

# Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos A propósito del Proyecto Alternativo de reparación (\*)

JOAN J. QUERALT

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

## I. PLANTEAMIENTO (\*\*)

En los últimos tiempos, o quizás no tan últimos, las Ciencias penales, y no sólo las penales, vienen prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual y, muy singularmente, se han interesado por su dinámica en dicho contexto.

Ciertamente, la Historia, reciente al menos, del Derecho penal, desde que existe el Derecho penal liberal-democrático, es la Historia del delito, del delincuente, de la pena y, más recientemente, del estado peligroso y de la medida de seguridad. Así las cosas, se afirma unánimemente (1), la víctima no ha sido tenida en consideración ni en el diseño

---

(\*) Contribución al homenaje al Prof. Dr. h. c. mult Claus Roxin organizado por el Centre d'Estudis i Formació Especializada de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, mayo de 1994. Los artículos sin indicación del texto legal corresponden al CP 1995.

(\*\*) Entre la conclusión de este trabajo (mayo de 1994) y su publicación (primavera de 1997) ha sido promulgado el nuevo Código penal de 1995. En lo sustancial las líneas que siguen, entiendo, han de mantenerse. Se han introducido únicamente aquellos cambios forzados por alguna modificación legal puntual de la novísima normativa.

(1) *Vid.*, por todos, GARCÍA-PABLOS, *Manual de Criminología*, Madrid, 1988, pp. 76 y s.; en sentido similar, LANDROVE, *Victimología*, Valencia, 1990, pp. 22 y s. Por su parte, HASSEMER, *Consideraciones sobre la víctima del delito* —trad. Cantarero Bandrés—, en *ADPCP* (I), 1990, pp. 246 y s., explicando este abandono desde la perspectiva del análisis del Derecho penal como protector de bienes jurídicos, señala: «En esta concepción, la víctima es sólo una condición que posibilita la delimitación sistemática del 'bien' o 'interés' digno de protección».

jurídico del Derecho penal sustantivo ni en el rito por el que se hace realidad la pena a imponer por el delito cometido (2).

Por ello, no es de extrañar que cada vez más voces autorizadas de entre los penalistas se hayan ocupado de la víctima del delito desde la perspectiva, precisamente, de la víctima (3). Nace así, aunque no sólo de ahí (4), la Victimología. Y como consecuencia de la aparición de la Victimología se empieza a formular, cada vez de modo más coherente, una serie de procedimientos tendentes, por un lado, a disminuir los efectos de las denominadas victimaciones primaria y secundaria y, por otro, a poner en pie una serie de mecanismos legales que permitan dar una satisfacción a la víctima en todo o en parte o, incluso, al margen o en sustitución de la pena, como castigo estatal al infractor.

De este modo, es lógico que las teorías de la reparación, sea cuales sean las formas materiales o simbólicas (5) que deba o pueda adaptar,

(2) Con independencia de lo que se diga a lo largo de las presentes notas, echemos un vistazo a la LECr. Así, el art. 13 LECr establece: «Consideráanse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, ...». Es decir, es *obligación* de la autoridad que intervenga por primera vez en unas diligencias policiales o judiciales, antes que cualquier otra, la de proteger al perjudicado. El radio de acción de este precepto es claramente auxiliador para la víctima, en evitación de que el mal que sufre —lesiones, por ejemplo— se agraven. Análogamente el art. 786, Primera, LECr estatuye: «... los miembros de la Policía Judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes: Primera. Requerirán que los acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido ...»; aunque nótese que 'ofendido' tiene menor alcance que 'perjudicado'. Finalmente, tanto los arts. 101 y 109 LECr como el art. 781 LECr han de ser recordados; además, este último prescribe: «El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito».

(3) Con razón, SILVA, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática*, en *Criminología y derecho Penal al servicio de la Persona*, Homenaje a Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 633 y s., sostiene que es compatible una teoría dogmática del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, no encerrada en sí misma, preservando el carácter lógico-abstracto. En sentido similar, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 21/2. Por mi parte, me he expresado con carácter general sobre la apertura de la dogmática a las Ciencias Sociales *latu sensu* entendidas, sin que por ello aquella deba perder su rigor, sino, antes al contrario, como necesidad, en *Praxis y dogmática jurídico-penal*, en *FORO CANARIO* (83), 1991, pp. 93 y s.

(4) La obra de von HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, 1948, que recoge algunos de trabajos suyos anteriores [cfr. STANCIU, *Les droits de la victime*, París, 1985, p. 10; in extenso, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s.], suele considerarse el pórtico de la Victimología. Acuñó, al parecer, este término MENDELSON; vid., a este respecto, la breve historia que realiza LANDROVE, *Victimología*, (n. 1), 1990, p. 28. Más extensamente, cfr. WALKLATE, *Victimology. The victim and the criminal justice process*, Londres, 1989, pp. 1 y s., y GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s. De todos modos, ha de resaltarse que la Victimología no tiene siempre la misma intensidad ni siquiera la misma óptica; cfr., a este respecto, LARRAURI, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 232 y s.

(5) El que las medidas de reparación no sean sólo materiales es algo en sí mismo evidente: o el victimario puede ser incapaz en todo o en parte de concluir una reparación completa a la víctima o la víctima no es una persona determinada; cfr. *Arbeitskreis Deutscher, Schweizerischer und Österreichischer Strafrechtslehrer Alternativ-Entwurf Wiederaufmachung (AE-WGM)*, Munich, 1992, pp. 43 y s., especialmente 43, 48, 49 y los §§ 2 (1). 4. y 3 proyectados.

aparezcan en primer plano. En este contexto, merece especial consideración el esfuerzo que un grupo de profesores alternativos alemanes, austríacos y suizos, con nuestro homenajeado de hoy, el Prof. ROXIN, a la cabeza, ha desplegado para ofrecer una serie de alternativas a la pena (6), si, dadas ciertas circunstancias, el productor del delito accede a reparar de algún modo, no siempre materialmente, el daño que la infracción penal ha producido en la víctima.

Este intento, todo hay que decirlo, resulta especialmente moderado con relación a otros mucho más radicales que pretenden desde perspectivas abolicionistas (7) una superación del Derecho penal, pese a ser éste su obligado referente (8), con la consecuente *merma material* para el restablecimiento de la conveniencia que la infracción ha producido *de parte del haz de garantías materiales y procesales* tan arduamente conseguidas a lo largo de la Historia de la cultura política y social. Ha de recordarse que estas garantías están diseñadas para *proteger al ciudadano, presunto delincuente o no*, del uso tradicionalmente inmoderado del *ius puniendi*.

Conviene, antes de entrar a valorar la adecuación global a nuestro ordenamiento de las líneas generales de las medidas alternativas a la pena y, en especial, de la más acabada propuesta en favor de la víctima que se ha hecho en los últimos tiempos, echar una ojeada, si bien somera, al estado actual de la relación del Derecho penal con la Victimología, pues algunas de las propuestas se deben, en buena medida, a un planteamiento muy convencional del que han hecho gala los propios penalistas contemporáneos.

En efecto, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se dio la traste con el modelo de estado previo a 1939, socabado ya por planteamientos relativistas y, por tanto, con él desapareció el modelo eminente y residualmente iusnaturalista y retribucionista de Derecho penal que desde el advenimiento del estado liberal-burgués había sido su fruto directo. De un lado, una mayor preocupación por el ser humano, no desde la perspectiva ideal más o menos roussoniana, sino desde una vertiente mucho más realista, se dio paso con plena carta de naturaleza al Estado social de Derecho que, a lo largo de los años sesenta y setenta, podría ser calificado, además, de democrático. Lógicamente, ello tuvo su influencia en el campo del Derecho penal, tanto en el terreno de la Ciencia como en el de la legislación y el de la jurisprudencia (9). La

---

(6) El ya citado *Alternativ-Entwurf* (n. 5).

(7) Vid. una exposición en SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima (Con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional)*, en *LA LEY*—Argentina—, 23.4.1993, p. 3.

(8) O lo que es lo mismo: sin Derecho penal no hay ni delito ni delincuente; por tanto, la protección de la víctima se volatiliza. Esto se entiende, acertadamente, como una quiebra de las garantías básicas del Estado en el sentido de compromiso de protección de los más débiles; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 27.

(9) La relación entre evolución política y Derecho penal puede observarse en las magistrales páginas de MIR, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 315 y s.

prueba más acabada de ello nos la ofrece el Proyecto Alternativo alemán de 1968, del que, una vez más, el Prof. ROXIN es uno de sus paladines.

Los rasgos fundamentales de este nuevo pensamiento jurídico-penal estriban en la necesidad de configurar la Política Criminal como medio orientador y comprensivo del Derecho penal, en el impulso de las garantías penales y en el desarrollo de principios tales como el de legalidad, culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, todo ello orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Las consecuencias directas de esta efervescencia, asombrosamente llevada a la práctica de modo abrumador para lo que suelen ser los movimientos teóricos, cabe encardinarlas en un doble haz de aspectos. Por un lado, nos encontramos con un pujante movimiento descriminalizador y un consecuente auge del abolicionismo. Ciertamente, si la misión del Derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos y ello sólo como última ratio y con carácter fragmentario, tal característica supone la desaparición de muchas conductas (10) y correlativo repliegue del ámbito de lo punible. Así las cosas, no es de extrañar que se clame por un abolicionismo del Derecho penal vista su autopropiciada mengua.

