

LAS VÍCTIMAS ANTE EL DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS
VÍAS FORMALES E INFORMALES DE REPARACIÓN Y MEDIACIÓN

Ana Isabel Pérez Cepeda

Profesora Titular de la Universidad de La Rioja

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

LAS VÍCTIMAS ANTE EL DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍAS FORMALES E INFORMALES DE REPARACIÓN Y MEDIACIÓN

*Ana Isabel Pérez Cepeda
Profesora Titular de la Universidad de La Rioja*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho debe proteger a los delincuentes, no en vano se dice que es la “Carta magna del delincuente”. Ahora bien, esto no significa que se convierta en un derecho desprotector de las víctimas. En Derecho Penal moderno, el Estado tiene el monopolio y el delito se concibe, ante todo, como un acto contra la sociedad y el ordenamiento jurídico. Pero parece olvidado algo elemental; el delito atenta en primer término y de forma directa a las personas individuales y a los grupos sociales.

Los tratados de Derecho penal, en la parte general, estudian a la víctima como sujeto pasivo de una forma superflua. Después de varias décadas las garantías del proceso en el sistema legal moderno parecen haberse conseguido a consta de “neutralizar a la víctima” y de distanciar a los protagonistas enfrentados en el conflicto criminal. La neutralización de la víctima se consideraba un tributo del Estado de Derecho, único legitimado para prevenir y castigar el delito, evitando así que las víctimas se tomen la Justicia por su mano¹. Mientras que para las teorías absolutas la víctima debía ser considerada y pretendían la retribución del mal causado por el hecho punible, en cambio, las teorías relativas propugnan un Derecho penal preven-

¹ Vid., entre otros, W. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 92 y ss. En esta línea, W. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 29.

tivo, que por definición mira al futuro, procurando que la utilización de la conminación penal sea un instrumento de disuasión, dentro del marco de la más estricta legalidad, para los ataques a bienes jurídicos fundamentales, y la resocialización del autor. Por ello, el sistema penal debe necesariamente centrar la atención en el delincuente y dejar de lado a la víctimas². Una vez cometido el delito todos los esfuerzos del Estado están orientados hacia el delincuente. El proceso penal garantiza la vigencia efectiva de los derechos del acusado reconocidos por las leyes y una vez que ha sido condenado, la pena tiene como fin la reinserción del delincuente (art. 25 CE), entendida como la posibilidad de reincorporación pacífica del individuo en la sociedad, procurando que lleve una vida sin delitos y sin darle un contenido moralizante. Como ha defendido BARBERO SANTOS “socializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”. Esta concepción de BARBERO SANTOS ha convertido a la resocialización en una meta que sí puede ser alcanzada³. Mas el sistema penal olvida que también está obligado a garantizar los derechos de las víctimas, y éstas a exigirlos. Con este proceder, se ha marginado la dimensión interpersonal y horizontal del delito, como conflicto entre el delincuente y la víctima. Así las cosas, el renacimiento de la preocupación por el papel de la víctima en el Derecho y el proceso penal trae consigo un nuevo entendimiento de la perspectiva horizontal del delito, que debe valorarse a la hora de resolver el conflicto suscitado por el mismo. La víctima no sólo es quien soporta los efectos del crimen sino que también tiene que soportar la insensibilidad del sistema legal y la indiferencia de los poderes públicos. Por ello, los defensores de estos planteamientos consideran que en la resolución del conflicto ha de desempeñar un papel esencial el dar satisfacción a la víctima.

En esta línea, la victimología y la sociología criminal han puesto de manifiesto que la víctima del delito ha sido la gran olvidada en el Derecho y en el proceso penal moderno⁴. El nuevo resurgir de la problemática de las víctimas está ligado, sobre todo, a algunos movimientos criminológicos y de los procesalistas. Por eje. el nuevo realismo propugna que los criminólogos dejen de centrarse siempre en el infractor para que observen también a la víctima; las tesis victimológicas quieren que se otorgue mayor capacidad decisoria a la víctima, para ello, propugnan que el sistema penal, que ha extraído el conflicto a sus protagonistas, se lo retorne abriendo vías de diálogo entre el agresor y la víctima; los abolicionistas parten de una crítica global a las soluciones penales

² W. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, op. cit., p. 96

³ M. BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, p. 223

⁴ En este sentido, vid., entre otros, A. GARCIA-PALOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos del jurista*, Tirant lo blanch, 1994, p. 38.

formalizadas de los conflictos sociales, de ahí que valoren positivamente la satisfacción de la víctima realizada a través de un proceso extrajudicial; las tesis resocializadoras defienden los procesos extrajudiciales que tienen como fin la reparación de las víctimas porque facilita la integración del delincuente en la sociedad; los partidarios del derecho penal mínimo hacen hincapié en que debe otorgarse mayor primacía a la víctima en el desarrollo del proceso penal, etc. Por otra parte, los juristas, concretamente aquellos dedicados al procedimiento penal, reclaman una mayor protección de la víctima con el fin de que efectivamente sea indemnizada por el daño que se le ha causado. Se llega así a lo que puede llamarse la nueva victimología, que propugna la necesidad de redefinir el *status* de las víctimas en el diseño de la respuesta conferida por el sistema jurídico penal. En definitiva, puede constatarse, como ha expresado claramente GARCÍA PABLOS, que “protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podría reflejar el *status* de la víctima a lo largo de la historia”⁵.

Como consecuencia última del planteamiento tradicional, la víctima quedaba en un segundo plano, cuando no completamente marginada de la administración de justicia. En concreto, la información suministrada por las encuestas de victimización, respecto al funcionamiento del sistema de control social formal, supone una revisión empírica de las premisas sobre las que se asienta la dogmática penal y procesal⁶. Las víctimas, que asumen un papel insustituible en el proceso de aplicación de la ley penal⁷, se sienten abandonadas, olvidadas, postergadas y, en algunas ocasiones, humilladas por el trato y respuesta conferida por el sistema estatal de Justicia. De ello cabe inferir que, una de las causas aducidas por las víctimas para no denunciar los delitos es la desconfianza en el funcionamiento del aparato policial y judicial, percepción la mayor parte de las veces no vinculada a juicios apriorísticos sobre su eficacia (averiguación, identificación y sanción del victimario) sino a sensaciones personales de indiferencia y ostracismo. Como afirma LANDROVE, “...en contacto con la Administración de Justicia o la policía, las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras sufren incompresiones derivadas de la excesiva burocratización

⁵ A.GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 38.

⁶ La importancia de los conocimientos empíricos resulta reconocida por los propios poderes públicos. El Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el Pleno del Consejo General Judicial en sesión celebrada el Día 8 de septiembre de 1997, se pone de manifiesto las insuficiencias de la estadística judicial y la necesidad de implementar una estadística judicial fiable y basada en criterios cuantitativos y cualitativos.

⁷ La casi totalidad de los procesos penales se inician en virtud de denuncia de los ofendidos por el delito; la declaración de las víctimas en el juicio oral constituye una prueba de cargo fundamental para fundar una sentencia condenatoria señala KAISER que la víctima en la marcha del proceso penal no solo con su conducta denunciadora -la mayor parte de los procesos penales se inician a consecuencia de una denuncia particular-. G. KAISER, *Introducción a la Criminología*, 7ª edición, Dykinson, Madrid, 1988, p. 137.

del sistema o, simplemente son ignoradas”⁸. Bajo esta premisa empírica nace la categoría conceptual de la victimización secundaria, definida, en términos generales, como los daños, de origen físico, psíquico, social o económico, originados a las víctimas de un delito por el sistema estatal de justicia⁹.

En ocasiones, se puede constatar que, la satisfacción que reciben las víctimas a veces la obtienen de la solidaridad de muchas personas que se identifican con su situación, bien porque ellas mismas se sienten también víctimas de los mismos hechos o porque pertenecen al mismo grupo racial, sexual, religioso o ideológico¹⁰. En estos casos, la propia comunidad es la que se siente afectada por el delito, ejerciendo una presión social que llega a ser violenta en algunos casos, política en otros, en la medida en que ven cuestionado el modelo de Estado social y Democrático de Derecho y el reconocimiento de los derechos que le son inherentes, como el derecho a la igualdad.

A pesar de este panorama, en la actualidad, no se puede hablar de una situación de total desprotección, pues a través de distintas vías es el propio Estado quien devuelve a la víctima un mayor control sobre el conflicto. Aunque también es justo reconocer que, el fin único no es tanto beneficiar a la víctima sino también ahorrar tiempo y dinero a la propia Administración de Justicia. En los últimos años se ha podido observar una tendencia a agilizar y desdramatizar la solución de los conflictos sociales. Entre las medidas adoptadas conviene subrayar la importancia, en el propio ámbito del Derecho penal, de la reparación del daño causado a la víctima del delito y la proliferación de los procesos de mediación. Programas de asistencia y compensación a las víctimas del delito se han realizado en Canadá, Gran Bretaña, Austria, Holanda, Noruega, Alemania, Francia, Suecia o Bélgica. Estos programas tienen como fin compensar económicamente las pérdidas producidas por la victimización, sufragar los gastos derivados del tratamiento médico, resarcir la incapacidad para el trabajo, ayudar a las víctimas dependientes de las víctimas fallecidas y compensar, de alguna forma, el sufrimiento derivado de la propia victimización.

Pero, estos procesos son vistos con ciertas reservas por un sector de la doctrina que percibe el peligro de que puedan llevar a una funcionalización y desformalización de la Justicia penal, lo que sería incompatible con los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad y oficialidad propios del Derecho Penal del moderno Estado de Derecho. Las soluciones que se adopten si no son racionales, serias y reflexivas pueden incidir notoriamente en favor

⁸ G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Tirant lo blanch, derecho, Valencia, 1990, p. 44.

⁹ A. BERISTAIN, “¿La Sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?”. En *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial XV*, 1993, p. 196.

¹⁰ Destacar el análisis realizado por G. P. FLETCHER/MUÑOZ CONDE, *Las víctimas ante el jurado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, en el que ponen de manifiesto como el interés por las víctimas puede llevar a distorsionar los principios básicos del proceso imparcial y justo.

de la víctima o del acusado, determinando que la balanza se incline de una u otra parte, conculcando el principio de imparcialidad que más que en ningún otro proceso debe estar presente en un proceso penal, tal y como lo hiciera en su momento, el positivismo criminológico, que defendió los derechos de la víctima del delito negando los derechos del delincuente.

Un equilibrio entre víctima-acusado parece en principio inalcanzable, pero, será posible si se introducen, tanto en el Derecho Penal material como en el proceso penal, determinadas reformas que garanticen los derechos del acusado a un proceso justo y la necesidad de protección de los derechos de las víctimas. El gran dilema surge sobre si las víctimas tienden que ser protegidas dentro del sistema, con lo cual se incrementa, o por el contrario, es preferible hacerlo externamente, fuera del mismo, lo que restringiría el sistema penal. Tal y como ha expresado BUSTOS, el sistema penal debe configurarse “no sólo como un sistema penal mínimo, sino como un sistema de alternativas. Esto es, que el propio sistema penal esté en capacidad de tolerar y propiciar que el conflicto social (criminal) se resuelva más allá de su propio sistema, con lo cual además se llega a hacer desaparecer los conceptos de ofensor y víctima, pues sólo se tratará de partes que llegaran a un acuerdo sobre su conflicto”¹¹.

Resulta necesario, y se sigue esperando en el actual Estado social y democrático de Derecho, una respuesta institucional y legal que ampare y desarrolle los derechos de las víctimas de hechos criminales, así como, que en lo sucesivo tenga un papel decisivo el proceso penal. La víctima puede ser un importante agente informal de control del delito, influyendo en la justicia desde su decisión de presentar o no la denuncia, o habiéndola presentado, su determinación de continuar el proceso, no otorgando perdón y actuando directamente, presentando pruebas, presionando para que las actuaciones se acelere, etc. En el presente artículo trataremos de valorar si el Código penal de la democracia española han afrontado esta problemática, también abordaremos las nuevas vías formales e informales que pretenden una reparación del daño sufrido por la víctima del delito, haciendo una especial referencia en la mediación, que están de moda en la moderna política jurídica como alternativas posibles en el sistema penal para conseguir una solución pacífica de conflictos sin lesionar las garantías que debe tener el infractor y salvaguardar los derechos de las víctimas.

II. LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL.

En la Derecho Penal la víctima, como categoría dogmática, es el sujeto pasivo y el titular del bien jurídico protegido. El perjudicado es aquel sujeto

¹¹ Así, BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, IURA, Barcelona, 1993, p. 74.

que se ve directamente afectado por el delito, pero no es titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Aunque un sector de la doctrina defiende la identificación de la víctima con el perjudicado y, por tanto, considera que está siempre presente el sujeto pasivo, bien sea un individuo o un colectivo¹², en cambio hay quienes mantienen que existen los denominados “delitos sin víctimas” o con “víctimas difusas” cuando se trata de delitos de peligro abstracto o el bien jurídico es colectivo¹³. De ahí que, el Derecho español haya reconocido el derecho a la acción popular, sin necesidad de alegar derecho ni interés directo o legítimo alguno.

Las propuestas doctrinales que pretenden el apoyo o auxilio de la víctima de un hecho punible, o el rescate de sus derechos y deberes en el ámbito del sistema penal, no siempre están encaminadas en la misma dirección. Por una parte, se ha concretado en una serie de medidas adoptadas en el Código penal, en el proceso penal y en una serie de leyes especiales. Por la otra, no conviene olvidar que, desde hace tiempo se viene hablando de la victimodogmática, la cual se dedica a analizar las incidencias de la victimología en el ámbito de la teoría del delito y en los tipos penales.

A) La victimodogmática.

La victimodogmática toma como punto de partida el hecho de que algunas víctimas contribuyen dolosa o culpósamente a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del agresor, incluso hasta desterrarla. El mecanismo habitual para determinar si estamos ante un caso que requiere la imposición de una pena es que debemos investigar el hecho delictivo y a su autor, sin embargo, la victimodogmática completa este análisis incluyendo el papel desempeñado por la víctima. De esta suerte, llegamos a determinar si la víctima merece y necesita la protección-jurídico penal, o por el contrario en función del principio de *última ratio*, debe excluirse la sanción penal o al menos atenuarse. En consecuencia, en principio, el objetivo primordial de la victimodogmática es obtener una disminución en la aplicación de sanciones.

Plantea, pues, un cambio en el modo de entender la criminalidad, en que no sólo se enfrentan ofensor y víctima, es decir, sujeto activo y pasivo, como tradicionalmente se ha visto, sino como una visión dinámica, en que la víctima es considerada como un sujeto que ha tenido una intervención en la producción del hecho penalmente relevante, esto es, como “causa del delito cometido en su daño”. Tal como ya se venía considerando con relación a los delitos culposos en Alemania, particularmente los cometidos con motivo

¹² *Ibidem.*, pp. 17 y s.

¹³ Vid., W. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., p. 31.

del tránsito de vehículos, en los cuales es común hablar de “conurrencia de culpas” o de “compensación de culpas”. Esto implica que además de la imprudencia del autor, habrá que considerar la imprudencia de la víctima.

Por supuesto, esta perspectiva victimológica sólo es concebible en la teoría del delito abierto a las ciencias empíricas y sociales, no encerrada en sí misma como construcción normativa¹⁴. Las consecuencias jurídico-penales, según SCHNEIDER, que se derivan de prestar atención al comportamiento de las víctimas son: 1. La víctima potencial debe ser obligada por medios coactivos jurídico-administrativos a impedir su propia posibilidad de llegar a ser víctima, de tal manera que, en virtud del principio de autoresponsabilidad se niega la protección jurídico-penal de las víctimas cuando son ellas mismas las que crean o incrementan el riesgo de lesión¹⁵. 2. La víctima potencial debe asumir por sí misma, en ciertos casos, el control social. 3. Debe tomarse en cuenta el comportamiento de las víctimas responsables a la hora de elegir e imponer la pena¹⁶. 4. El Código Penal en algunos delitos de la Parte Especial toma en consideración el razonamiento victimológico para excluir la tipicidad de la conducta como: los delitos contra la vida o la integridad física, estafa, delitos contra el honor, etc.¹⁷.

En efecto, entre los muchos problemas que surgen con la victimodogmática tendríamos que determinar si la intervención típica de la víctima tendría alguna influencia en la determinación de la gravedad del injusto del autor, o si la culpabilidad de la víctima determinaría la exclusión o la atenuación de la culpabilidad. JAKOBS, partiendo de la idea de la existencia de un cierto ámbito de custodia sobre sus propios bienes, manifiesta la competencia de la víctima en la seguridad o intangibilidad de los bienes jurídicos concretos que ella porta. Según JAKOBS, que se presenta como uno de los principales valores de la dirección política de este movimiento, un cierto deber de autoprotección de esos bienes y cierta aproximación a la prohibición de regreso deben jugar un papel importante en la teoría del delito¹⁸.

¹⁴ Vid., J. M. SILVA SANCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática” en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, IVAC-KREI, 1989, pp. 633 y ss.

¹⁵ En este sentido, vid., G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, (trad. SUAREZ/CANCIO), 1996, pp. 156 y ss., quien considera que la competencia de la víctimas debe ser tenida en cuenta como criterio de imputación del hecho delictivo para excluir la tipicidad del hecho cometido por el autor cuando se trata de bienes jurídicos disponibles y el afectado presta su consentimiento, también cuando el infortunio hace que se encuentre la víctima en esa desgraciada situación, sin que el autor y la víctima conozcan el curso lesivo.

¹⁶ Más ampliamente, H.J. SCHNEIDER, “La posición de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal” en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, IVAC-KREI, 1989, pp. 390 y s.

¹⁷ Vid., un análisis de esta incidencia en J. M. SILVA SANCHEZ, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, op. cit., pp. 645 y ss.

¹⁸ G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 34.

En relación al “injusto” se admite que en ciertos casos es también determinado por la conducta de la víctima, entonces su intervención ha de plantearse primeramente en el ámbito de la causalidad, y más adelante en el ámbito de la autoría y participación. Ahora bien, el hecho de que en la determinación de la causalidad se establezca que también la conducta de la víctima fue causa, ¿excluye la causalidad del autor o participe?. La denominada teoría de regreso, cuyo promotor inicial fue FRANK, pretendía acabar con la responsabilidad penal ilimitada en el ámbito causal castigaba con una pena a todo aquel que hubiera posibilitado la ejecución del hecho delictivo; por ello, determinaba la interrupción de la relación imputable, cuando existe una condición posterior, colocada libre y conscientemente por un tercero o la víctima, dirigida a la causación del resultado¹⁹. “La prohibición de regreso” niega la imputación de aquellos supuestos en los que, tras haber superado los anteriores niveles, la conducta no va a ser imputada porque existió una autopuesta en peligro o el peligro fue consentido por la víctima. Si existe una infracción de deberes de autoprotección por la víctima, JAKOBS, considera que la víctima deberá asumir las consecuencias previsibles objetivamente por su propia imprudencia. El ejemplo típico se da cuando la víctima de una lesión física anterior rechaza las acciones de salvamento y se produce la muerte; en estos casos, cuando el resultado es consecuencia de la conducta negligente de la víctima, no se tiene por que imputar el resultado al causante de las primeras lesiones. Cuestión distinta es cuando el autor conoce de ante mano que el sujeto, quien luego va a ser la víctima, no va a adoptar las medidas de autoprotección, y a pesar de ello, realiza la conducta con riesgo. Por ejemplo, el conductor de una moto invita a otro sujeto a dar un paseo y éste último decide no llevar el casco, a pesar de ello, el conductor accede a que monte en la moto y, una vez en marcha, tienen un accidente. En este caso, sí podríamos imputar el resultado al conductor a título imprudente.

Destacar que también SCHÜNEMANN²⁰ erige al criterio victimológico como principio interpretativo del sistema, introduciendo en la dogmática penal criterios como el “merecimiento y necesidad de pena”, con lo que pretende la creación de nuevas categorías. Estos criterios se complementan con los de “merecimiento y necesidad de tutela” a través de los cuales se examina el merecimiento de la tutela como resultado de la renuncia de tutela por parte de la víctima, mientras que la valoración de la necesidad de tutela precedería lógicamente a dicha renuncia. Las concepciones del merecimiento y la necesidad de pena, debemos reconocer que son difíciles de concretar qué aportan o

¹⁹ Vid., R. FRANK, “StGB”, 18ª Ed., pp. 14 y ss.

²⁰ Vid, más ampliamente, B. SCHÜNEMANN, *Der strafrechtliche Schutz vom Privatgeheimnissen*, ZStW, 1978, pp. 11 y ss.

en qué se diferencian de los conceptos de *ultima ratio* o carácter fragmentario del Derecho penal, en cuanto que, podría identificarse la necesidad de pena con la subsidiariedad y el merecimiento de pena con el carácter fragmentario²¹. En opinión de LUZON²², “no deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios”. La función práctica de todos estos principios, continúa diciendo LUZON²³, es la de permitir que las consideraciones de política criminal, “no operen solamente como criterios valorativos para la crítica del Derecho vigente y la elaboración de propuestas de lege ferenda, sino que pueden y deben utilizarse también como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente”, que el juez ha de utilizar en el “espacio más o menos amplio abierto por el tenor literal de la ley y los ámbitos que no están regulados por la propia ley” con el fin de tomar decisiones.

En este sentido, en los últimos tiempos, y en el marco del sistema teleológico de delito, estos principios están experimentando, a su vez, un proceso de mayor concreción, en torno a nuevos principios que derivan de ellos, que aumentan la posibilidad de ser invocados por los particulares y utilizados por el juez. Así, por ejemplo, en el ámbito en el marco de la concepción del injusto penal, como un injusto específicamente penal, en el sentido de que se diferencia del injusto general, precisamente, en que ha de cumplir con las exigencias que el principio de proporcionalidad requiere del Derecho penal²⁴. Ante estos requisitos la propia necesidad (obligación) de que la pena sólo pueda imponerse en presencia de un bien jurídico es un derivado del principio de proporcionalidad, pues sólo está justificada la pena si con ello se protege un interés que es esencial para la convivencia. En esta línea MIR²⁵, LUZON²⁶ y SILVA²⁷, consideran que el principio de proporcionalidad obliga además a distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal. Por otra parte, como consecuencia de este requisito, la pena sólo puede imponerse cuando el injusto penal esté constituido no sólo por un desvalor de la acción, sino

²¹ Así, por ejemplo, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983., pp. 196 y 236 ss.

²² LUZON PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y necesidad de pena en la estructura del delito”, *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Coord. Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig; ARANZADI, 1995., p. 204.

²³ *Ibidem*

²⁴ Cfr., al respecto LUZON PEÑA, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, op. cit., p. 26. Igualmente subrayando la importancia de que la antijuridicidad penal es una especie dentro de la antijuridicidad general MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 4ª edic. 1996, p.14.

²⁵ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 91-92.

²⁶ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 328.

²⁷ SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992., p. 267 y ss.

además por el desvalor del resultado. Ello, puede fundamentarse a partir de que contravendría el principio de prohibición del exceso de castigar un comportamiento, por muy disvalioso que sea, que no ha causado o no es capaz de causar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por otra parte, podemos observar como, en el ámbito de la tipicidad se han elaborado una serie de causas de atipicidad: principio de insignificancia, tolerancia, adecuación social, etc.^{28/29}.

La intervención del principio de proporcionalidad despliega también sus efectos en la culpabilidad. En este sentido, SCHÜNEMANN, considera que la culpabilidad penal requiere no sólo capacidad de motivación, sino que la motivación del hecho esté desvalorada de forma cualificada, generando una necesidad de pena³⁰. En este sentido, puede afirmarse que la idea de necesidad de pena, ofrece un fundamento distinto al que se suministraba desde el antiguo concepto de culpabilidad como “juicio de reproche”. En consecuencia, cuando no existe necesidad o idoneidad de pena, si el castigo resulta inútil o es contraproducente, pues aunque pueda alcanzar algún efecto preventivo la imposición de la pena va a ocasionar una lesión en otro interés social relevante. Para afirmar o negar la necesidad de pena, el juez debe realizar un juicio de ponderación a la hora de declarar los elementos del tipo de culpabilidad, entre las necesidades preventivas y otros intereses en juego.

