Ley 11.689/2008, júri: Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Katia Enlise Oliveira da. *O Papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Editora do Advogado: Porto Alegre, 2001.

SILVA, Martiniano J. - *Racismo à Brasileira. Raízes Históricas*. Brasília, Thesaurus Editora, 1987.

SIQUEIRA, Geraldo Batista – *Estupro – Crime de ação privada*, Revista dos Tribunais, v. 482/277.

SOCER, Sebastián – *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tea, 1988.

SOLARI, Brumana – *El Particular Damnificado : El Daño Resarcible*. Abeledo-Perrot, 1976. p. 46, n.º 48.

SORIA VERDE, Miguel Angel. “*La víctima: entre la justicia y la delincuencia (Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización)*, Ed. PPV, Barcelona, 1993. p. 157 y ss. Véase igualmente y desde una perspectiva crítica, el trabajo del profesor español Josep M. Tamarit Sumalla, en “La reparacio’ a la victima en el Pret Penal” (Estudi i critica de les noves tendencias político-criminales), publicado por la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, Barcelona, 1993.

SORIA Y HERNÁNDEZ, 1994, idéntica reseña a la nota anteriormente citada.

SOUSA, José Pedro et al. *Dicionário de Política*. T. A Queiroz, São Paulo, 1998.

STANCIU, V. V., *Les droits de la victim*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985.

STANCIU, V., “*Etat Victimal et Civilization*”, *Etudes Internationales de Psychosociologie Criminelle*, núms. 26-28, 1975.

STEIN - JONAS - SCHÖNKE, *Kommentar Zur ZPO*, 18ª ed.

SUBIJANA, Las víctimas, cit., pp. 106 y ss.; y “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, en *RPJ*, 3.ª época, n.º 54, 1999 (II).

SUMALLA, Josep Mª. Tamarit (Coord). *Estudios de Victimología*. Actas del primer congreso español de victimología. Ed. Tirant to Blanch: Valencia, 2005

SUMALLA, Josep Mª. Tamarit. ESTIARTE, Carolina Villacampa. *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Grupo Editorial Ibañez.

SUMALLA, Josep Mª. Tamarit. *La Víctima en el Derecho Penal*. Aranzadi Editorial: Pamplona, 1998.

TAMARIT SUMALLA, José M<sup>a</sup>.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en TAMARIT SUMALLA, José M<sup>a</sup>., “*La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*”, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 132 y ss.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (Coord), “*Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*”, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2005.

TAMARIT SUMALLA, La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales.

TAPIA PARREÑO, J.J., op. cit., “Sobre los malos tratos que sufren las mujeres y la Administración de Justicia”, Boletín Informativo Jueces para la Democracia, número 21 de mayo de 1998.

TAVARES, Juarez - Teorias do delito: variações e tendências: São Paulo: RT, 1980.

TAYLOR, Ian; Walton, Paul; Yong, Jock. La nueva Criminología, Contribución a una teoría de la social de la conducta desviada. Buenos Aires, Amorrorto, 1990.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo - A reforma processual penal, RT 703, São Paulo, 1998.

TEJADA, Diego Vicente, JOSÉ, R. Hernández, FRANCISCO, Hernández, La Protección a la Víctima del Delito. Havana, 1930.

THEODORO JUNIOR, Humberto, “*Curso de direito processual civil*”, 23 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis - Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOLEDO, Roberto Pompeu de - Á sombra da escravidão, Veja, São Paulo, 15 de maio de 1996.

TORNAGHI, Hélio - Curso de Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio – Instituições de Processo Penal. v.2, São Paulo, Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, “*Código de processo penal interpretado*”, São Paulo, Saraiva, 1996, vol. 1, pp. 130-131; STJ, REsp. n° 24402/SP, 1<sup>a</sup> T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 10.03.97.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal interpretado. São Paulo: Saraiva, 1996

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 1990.

TRAVESSO, G. B., VERDE, A., en “*Criminología Crítica*”, Ed. Cedam, Padova, 1981.