Pero este abolicionismo no siempre es directo y abierto, sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el Derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima, es decir, con la aparición de la victimología. En efecto, en términos generales, la cultura penalística continental había dejado de lado la consideración de la víctima más allá de lo meramente indemnizatorio, y, aun así, limitadamente (11). Desde una perspectiva global resulta ciertamente asistemático y, por tanto, lamentable, el mencionado olvido, puesto que, si se considera que la misión del Derecho penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos, no cabe olvidar que esos bienes jurídicos, singularmente, los de índole individual, representan, no sólo una quiebra del ordenamiento jurídico, con su consiguiente repercusión social —y, de ahí, la entrada en acción del Derecho penal—, sino que, además, el delito, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penalmente protegido, comporta, igualmente, un menoscabo que el titular del bien no sólo percibe sensorialmente, sino, y esto es lo más importante, sufre.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es la de ofrecer un mayor protagonismo a la víctima a la hora de buscar su satisfacción ante la producción del evento lesivo que el delito supone. Y no sólo eso; se pretende evitar la victimización secundaria, mediante la obtención de una

---

(10) Aunque el propio ROXIN hable, a la vista de los hechos, de huida hacia el Derecho penal en no pocas ocasiones; vid., por ejemplo, *El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo* —trad. J. J. Queralt—, en *La reforma del Derecho penal*, S. Mir ed., Bellaterra, 1980, p. 87.

(11) Vid., por todos, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 22 y s.

satisfacción al detrimento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales.

Para ello se han ofrecido una serie de alternativas que, grosso modo, podemos sintetizar en dos apartados. Por un lado, están las corrientes doctrinales y, por ahora parcialmente implementadas, consistentes en lo que se puede denominar *mediación* (12). Otra corriente de pensamiento, también insuficientemente implementada hasta la fecha es la que representa el citado Proyecto alternativo de *reparación*. Este planteamiento resulta mucho más ambicioso y de mucho mejor diseño que la mediación de corte exclusivamente victimológico; y, es más: pretende sustituirlo (13), aunque, ciertamente, entronca con el movimiento que genéricamente cabría denominar *diversión*, originario del mundo anglosajón (14).

Así las cosas, procede, antes de analizar las líneas maestras del Proyecto Alternativo de reparación, una verificación somera de la adecuación de este tipo de *medidas extrapenales como reacción al delito*. Para ello, conviene, en primer término, comprobar la adaptabilidad de las líneas maestras de la mediación a nuestro ordenamiento jurídico.

## II. LA MEDIACIÓN: ALGUNOS PROBLEMAS

Entrando en el terreno de la *mediación* ha de señalarse que se trata de hallar una solución al problema de la victimización del sujeto pasivo del delito. Esta solución, y siempre con la idea de no incrementar dicha victimización, es decir, la victimación secundaria, pasa por que un tercero, el juez, normalmente, tercie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, incluso, entre los perjudicados, con el fin de evitar la prosecución del procedimiento y dar una satisfacción a la víctima, no necesariamente económica (15).

Las *ventajas* de este sistema, como de cualquier otro que suponga una *finalización anticipada del Proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio*, vienen determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la Administración de Justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: *la víctima encuentra una solución*

---

(12) Cfr. WALKLATE, *Victimology*, (n. 3), 1989, pp. 119 y s.

(13) *Vid. Alternativ-Entwurf*, (n. 5), 1992, pp. 22 y s.

(14) *Vid. op. cit.*, pp. 20 y s.

(15) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 79; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22, 24, 26, 41 s. [§ 1. 3 AE-WGM]; TAMARIT, *La reparación a la víctima en el Dret penal*, Barcelona, 1993, p. 94. Críticamente, en cambio, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, p. 126, sobre las posibilidades reales del sistema. En sentido similar, ampliando el radio de acción crítico por la poca atención de la victimología a los nuevos delitos, HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s.; LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., recogiendo las críticas al optimismo victimológico embebido de las estadísticas y estudios, cuando éstos antes se despreciaban.

al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular (16), con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto al daño que el delito en su día le causó.

Este modo de arreglo extrapenal al mal que el delito genera y comporta concomitantemente tiene una *fuerte carga psicologista* (17). Busca, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima.

## A) Objeciones

Los inconvenientes político-criminales y dogmático-jurídicos que se oponen a este modo de encarar la problemática de la satisfacción debida —eso es indiscutible— a la víctima y evitar su ulterior y, en ocasiones, reiterada victimación son, a mi modo de ver, dignos de ser tenidos en consideración. Sin embargo, como no hay rosas sin espinas, algunos reparos, graves incluso, cabe formular a la mediación y procedimientos análogos. Por tanto, este método habrá de ser manejado, hechas, si ello es necesario, las reformas legales ad hoc, cum grano salis.

Veamos, pues, algunas objeciones. Así:

### 1) *Objeciones político-criminales*

Desde el punto de vista *político-criminal* dos son los obstáculos que impiden la admisión con carácter general y serio de la mediación.

En efecto, por un lado, transforma el proceso penal en algo próximo al diván de psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real (18).

Esta perturbación de la función político-criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como *criminógena*. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones sólo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción que-

(16) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 15), 1992, p. 34.

(17) Cfr., por ejemplo, BERISTAIN, *La Victimología creadora de nuevos derechos humanos*, en *Victimología* (A. Beristain/J. L. de la Cuesta dirs.), San Sebastián, 1990, pp. 222 y s.

(18) Extremo éste sobre el que ROXIN, acuñado la teoría dialéctica de la unión, ya se pronunció en *Sentido y límite de la pena estatal* (1966), en *Problemas actuales de Derecho penal* —trad. Luzón Peña—, 1976, p. 25.

da saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: *hace el delito rentable*, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general.

Político-criminalmente también resulta más que problemático que pueda hablarse de un *sometimiento voluntario* a la mediación, cuando quien ésta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni tan siquiera está en la misma situación que la víctima. En efecto, de no acceder el victimario a la mediación, el proceso penal seguirá no sólo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima pudiera acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como a un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el Juez podrá imponer la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita (ex. art. 66, 1.<sup>ª</sup>).

A lo dicho, es decir, a la *falta de simetría* entre tales posiciones entre víctima y victimario, se añade un nuevo motivo político-criminal de desacuerdo, si se verifica el riesgo que a continuación se expone. Se trata de que, ante la negativa o imposibilidad a conciliarse con la víctima, al presunto victimario es posible que, como se ha dicho, se le incremente, dentro de los límites legales, la pena resultante. Ello tiene como consecuencia un diabólico efecto, a saber, *hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no*, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. Con lo cual, el ejercicio de un derecho, que es un derecho previsto, incluso con rango de derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre el riesgo de convertirse en una carga. De este modo quedaría desvirtuado el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible (19).

Y es algo más que discutible, cuando se entiende que la voluntariedad de la participación en la mediación tiene como objetivo —objetivo que no podría alcanzarse, si no hubiera esta disponibilidad voluntaria del victimario— en *pasar cuentas personalmente el autor y la víctima* (20). Esto, ciertamente, tiene un claro componente moralizante que parece casar mal con los planteamientos normativos del Derecho penal moderno. Conscientes de ello, los autores del *Alternativ-Entwurf* afirman que esa disponibilidad voluntaria no ha de ser tomada desde un prisma ético. «Basta —señalan— una decisión voluntaria adoptada bajo la presión

---

(19) Tan discutible, que el propio *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40, pasa de puntillas sobre dicho tema, aunque en p. 34 es mucho más explícito, pero reconociendo ciertos inconvenientes de índole jurídico-constitucional.

(20) Así, expresamente, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40 —s. o.—. Cfr., en sentido similar, BERISTAIN, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 223.

*del Proceso Penal*» (21). Aunque, en realidad, adoptar una decisión voluntariamente, no supone que se haya adaptado libremente, lo cierto es que se reconoce la presión y eso puede ser origen de muchos males futuros. O se afina en este aspecto o el remedio pudiera ser peor que la enfermedad.

Con todo, este expreso y rotundo pronunciamiento del *Alternativ-Entwurf* pone bien a las claras de manifiesto que, como mínimo, los peligros antes enunciados de que la negativa a conciliarse por parte del presunto victimario con su víctima le acarreen perjuicios. Y estos perjuicios se deben al intento de haber ejercido unos derechos legítimos (22). Pero estos legítimos derechos no deben llevar, en mi opinión, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho penal —o, si se quiere, del sistema penal— que sustituya el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro víctima*, tal como parece proponer BERISTAIN (23). Como señala LANDROVE, tal como hacen las versiones más razonables del actual movimiento victimológico, no hay que contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima: hay que limitarse a reclamar para la persona victimizada el protagonismo que ésta merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema legal (24).

Y aún cabría añadir algo más: la víctima, por contra, ya no tiene nada que perder e, incluso, pudiera reforzar su postura, lo cual, de otra parte, resulta igualmente legítimo. Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre victimario y víctimas (25).

## 2) *Objeciones dogmático-políticas*

Desde el punto de vista dogmático-jurídico son bastantes los inconvenientes que se ven para implementar, incluso legalmente, esta nueva figura. En primer término, surge la objeción de una *privatización del*

(21) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 27, 40.

(22) Estos perjuicios no distan de los que se producen en los acuerdos de conformidad previstos en el procedimiento abreviado entre la acusación y el acusado. Sobre la dudosa judicialidad de estos acuerdos y sobre que este modo de poner fin al proceso sus trae a los órganos judiciales la exclusiva y excluyente función jurisdiccional, cfr. STS 17-6-1991 (Ar. 4728).