En todo caso, la reflexión sobre estas cuestiones ha llevado a entender que el punto álgido de la polémica hacía referencia a las difíciles relaciones entre “ser” y “deber-ser”; tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filosóficas y que, por lo tanto, fijan “*ab initio*” las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la

²⁸ Estas causas de atipicidad, por no complicar más la estructura del delito deberían integrarse como criterios del primer componente de la imputación objetiva: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Pues considero que la concreción de esta noción se determina igualmente a partir de un juicio de ponderación, regulado por los criterios de merecimiento y necesidad de pena, en el cual se integran de un lado intereses preventivos (incremento de la protección del bien jurídico a través del castigo) - y de otro, un conjunto diferente de intereses de signo opuesto (libertad de actuación, progreso técnico, seguridad jurídica, fomento actitudes de autoprotección...) que propugnan la impunidad de la conducta que ha originado el riesgo. En construcciones de la imputación objetiva como la de FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, op. cit., p. 71 nos parece evidente que los criterios de merecimiento y necesidad de pena están presentes en el momento de determinar la idea de riesgo jurídicamente desaprobado. Este criterio es fruto, como indica este autor, de un ejercicio de ponderación entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes, con la que, en interés de la libertad de actuación, se llega a la calificación de determinadas creaciones de riesgos como todavía moderadas.

²⁹ Por lo demás la idea de riesgo jurídicamente desaprobado, contribuye a impedir que la responsabilidad penal pueda fundamentarse exclusivamente en las malas intenciones (cogitationes poenam nemo patitur). Como indica GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1990, pp. 215-216, castigar a quien con la intención de causar un mal a otro realiza una acción adecuada supone castigar meras intenciones y no hechos, lo que contraviene el criterio de separación entre Derecho y moral que se encuentra en los cimientos del Estado de Derecho. Cfr., en igual sentido FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, op. cit., p. 71.

³⁰ SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, op. cit., p. 71.

existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la realidad –“*die Natur der Sage*”– juega un papel orientador para el legislador y el Juez, la atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Los autores partidarios de las tesis victimológicas llevan más allá sus planteamientos y proponen una auténtica reducción teleológica del tipo, que supera los márgenes del tenor literal posible. De esta forma, las tesis victimológicas, dada su difícil compatibilidad con las exigencias del principio de legalidad, ha llevado a que algunos partidarios moderados, como SCHÜNEMANN, ha desmarcarse de estos planteamientos.

El argumento victimológico también ha sido sistematizados y limitado por HASSEMER³¹. Este autor estima que una interpretación victimológica de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* da lugar al principio de necesidad de tutela emana del principio de proporcionalidad, que tiene reconocimiento constitucional. Parte de la idea de que sólo en los “delitos de relación”, que define como aquellos supuestos para cuya realización típica es necesaria una determinada aportación de la víctima, debe comprobarse las posibilidades de autodefensa de la víctimas. Esta posibilidad de autotutela debe ser entendida como “la capacidad del titular de bien jurídico de evitar las perturbaciones a su bien jurídico con sus propias fuerzas sin la ayuda de la protección jurídico-penal”³², a partir de ahí, la categoría, de la que HASSEMER se sirve para determinar la oportunidad y la forma de la intervención penal, es la intensidad de peligro. Puede deducirse, por tanto, que la legitimidad de la intervención penal decaerá en los “delitos de relación” cuando no sea muy grave el referido peligro genérico o cuando existen suficientes posibilidades de autotutela³³.

Por ejemplo, el delito de estafa (art. 248 del CP) permite valorar satisfactoriamente el comportamiento de la víctima a través de la cláusula de idoneidad del engaño. Asimismo, mediante el criterio introducido en el art. 249 CP se favorece una adecuación de la pena al grado de injusto del hecho derivado de la relación víctima-autor y del comportamiento de ésta. Debe destacarse que, aunque sólo sea para este tipo de delitos, igualmente, como ha afirmado TAMARIT SUMALLA, el recurso al argumento del merecimiento de pena obliga a establecer como *prius* lógico el principio de autodefensa³⁴.

“En la participación”, el principio victimológico se manifiesta en la tendencia jurisprudencial alemana de considerar que quien toma parte de un

³¹ HASSERMER, *Schützbedürftigkeit des Opfer und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981.

³² *Ibidem*, p. 29

³³ *Ibidem*, p. 40

³⁴ J.M. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, ARANZADI, 1998, p. 27.

hecho delictivo no puede después gozar de la protección del Derecho penal en caso de sufrir él mismo las consecuencias de la acción. En esta línea, JAKOBS, construye esta institución, sobre la base de la posición de garantía que ostenta el autor de un delito, no sólo en los delitos omisivos, sino también en los comisivos. Puesto que, a su entender, sólo existe una responsabilidad penal cuando el sujeto quebranta algún rol³⁵, y como incluye sistemáticamente dentro de la imputación objetiva la teoría de la participación, la prohibición de regreso sirve para limitar el ámbito punible de la participación. Por tanto, la prohibición de regreso, tal y como JAKOBS la concibe -integrada en la imputación objetiva dentro del tipo objetivo-, se refiere a aquellos casos en los que la actividad de facilitar la comisión de un delito por parte de otro sujeto no es punible³⁶. En el caso hipotético de que esta limitación a la imputación por la prohibición de regreso no existiera, se extendería de manera desproporcional el ámbito del Derecho Penal, y supondría una enorme limitación a la libertad de actuación³⁷.

Estos postulados, han llevado a JAKOBS a defender un concepto extensivo de autoría, o sistema unitario de participación. Basándonos en que JAKOBS, excluye la imputación objetiva de un resultado por aplicación de la prohibición de regreso y teniendo en cuenta exclusivamente el lado objetivo del hecho, es decir, el sentido social del comportamiento y no las circunstancias psíquicas de los intervinientes.³⁸ Este autor llega a la conclusión de que el

³⁵ La definición que G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 147, ofrece de rol común es la siguiente “el rol de comportarse como una persona en derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios”.

³⁶ Al respecto, G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., pp. 145 y ss. Cfr., Y. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, op. cit., pp. 330 y ss., quien como hemos visto anteriormente, otorga un carácter subsidiario a la aplicación de la prohibición de regreso, e incluso, llega a decir que sería innecesaria dicha institución porque a las mismas soluciones se llegaría si la imputación objetiva se aplicara en sentido estricto y acorde su fundamentación de autoresponsabilidad.

³⁷ Ahora sí, aunque Y. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, op. cit., p. 332, considera innecesaria la prohibición de regreso no así su fundamento para limitar la imputación.

³⁸ Las conclusiones a las que llega en este ámbito son:

1. Los intervinientes que no ejecutan el hecho pero participe en el hecho de quien lleva a cabo actos ejecutivos, en principio, no deberían responder por el injusto ajeno, sin embargo, la participación amplía la responsabilidad a este tipo de comportamientos que se constituyen como propio injusto. JAKOBS limita esa responsabilidad porque considera que tanto la participación como la autoría son punibles una vez que el hecho adquiere el grado de tentativa, el participe que actúa antes del comienzo de la ejecución no será responsable. Este injusto propio es imputado al que configura un contexto que tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas, y normalmente al que realiza el hecho de propia mano. Vid., G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., pp. 149 y s.
2. En los casos en que las distintas aportaciones para cometer un delito son realizadas de forma sucesiva por varias personas, sólo responden aquellos sujetos que su comportamiento haya defraudado las expectativas que derivan de las existencias de los roles sociales.
3. No hay quebrantamiento del rol cuando el autor realiza una acción que sólo llega a ser causal de un resultado porque un tercero interviene desviando las consecuencias de la acción hacia el daño. El hecho de que el autor incluya un comportamiento cotidiano de un tercero en sus planes no lo convierte en relevante penalmente (Ibidem, p. 156).

único límite a la vigencia de la aplicación de la prohibición de regreso, es si “un comportamiento es accesorio cuando constituye un motivo para imputar el acto ejecutivo realizado por el autor, lo contrario a la imputación objetiva es la prohibición de regreso”³⁹, de forma más implícita, el comportamiento es accesorio cuando infringe el rol social .

El problema de esta teoría de la autoría y participación es que contradice la conclusión a la que llega la teoría de prohibición de regreso de negar la imputación del resultado a quien imprudentemente posibilitó el resultado, en la medida en que en Alemania, se considera impune toda participación imprudente en los delitos culposos. ROXIN pone de manifiesto dicha contradicción argumentando que, el hecho de que no sea punible la participación imprudente de todo favorecimiento de una acción dolosa, no se deriva de la teoría de la participación sino del tratamiento específico de tipo delictivo en concreto afectado⁴⁰. En nuestra legislación, dado que es punible la participación imprudente, creo que puede sostenerse con TAMARIT SUMALLA que tanto para los delitos dolosos como culposos, tomando como idea base la autopuesta en peligro, existe una negación del tipo de homicidio, por ejemplo, en la muerte de quien ayuda a un terrorista a poner una bomba y muere por la explosión del artefacto⁴¹.

Debe diferenciarse los casos en que la víctima tiene ya reconocidos ciertos efectos jurídico-penales, como es el caso del “consentimiento”. JAKOBS mantiene que el consentimiento excluye el tipo en aquellos casos en que, aunque se trate de bienes jurídicos penalmente protegidos, el sujeto puede disponer de los mismos. No obstante, cabe inferir que, como señala BUSTOS, “el consentimiento no surge del principio victimológico de autorresponsabilidad, sino de la autonomía ética de las personas, esto es, de la consideración general de un sistema democrático participativo de los derechos de la persona y, por tanto, ellas tienen su disponibilidad”⁴².

4. Tampoco lo será cuando el comportamiento en común entre el autor y el otro, tenga un significado estereotipado inocuo, ya que puede conseguirla por cualquier lado, en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol. En cambio quebranta su rol quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, cuando hace entrega de ellos, o quien incorpora su aportación en el contexto de organización delictiva de otra persona. En esta última constelación de supuestos a diferencia de lo que sucede con el principio de confianza, la prohibición de regreso es también aplicable en aquellos supuestos en los que las actuaciones de los intervinientes están integradas en un plan porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo (Ibídem, p. 157 y ss.)

³⁹ Ibídem, p. 165.

⁴⁰ Vid., más ampliamente, C. ROXIN, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, en *Problemas Básicos de Derecho penal*, (trad. Luzón Peña), Reus SA, Madrid, 1976, p. 184.

⁴¹ J.M. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, op. cit., pp. 27 y s.

⁴² BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 30.

Si el consentimiento se presta en una situación de necesidad o por error sobre las circunstancias no excluye su eficacia, pero sí cuando el consentimiento no ha sido libre porque ha sido dominado por el autor mediante engaño o coerción. Para que el consentimiento justifique la exclusión de la tipicidad “las consecuencias deben ser queridas en el sentido de pretendidas”⁴³. Por el contrario, cuando no se quieren las consecuencias, sino que, únicamente, se desea “el contacto social” (realizar una conducta que conlleva riesgo), el consentimiento del afectado, no supone la asunción de cualquier resultado lesivo. No habrá atender a si el contenido del contacto social puede ser determinado por la víctima, sino qué o en qué medida en ese contenido intervienen los intereses de la víctima⁴⁴.

En esta última constelación de casos, cuando la víctima actúa por riesgo propio, JAKOBS incluye el supuesto en el que alguien mantiene relaciones sexuales con una persona drogodependiente o que se prostituye y se contagia del virus VIH, puesto que, existe un cierto grado de probabilidad de que personas con estas características tengan el virus. Pero, sorprendentemente, duda de la aplicabilidad de esta exención de responsabilidad cuando el afectado sabe con certeza que tiene esta enfermedad, dado que, para JAKOBS podría establecerse una especie de concurrencia de culpas, que aunque disminuyen la responsabilidad del autor no llegan a excluirla totalmente⁴⁵. A mi entender no encuentro razón alguna para no aplicar aquí, tal y como propone FRISCH, el criterio del consentimiento del afectado, siempre que el tipo lo permita y excluir así el desvalor de la acción⁴⁶.