TUCCI, Rogério Lauria - Liniamientos do Processo Penal Romano, São Paulo, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria – Teoria do Direito Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal. São Paulo, RT, 2003.

UMBREIT, M. / VOS, B. / COATES, R.B. / BROWN, K.A. “*Facing violence: the Path of Restorative Justice and Dialogue*”, 2003.

UMBREIT, M. “*The Handbook of Victim Offender Mediation – An Essential Guide to Practice and Research*”, University of Minnesota, 2000.

VALLEJO, Manuel Jaén, “*Delito de violencia en el ámbito familiar: ¿insuficiencia del derecho penal?*” Derecho, Proceso Penal y Victimología. Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), Ediciones Jurídicas Cuyo.

VALLEJO, Manuel Jaén. Delito de violencia en el ámbito familiar: ¿insuficiencia del derecho penal? Derecho, Proceso Penal y Victimología. Luis Miguel Reyna Alfaro – Director. Ediciones Jurídicas Cuyo.

VAQUER ALOY, A., “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación”, en La Ley, núm. 5224, 2000.

VARGAS CABRERA, B., “*Las relaciones entre las medidas de protección y reforma y la actuación del Ministerios Fiscal*”, Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, 2000.

- VARGAS, Angelo - Reflexões sobre o corpo. Rio de Janeiro: Sprit, 1988.
- VÁSQUEZ, Ángela, “*La Víctima como Objeto de la Criminología*”, Criminalia, Año XLIX, núms. 1-1. Porrúa, México, 1983.
- VÁZQUEZ, A. “*La Víctima como Objeto de la Criminología*”, Revista Criminalia, México, XLIX.
- VEGA RUIZ DE, J. A., “*Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*”, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VERSELLE, Servin Carlos - Procedimentos Judiciais e Outras formas de Controle Social na Prevenção do Crime. Revista de Direito Penal, V. 24 Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979.
- VIANO, Emilio – La protección de las víctimas. Publicación Victimología n.º 11, Córdoba, 1994.
- VILLELA, Rubén O – De los Delitos y de las Víctimas. Argentina, AD-HOC, 2001.
- VON HENTIG, Hans. “Remarks on the interaction of perpetrator and victim”, luego en 1948 publicó ELLENBERGER, Henry. “*Psychotherapie und Medizinische Psychologie*”, 4, 1954.
- WALLER, Loius, “*Compensating the Victims of Crime in Australia and New Zeland*”, I Symposium, Israel, 1975.
- WALTHER, Susanne, “*Reparation and criminal justice: can they be integrated?*”.
- WAMBACH, Strafflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht, iuscrim, Freiburg, 1996.
- WELZEL, Hans – Derecho penal alemán. Santiago/Chile: Jurídica, 1976.
- WELZEL, Hans – El nuevo sistema del Derecho penal. ediciones Ariel, Barcelona, 1965.
- WEMMERS, Jo-Anne. Introduction à la Victimologie. Canadá, Paramètres, 2003.
- WILLIAMS, Donald Brian, “*Compensating Victims of Violence another a Comparative Analysis*”, I Symposium, Israel, 1973.
- Willian Terra de Oliveira, CTB: “controvertido, natimuerto, tumultuado”.
- WOODS, Donald. Biko - A História do Lider Negro Sul-Africano, São Paulo. Best Seller. 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Em busca das penas perdidas*”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl (Coord). Sistemas Penales y Derechos Humanos em América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Depalma, Argentina, 1986.
- ZAFFARONI, Raúl (Coordinador), “*Sistemas Penales y Derechos Humanos em América Latina*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Depalma, Argentina, 1986, p. 96.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio – Criminologia, Aproximación desde un Margen. Santa Fé de Bogotá-Colombia, Ed. Temis, 1993.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio – Manual de direito Penal. Parte Geral. São Paulo, RT, 1999.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio. Tratado de Derecho Penal. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.
- ZEHR, H., “*Justicia Restaurativa*”, Goodbooks, 2007.
- ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit*.
- ZUGALDÍA ESPINAR, “Vigencia del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal”, en RCCP, Monográfico, 1/1999.