(23) Vid. BERISTAIN, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 225; esta postura es más radical que la sostenida anteriormente: cfr. el mismo, *Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados*, en ADPCP (II), 1986, passim. Cfr., además, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 103, que siguiendo a MARTÍNEZ ARRIETA, *La víctima en el Proceso penal*, en *Actualidad Penal* (4), 1990, p. 44, se inclina en caso de conflicto entre derechos del victimario y de la víctima por los de ésta, contradiciendo su afirmación en sentido de que los derechos de la víctima no deben perjudicar a los del presunto culpable (*op. cit.*, p. 24).

(24) Vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 24.

(25) Cfr. HASSEMER, *Condiciones* (n. 1), 1990, p. 256/7.



*Derecho Penal* (26). Suprimido en 1983 el perdón, entonces don, de la ofendida, incluso una vez recaída sentencia (27), la regulación del perdón del ofendido en el CP de 1995 ha experimentado un cambio sustancial. En primer término, deberá ser otorgado expresamente por el ofendido antes de que haya empezado a ejecutarse la pena (art. 130, 4.º I) (28). En segundo término, con carácter general, el perdón deberá ser expresamente aprobado por el órgano judicial cuando se trate de menores o incapaces; tal es el caso de los delitos contra la intimidad (art. 201. 2) y los delitos contra el honor (art. 215. 3), los daños imprudentes (art. 267) y las faltas perseguibles sólo si media denuncia del agraviado (art. 639). En cambio, el perdón que será irrelevante cuando se trate de delitos de agresión, acoso o abuso sexual y la víctima sea un menor, un incapaz o una persona desvalida (art. 191. 2). En todo caso, de acuerdo al art. 86, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena, lo cual constituye toda una novedad.

Pero, además, existe otra modalidad de facto de perdón. Así es, numerosos delitos son ahora sólo perseguibles previa denuncia del ofendido, salvo que afecte a múltiples perjudicados o a menores o a incapaces. En estas infracciones, como son, por ejemplo, los delitos societarios (art. 296. 1), pero también, sorprendentemente, los delitos contra el mercado (art. 287) (29), se impide, por un lado, el acceso al ejercicio de la acción pública, tanto por parte del Ministerio fiscal como de los titulares de la acción popular. Por otro lado, si el denunciante, que normalmente se personará en la causa, decide apartarse, incluso tácitamente, del procedimiento, corresponderá al Juez decretar el archivo; lo mismo que, por otra parte, sucede en la práctica con delitos públicos como la estafa o la apropiación indebida o, incluso, con ciertas falsedades en documento mercantil o privado o público expedido a instancias de un particular (escritura de compraventa, p. ej.).

En estos casos, es decir, cuando quien de iure o de facto ejerce el impulso del procedimiento se aparta de él, cabe suponer razonablemen-

(26) Cfr. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 252; aunque en otro contexto, el de la policía privada, LARRAURI, *Introducción al debate sobre la privatización del sistema Penal: la policía privada*, en *Estudios Penales y criminológicos* (XIV), 1991, p. 195, alude a la mercantilización de la seguridad; ciertamente es un tropo acertado y de perfecta aplicación a nuestro tema.

(27) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 96 y s.

(28) Ya con la regulación anterior se había producido abusos, cuando no burlas abiertas, al remitir la admisión del perdón hasta que la sentencia firme diera pie a la ejecución de la pena. Recuérdese el caso de las injurias vertidas por un presidente de un club de fútbol contra otro compadre. Este proceso finalizó, tras agotar la vía procesal, a medio de la STS 8 de mayo de 1991 (Ar. 3605). Dado que el sujeto activo deseaba concurrir a las elecciones municipales convocadas a final de ese mes de mayo, el perdón se tramitó con una velocidad digna de mejor causa.

(29) Vid. mi *Derecho penal español. Parte Especial*, 31996, pp. 437, 442 y s., por un lado, p. 603, para la publicidad abusiva (art. 282), por otro.

te que ha existido un perdón, por lo general y no por *gratia et amore*, sino por haber obtenido el interesado una satisfacción. Es decir: el impulsor del procedimiento se aparta del mismo por haber logrado una reparación total o parcial a la que la puesta en marcha del proceso parece responder.

Por ello, no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho penal privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución.

Ahora bien, si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado (30), ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más. De esta suerte, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil (31), que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo a estos descuentos interpersonales. De nuevo, una llamada al *principio de intervención mínima*, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal.

En cuanto a las infracciones más graves, no parece que más allá de las de carácter estrictamente económico y que afecten a sujetos individuales o, en su defecto, claramente individualizables, pueda hablarse de mediación, previa y preclusiva al proceso penal. Por ello, dejar, salvo en los casos que debiera intervenir el Ministerio Fiscal por razón del estado de la víctima, la persecución a que se interpusiera una querrela, previa certificación de la desavenencia extrajudicial, no sería, desde luego, una cuestión que hubiera que pasar por alto.

No obstante, estas posibilidades, es decir, la despenalización o el sometimiento a una condición de procedibilidad, también presentan inconvenientes y es posible que causen inseguridad jurídica, lo que no se puede decir que case bien con el sistema penal. En efecto, si ante ciertos supuestos o ante ciertos supuestos y en determinadas condiciones —por ejemplo, hurtos de menos de 100.000 pts., cometidos por primera vez por menores de edad penal o, en todo caso, por menores de 21 años— se establece la previsión de la mediación, ello no supone estar en presencia de una auténtica descriminalización, sino, más bien, ante un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado. Y el perdón, no hay que olvidarlo, puede ser objeto de transacción o imposición (32).

---

(30) Cfr., también críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, p. 6, donde afirma: «A mi entender, instituciones que no son aptas para prevenir lesiones de bienes jurídicos esenciales ni respetan las garantías fundamentales no deben formar parte del derecho penal».

(31) Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, pp. 2 y s.

(32) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 97 y s., sobre lo acertado, en esta materia, de la supresión del perdón para determinados delitos operada por la LO 8/1983, de 25 de junio. Vid. ahora, además, arts. 130, 4, 191. 2, 201. 2, 215. 3., 267 y 639, ya mencionados.

### 3) Objeciones sistemáticas

Otro es aquí el obstáculo a considerar. Tal como se plantea esta medida victimológica, no queda claro, a mi modo ver, un aspecto determinante de la propia *naturaleza ilícita del hecho* que genera la mediación, a saber, su previa tipificación como tal y, consecuentemente, la previsión legal de qué sucede si los sujetos enfrentados por dicho ilícito no llegan a un acuerdo.

En efecto, salir del Derecho penal para volver al Derecho civil (33) o a un Derecho intermedio de daños supone algo más que pretender generar la mediación desde una figura tal como el vigente art. 1902 CC. La previsión legal de la culpa extracontractual es tan sumamente amplia, es decir, *difusa*, que hace *perder de vista el carácter preventivo general de la tipificación de las infracciones penales*. Pero, además, por otro lado, de no llegarse a un acuerdo fruto de la mediación, tampoco queda claro si la solución coercitiva a la que una instancia independiente llegaría para componer los intereses en juego sería el Juez penal o el Juez civil (34),

---

(33) Posibilidad sobre la que advierte TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, p. 23, al hablar de los ordenamientos anglosajones.

(34) Téngase en cuenta que los jueces tiene como competencia exclusiva (jurisdicción positiva) y excluyente (jurisdicción negativa) juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: arts. 117. 3 CE y 1 LOPJ. Únicamente por ley y en garantía de cualquier derecho se les puede otorgar más competencias (arts. 117. 4 CE y 2 LOPJ); sobre este particular, cuya enjundia sobrepasa estas líneas, vid. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 50 y s., en contraposición a PEDRAZ PENALVA, *De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano* (1976), en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Valladolid, 1990, p. 58, que mantiene, al menos históricamente, un concepto muy restringido de jurisdicción, limitado exclusivamente a la potestad de juzgar en el aspecto contencioso. Sea como fuere, habría que pensar si la función que habría que atribuir al juez es la de mediación o, más propia y rectamente, la de aprobación del acuerdo. Por ello, la mediación del Ministerio Fiscal (ex arts. 124. 1 CE y 1 EOMF), es más, comprometiendo por partidos judiciales a funcionarios de dicha magistratura con carácter específico en la obtención de una conciliación a aprobar posteriormente por el juez, resultaría más adecuado; no hay que pasar por alto que el Ministerio Fiscal está *ex constitutione* habilitado para «procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social». Este último inciso del art. 124. 1 CE, reproducido en el art. 1 EOMF, se ha interpretado como una tautología [cfr., por todos, MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, p. 150]: se reitera la protección del interés público. Ello sería cierto si se promoviera, como dicen los textos legales, la acción de la justicia en defensa, entre otros bienes, de ambos intereses. Sin embargo, *lex data* el interés social no se promueve mediante acciones, sino que se procura, lo que ciertamente no es lo mismo. Ello, en conexión con la dicción del art. 117. 4 CE, que parece aludir a los procesos sin procedimiento [cfr. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, *cit. supra*, 1991, p. 54], pudiera interpretarse, lo tuviere en mente o no el constituyente, como un refuerzo en tales nuevas vicisitudes judiciales. De todas formas esa intervención debe ser creada por Ley, siguiendo la previsión del art. 781 I LECr, tras la reforma operada por la LO 7/1988. Sea como fuere, vid. Circular FTS 1/1989 y su crítico comentario en TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, pp. 71 y s.