En definitiva, la conclusión que llega JAKOBS es que: cuando del lado del agente no es suficiente con el aspecto psíquico del hecho, tampoco lo será en ámbito de responsabilidad de la víctima. Por ello, deberá tenerse en cuenta también el aspecto normativo del rol que ha desempeñado el afectado, si ha sido realmente el de la víctima, o por el contrario, ha actuado con riesgo propio⁴⁷.

En relación a “la legítima defensa” (art. 20.4 CP), desde planteamientos victimológicos se considera que falta el merecimiento de la tutela penal y, que en consecuencia, el Derecho no protege penalmente al agresor, cuando ha contribuido de forma decisiva en la generación del hecho hasta el punto de

⁴³ Vid., G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., § 7/124 y ss. En esta misma línea, se expresaba como vimos, C. ROXIN, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, op. cit., pp. 190 y ss., que proponía que cuando la víctima no asume las consecuencias dañosas debería imputarse la responsabilidad a título de imprudencia.

⁴⁴ Vid., G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., § 7/124. En realidad, no veo una diferencia clara con el criterio de dominio del que se servía C. ROXIN, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, op. cit., pp. 190 y ss. para solucionar estos casos.

⁴⁵ Vid., G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., pp. 111 y s.

⁴⁶ Cfr., W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, op. cit., pp. 48 y 142 y ss.

⁴⁷ Vid., G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 112.

hacer necesaria la realización de una conducta típica defensiva por parte del agredido. Del mismo modo, se priva a la legítima defensa de su presupuesto esencial cuando existe provocación de la agresión por parte de quien ejerce la defensa, incluso en aquellos casos en los que la provocación no llegue hasta el punto de convertir en legítima la agresión. En este caso, cabe la posibilidad de disminuir el injusto en la medida en que la víctima crea una parte del riesgo que se expresa en el resultado y que, en consecuencia, esa puede serle atribuida a ella misma⁴⁸.

“Respecto al dolo”, destacar que en determinados supuestos, existe una asunción consciente del aumento del riesgo, que plantea una problemática similar al consentimiento y, de alguna manera un símil con el llamado dolo eventual⁴⁹. Sin poder detenerme en este punto, únicamente, incidir en que el dolo se afirma respecto a la persona que realiza la acción típica y no respecto a la víctima, que actúa en detrimento de su propio bien jurídico. Este razonamiento nos llevaría a preguntarnos sobre “el dolo del suicida” y en este caso también respecto de qué lesión del bien jurídico respondería la víctima⁵⁰.

Los aspectos dogmáticos que plantea esta teoría en “la culpabilidad” son sobre todo en relación a la no exigibilidad de otra conducta. Pero, en la medida en que, la responsabilidad está en referencia al autor y no a la víctima, tampoco en estos supuestos el problema debe resolverse desde la cuestión de la autorresponsabilidad sino desde la perspectiva del nivel de capacidad de respuesta del sujeto conforme al sistema y de la compatibilidad de las alternativas concretas⁵¹.

La contribución de la víctima al hecho, tanto en los delitos dolosos como imprudentes, puede dar lugar a “la atenuación en la determinación de la pena del autor”, pero siempre dentro del marco legal típico. En el derecho vigente, no existe una atenuante que permita resolver todos los casos en que sería procedente la moderación punitiva, sólo en algunos supuestos a través de la atenuante analógica (art. 21.6 CP) o la imprudencia leve, puede fundamentarse la atenuación de la pena.

Por último, una nueva concepción sobre la víctima determina la configuración de la pena misma o de sus fines, a través, fundamentalmente, de aquello que se ha dado en llamar “reparación” como tercera vía en el Derecho Penal.

⁴⁸ Así, vid., J.M. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, op. cit., p. 28.

⁴⁹ BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 31

⁵⁰ En este sentido, M.MORENO HERNÁNDEZ, “Política criminal y dogmática de las víctimas”, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, AD-HOC, Buenos Aires (Argentina) 1998, pp. .371 y ss.

⁵¹ Vid, más ampliamente BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., pp. 37 y ss.

Críticas

Las anteriores consideraciones permiten valorar positivamente los casos en que el bien jurídico sea considerado disponible por su titular, también que la corresponsabilidad de la víctima conlleve efectos atenuatorios en el ámbito de determinación de la pena. Eso no impide reconocer que, el principio victimológico nos resulta en cierta medida criticable porque propugna una retirada del Derecho penal, en virtud del principio de intervención mínima, en aquellos casos en que el delito se haya debido a que la víctima, se ha comportado de tal modo que, ha provocado una desprotección del bien jurídico. Creo que tienen razón, BUSTOS/LARRAURI cuando afirman que “el principio de autoresponsabilidad desnaturaliza las bases mismas del Derecho penal, pues dejaría de ser protección de bienes jurídicos y de los ataques más graves a estos..., quedando una valoración arbitraria a cargo del juez, conforme a sus propias ideas sobre la intervención, y generalmente de acuerdo con sus propios patrones morales y políticos..., con ello no sólo desaparecería el principio del bien jurídico como categoría garantista material, sino que además se desconocerían los derechos de la persona... y, consecuentemente, las bases mismas de un sistema democrático de derecho actual, fundado sobre una estructura de ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos”, puesto que exigir por principio para proteger los derechos de la persona que ellas mismas protejan sus derechos, “sería negar el reconocimiento de sus derechos y pasar nuevamente a la idea de que los derechos son otorgados”⁵².

Además, el planteamiento victimológico, como señala HASSEMER, al colocar el principio de necesidad de protección de los bienes jurídicos, cuestiona la propia vigencia de la norma jurídico-penal, en la medida en que desconoce que el Derecho penal debe aspirar no sólo a la formulación de las normas protectoras de bienes jurídicos, sino también a la imposición de las mismas a través del proceso penal y a la ejecución de las correspondientes sanciones, con lo cual se realizan finalidades preventivas⁵³.

La interpretación victimológica de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, da lugar, como hemos señalado, a los criterios de merecimiento y necesidad pena, que emanan del principio de proporcionalidad. Desde nuestro punto de vista, aunque reconocemos que la utilización y desarrollo, que de dichos principios se ha hecho, en las distintas categorías del delito, desde planteamientos funcionalistas, ha tenido efectos positivos, puesto que han servido para restringir la esfera de lo punible. Sin embargo, si la necesidad de la pena existe sólo cuando se protege un interés que es esencial para la conviven-

⁵² BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 27

⁵³ HASSEMER, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en *ADPCP* 1990, p. 250.

cia, en realidad creo que a las mismas conclusiones en esas categorías podría haberse llegado desde el principio de mínima intervención, en sus manifestaciones del principio *de ultima ratio* y fragmentariedad. Por lo que, la idea del principio de proporcionalidad vinculado a la idea de merecimiento y necesidad de pena que debe guiar al legislador tiene una cierta ambigüedad e incluso podría calificarse como hueco y, como criterio valorativo que debe guiar al juez a la hora de interpretar el injusto y la culpabilidad, se le dota de un cierto carácter retributivo. Incluso, habida cuenta del papel decisivo que atribuye al arbitrio judicial, conduce a la práctica inoperancia de las consideraciones victimológicas desde el punto de vista político-criminal. Por el contrario, los criterios de necesidad y merecimiento de pena resultan elementos esenciales para que la pena sea proporcionada en relación a la gravedad del delito a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva⁵⁴. Sobre la base de que sólo las penas proporcionadas son capaces de cumplir con la función de motivación, el principio de proporcionalidad de la pena actúa como límite para las necesidades preventivas y opuesto a la idea de la retribución⁵⁵.

Los criterios de merecimiento y necesidad de tutela, que son aplicables en los delitos de relación –según la propuesta de HASSEMER–, no deben generalizarse para el resto de delitos ni desempeñar esa función de “topoi” como criterios rectores de una rama de Derecho público como es el Derecho Penal, puesto que existen criterios de imputación objetiva que permiten resolver gran parte de los problemas planteados⁵⁶. Estos razonamientos que parten del principio de autoprotección, pervierten el principio de subsidiariedad, porque como ha señalado ROXIN, “la extensión del principio de subsidiariedad a las posibilidades de autotutela desconocerían que el ciudadano ha hecho dejación precisamente de la violencia punitiva en manos del Estado para descargarse de sus necesidades defensivas”⁵⁷. Valga decir que, no es más que una tendencia hacia la privatización del Derecho penal, que no sólo afecta a las reformas legislativas sino también a la generalización de usos procesales no previstos en la ley, y que cuentan ya con una formulación teórica en la victimodogmática. Por ello, creo que tiene razón TAMARIT SUMALLA, cuando

⁵⁴ CRACIA MARTÍN en GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código penal español*, Valencia 1996, págs. 55 y ss.

⁵⁵ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 33.

⁵⁶ Destacar la obra de M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en BOSCH, Barcelona 1998, que por un lado, parte del principio de autorresponsabilidad de la víctima, pero por otra parte, ubica el problema de responsabilidad de la víctima en la imputación objetiva.

⁵⁷ C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, (trad. Luzón/Conlledo/Remesal), Madrid, 1997, p. 477.

afirma que el discurso victimológico lejos de prevenir la realización de delitos podría tener otra clase de efectos, “por ejemplo, incentivar la victimización de personas negligentes en sus deberes sociales de autodefensa, o, dicho de otro modo, la penalización de la confianza y el despiste”⁵⁸.

Puede observarse, tal y como ha puesto de manifiesto CANCIO MELIÁ⁵⁹, que para solucionar un problema aislado como es el tratamiento del comportamiento de la víctima, no puede construirse una dogmática general independiente de la teoría del delito ya existente, debe ser la dogmática “tradicional” la que abarque y solucione el problema. La victimogmática supone una involución al pasar por alto la perspectiva social del conflicto que plantea el delito, y contemplarlo, desde la perspectiva exclusiva de la víctima, como “un evento totalmente inmerecido, cuya causación merece una explicación”⁶⁰. De ahí que propugnen la mediación, encuentro extrajudicial entre la víctima e infractor, como una panacea.

B. Protección de la víctima en el resto del sistema penal.

Debemos destacar que el CP presta atención a las víctimas en las distintas fases de un hecho criminal; en la fase previa, fase de ejecución y fase posterior⁶¹. La incidencia de las víctimas se refleja: 1. En la fase previa, se tiene en cuenta el consentimiento víctima en algunos supuestos delictivos (no en el auxilio al suicidio) para excluir de responsabilidad penal al autor del delito, por otra parte, también se atenúa la pena cuando hay provocación o precipitación. En este último caso, en virtud del art. 114 CP prevé, a la hora de fijar la responsabilidad civil, la posibilidad de valorar la contribución causal de las víctimas a la producción del daño, facultando, que no obligando, a los jueces a moderar el importe de la reparación⁶². 2. En la fase ejecutiva, además

⁵⁸ J.M. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, op. cit., p. 56.

⁵⁹ *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, op. cit., p. 254.

⁶⁰ J.J. QUERALT, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, BOSCH 1997, p. 167.

⁶¹ En este sentido, vid., G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁶² Es, más, la facultad de la Administración, si bien precisa de una previa declaración judicial que reconozca el aporte causal de las víctimas, es más amplia pues puede llegar, incluso, a denegar la ayuda solicitada por las mismas. Para esta decisión el art. 114 de CP no diseña criterio alguno, mientras el art. 3.1 a. de la ley 35/95 configura la equidad y el orden público como parámetros rectores de la decisión administrativa. Se ha señalado que si en la determinación del importe de la reparación en el orden jurisdiccional se ha tenido en cuenta la contribución de las víctimas, de forma que la indemnización esté por debajo del umbral de la reparación íntegra, y el importe de la reparación, así fijado, constituye el límite de ayuda pública. Una nueva minoración de la ayuda pública por el mismo concepto, aboca a concluir que, en perjuicio de la víctima se ha valorado doblemente la misma circunstancia. De ahí que, dado que la concesión de las ayudas públicas se produce una vez reconocido en la sentencia firme el daño causado a las víctimas y constatada la insolvencia del infractor (salvo que se trate de una situación provisional), parece recomendable, para evitar una situación injusta para las víctimas, que la Administración se haga eco de la apreciación judicial

de reconocer la legítima defensa y la alevosía, el VCP ha ampliado los supuestos en los que otorga una especial protección a la vulnerabilidad de la víctima, puesto que eleva la mayoría de edad a los dieciocho años y existe una agravación de la pena cuando el delito se comete por motivos xenófobos (art. 22. 4º CP). También sanciona más gravemente cuando existe una mayor vulnerabilidad basada en las relaciones entre el ofensor y la víctima (art. 22. 2º y 6º CP). 3. Por último, en la fase de consumación se prevé un cierto protagonismo de la víctima cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte y cuando es eficaz el perdón. LARRAURI, es partidaria de ampliar el número de estos delitos y los supuestos en los que tiene relevancia el perdón, en la medida en que existan otros medios para cubrir el mal⁶³.