Tampoco sería despreciable que tal mediación se llevara a cabo por las *Oficinas de Protección a las Víctimas*, tal como ocurre en otros países y en el nuestro de formal alega y experimental, pero con no poco éxito.

en caso de ser un Juez (35). Si fuera el Juez penal, forzosamente debería llegar a la imposición de una pena, lógicamente, tras un proceso penal; si dicha instancia independiente fuera el Juez civil, se dictaría una sentencia reparatoria de índole estrictamente privado que condenaría al infractor al cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Pero ambos planteamientos parten de un *prejuicio erróneo*, a saber: que, si existe una víctima es por que existe un daño, y que, si existe un daño, es porque existe un causante del mismo, causante que se determina casi de modo apodíptico. O lo que es lo mismo, *el proceso de mediación*, ya concluya civil o penalmente, si aquélla fue infructuosa, está encaminado a *imponer al causante reticente a pactar una sanción, civil o penal, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento*. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho.

Una orientación sesgada pro víctima es claramente distorsionadora; tiende exclusivamente a la reparación, olvidando los derechos del presunto autor del daño. Este olvido supone pasar por alto que el sistema penal moderno, incluidos sus aspectos procesales y sustantivos, nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se establecieran una vez depurada, si hubiera lugar a ello, la responsabilidad del infractor de acuerdo a un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law* (36).

La víctima, como veremos más tarde, y algunas alternativas al sistema penal tienen o pueden tener un asidero legal sumamente interesante en nuestro Derecho vigente, quizás como no ocurre en otros sistemas vecinos, sistemas que han generado las tendencias pro víctima tan acusadas y, lamentablemente es señalarlo, tan desfiguradores del sistema de garantías penales y procesales tan trabajosamente conseguido y aún no culminado.

Estos sistemas, basados en lo esencial, en el sistema acusatorio puro, desconocen la intervención ni accesoria ni como mero coadyuvante del acusador privado, del actor civil y, menos aún, del acusador particular. En efecto, si el fiscal, por las razones que fuere, decide en estos sistemas no acusar y negociar la pena (*plea bargaining system*), la vícti-

---

(35) El art. 16 LORCPJM —LO 4/1992— establece la posibilidad de que el Juez de menores suspenda el fallo si ha existido acuerdo extrajudicial entre el infractor y los perjudicados; el acuerdo no lo adopta ni la favorece el Juez, sino que se ha conseguido extrajudicialmente. Críticamente, por lo restrictivo de la regulación, TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 74.

(36) Recuértese que dicho principio nace en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; así, la Quinta Enmienda (*Bill of Rights*) establece, para lo que aquí interesa, el proceso debido como medio de operar judicialmente contra un infractor criminal.

ma queda forzosamente al margen de la reparación. Este desamparo es motivador de quejas; sin embargo, lo que en nuestro sistema puede ser motivador de quejas no es la ausencia de posibilidades legales de intervención de la víctima, sino su no toma en consideración en muchos casos, en un claro ejemplo de actuación judicial y fiscal *contra legem*.

## B) Concepto de víctima

No obstante, antes de proseguir queda por esclarecer un extremo que, desde luego, no parece obvio entre las corrientes victimológicas. Se trata, precisamente, del *concepto de víctima* (37).

En Derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico-penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo; junto a la víctima se hallan los perjudicados, es decir, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (38). El pa-

(37) Cfr. la detallada exposición que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s., con abundante información sobre la evolución conceptual. Otros autores, como por ejemplo, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 52 y s., o LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 39 y s., o más recientemente aun ROMERO COLOMA, *La víctima en el sistema penal*, en *Actualidad Penal* (44), 1992, pp. 443 y s., se limitan a ofrecer listados y clasificaciones de tipologías sin formular un concepto unitario de víctima; de estos listados cabe entender que manejan un concepto amplio, no ligado siempre al de sujeto pasivo del delito. Un ejemplo de ampliación sensible del concepto de víctima lo ofrece VIANO, *Victimology: a new focus of research and practice*, en *Victim's rights and legal reforms: international perspectives*, Oñati, 1991, p. 19, al considerar, por ejemplo, la Asociación Norteamericana de Madres contra los Conductores Ebrios (Mothers against Drunk Drivers —MADD—) como una organización específica de víctimas. El *Alternativ-Entwurf* en su § 2 (1). 2. parece limitar, en cambio, la reparación a terceros, sólo si a éstos, especialmente las aseguradoras, les han sido transferidos los derechos a reparación del ofendido; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 46; en sentido similar, aduciendo razones en pro de una delimitación, DUNKEL, *Fundamentos victimológicos generales de relación entre víctima y autor en Derecho penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 165.

Por otro lado, los textos internacionales son parcos en definiciones. Sólo la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (vid. infra n. 57) contiene una definición de víctima que resulta, por lo demás, desmesurada.

Por su parte, QUINTERO, *Dos Problemas pendientes de la justicia penal*, en *Estudios penales y criminológicos* (XVII), Santiago de Compostela, 1994, p. 433, considera que bienes como el medio ambiente tiene por titular a «todos», según el art. 45 CE; así, para estos supuestos, cualquier persona podría considerarse víctima.

(38) En sentido similar, al analizar la reforma de las faltas y la diferencia que cabe atribuir al *ofendido* en las que se dirigen contra la vida e integridad física y el *perjudicado* en las faltas contra la propiedad, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 98. Cfr. igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 77. En efecto, el actual art. 621. 6 (heredero, en parte, del anterior art. 586 bis III CP-73) establece que las infracciones relacionadas en el art. 621, entre ellas el *homicidio imprudente leve* (art. 621. 2), quedan sometidas a la *denuncia del agraviado*. Cabe preguntarse, si, dado que el finado, que por definición, ya no existe, estamos ante una infracción de facto impune, o si podría presentar la denuncia su representante, pero ello supondría que los difuntos, de poder tenerlos,

radigma del homicidio de un padre de familia es claro: el sujeto pasivo o víctima es el finado y el cónyuge supérstite y los hijos, en cambio, resultan ser los perjudicados.

La distinción entre víctima y perjudicado tiene trascendencia dogmática, político-criminal y procesal. Así es: por un lado, la relación del bien jurídico penalmente protegido con la víctima permite establecer la gravedad del ilícito por parte del legislador; de esta suerte la esencialidad del bien y la consecuente intensidad de la punición de la conducta lesiva del mismo se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, procesalmente, y con independencia de la acción popular, la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción penal y/o civil por parte de los perjudicados en sentido estricto. El caso del padre de familia que, por las razones que fuere, no desea perseguir judicialmente a quien le ha estafado, cierra el paso a sus hijos para ejercer cualquier acción penal o civil al respecto por considerar que tal ilícito ha menguado, no ya su patrimonio, sino el contenido de su derecho de futuro sobre el mismo.

Pero lingüísticamente y en el terreno puramente sociológico no es fácil poder hablar, como ya se ha mencionado, de delitos sin víctima (39). Quizás por ello, el Derecho español ha reconocido secularmente el derecho a la acción popular, derecho que tras la jurisprudencia constitucional (40) se

se perpetuarían en sus representantes (!), o, si el derecho de denuncia creado en la Ley penal, es un derecho disponible mortis causa. Si ello fuere así, el causante podría impedir testamentariamente tal ejercicio a sus herederos; pero, de ser así, ¿qué sucedería cuando el heredero, legal o forzoso, fuere el Estado? Una mayor precisión terminológica hubiera facilitado las cosas. Cfr., a este respecto, mi *Derecho penal* (n. 29),<sup>3</sup>1996, pp. 12/3 y GONZÁLEZ RUS en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, I (COBO dir.), 1996, p. 56; pasa por alto este hecho, MUÑOZ, *Derecho penal. Parte Especial*,<sup>11</sup>1996, p. 36 y sin extraer conclusiones al respecto MORALES PRATS, GARCIA ALBERO y QUINTERO en tanto en *Comentarios al Nuevo Código penal* (QUINTERO dir.), 1996, pp. 694, 2301 y 2385, como en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 1996, pp. 50, 1657, 1671, respectivamente.

(39) Oponiéndose a mi crítica a la reforma operada reciente por la LO 8/1992 de los entonces arts. 344 bis e) y 344 bis k) CP-73, ahora 374 y 378, [vid. mi *La reforma Penal y Procesal en materia de tráfico de drogas*, en *Actualidad Aranzadi* (96), 1993, p. 4], TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 51. Mantengo mi crítica a la regulación en los términos expuestos; y, además, no creo que en materia de tráfico de drogas se trate de «una modificación legal intrascendente» el que se altere el orden de prelación establecido en el art., ahora, 126 para imputar al culpable el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del delito, cuando sus bienes no den alcance para cubrir todas. El postergar las costas devengadas por el acusado privado y por el particular a que se satisfaga una multa millonaria es un auténtico despropósito. Y lo es porque las víctimas no dogmáticas del delito —no hay sujeto pasivo en la mayoría de delitos relativos al tráfico de drogas— recurren en España, cada vez más, a ejercer la acción popular. Remitir a estas personas con seguridad *calendas graecas* para resarcirles de los gastos que su representación letrada ha generado parece, desde luego, poco compatible con una protección a las víctimas reales del narcotráfico. Por ello es acertada la crítica que hace GARCIA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, p. 85, al frívolo manejo de expresiones tales como «crímenes sin víctima».

(40) Vid., entre otras, la temprana STC 62/1983. De todos modos, lo que no tendría sentido sería efectuar un proceso de mediación con el acusador privado. La acción popular está pensada para poner en marcha los mecanismos del *ius puniendi*, coadyuvando o sustituyendo

ha convertido en un derecho a la acción penal incondicionado (41), sin necesidad de esgrimir derecho ni interés directo o legítimo alguno. El mero hecho, entre nosotros, de convivir en sociedad legítima el ejercicio de la acción penal a los ciudadanos españoles. Esta convivencia hace que, al menos en un plano ideal, trascienda a cualquiera un ilícito criminal (42). Sin necesidad de llegar a ello, que representaría el *maximum* de victimización, se echa en *falta* en la doctrina, como se ha puesto de relieve, la *precisión* de un *concepto de víctima*. Esta ausencia dificulta enormemente la implementación dogmática y legal de la cuestión. La prueba estriba en que, por lo que respecta al Derecho continental europeo, las relaciones en esta materia manejan un concepto estricto de víctima, llegando, todo lo más, al perjudicado (43).

Esta indefinición es peligrosa, pues impide precisar el alcance y destinatarios de la mediación. En los mal llamados delitos sin víctima, es decir, en aquellos delitos que se consideran de titular difuso, como pueden ser los delitos relativos al tráfico de drogas o contra el medio

su puesta en marcha por los órganos primarios constitucional o legalmente habilitados al efecto. Por lo tanto, la acción popular no es una plataforma de negociación con el victimario.

(41) Críticamente, por entender que, en no pocas ocasiones, se abusa de la acción popular, *vid.* QUINTERO, *Dos problemas* (n. 37), 1994, pp. 434 y s.

(42) Considera que la coincidencia entre acusación particular y privada restringe el protagonismo debido a la víctima, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en *Victim's Rights* (n. 37), p. 235. No se entiende en qué medida perjudica a la víctima el que, incluso alguien que no haya resultado ofendida directamente en sentido jurídico-penal, es decir, sujeto pasivo de un delito, pueda ejercer la acción popular.

Sea como fuere, el CP de 1995 otorga a los interesados mayores de edad y mentalmente maduros, si la ofensa no afecta a múltiples perjudicados, el poder de poner en marcha el proceso penal y, de hecho, de paralizarlo, con el inevitable archivo. Así, con independencia de la previsión del art. 86, que otorga la facultad de intervención al denunciante o querellante en la ejecución de la pena, el texto penal prevé la denuncia como motor del proceso en los arts. 162.1 (reproducción asistida incoherente), 191.1 (agresiones, acoso y abusos sexuales), 201.1 (revelación de secretos y otros atentados a la intimidad), 228 (abandono de familia e impago de prestaciones económicas judicialmente exigibles), 267 II (daños imprudentes), 287 (infracciones contra las propiedades intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores), 296.1 (delitos societarios), 456.2 (acusación y denuncia falsas), 620 (amenazas, coacciones y vejaciones leves), 621 (lesiones leves y homicidio por imprudencia leve), 624 (falta de alteración de lindes). La querrela se reserva únicamente para los delitos de calumnias e injurias (art. 215).

(43) Cfr. para Alemania, Austria y Suiza SEISER, *Die Rolle des Opfers in den Strafrechtssystemen der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, en *Opferrechte im Strafpozeß. Ein europäischer Vergleich* (H. H. Kühne ed.), Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1988, pp. 20 y s., 28 s. y 33 s., respectivamente; para Francia, cfr. HARD, *Die Rolle des Opfers im französischen Strafverfahren*, en *op. cit.*, pp. 64 y s.; para Italia, cfr. AMMER, *Die Berücksichtigung von Opferrechten in der italienischen Straf-Prozessordnung*, en *op. cit.*, pp. 81 y s. De nuevo sobre Alemania, cfr. TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993, pp. 28 y s.; sobre el mundo anglosajón, *vid.*, el mismo, *op. cit.*, pp. 19 y s. Sobre la situación en esos y en otros países, cfr. los trabajos de OLORUNTIMEHIN, PAXMAN, VAN DÜREN, EPPENSTEIN Y SAPONARO en *Victim's Rights* (n. 37), pp. 193 y s., 201 s., 213 s., 247 s. y 257 s., respectivamente.

ambiente, no resulta aceptable que se hable de delito sin víctima. Ciertamente, por ejemplo, la familia del drogadicto, aparte de él mismo, son víctimas sociales del tráfico ilícito de estupefacientes; ciertamente, los vecinos del entorno de una central térmica cuyas emisiones desforestan el entorno son víctimas sociales de la emisiones antiecológicas (44).

Ahora bien, es obvio, que abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a *consecuencias desorbitadas*.

En efecto, pensemos, por ejemplo, en que la industria emisora de contaminantes llega a un acuerdo con los habitantes de las zonas afectadas para mejorarles una carretera o reparar la escuela o el parque locales. Ello no supone el cese de las emisiones ilícitas, sino, todo lo más, por así decirlo, el abono de un canon, que puede satisfacer a los más próximos, pero no a los titulares del medio ambiente que son los miembros de la comunidad en general y no sólo los habitantes de la zona en cuestión. Piénsese, siguiendo este orden de razonamientos que, como parece ser ha ocurrido en algún país latinoamericano, los grandes grupos de narcotraficantes hayan invertido, cuando no literalmente regalado, grandes cantidades de dinero entre las capas más desfavorecidas socialmente. Ello, como es obvio, no quita para que el tráfico ilícito de estupefacientes siga siendo una lacra y siga devastando amplios sectores sociales.

Así las cosas, *el término víctima ha de ser perfilado seriamente* por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho penal como cuestión previa a qué es la mediación, sobre qué hechos se media, entre quiénes se media y con qué resultados se da por concluida satisfactoriamente una mediación.

### C) Las garantías constitucionales y procesales

No cabe duda, para finalizar este apartado, que, con independencia de las previsiones legales en vigor (45), la víctima es, en una extensa gama de supuestos situacionales, la gran olvidada en la práctica penal cotidiana (46), afirmación que se ha convertido ya en tópica. Dejando de lado algunos delitos, en los que la provocación del sujeto pasivo o su

---

(44) LARRAURI, *Le herencia* (n. 3), 1991, p. 235, se pregunta si un afectado por Chernobil se consideraría una víctima de Chernobil —s. a.—.

(45) Cfr. BUENO ARÚS, *La atención a la víctima del delito*, en *Actualidad Penal* (27), 1990, pp. 297 y s.; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s.; TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993. Vid., además, la ponencia de DE VICENTE REMESAL, *La consideración de la víctima a través de la regulación del dany en el dret penal espanyol: possibilitats actuals i Perspectives de futur*, presentada en estas Jornadas.

(46) Vid., por todos, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal* (trad. F. Muñoz/L. Arroyo), 1984, p. 89.



predisposición a la situación de víctima, los llamados *delitos de intervención* (47), situación de la víctima que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena (48), lo cierto es que la víctima no es percibida como tal, es decir, como persona dañada por ser la más débil en la relación victimario-víctima, y no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra. Esto ya es *communis opinio* (49).

Para empezar, las *fuerzas policiales*, con poca formación victimológica general, en consonancia con otros déficits del resto de su formación y pese a algunos esfuerzos recientes, no saben qué hacer con la víctima, más allá de llevarla, si está lesionada, a un centro asistencial u hospitalario. De todos modos, el nuevo CP establece en el art. 639 que, pese a que algunas faltas sólo son perseguibles si media denuncia, *ello no obsta a la práctica de las diligencias prevención por parte de las autoridades policiales y del Ministerio fiscal*. Si ello es así para las faltas, con mayor razón lo será para los delitos que se someten a igual condición de procedibilidad, algo que expresamente no está previsto en el Código penal, salvo, curiosamente, para los daños cometidos por imprudencia grave (disp. adicional 3.<sup>a</sup> LO 10/1995). Quizás la existencia de, por ejemplo, los art. 13 ó 781 I-LECr, que impone la protección de la víctima, sea cual fuere el delito, entre las primeras diligencias, es decir, las *diligencias prevención*. Sin embargo, la información sobre el estado de las investigaciones policiales y/o judiciales, así como el número que recibe su expediente y el órgano que va a dirigir las investigaciones es algo que, incluso para la propia Policía, es sumamente difícil de saber, debido al sistema de asignaciones vigentes, sistema que *no se caracteriza por su previsibilidad ni transparencia* (50). Y ello con independencia de que un cierto *secreto y mutismo*, sin base legal alguna, envuelve la actuación policial, llevándola casi al terreno del arcano. Esta consideración, socialmente muy arraigada, favorece prácticas policia-

---

(47) Vid. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1981, pp. 54/5; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 59 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Introducción a la Victimodogmática*, en IV Semana de Derecho penal de Las Palmas.

(48) Vid. SCHÜNEMANN, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtsflege*, II, en *NSiZ*, 1986, p. 442 —a quien sigue SILVA SÁNCHEZ, *Introducción* (n. 47), 1944, p. 19—, quien se formula la siguiente pregunta: ¿Acaso puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no encierra un peligro susceptible de lesionar bienes jurídicos, sino que sólo adquiere dicho carácter peligroso a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima? La respuesta, a mi entender, y siguiendo a ambos autores, ha de ser naturalmente negativa.

(49) Cfr., a título de ejemplo para lo que sigue, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 98 y s., 102 s.; WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 108 y s.; PETERS, *La Policía y las víctimas del delito*, en *Victimología* (n. 17), 1990, pp. 27 y s.; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 16 y s.