En esta línea, destacar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una unidad procesal porque la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a las víctimas se determinan en el mismo proceso penal. Con esta medida, en algunos casos la reparación y la compensación civil a las víctimas pasa a ocupar un papel central. Además supone un ahorro procesal y eso favorece también a la víctima que para ver satisfecho su derecho a la reparación, no tiene que iniciar una peregrinación de jurisdicciones. Entre los derechos que, en el ámbito procesal español, se reconocen formalmente a las víctimas podemos destacar: 1. Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24 CE). 2. Derecho a ser parte del proceso (arts. 119 y 110 L.E.C.). 3. Derecho a la asistencia por abogado y procurador de oficio (art. 119 L.E.Crim.). 4. Representación de los intereses de las víctimas por el Ministerio Fiscal (art. 781.2º L.E.Crim.). Esto no significa que el Ministerio Fiscal se convierta, ni debe convertirse, en “abogado de las víctimas”⁶⁴, puesto que tiene encomendada la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos (incluidos los de la víctima y el delincuente) y el interés público tutelado por la ley. 5. Derecho a la reparación, restitución o indemnización de la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 116 CP y ss.). 6. Derecho al resarcimiento público (Ley de 12 de Diciembre de 1995). 7. Derecho a la participación en la fase ejecutiva. 8. Derecho a recibir tratamiento físico y/o psíquico (art. 43 C.E). 9. Derecho a ejercer la acción popular (art. 125 CE). 10. Derecho de asociación (art. 22 CE). Resulta loable la declaración de todos estos derechos, pero el problema radica en que paralelamente no se establecen las condiciones materiales necesarias para que sean efectivos. Por ello, se produce

de la contribución causal de las víctimas de forma que no pueda proceder a la denegación o minoración de la ayuda pública cuando en sede jurisdiccional ya se ha tenido en cuenta esta circunstancia a la hora de estipular la cuantía de la reparación del daño.

⁶³ Cfr., BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 100 y s.

⁶⁴ Tal y como defiende M. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima*. Compendio de victimología, EDESA, Madrid, 1996, p. 275.

con relativa frecuencia una sobrevictimización derivada del propio proceso, que se denomina, como hemos visto, victimización secundaria.

Debemos valorar positivamente, el que se haya acatado algunas de las recomendaciones del Consejo de Europa, incorporando a nuestra legislación la Ley de Protección a las Víctimas y testigos de cargo para que no sean coaccionadas. Por ende, se ha promulgado, teniendo como referente el Convenio número 116 del Consejo de Europa de 1983, junto al Fondo de Compensación a las víctimas del terrorismo por daños corporales que hayan sufrido, se ha promulgado la Ley de Ayuda a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995). En referencia a esta última norma, se discute si la asistencia del Estado a las víctimas es un genuino deber indemnizatorio, derivado de su deficiente actuación en el diseño y ejecución de políticas de prevención del delito, o si, por el contrario, nos encontramos ante una prestación pública creada por razones de solidaridad a cuya satisfacción debe contribuir un Estado definido como social. La mayor parte de los autores, que han estudiado el tema, concluyen que nos encontramos ante una prestación asistencial, emanación específica de la justicia social con las víctimas cuyo encaje constitucional se encuentra primordialmente en los arts. 1.3 y 9.2 CE. De ahí que, la ley no fije la contribución estatal en atención al daño causado sino sobre todo en función de las necesidades asistenciales de las víctimas⁶⁵. No obstante, esta Ley no es ajena a determinados principios de justicia indemnizatoria. Así, la cuantía de la reparación del daño fijado en la sentencia actúa como límite máximo de la ayuda pública (art. 6.1), y la contribución causal de la víctimas a la comisión del delito o al agravamiento de sus perjuicios puede conllevar una reducción o, incluso, una denegación de ayuda pública (art. 3.1 b). Por otra parte, aunque se critica el carácter limitado –sólo incluye a los delitos violentos y contra la libertad sexual⁶⁶– y asistencial de estas Leyes, puesto que no reconoce un verdadero derecho individual de las víctimas al resarcimiento estatal⁶⁷, es evidente, que suponen un paso importante en favor del reconocimiento de las necesidades y el daño sufrido por la experiencia victimizadora. También es una medida legislativa, que se hace eco de las necesidades de las víctimas, la creación de un Fondo de Compensación procedente de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados (Ley 36/1995), destinado a la prevención y

⁶⁵ G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., p.118

⁶⁶ Cfr., entre otros, G. LANDROVE DÍAZ, *Temas penales*, PPU, Barcelona 1994, quien defiende que la compensación de la víctima frente al Estado debía ser como una especie de seguro social, a través del cual parte de los impuestos se destina a distribuir parte del costo de la victimización entre todos los ciudadanos. Para este autor la compensación a las víctimas debe ser aplicables a todos los casos en que el delincuente es insolvente. No debe tratarse de un acto de beneficencia sino que su fundamento hay que buscarlo en la justicia y solidaridad.

⁶⁷ En sentido crítico, M. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, op. cit., pp. 296 y ss.

asistencia de toxicómanos; intensificación y mejora de los medios de prevención, control y represión de estos delitos; y cooperación internacional en esta materia.

En otro orden de cosas destacar, el derecho resarcitorio frente al Estado además aparece recogido en el art. 121 del CP, donde se regula la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o en el cumplimiento de sus funciones. El fundamento de esta responsabilidad de la Administración *ex delicto* radica en el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Pero, nos parece criticable, el que se haya limitado la responsabilidad civil subsidiaria por delitos dolosos o imprudentes, no estando incluidas las faltas⁶⁸ y el que la responsabilidad deba exigirse “conforme a las normas de derecho administrativo”. De este modo, se menoscaba la tutela judicial efectiva, puesto que se obliga a la víctima a iniciar una doble vía para conseguir su resarcimiento⁶⁹.

Por último, el Consejo de Europa y el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, también han realizado una serie de recomendaciones demandando que se desarrollen programas de conciliación entre la víctima y el autor, de tal manera que se pueda evitar la necesidad de llevar a cabo un proceso penal formal. En España, existen procesos de mediación sólo en el ámbito de los menores en Cataluña, en cambio, en muchos países las vías extrajudiciales de resolución de conflictos jurídicos no son tan sólo objeto de propuestas teóricas, sino que son expresión de experiencias prácticas ya asentadas, o al menos con buenas perspectivas de futuro.

III. LAS VIAS FORMALES VERSUS VIAS INFORMALES.

La sensación de que el mecanismo judicial es excesivamente formal, abstracto y lento está muy extendida, sentimientos de frustración, impotencia y desengaños son habituales. El abandono que siente la víctima en el proceso penal, le crea nuevos daños e incrementa su sentido de venganza, de ahí que muchos países busquen remedios para aprender mejor a los que sufren directamente las consecuencias de la delincuencia. En la actualidad todavía está presente la idea generalizada, tal y como afirma críticamente SCHNEIDER⁷⁰, de que el proceso penal sirve para imponer la pretensión de sanción estatal y no

⁶⁸ Vid., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, libros, Valencia, 1996, 627 y s.

⁶⁹ Cfr., BERDUGO/ARROYO/GRACÍA/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, PRAXIS UNIVERSIDAD, 1996, p. 353.

⁷⁰ Así, H.J. SCHNEIDER, *La posición de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal*, op. cit., p. 387 y s.. Cfr., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 629, quienes siguen defendiendo que el Derecho Penal no tiene porque defender el problema de la víctima.

para atender a las cuestiones privadas⁷¹. Consecuentemente, desde este punto de vista, la víctima aparece únicamente en el proceso como testigo cuyo testimonio permite llegar al autor. La obtención de sus pretensiones se considera como algo privado de la víctima. Son cada vez más las voces que se alzan reclamando que, la víctima no sea un mero objeto de investigación judicial sino que debe ser parte y responsable de su propio conflicto. Se pretenden resolver estos problemas a través de una nueva orientación del proceso penal, desarrollando vías informales, en concreto a través de la mediación, en la que el infractor y la víctima diseñan una respuesta específica al conflicto generado por el delito. La atribución a la denominada pareja penal de un especial protagonismo en la configuración de la respuesta al hecho criminal, en la medida en que permite conciliar las antitéticas percepciones personales que encuentran su razón en el delito, cumplen una específica función en la pacificación social.

El desarrollo de los mecanismos extrajudiciales de reparación reciben apoyo doctrinal y la difusión práctica de los mismos se debe, más bien, a entender que algunos de los litigios penales pueden ser resueltos de un modo más satisfactorio, si en lugar de recurrirse a la Administración de justicia formalizada se opta por soluciones extrajudiciales.

Primero, se estima que el proceso judicial se muestra como un conflicto formal y bilateral entre el Estado y el infractor, cuyo único fin es satisfacer la pretensión punitiva del Estado castigando al culpable, por otra parte es un proceso rígido e incapaz de adaptarse a la pluralidad de situaciones de la realidad. Es por ello que, se piensa que el principio de legalidad debe ir cambiando hacia criterios de oportunidad que permitan mejorar el papel de la víctima en el proceso penal, como lo demuestra la experiencia habida en Inglaterra y Holanda. En estos países el ordenamiento procesal está presidido por el principio de oportunidad, por lo que son más flexibles a la hora de interpretar la ley y establecer sanciones alternativas con el acuerdo de la víctima, permitiendo también adoptar soluciones de justicia material.

Segundo, se pone de relieve que en el proceso judicial pese a su automatismo se ha revelado tradicionalmente como largo y costoso, lo cual le convierte en ineficaz frente a la mayor celeridad y economía que posibilita la solución pacífica del conflicto por la vía extrajudicial⁷².

Tercero, se argumenta que el proceso judicial despersionaliza el conflicto como consecuencia de la neutralización de la víctima, propiciando un

⁷¹ Estimo que tiene razón E. RIGUI, “Dogmática y política criminal de la víctima”, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, AD-HOC, Buenos Aires (Argentina) 1998, p. 331, cuando afirma que: “La restitución del poder punitivo estatal a manos privadas, sólo encuentran sentido cuando se reconoce que la supremacía de los derechos de las víctimas sobre el interés público es absoluta”.

⁷² Vid., entre otros, H.J. SCHNEIDER, *La posición de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal*, op. cit., p. 386.

enfrentamiento entre partes, mientras que los procedimientos extrajudiciales mejoran el clima social al propiciar una mejor disposición de la víctima hacia el delincuente y viceversa, lo que facilita que se alcance un acuerdo⁷³.

Cuarto, se dice que la vía extrajudicial supone una menor estigmatización y coerción respecto al delincuente, puesto que el consenso que se obtiene por las vías extrajudiciales posibilita la pacificación y mejor rehabilitación del ofensor frente a las soluciones autoritarias jerárquicas e impuestas que vienen del proceso penal tradicional⁷⁴.

Por último, hay quienes justifican estas vías extrapenales, invocando el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, como respuesta más humanizada en la solución de un conflicto⁷⁵. En definitiva, se defiende que para que la función judicial engarce con los postulados victimológicos, no debe configurarse la sanción con una pupila dogmática, que excluya las perspectivas criminológicas y victimológicas, porque se generan sentencias formalmente adecuadas, al suponer una aplicación lógico-formal de la panoplia normativa, pero materialmente injustas al obviar la realidad vital del infractor y las víctimas. En este sentido, el programa sancionador debe desaprobar claramente el daño causado por el ilícito penal y, a continuación, debe superar constructivamente el delito haciendo que la reacción apunte a la autorresponsabilización e integración en la sociedad.