(50) Este aspecto, además, guarda estrecha relación con un *derecho fundamental* del justiciable, sea víctima o victimario: el *del juez predeterminado por la Ley*. Este derecho, hoy por hoy en España, apenas alcanza un cumplimiento insatisfactorio ante la pasividad de los propios órganos judiciales.

les opacas, pretendidamente ancladas en un inexistente espacio libre de Derecho y, por tanto, *ajenas a todo control*, provenga éste de la víctima, del juez, del Ministerio fiscal, de la opinión pública o, incluso, del propio presunto autor.

Es un tópico señalar que, de proseguir las investigaciones, a la víctima o a los perjudicados se les volverá a tomar declaración en un ambiente, por lo general, inhóspito y, en ocasiones, previa larga espera, no infrecuentemente compartiendo banco, con el victimario y/o sus allegados y, si procede, en presencia de la representación letrada de éstos. Esta situación se agrava, con interrogatorios, idas y venidas a los Juzgados, cuando, por las razones que fuere, la víctima nada más quiere saber del tema, como no sea mantenerse cuanto más lejos mejor al hecho de infausta memoria. Y ello sin tener en cuenta los gastos de personación, los de reparación o reposición que debe abonar desde el momento siguiente al de deterioro o pérdida del bien y una crónica falta de información fiable (51).

Ahora bien: una cosa son estas disfunciones u otras parejas, no sólo imputables al sistema judicial español, y otra muy distinta alterar el sistema de garantías (52), incluso las de la propia víctima, por mor de una pretendida mayor eficacia, menor coste social y mayor nivel de reparación o satisfacción de los que han sufrido la lesión que el delito representa.

Entre las *disfunciones* no es menor la perspectiva con que, en ocasiones, las administraciones públicas abordan la reparación *lato sensu* debida a la víctima y otros perjudicados, cuando, tratándose de aportes dinerarios, éstos son a cargo de cajas públicas. Así, por ejemplo, para proteger jurídico-penalmente la vida e integridad física y mental de las personas no basta con una alteración simbólica en la sistemática positiva, tal como ha efectuado el CP 1995, que inicia la Parte Especial con los delitos contra la vida humana independiente. *Hace falta algo más*: y ese algo no es más que una *tutela judicial* que, cumpliendo a pies juntillas el programa constitucional, sea *realmente efectiva*. Y no podrá ser realmente efectiva tal tutela judicial si, por más celeridad que intenten imprimir los órganos judiciales a las causas penales en las que se enjuicia una lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal, que depende en no poca medida del Poder Ejecutivo, no cumple taxativamente con las funciones para las que está diseñado constitucionalmente; entre otras «promover la acción de la justicia» (art. 124. 1. CE), aun cuando los acusados sean funcionarios públicos o el responsable civil sea un ente público. Igual recriminación ha de hacerse a la actuación de la Abogacía del Estado, cuando, en

---

(51) El propio horario de atención al público de los Juzgados, el empecinamiento de algunos funcionarios judiciales en sólo dar la información a través de la representación, y no al interesado, y el mero hecho de localizar el expediente son algunos de los modos habituales de consideración de la víctima en la práctica forense española.

(52) Vid. la propuesta que efectúa TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, pp. 157 y s. de *fórmulas de favorecimiento de la reparación en el seno de un modelo garantista* —s. a.—.

un torticero entendimiento del derecho a la tutela judicial de un ente público —en este caso del derecho al recurso—, dilata el cumplimiento de una sentencia mediante la interposición de recursos a los que es más que dudoso que tenga derecho constitucional. Que un *ente público, alegando tan discutible derecho fundamental a la tutela judicial, deje sin efecto el derecho a la tutela de un ciudadano —sujeto cabal de los derechos públicos fundamentales— es algo más que sorprendente.*

Así, por ejemplo, piénsese, por ejemplo, en un homicidio frustrado en la persona de un recluso. En este supuesto la Abogacía del Estado acepta ante la Audiencia —obligada por la doctrina jurisprudencial más reciente SSTS 20.10 y 26.12.1989, 23.1.1990, entre otras— el pago a cargo de Instituciones Penitenciarias de ciertas indemnizaciones; sin embargo, al formular el recurso de casación contra la indemnización a la que ha sido condenada la Administración pública —condena de todo punto racional, dicho sea de pasada: indemnización al recluso y a su familia por el daño sufrido, más una serie de pensiones vitalicias por el estado de coma en que se encuentra irremediabilmente sumido aquél—, abandona su posición inicial y niega cualquier derecho reparador a la víctima, alegando doctrina legal ya periclitada. Lógicamente, aparte de inadmitirse el citado recurso —ATS 28.7.1993—, se afirma que nadie puede ir contra sus propios actos —f. j. 1—. Erradicar estas, llamemos, divagaciones, sería mucho más efectivo para la vida —y otros no menos relevantes derechos, fundamentales o no— que el cambio situacional de los preceptos.

No hay que pasar por alto que, curiosamente, es en los delitos contra las finanzas públicas españolas (no las comunitarias), si el elusor de impuestos o cuotas a la seguridad social, regulariza, dentro de unas determinadas condiciones su deuda, queda exento de pena, lo que supone un planteamiento victimológico, cuando es el Estado la víctima (52 bis).

Por lo tanto, al mismo tiempo que se estudia seriamente la descriminalización de no pocas conductas o se somete a la condición de persigui- lidad de denuncia o querrela ha de procederse vigorosamente a instaurar un sistema de reparación, auxilio e información de las víctimas (53).

---

(52 bis) Sobre esta problemática y su anclaje dogmático, procesal y político-criminal y las consiguientes posiciones entrecruzadas, cfr. mi *Derecho penal* (n. 38), <sup>3</sup>1996, pp. 637 y s.; MORALES PRATS, *Parte especial* (n. 38), 1996, pp. y 743 s.; el mismo, *Nuevo* (n. 38), 1996, pp. 1387 y s.; MUÑOZ, *Derecho penal* (n. 38), <sup>11</sup>1996, pp. 898 y s.

(53) A este respecto debe recordarse la evolución de los pretextos punitivos en materia de responsabilidad patrimonial ex delicto administrativa derivada de responsabilidad penal de agentes y empleados públicos. En efecto, en una línea claramente antivíctima, el art. 122 II del Anteproyecto de 1992, al regular la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones públicas y demás entes públicos (por ejemplo, RTVE, el INSALUD, RENFE, CNMV, ICAC, ... que pueden estar sometidos incluso a Derecho privado, pese a seguir siendo entes públicos), ordena a los tribunales que se abstengan de pronunciarse al respecto; quien desee ser resarcido ante la insolvencia del funcionario debe acudir a un nuevo pleito, en esta ocasión una reclamación administrativa y, casi seguro que, con posterioridad, contencioso-administrativa.

Así las cosas habrá que partir de un hecho obligado en la legislación jurídico-penal española: la víctima no está precisamente postergada en nuestros textos legales, ni sustantivos ni rituales (54). Es más, algunas propuestas efectuadas en el Derecho y prácticas comparados responden a la carencia en sus ordenamientos jurídico-penales de referencia de un status victimológico. Si no se atiende a la realidad normativa española, se corre el riesgo de que, junto a la entrada y aplicación de los nuevos planteamientos ideológicos en materia de Victimología, hasta allá donde sea constitucionalmente posible, se produzca una redundancia o solapamiento normativo que, en definitiva, se volverá contra quien se quiere proteger: la víctima.

Estos límites constitucionales y legales, no sólo no han de respetarse, dado que *proceso penal*, hay que reiterarlo, está *concebido* para *averiguar* la existencia de un hecho, cuya perpetración comporte un castigo y la *imposición y ejecución del castigo* mismo, sino que algunas de dichas garantías constitucionales y legales dan pie para cuestionar precisamente la permanencia de dichas garantías, si se admite sin las debidas reservas las alternativas que la reparación, y, en su caso, la mediación implican (55). Así, pueden objetarse, singularmente a la voluntariedad

A este Proyecto se presentaron 1368 enmiendas y no todos los grupos enmendaron el privilegio de los entes públicos y el perigranaje de las víctimas. S. e. u. o. enmendaron EA (enmienda n. 53), PNV (155), EE (284, 527), CDS (569), IU-IC (700) y PP (971 y 972). El PSOE propuso, mediante una enmienda técnica, concordar el art. 122 con la L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. CiU no enmendó.

El Anteproyecto de mayo de 1994 en su nuevo art. 119 eliminaba el párrafo segundo citado e introduce uno nuevo, en consonancia con la L 30/1992. Esta Ley en su art. 146. 2 establece una clara traba al ejercicio simultáneo de la acción penal y civil; en el mismo sentido en nuevo párrafo segundo del art. 119 del Anteproyecto. La antigua legislación administrativa reducía algo más que la presente, pero con idéntico abuso de poder, la acción patrimonial contra la Administración —sujeto que se amplía al ente público— derivada de delito, privilegio que el Consejo de Estado había, en la práctica, acertadamente hecho añicos; cfr. CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa*, en RAP (100-102), 1982, pp. 1192 y s. Por supuesto, queda olvidada una posible interpretación del art. 106. 2 CE que entienda la responsabilidad patrimonial de la Administración —Administración en sentido estricto—, en todo caso, como directa; cfr. QUERALT, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 449 y s.; QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía Judicial*, Madrid, 21989, pp. 183 y s.