No obstante, estos razonamientos parecen desconocer que el Derecho Penal tiene como fines la prevención y la solución de conflictos sociales, además, se trata de un Derecho Público y garantista por excelencia. Estos fines pueden menoscabarse por las alternativas que defienden que la reparación se fije en un acuerdo extrajudicial de las partes⁷⁶. En esta dirección, HASSEMER/MUÑOZ CONDE argumentan que la desformalización del proceso judicial no puede llevarse hasta el extremo de “abandonar unas de las tareas fundamentales en la aplicación del Derecho Penal, las garantías formales, lesionando con todo ello el principio de legalidad”⁷⁷. La flexibilidad de los acuerdos también

⁷³ *Ibidem*. En el mismo sentido, Vid., GARCIA-PALOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos del jurista*, op. cit., pp. 63 y ss.; M. HERRERA MORENO, “Introducción a la problemática víctima-ofensor. Hacia la paz por la conciliación” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a distancia. Facultad de Derecho, Madrid, 1996, pp. 399 y ss.

⁷⁴ Vid., M. HERRERA MORENO, “Introducción a la problemática víctima-ofensor. Hacia la paz por la conciliación” op. cit., pp. 399 y ss.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Entre otros, vid., J.M. SILVA SANCHEZ, “Medios no judiciales de reparación de la víctima”, en *Responsabilidad Penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Carlos M. Casaboma (de), Universidad de la Laguna, 1993, pp. 338 y ss.; W. HASSEMER, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en ADPCP, Madrid, 1990, p. 256; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, libros, Valencia, 1996, 627 y s

⁷⁷ Vid., W. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op.cit., p. 175.

pueden llevar a vulnerar los principios de igualdad y proporcionalidad⁷⁸. Ello es así porque las vías extrapenales como recurso de control social informal, substitutivos del proceso penal, pueden flexibilizar el principio de legalidad, lo que debilitaría el fin de la prevención general que tiene el Derecho Penal, produciendo una gran inestabilidad y desconfianza en el sistema, puesto que la desigualdad en las respuestas lleva al descrédito⁷⁹. En este sentido, también pudiera suceder que la prevención general cediera no sólo ante la prevención especial sino ante la obtención de un fin particular: el de satisfacción de la víctima. Por otra parte, estas tendencias están incidiendo negativamente en una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho: el derecho del acusado a la presunción de inocencia, en cuanto que es necesario admitir la culpa antes de poder acceder a la vía extrajudicial, el derecho a un juicio objetivo, imparcial y justo, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, el derecho a no declarar contra si mismo, etc⁸⁰. Esto, puede conducir a que las partes se vean constreñidas; la víctima por necesidades económicas y el acusado por el miedo a la imposición de una pena. Por último, la pena no puede ser sustituida por la reparación porque, para lograr los fines preventivos, es necesario que la pena sea la manifestación de que el Derecho Penal está vigente como protector de bienes jurídicos, es decir, sirve para confirmar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia⁸¹.

De todo lo expresado, cabe inferir que esta justicia extrapenal es sumamente criticable desde planteamientos del Estado liberal garantista, a pesar de ser una vía más idónea para reconocer los derechos de las víctimas y obtener la reparación del daño. El problema como ha manifestado, SILVA SANCHEZ, radica en valorar si estas medidas, que realmente son más baratas, rápidas, flexibles, en las que existe una menor hostilidad y tensión emocional, compensan la disminución de garantías que lleva implícitas el principio de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, imparcialidad, derecho a la presunción de inocencia, etc.⁸².

IV. LA REPARACIÓN.

Las expectativas de las víctimas, según los estudios empíricos, no puede identificarse con pretensiones monetarias, sino que lo que la víctima espera

⁷⁸ Así, J.M. SILVA SANCHEZ, *Medios no judiciales de reparación de la víctima*, op. cit., p. 353.

⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 347 y ss.

⁸⁰ Vid., MUÑOZ CONDE, *Prólogo a las Víctimas ante el jurado de G. P. Fletcher*, op. cit., p. 13.

⁸¹ En este sentido, W. HASSEMER, "Consideraciones sobre la víctima del delito", en ADPCP, Madrid, 1990, p. 256; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, libros, Valencia, 1996, 627 y s.

⁸² Vid., J.M. SILVA SANCHEZ, *Medios no judiciales de reparación de la víctima*, op. cit., pp. 348 y s.

y exige es justicia y no una compensación económica⁸³. Sin embargo, en un número considerable de casos, el interés que mueve a las víctimas a imponer una denuncia es la obtención de la reparación del daño sufrido. El Código penal español de 1995 sigue configurando la reparación del daño a las víctimas como una cuestión del Derecho Penal, cuya decisión se lleva a cabo en el seno del proceso, sin intervención activa de las víctimas, y cuyo contenido es de inequívoco valor económico. Así, su regulación se recoge en el Título V del Libro II, bajo el epígrafe responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas; la determinación de su contenido y extensión es fruto de una decisión razonada del juzgador penal en cuya elaboración no intervienen las víctimas y victimarios (art. 115 CP); su contenido rezuma un carácter claramente patrimonial al ceñirse a la restitución, reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP). Como excepción a esta concepción patrimonial de la reparación cabe reseñar el art. 112 CP. Este precepto configura la reparación del daño causado a la víctima como responsabilidad civil que emana del delito y puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer, dependiendo de la naturaleza del daño y de las condiciones personales y patrimoniales del culpable. En el primer supuesto, propio de la concepción estática de la víctima, la restauración del daño tiene lugar por un tercero o la propia víctima, con la cobertura, más ficticia que real, a partir de los niveles de insolvencia declarados judicialmente, ofrecida por el patrimonio del victimario. En el segundo supuesto, propio de la concepción dinámica de la víctima, se produce una realización personal por el infractor de la actividad de reparación, vertebrada, la mayoría de los casos, en la previa adopción de una solución consensuada con la víctima, ámbito en el que ostentan una especial importancia los sistemas de mediación.

Por otra parte, los esfuerzos realizados por el infractor, para reparar los daños causados tienen una gran importancia en la determinación de la pena, en el CP se prevén como una atenuante (art. 21.5 CP). La reparación, además, se establece como presupuesto necesario para obtención de la condena condicional (art. 81.3 CP) y será valorada positivamente en la decisión de sustituir la pena privativa de libertad, que no excedan de un año, por arresto de fin de semana o multa (art. 88.1 CP). También destacar que, cuando los bienes del penado no son suficientes se establece (art. 126 CP) el orden de prelación en la cobranza de las responsabilidades del reo y, en primer lugar, aparece la reparación del daño causado o indemnización a los perjudicados. En consecuencia la satisfacción de las víctimas es prioritaria a los propios intereses del Estado⁸⁴ y a los del reo porque precede a la de la multa, cuyo impago lleva aparejado una responsabilidad civil subsidiaria, es decir, la cárcel.

⁸³ J. L. SANGRADOR, *La víctima y el sistema jurídico penal*, op. cit., pp. 88 y ss.

En definitiva, puede comprobarse como, el legislador ha tratado de incentivar en los diversos momentos del suceso criminal la reparación del daño causado por el delito a la víctima, aunque en algunos casos ha sido criticado por la doctrina el supeditar la suspensión de la pena –los objetivos resocializadores– a la previa satisfacción civil. Una postura intermedia es la propuesta por LARRAURI, que consiste en conceder la suspensión de la pena cuando concurren el resto de requisitos y que se establezca la obligación de proceder a la reparación durante el tiempo que dure la suspensión⁸⁵.

En cualquier caso, la regulación que el Código Penal realiza de la reparación del daño a las víctimas se enfrenta a una realidad constatable en la práctica: la insolvencia del penado, muchas veces vinculada a una deficiente investigación jurisdiccional de su patrimonio. El reconocimiento formal de determinados derechos puede ser una entelequia sino se crean las condiciones materiales para su eficaz ejercicio⁸⁶. En cualquier caso, la imposición de una pena no puede convertirse en un obstáculo para reparar, por lo que sería aconsejable para proteger mejor a las víctimas la incorporación de todas las medidas precautorias de carácter civil, como el embargo, prohibición de contratar, anulación de prendas e hipotecas, etc.⁸⁷.

Puede constatarse que, junto a los programas de reparación estatales antes aludidos, existen una serie de iniciativas tendentes a que la reparación de la víctima conlleve la realización por parte del delincuente de una serie de actividades encaminadas a cubrir el daño. Los programas dentro del sistema jurídico-penal, a través de los cuales se consigue la restitución de los perjuicios padecidos por las víctimas, pueden ir desde el pago de una cantidad de dinero hasta la realización de una determinada actividad en beneficio de la comunidad o de la prestación de ciertos servicios por el infractor en beneficio de la víctima, también pueden consistir en prestaciones simbólicas de desagravio como obsequios al perjudicado o favores, como disculpas o conversaciones de reconciliación, etc..

Esto nos hace reflexionar no sólo sobre si la reparación podría evitar la imposición de la pena, es decir, sobre si se propugna como una alternativa a la pena privativa de libertad, sino que también debemos valorar la admi-

⁸⁴ En sentido completamente opuesto, cfr., G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., p. 80.

⁸⁵ E. LARRAURI PIJOAN, “La reparación” en *Penas alternativas a la prisión* (Coord. CID/LARRAURI), BOSCH, 1997, p. 194.

⁸⁶ G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., p. 87.

⁸⁷ Así, BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 101. Además, en los casos de insolvencia, como manifiesta J. DE VICENTE REMESAL, “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, BOSCH 1997, p. 200, es preciso además tomar precauciones especiales en el archivo de ejecutorias, que no deben acordarse presumiendo la imposibilidad de que las obligaciones sean insatisfechas. El archivo debe ser provisional y revisado periódicamente.

sión de la reparación dentro de un proceso penal como pena independiente o “tercera vía”⁸⁸. En este contexto, merece especial consideración, el “Proyecto Alternativo de Reparación” realizado en Alemania en 1992, con ROXIN a la cabeza, que propugnó, en determinadas circunstancias, cuando el autor repara de algún modo el daño que la infracción penal ha producido en la víctima, una serie de alternativas a la pena.

Algún sector de la doctrina ha afirmado que estamos ante un nuevo paradigma de justicia penal y que este modelo sustituirá al fracasado modelo retributivo⁸⁹. Insisten en subrayar los efectos positivos adjudicados a la reparación desde la perspectiva de la prevención especial, puesto que al implicar a los infractores en la misma se les obliga a constatar el daño producido por su conducta, lo que debe repercutir muy favorablemente en su rehabilitación. Esto no ocurre, por ejemplo, con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Desde el punto de vista de la prevención general positiva, los delinquentes suelen cumplir de forma más efectiva los acuerdos de reparación⁹⁰, además de una solución al conflicto con la víctima, generaría un efecto sobre la comunidad. En otras palabras, la reparación reafirma el Derecho en la conciencia de los ciudadanos y restablece la paz jurídica⁹¹. Del mismo modo se indica que, la víctima habitualmente acepta con mayor satisfacción las ofertas de reparación, disculpas, etc., ya que ve cubierto mejor sus expectativas e intereses objetivos, pasando el contenido material de la indemnización a un segundo plano⁹². Por ende, una condena que obligue al ofensor a reparar personalmente los daños causados, implica una pena económica en su ejecu-

⁸⁸ Vid., DÜNKEL, *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica de Derecho penal en el Derecho comparado*, *Victimología*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, p. 141 y s. No comparte esta opinión, cfr., C. ROXIN, “La reparación en el sistema de sanciones”, *op. cit.*, pp. 19 y ss. E. LARRAURI PIJOAN, “La reparación”, *op. cit.*, pp. 177 y ss., afirma que si se admite la reparación como pena independiente deberá reunir las siguientes características: 1. Su presupuesto debe ser el delito y requiere de una declaración de culpabilidad. 2. La reparación debe graduarse como el resto de penas, de acuerdo al daño producido y a la culpabilidad de la persona. 3. La reparación como pena debe tener un carácter público y no depende de la víctima. 4. La reparación como pena, debe ser personal, no es asegurable y no es transmisible. 5. La ejecución y garantías de éxito de la reparación como sanción penal autónoma se asegura, como el resto de penas, por la amenaza de la pena de cárcel.