El Proyecto de 1994 en su art. 119 II contiene una previsión mucho más ajustada a la defensa de la víctima: la única obligación que *impone* al interesado es la de ejercer junto a la acción penal la civil con la Administración por responsabilidad subsidiaria. Si bien es discutible tal imposición, no obliga a reiniciar un procedimiento administrativo. Se mantiene, empero, la inclusión, junto a las Administraciones, la de los «entes» públicos. Así ha pasado al art. 121 II vigente.

(54) De otra opinión, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en *Victim's Rights* (n. 37), *passim*.

(55) HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 256, afirma: «El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate: la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a 'comprender' sino que tiene que tener la oportunidad —incluso frente a la víctima— de rechazar esa 'comunicación' y

que se predica del imputado a la hora de acogerse a esta modalidad de alternativa la pena, desde las siguientes perspectivas:

### 1) *Presunción de inocencia* (56)

El sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo. Esta reparación, además, no es consecuencia de un proceso, sino un modo anómalo de evitarlo. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor. La actual proclividad de los abogados de oficio, o de confianza, a llegar a acuerdos, que animan a sus (forzosos) clientes a pactar con el Ministerio Fiscal la pena, da una idea de por dónde pueden discurrir los tiros. Ello sin contar con la premonición, con harta base empírica, de que en ante no pocos juzgados y tribunales, no acceder a una conformidad comporta un incremento de pena hasta allá donde sea legalmente posible.

### 2) *Principio de igualdad*

No todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima. Ello tiene como consecuencia que, ante hechos análogos, unos sujetos puedan eludir la pena de prisión y otros no. Así, por ejemplo, el delincuente habitual contra la pequeña propiedad podrá verse abocado a presidio, mientras que el ejecutivo depredador podrá evitar dicho lamentable evento. Además, ante tales desiguales objetivos, los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, perpetuando la fase de Baroja: «La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vertido».

### 3) *Principio de oportunidad*

Desde otra perspectiva, pero enlazando con lo anterior, los Jueces y el Ministerio Fiscal podrán ver la posibilidad de dar carta de naturaleza al, por algunos considerado tan encomiable, principio de oportunidad,

---

oponerse a la imputación». Y, a renglón seguido, añade: «Tampoco la víctima debe ser llevada —ni siquiera con tácticas específicas— a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar». Y finaliza, señalando: *La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos*, ni siquiera en los delitos bagatela (...). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de «presión comparativa» —s. a.—.

(56) LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 103, afirma que la presunción de inocencia rige en principio. No se ve el por qué de esta limitación en atención a la víctima, pues se trata de un derecho fundamental incondicionado.

sin mayores trabas. Se diluye así el principio de legalidad y de oficiosidad, no en función de causas tasadas, sino en función de paradigmas fácticos desconocibles *a priori*, entre los que la estadística no es el menos desdeñable. Con ello se aumenta el riesgo de caer en la *arbitrariedad* en la selección de los casos relevantes formalizando dos circuitos penales diversos.

Además, existe el peligro de que la posibilidad de reparación motive más a los operadores judiciales en aquellos tipos de delitos más estandarizados, relegando, incluso en perjuicio de la víctima, aquellos menores, pero cuya reparación sea más que problemática.

#### 4) *Principio jurisdiccional*

De acuerdo al art. 117.3 CE los *Jueces* ejercen de forma *exclusiva* y *excluyente* la función *jurisdiccional*, que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado.

En el caso de la reparación o mediación que tiene lugar ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio Fiscal en igual fase, y, en todo caso, antes del juicio oral, resulta que el Juez deberá estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima y victimario, sea éste el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal.

Las dudas que ha suscitado la llamada *conformidad* del procedimiento abreviado y que alguna Sentencia del Tribunal Supremo no ha aceptado por no haberse ejercido la potestad jurisdiccional (57), se revela aquí con mucho mayor vigor. En efecto, la instrucción sólo puede acabar con archivo, por causas legales, o con apertura del juicio oral.

La reparación o mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el Ministerio Fiscal deja de ejercer la acción —pues hay que suponerlo implicado en la negociación— y el Juez —pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por víctima y victimario— certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva.

Este modo de proceder me parece incompatible con el diseño constitucional tanto de la función jurisdiccional como con el de la función del Ministerio Fiscal, salvo profundas reformas legales.

#### D) *Admisibilidad*

Por tanto, y para concluir, la mediación y reparación, en principio han de ser aceptadas como reorientación, no tanto de los fines de la pena, sino como alternativas cabales a las mismas.

---

(57) Vid. *supra* n. 22.

*Hasta dónde se puede llegar*, es decir, qué hechos pueden solventarse a priori mediante mediación y/o reparación y puedan ser extraídos ya de los textos penales y hasta dónde puede ser sustituida la pena, y no sólo la pena privativa de libertad, es algo que requiere una ulterior, profunda y extensa discusión.

Ahora bien, lo que parece fuera de toda duda es que, efectuada legalmente la descriminalización que se quiera, la reparación o mediación sólo puede ser *constitucionalmente efectiva*, además, en su caso, de deseable, si tiene lugar en el seno de un *procedimiento regular*, finalizado por sentencia en la que se recogen los modos, formas y maneras de tal sustitutivo penal.

### III. LÍNEAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA

#### A) Replanteamiento

Visto lo expuesto, y en mayor conexión con nuestro vigente ordenamiento, el sistema de reparación parece admisible. Ello no comporta que algunas de las objeciones vertidas, más bien reservas a la hora de su implantación de *lex data*, hayan de caer en saco roto.

Partiendo de la admisión, siquiera condicional de la reparación, son *varios los objetivos* que, de modo prácticamente inmediato, bajo mi punto de vista, habrían de ser acometidos. El primero, *sin necesidad de reforma legal* alguna, consistiría en instar a los Instructores que *abandonaran la tramitación rutinariamente las piezas separadas de responsabilidad civil*. Este objetivo es básico y prioritario para acometer cualquier modificación de hábitos, previa a la de normas. Así es: cuando un imputado traspasa el umbral del Palacio de Justicia, por no se sabe qué extraña razón, se convierte en pobre de solemnidad, pese a haber llegado, como ha ocurrido en más de una ocasión, a las dependencias judiciales en un coche de quitar el hipo.

En segundo lugar, procede ampliar urgentemente las medidas de reparación patrimonial con cargo a un *fondo estatal* que vaya más allá de los delitos de terrorismo y de las indemnizaciones a ciertos transportistas cuando ven quebrantado su negocio en el extranjero (58).

---

(58) Cfr. de lege data, TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993, pp. 76 y s.; de lege ferenda, BENITO ALONSO, *Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España*, en *LA LEY* (3), 1988, pp. 885 y s. Con especial referencia a la reparación debida a delitos terroristas, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s. A este respecto, constituyen un punto de partida normativo las leyes 35 y 35/1995, ya citadas (n. 39), aunque claramente insuficientes.

Así es: pese a recomendaciones de organismos internacionales (59) en este sentido y de legislación comparada (60) que se ha adelantado a las mismas o ya las ha implementado, la práctica legal española camina aún lejos del horizonte deseable. Recientemente, con ocasión de la penúltima reforma de los delitos relativos al tráfico de drogas —LO 8/1992—, y dejando aparte algunas perlas legislativas que dicha reforma contiene (61), lo cierto es que para estos delitos y los conexos, como son el blanqueo de dinero, se ha alterado la prelación en la responsabilidad patrimonial del sujeto, pasando a ser el Estado el adjudicatario *ex lege* de todos bienes incautados, previo paso por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ciertamente es innegable que el tráfico ilícito de drogas produce una palpable devastación social en campos que van más allá de la salud pública. De ahí, además de otras consideraciones y la censura que merecen, las equivocadas penas draconianas previstas sin alternativa alguna sería de carácter terapéutico, preventivo o reparador. Por ello, no hubiera estado de más que, en lugar de esa alteración legal del sistema de prelación de los abonos patrimoniales de los declarados culpables, se hubiera destinado lo incautado, en vez de a la Policía [art. 344 bis e) CP-73], a la *creación de un fondo nacional* de ayuda a toxicómanos y a sus familias, cosa que no se ha llevado a cabo, sino de modo más que paupérrimo con la L 36/1995.

A este respecto, además de lo ya señalado sobre la *alteración de la prelación en materia de responsabilidad civil* tal como la generaliza el actual art. 126, no se tiene en cuenta que proviene de una reforma parcial de 1992 en materia de tráfico de drogas y que, una vez más, lo especial ha devenido general, practicándose así una política criminal

---

(59) Vid. NACIONES UNIDAS, *Declaración de Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abusos de poderes* (Resolución de la Asamblea General 40/34, de 29 de noviembre de 1985); CONSEJO DE EUROPA, *Convención europea sobre la reparación a las víctimas de delitos violentos*, de 24 de junio de 1983; CONSEJO DE EUROPA (COMITÉ DE MINISTROS), *Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso penal* [R(85)11, de 28 de junio de 1985]. Estas resoluciones pueden verse, la primera y la última, en LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 64 y s., 57 s., 45 s., respectivamente. Cfr., además, sobre estas resoluciones, que son glosadas, y otras declaraciones y recomendaciones de asociaciones científicas o gremios técnicos de organismos internacionales, especialmente el *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente* —Milán, 1985— y la *Declaración sobre Justicia y Asistencia para las víctimas*, emitida por la Sociedad Internacional de Victimología —21 de mayo de 1985—, BERISTAIN, *Derechos humanos de las víctimas* (n. 23), 1986, pp. 731 y s. De interés resulta la sistematización que efectúa sobre la Resolución del Consejo de Europa y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima*, en *Poder Judicial* (18), 1990, pp. 82 y s.