⁸⁹ Entre otros, vid., J. L. SANGRADOR, *La víctima y el sistema jurídico penal*, *op. cit.*, pp. 86 y ss. El propio C. ROXIN, “La reparación en el sistema de sanciones” en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nº 8, Madrid, 1991, pp. 19 y ss., ha afirmado que la reparación solo es incompatible con la teoría retributiva de la pena.

⁹⁰ Vid., J. L. SANGRADOR, *La víctima y el sistema jurídico penal*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; DÜNKEL, *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica de Derecho penal en el Derecho comparado*, *Victimología*, *op. cit.*, p. 141 y s.; GARCIA-PALOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos del jurista*, *op. cit.*, p. 55; G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, *op. cit.*, pp. 78 y ss.; M. HERRERA MORENO, *Introducción a la problemática víctima-ofensor. Hacia la paz por la conciliación*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.

⁹¹ C. ROXIN, *La reparación en el sistema de sanciones*, *op. cit.*, pp. 5 y s.

⁹² *Ibidem*.

ción, lo que conlleva un notable ahorro al Estado⁹³. Finalmente, la reparación supone una respuesta al delito más razonable y humanitaria, lo que sin duda permitiría que se incrementase la denuncia de delitos⁹⁴.

Frente al establecimiento de la reparación como alternativa se alega que, aunque es posible reconocer que tiene ciertos efectos preventivos, sin embargo, sólo en aquellos delitos de bagatela o escasa entidad, que no pueden ser despenalizados y sancionados por el Derecho Civil, podría mantenerse como una alternativa a la pena privativa corta de libertad⁹⁵. En cambio, creemos que es más coherente que estos delitos se despenalicen y se sancionen según el Código Civil. De esta suerte, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil, que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo estos desencuentros interpersonales. Por lo demás, establecer la restitución como alternativa a la pena, cuando supone el pago de una determinada cantidad por parte del infractor a su víctima, puede llevar a la paradoja de estar privilegiando la capacidad económica del infractor, porque sólo aquellos que tengan ciertos recursos económicos podrían acogerse a esta alternativa, lo que infringiría el principio de igualdad.

En contra de la reparación como pena autónoma se objeta que implica asumir una supuesta naturaleza privada de la sanción penal. Ello, contradice la necesidad de separar la responsabilidad penal de la responsabilidad civil, porque mientras la responsabilidad penal es proporcional a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil se fija conforme a la gravedad del daño, que en ocasiones puede ser mayor que el delito cometido. Cuestión que parece bastante confusa en la regulación de la reparación como responsabilidad civil derivada del delito, ya que en el art. 122 CP se menciona al culpable y no al responsable civil⁹⁶. En efecto, un hecho punible no se mide por la magnitud de los perjuicios que puedan ser resarcidos, porque esto nos llevaría a considerar impune la tentativa de homicidio, dado que en este supuesto no existe ningún daño. Pero es que además, autores, como ROXIN, que aceptan la reparación como sanción autónoma, sin embargo, exigen que el acuerdo extrajudicial a través de cual pueda alcanzarse debe estar controlado por la fiscalía y debe ser limitado. En consecuencia, requieren que el núcleo del acuerdo para imponer una reparación sea desarrollado en el proceso penal formal, con una declaración de culpabilidad y con una renuncia a la pena previa⁹⁷. El incumplimiento

⁹³ Por todos, vid., GARCIA-PALOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos del jurista*, op. cit., p. 55; G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., pp. 78 y ss.

⁹⁴ Vid., GARCIA-PALOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos del jurista*, op. cit., p. 55.

⁹⁵ Vid., J.M. SILVA SANCHEZ, *Medios no judiciales de reparación de la víctima*, op. cit., 1993, p. 352.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 622 y 630.

⁹⁷ Así, C. ROXIN, *La reparación en el sistema de sanciones*, op. cit., p. 17.

de la reparación lleva a la apertura del juicio oral. En cambio, hay quienes en la actualidad, mantienen que una de las vías a través de las cuales la víctima puede obtener la reparación y, al mismo tiempo se puede evitar el proceso penal, es la mediación. Por tanto, la reparación no sólo sería una pena autónoma sino que además se impondría por una vía extrajudicial, con todos los problemas que esto implica y que me dispongo seguidamente a desvelar. Esto, nos lleva a afirmar que, mientras que el citado proyecto alternativo de reparación ofrece una nueva perspectiva dentro sistema penal que pretende dar un mayor protagonismo a la víctima a la hora de obtener su satisfacción del daño sufrido por la infracción penal. Empero la mediación de corte exclusivamente victimológico, que paso exponer a continuación, entronca con el movimiento anglosajón de la diversión y pretende sustituir el sistema penal.

V. LA MEDIACIÓN.

La reparación normalmente se alcanza siempre al final de un proceso de mediación con éxito. La mediación es un programa que se orienta a la restitución a través de un acuerdo extrajudicial de reparación entre delincuente y víctima, teniendo presente el interés de la misma y procurando la menor estigmatización y coerción respecto al delincuente. Estamos ante una alternativa que apela al principio de oportunidad con el objetivo de evitar el inicio de un proceso penal y de buscar la solución de conflictos de forma pacífica.

La mediación pretende crear una alternativa de justicia penal para que la víctima y el autor del hecho delictivo alcancen un acuerdo y resuelvan así sus conflictos. Se trata de “establecer un espacio participativo e interactivo entre el infractor y la víctima, con el objetivo de solucionar el conflicto con la participación de las dos partes y la orientación del proceso por el mediador”⁹⁸ y de esta forma sustituir el fracasado modelo retributivo. Estamos ante una alternativa extrapenal que se desarrolla a nivel internacional como una nueva tendencia político-criminal que, trata de reducir progresivamente la penalización con carácter general. Bajo el ideal de resocialización, la desjudicialización o diversión del conflicto trata de evitar el peligro de la hipercriminalización que late en el Derecho penal contemporáneo y también puede ayudar a superar lo que se denomina “crisis de punición”, propiciando respuestas adecuadas al delito cuando las respuestas penales se consideran inadecuadas, eludiéndose en la medida de lo posible la entrada en el sistema penal y la dureza del régimen penitenciario⁹⁹.

⁹⁸ Tal y como declara El proyecto de Mediación de la Dirección General de Justicia Juvenil.

⁹⁹ Más ampliamente, M. L. GUTIERREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la impunidad y justicia de menores*, (ejemplar mecanografiado), 1997.

El conflicto del delincuente con la víctima y con la comunidad se resuelve a través de un proceso de mediación. La conciliación implica un encuentro entre el agresor y la víctima, con la voluntad de las dos partes y la actuación de un profesional-mediador. El mediador hace de conductor del proceso, facilita el máximo el medio de contacto, que puede producirse a través de un encuentro, una conversación telefónica, una carta, etc. en función de las circunstancias y posibilidades de las dos partes. En el acto de mediación, en presencia del mediador, las dos partes acuerdan y concretan las formas o actividades encaminadas a reparar el daño. En cada caso se ha de estudiar cuáles son las actividades más convenientes para realizar la reparación, que siempre van dirigidas directamente a la víctima, sea ésta un particular o una institución determinada. De esta última afirmación podemos extraer dos consecuencias: primero, el mediador se diferencia del árbitro en que tiene que explorar las mejores vías para lograr el entendimiento entre la víctima y el infractor, mientras que el árbitro tiene capacidad de decisión para imponer una solución que vincule a ambas partes¹⁰⁰; segundo, en principio, se admite los programas de mediación y reparación cuando la víctima es una persona jurídica, pero no cuando el daño es sufrido por una pluralidad indiferenciada de sujetos porque no puede hablarse realmente de conciliación víctima-delincuente, aunque exista una actitud de asumir la responsabilidad por parte del infractor y proceda a la reparación¹⁰¹.

En otro orden de cosas, incidir en que adicionalmente a los problemas, que como ya hemos visto, presenta la mediación, como vía de justicia extrapenal en relación a las exigencias de un Estado garantista. Por un lado, no hay que olvidar que es imprescindible que la víctima y el delincuente acepten voluntariamente esta vía de solución del conflicto, lo que supone un reconocimiento de su culpabilidad en el momento de su detención. Este requisito, desvirtúa una serie de principios procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En concreto, entra en conflicto con el principio de presunción de inocencia, ya que de no alcanzar el acuerdo en la mediación, el hecho de que se haya sometido al programa de mediación será apreciado en el proceso penal que se desarrolla posteriormente, como aceptación de responsabilidad. Por ello, una vez aceptada la mediación, el delincuente puede verse presionado a asumir las condiciones abusivas o injustas, infringiendo el principio de proporcionalidad por la posición de inferioridad en que se encuentra el agresor. De ahí que, un sector de la doctrina estime conveniente la presencia de abogados para igualar el poder entre las

¹⁰⁰ Vid., J.M. SILVA SANCHEZ, *Medios no judiciales de reparación de la víctima*, op. cit., 1993, p. 352.

¹⁰¹ Así, M. L. GUTIERREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, op. cit., (ejemplar mecanografiado).

partes¹⁰². Por el otro, la mediación puede llegar a aumentar el poder punitivo cuando el incumplimiento de acuerdos lleva aparejado una pena de cárcel, a un comportamiento que normalmente no se le hubiera impuesto una pena privativa de libertad, o cuando la reparación fruto de un procedimiento de mediación se añade a la pena, ya impuesta por los tribunales¹⁰³. Además, conviene incidir en que la mediación no puede ser llevada a cabo por centros comunitarios llevados por profesionales porque sería anticonstitucional. El mediador debe ser como mínimo, tal y como propone el sistema francés, un experto fuertemente controlado por la Administración de Justicia.

Entre las distintas estructuras que puede presentar la mediación para obtener el sobreseimiento, a nuestro entender, la que presenta más garantías es aquella que entiende que la mediación necesita del DP, éste dice cual es el delito, quien es la víctima y quien es el infractor, en base a sus principios y normas¹⁰⁴. Por ende, el juez debe representar la legalidad mediante la cual actúa el mediador. El infractor debe declarar ante el juez y éste será quien dé la orden de mediación, resuelva sobre el programa de reparación y dicte la resolución final, teniendo en cuenta la reparación efectuada por el infractor. La mediación/reparación extrajudicial, en estos casos, se incorpora al interior de procedimiento penal, ya que el juez deberá velar porque el acuerdo entre las partes cumpla con los criterios de proporcionalidad en que se inspira el DP. Pero, es cierto que, el proceso de mediación está encaminado a imponer una sanción penal, y no a averiguar si el causante es responsable penalmente de la producción del evento. En definitiva, el proceso de reparación excluye el proceso de investigación¹⁰⁵. La mediación, así concebida, se ubicaría dentro del DP y se rige por sus principios, aunque el conflicto social se resuelva extrajudicialmente, con lo que no puede pensarse que esta alternativa incida en el desarrollo de las ideas abolicionistas, que no sólo propugnan la desaparición de la cárcel sino también la abolición del sistema de justicia penal.

En cualquier caso, la mediación no se concibe como una alternativa global, sino que está limitada: primero, por la naturaleza del hecho, delitos de escasa importancia o no violentos (delitos contra el patrimonio en los que no

¹⁰² Vid., M. HERRERA MORENO, *Introducción a la problemática víctima-ofensor. Hacia la paz por la conciliación* op. cit., p. 404, quien reconoce que uno de los principales problemas que presenta la conciliación es la de la posibilidad de acceder a la conciliación sin que la imputación este lo suficientemente probada.

¹⁰³ Por ello, LARRAURI propone en BUSTOS RAMIREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, op. cit., p. 113, que esta sanción debe configurarse como un sustituto y no como un añadido de la pena privativa de libertad

¹⁰⁴ Vid., A. HARTMANN, "Beleitforschung für die Modellprojekte in München und Landshut-Rückblick, Ausblick, erste Ergebnisse", en *Täter-Opfer-Ausgleich*. Bonn, 1989.

¹⁰⁵ En este sentido, vid., J.J. QUERALT, *Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación*, op. cit., p.155.

medie violencia o intimidación, delitos contra el honor, etc.), excluyéndose lógicamente los más graves; segundo, por las características del autor, cuando el infractor sea un menor de edad o sea un delito imprudente cometido por profesionales; tercero, no sería posible la mediación cuando se trate de ilícitos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos colectivos, ya que en estos casos, la víctima no se puede identificar, son delitos con víctimas difusas.

En el caso de delitos de bagatela, teniendo en cuenta que la respuesta penal es la forma más grave de reacción social y que se debe reservar para los casos en los que la colectividad se ve seriamente afectada. Debe destacarse que, sin embargo, muchos de estos delitos no suelen obedecer a este esquema y pueden solucionarse mejor por otras ramas del ordenamiento jurídico, por lo que hubiera sido mejor despenalizarlos, ya que el sobreesimiento se hubiera producido igualmente en la mayoría de los casos. No obstante, la previsión de la mediación no es una vía idónea para obtener la despenalización sino que más bien introduce el perdón legalmente regulado¹⁰⁶, que puede ser objeto de transacción o imposición. En otro orden de cosas destacar que, aplicar la conciliación en el caso de delitos imprudentes cometidos por profesionales aunque en este ámbito la víctima aceptaría con más facilidad esta vía reparadora, en cambio tal alternativa supondría privilegiar a este sector, infringiendo el principio de igualdad. Los profesionales no tardaría en proveerse de seguros para cubrir este tipo de responsabilidades, como de hecho ya se esta haciendo. Además, conviene precisar que desde los postulados del fin de la prevención general, en este ámbito más que ningún otro, la amenaza de una pena privativa de libertad cumple su fin intimidatorio, procurando que los profesionales actúen con la diligencia debida¹⁰⁷.

No podemos obviar que, los programas de “diversión” han sido importantísimos en Estados Unidos y Canadá. En algunos países, como en Alemania los programas de mediación son de libre de aceptación por parte del delincuente y la víctima. Esta vía extrajudicial fue aceptada por un 80% en los casos en que se propuso. En nuestro país, únicamente en Cataluña, esta vía conciliadora se desarrolla inicialmente en Derecho Penal juvenil (Ley 4/1992 de junio). En este ámbito es donde se dan las mejores condiciones, visto el carácter especial de las normas aplicables a la población juvenil¹⁰⁸.

¹⁰⁶ G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., pp. 97 y ss.

¹⁰⁷ Cfr., J.M. SILVA SANCHEZ, *Medios no judiciales de reparación de la víctima*, op. cit., p. 354 y ss.. quien considera que en este ámbito pueden desarrollarse los acuerdos extrajudiciales, exceptuando cuando se ha lesionado imprudentemente algún bien jurídico fundamental.

¹⁰⁸ Los beneficios de la aplicación de la conciliación al ámbito de la delincuencia juvenil han sido puestas de manifiesto por J. FUNES ARTIAGA, AAVV, *Mediación y justicia juvenil*, Fundacio Jaume Callis, Bar-

El derecho de menores no tiene como objetivo la satisfacción de la víctima, pero tiene más probabilidades de éxito si se compensa satisfactoriamente a ésta. La mediación en el ámbito juvenil pretende retrasar la entrada en el sistema del proceso penal a los jóvenes y evitar en la medida de lo posible los efectos estigmatizantes de una condena. De ahí que la solución extrapenal sea una opción posible y atendible, un intento serio de ofrecer una alternativa a los modelos tradicionalmente conocidos de Justicia Juvenil. No obstante, los problemas que en la justicia de menores ha planteado la mediación son: por una parte, parece que no ha provocado una disminución sino una ampliación del control porque estas vías extrajudiciales han dado lugar a programas de tratamiento social para delitos o faltas menores, que normalmente no hubieran sido perseguidos penalmente, por la otra, se denuncia que no se puede pretender con la mediación principios reeducativos. El hecho de que pueda convertirse en una opción que acrecienta el principio de intervención, lleva a que parte de la doctrina valore con escepticismo esta alternativa¹⁰⁹y, en consecuencia, demande el establecimiento de unos límites a la “diversión”¹¹⁰.

VI. EPÍLOGO

Resulta evidente que la víctima no reclama compasión sino el respeto de sus derechos. El estado social no puede ser insensible a los perjuicios que sufre la víctima como consecuencia del delito, (victimización primaria) y como consecuencia de la investigación y del proceso mismo (victimización secundaria). La efectiva satisfacción a la víctima exige una intervención positiva de los particulares y de los poderes públicos dirigida a satisfacer sus necesidades y sus expectativas. Por todo esto, estimo que aunque el Derecho Penal esté orientado a la prevención, ello no significa que debemos abandonar a la víctima siempre que sea posible establecer una serie de programas o alternativas que, rodeados de las garantías necesarias, sean capaces de velar por el interés de las víctimas y a la vez de no lesionar los derechos del delincuente. Comparto con LANDROVE la idea de que el actual movimiento victimológico, no puede contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima sino que deben limitarse a reclamar para la persona victimizada

celona 1995. También se defendida esta alternativa por E. GIMENEZ SALINAS, “La conciliación víctima delincuente como alternativa a la justicia penal” en *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, (Comp. M.A. SORIA VERDE), PPU, 1993, pp. 143 y ss.; M. L. GUTIERREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, op. cit., (ejemplar mecanografiado).

¹⁰⁹ Vid., E. GIMENEZ SALINAS, *La conciliación víctima delincuente como alternativa a la justicia penal*, op. cit., p. 148.

¹¹⁰ En este sentido, vid., M. L. GUTIERREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, op. cit., (ejemplar mecanografiado).

el protagonismo que éste merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema penal¹¹¹. Ello es así porque también debemos tener en cuenta que el Derecho Penal no está pensado para resolver el problema de la víctima, la responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados.

A lo largo de este análisis puede observarse como, el VCP ha incrementado la tutela de los intereses de las víctimas, tratando de incentivar al delincuente en las distintas fases del proceso a que repare el daño causado y ha ampliado los supuestos en los que se otorga una especial protección a la vulnerabilidad de la víctima. Por otra parte, a nivel doctrinal, en la teoría general de delito, el desarrollo de la victimodogmática, como hemos puesto de manifiesto, cuando formula el principio victimológico con pretensiones generalizadoras, trata de ensanchar la pretensión punitiva y, por tanto, el ámbito de aplicación del Derecho penal, regresando nuevamente a paradigmas ampliamente cuestionados, como es el “paradigma etiológico”, con detrimento de principios fundamentales que, tanto la política criminal como la dogmática penal, han hecho valer como criterios limitadores del ius puniendi estatal y garantizadores de los derechos del individuo (incluyendo a autores y víctimas) frente a la posible arbitrariedad de dicho poder. Principios como el de subsidiariedad o de *ultima ratio*, se plasman dentro del principio de proporcionalidad en criterios como el merecimiento y necesidad de pena, cuyo desarrollo en las distintas categorías del delito pretende supuestamente la despenalización de determinadas conductas. A nuestro entender, estos planteamiento funcionalistas, no encubren más que una forma de rebautizar instituciones y soluciones ya existentes, sin aportar nada realmente nuevo. Aunque, también debemos reconocer que, determinadas aportaciones victimodogmáticas (en la interpretación de determinados tipos de la Parte Especial) han contribuido a llamar la atención de la dogmática jurídico-penal sobre determinados problemas que plantea la intervención de la víctima. Queda entonces claro que, los defensores de la victimodogmática no pueden pretender que para solucionar un problema concreto deba cambiarse toda la teoría del delito. No es necesario crear una especial victimodogmática sino que el comportamiento de la víctima es un problema que debe ser solucionados sin más por la dogmática¹¹².

La consideración de la víctima en el sistema penal culmina con las propuestas de los programas de reparación y la mediación, que todavía no se han desarrollado en la práctica en nuestro país y dadas las reticencias que plantea la mayoría de la doctrina no se divisa un inmediato desarrollo legislativo porque, además, tal y como pone de manifiesto, MADLENAR, no es

¹¹¹ G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, op. cit., p.24

¹¹² Vid., M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, op. cit., p. 254.

fácil integrar la reparación en una política criminal abierta al delincuente y a la víctima, y que, como consecuencia de esto, se consiga aligerar a los tribunales del conocimiento de casos que pueden solucionarse por otros cauces¹¹³.

Pueden constatarse dos posiciones, en primer lugar, aquellos que sin abandonar el terreno de la prevención general contemplan la reparación como alternativa a la pena privativa de libertad dentro de la justicia penal, en segundo lugar, aquellos que con el fin de aminorar la victimización, propugnan que la reparación como expresión de la justicia reparadora sea realizada en procesos extrapenales de mediación, ya que se entiende que estos programas compensan, reintegran y median pacíficamente. La primera de estas posiciones considero que puede ser una vía idónea para reconocer los derechos de las víctimas y obtener la reparación del daño.

En cuanto a la reparación como pena autónoma o alternativa a la pena de cárcel, a nuestro entender, aunque reconozco los efectos preventivos de la misma, e incluso, que pueda regularse de tal manera que cumpla el resto de los caracteres que tiene la pena, fijando su aplicación atendiendo al daño producido, la culpabilidad y a la capacidad económica del autor, sin embargo, modifica substancialmente el sentido de la reacción penal frente al delito, puesto que se privatiza el sistema penal. Por otra parte, no entiendo que se deba establecer la reparación como pena para los delitos de poca entidad. En estos casos, considero que siempre es más positivo, en lugar de acudir a una alternativa, decriminalizarlos directamente. De este modo, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil, que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo estos desencuentros interpersonales.

Las vías extrajudiciales como mecanismos capaz de conseguir una justicia reparadora sustitutiva de la sanción punitiva, a pesar de tener un alcance limitado, y de que se desarrolle con mayores garantías a iniciativa y bajo el control del juez o fiscal, con una declaración de culpabilidad y la renuncia previa a la pena por el delincuente. Entiendo que la mediación conculca el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad e igualdad, por lo que la prevención general se ve aminorada, teniendo incidencias lesivas para la estabilidad y confianza en el sistema. Podemos afirmar que en la medida en que la mediación sólo se acepta con carácter restringido para desarrollarse en determinados ámbitos. Esta selección de bienes jurídicos puede llegar a ser discriminatoria, generando injusticias y desigualdades. Además esta discriminación también puede darse siempre que la reparación tenga un contenido económico, ya que las personas con un mayor nivel económico tendrán más

¹¹³ Vid., K. MADLENER, "La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal" en *Estudios de Derecho Penal y criminología*, Tomo II, Universidad nacional de educación a distancia, 1989, pp. 9 y ss.

posibilidades de alcanzar un acuerdo con la víctima. Por ende, en los ámbitos en los que hasta ahora se ha aplicado, como nos demuestra los casos de delincuencia juvenil, se puede llegar a extender el ámbito de control social y punición del Derecho Penal.

A pesar de estos inconvenientes, en aras de la protección de los intereses de los menores, no deben ser un obstáculo para en aquellos casos en los que se hubiera iniciado un proceso penal contra un delincuente joven se siga desarrollando la mediación siempre que se rodee de todas las garantías posibles, dada la mayor eficacia resocializadora y preventiva que presenta la mediación frente a las reacción penal convencional, evitando así el efecto estigmatizador de esta última. El delincuente joven, cuando se encuentra en el proceso de mediación con la víctima, habitualmente modifica su perspectiva de los hechos y de sus consecuencias sociales, lo que suele producir cambios en su actitud, modificando la orientación de su conducta.

No quisiera acabar sin antes afirmar que en este artículo se ha pretendido llegar a soluciones político-criminales que amparando y desarrollando los derechos de las víctimas, sean más consecuentes con las exigencias y garantías de un Estado de Derecho. Durante estos años, el ser consecuente es quizás una de las características de la personalidad de Don Marino Barbero Santos que más he admirado, además de ser una enamorada como él de nuestra tierra común, Extremadura.