(60) Vid. *supra* n. 43 y, además, BUENO ARÚS, *La atención* (n. 45), 1990, pp. 309 y s.

(61) Cfr. mi *La reforma Penal y Procesal* (n. 15), 1993, pp. 2 y s., con relación, por ejemplo, al silencio de la *Ley para establecer de dónde procede la droga* en las entregas vigiladas, tal como regula (?) el nuevo art. 263 bis LECr.; vid., ahora, en *Derecho Penal* (n. 38), 31996, pp. 791 y s.



descontextualizada y poco atenta, para lo que aquí interesa, para con las víctimas (62).

Algunas de las críticas vertidas a la regulación de 1992 han dado como resultado la L 36/1995, relativa a la creación de un fondo nacional con los efectos procedentes de los decomisos del tráfico de drogas. Sin embargo, dicha norma no es precisamente una muestra de victimología en acción. En efecto, si bien su art. 2.1 parece atender con preferencia a los toxicómanos —dejando de lado, con todo, a sus familias—, en su art. 3, dedicado a destinatarios y beneficiarios (sic), de los ocho epígrafes de que consta el apartado 1., sólo el c) está dedicado a los drogodependientes, vía organizaciones no gubernamentales o privadas que trabajen en ese campo; el resto de los bienes del citado fondo se dedica a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (incluido el Servicio de Vigilancia Aduanera) y a otras autoridades centrales, autonómicas y locales.

Más generosa, en apariencia, pero, en la práctica sólo si la víctima es casi indigente, es la L 35/1995 sobre ayuda a víctimas de delitos violentos y de agresiones sexuales. (62bis)

En esta línea argumentativa no menor interés tendría el destinar esfuerzos a las medidas de *defensa pasiva* de las víctimas. Una adecuada información en materia de seguros y la correspondiente bonificación fiscal, basada en el menor costo policial y judicial, puede resultar del mayor interés tanto particular como socialmente.

## B) La reparación en sí misma

### 1) Cuestión previa: la prevención general

*El mejor sistema de reparación, el mejor por estar conectado con la prevención general, sería el proveniente del propio infractor.* Esta reparación

---

(62) Así, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 41 y s.

(62bis) La regulación del actual art. 378 la consideran consecuencia del art. 126 y no de la mencionada reforma de 1992, VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, en *Nuevo* (n. 38), 1996, pp. 1040/41; los mismos, *Parte Especial* (n. 38), 1996, pp. 1684/5. Tampoco PRATS CANUT, *Nuevo* (n. 38), pp. 606 y s. llama la atención a este respecto. Por su parte, MUÑOZ, *Derecho penal* (n. 38), <sup>11</sup>1996, p. 582, considera acertada esta regulación por los muchos gastos que tiene que llevar a cabo el Estado en esta materia, tanto policiales como judiciales.

Ciertamente, han de llevarse a cabo muchos gastos con cargo a los presupuestos en estas y otras materias, pero no es cierto que el Estado no deba asumirlos sin, por decirlo así, repercutir su coste —otro arcano: el del costo real de la Administración de Justicia, caso a caso—, pues, si nos planeamos la cuestión en el terreno puramente economicista, quizás no debería resultar adjudicatario el propio Estado de acometer las funciones estatales, pues no está demostrado que sea más barato ni más eficaz, sobre todo cuando deben anularse, con toda justicia, sentencias por insuficiencia en la tutela judicial de los sospechosos o inculpados por parte de las autoridades intervinientes en los procesos (entre otras muchas, STS 7-12-1996: caso Nécora: prueba insuficiente con vulneración del principio acusatorio; STS 5-10-1996: ausencia de autorización judicial en la apertura de un paquete postal en el aeropuerto de Barajas, sin que ni la Fiscalía antidroga, ni el Juez de Instrucción ni la Audiencia lo tuvieran en cuenta), *intutela judicial de los imputados que, a la postre, se ha vuelto contra la sociedad misma.*

primigenia habría de ser abordada, en efecto, desde esta perspectiva general preventiva. Por un lado, la relativa a la modalidad de la reparación y, por otro, relativa al procedimiento dentro del cual ha de tener lugar la misma.

La reparación, normalmente, se considera que ha de ser o en especie, es decir, restituyendo, o reponiendo a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado. En este aspecto el art. 110, comprendiendo la restitución, la reparación *stricto sensu* y la indemnización, es inusitadamente generoso; otra cosa bien distinta es la referente, como es bien sabido, al alcance judicial de dichas previsiones: la restricción judicial, sin base legal, es sorprendente.

En primer término, topamos aquí, amén de con la referida, en ocasiones, cicatería judicial, con el obstáculo de la capacidad económica del sujeto, tema ya suficientemente debatido a la hora de analizar la responsabilidad civil y, por lo tanto, pocas novedades cabe añadir. Únicamente subrayar que tal *imposibilidad* debe ser *real*, es decir, acreditada tras las investigaciones de rigor, con independencia de la dificultad de tal empeño que incluso permite abonar la responsabilidad civil ex delicto a plazos (art. 125). Por ello, se ha considerado oportuno el poder sustituir la prestación de contenido económico por otra de carácter personal. Aquí se ha considerado desde el trabajo en favor de la víctima hasta el pedirles disculpas. O lo que es lo mismo: *una reparación de carácter simbólico también valdría* (63).

Sin embargo, de no articularse un sistema lo menos moralizante posible, lo cual, como ya se ha señalado, parece difícil, podemos caer en un Derecho penal de cuño privatista y claramente prerevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar al nexum romano y, al mismo tiempo, la terapia pseudopsiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Se sitúa el delito, no dentro de los riesgos sociales para los cuales hay que estar preparado por el hecho de vivir en sociedad, tanto técnica como moralmente, sino que el delito se ve casi como un suceso proveniente del arcano que se ceba en un inocente absolutamente al margen de la realidad.

*Ya no se trata de determinar si y en qué medida la víctima ha contribuido o, incluso, ha provocado el delito.* Este carácter mítico del delito, claramente premoderno, supone una involución al pasar por alto el carácter netamente social del crimen, y contemplarlo, de esta suerte, desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, casi como un evento totalmente inmerecido, cuya causación requiere una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima y victimario como pancea.

---

(63) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 33.

Ahora bien, este planteamiento, que ha de ser rechazado, cabe *sustituirlo por otro más realista*. Es decir, qué pasa si el victimario, lo cual es frecuente, carece de capacidad material para reparar el daño o, disponiendo de ella, no lo desea, o la víctima no quiere ver más reparación que el cumplimiento de las previsiones legales (64), es decir, la realización de un proceso y su conclusión en un sentencia condenatoria, se haya ejercido o no la acción civil.

Lo que tendría que suceder nunca podrá ser regresivo respecto a la situación legal actual. En el planteamiento legal vigente se requiere una satisfacción, en la medida de lo posible, de las responsabilidades civiles, llegándose a condicionar ciertos beneficios a, como mínimo, el inicio de tal camino; tal es el caso de la rehabilitación (art. 136.2.1.º). Si este es el límite, está claro que el legislador habrá de dar un paso más y ampliar los esmirriados fondos de indemnización a las víctimas, incluso en sentido amplio, e implementar una política de defensa pasiva de relieve.

Así las cosas, tal como propone el *Alternativ Entwurf* (65), una reparación seriamente diseñada debería ser el sustituto alternativo a la pena o, de imponerse, a su ejecución o minoración. El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación. Incluso, puede plantearse, con serias reservas en mi opinión, el archivo del caso si la reparación tiene lugar (66).

En el fondo, cada vez que se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, aun dentro del sistema penal, tal búsqueda tiene un objetivo claro: la prevención especial. Si ésta se realiza o puede realizarse razonable para determinado grupo de casos, lo que supone, más que la resocialización (67), el mantener al delincuente al margen del delito, se trata de un objetivo más que atendible. Pero ello nos lleva a la clásica polémica de las *antinomias de los fines de la pena*, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza.

---

(64) Vid. las reticencias críticas que formulan HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s., o LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., en el sentido de no dar por buena la afirmación general de que lo que siempre desee la víctima sea una reparación; ni tan siquiera resulta siempre probable que la víctima desee volverse a echarse a la cara a su victimario.

(65) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [§§ 4 y 5 AE-WGM].

(66) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 61 y s. [§§ 11 ss. AE-WGM].

(67) No hace falta insistir en la crítica a una resocialización forzada, impositora no sólo de valores específicos y dominantes para quien los impone, sino que obliga a su aceptación plena por parte del resocializando; cfr. el ya clásico trabajo a este respecto de MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, en *La reforma* (n. 9), 1980, *passim*.

Y ello es así porque, además de la prevención especial, representa un papel primordial en esta nueva constelación la satisfacción de la propia víctima, debido al protagonismo que se le hace cobrar. Con lo cual pudiera suceder que la prevención general no sólo cediera ante la prevención especial, sino ante la obtención de un fin particular: el de la satisfacción de la víctima. Sea como fuere, en mi opinión, *la prevención general es el límite infranqueable* (68) de cualquier medida estrictamente penal o de sus sustitutivos de la índole que se antoje. No es, desde luego, fácil ni seguramente hacible, el decir a priori cuándo se produciría la incompatibilidad entre los fines de la pena (69). Ahora bien, en aras de la realización de la prevención especial, ésta puede sostenerse, aquí mediante la restitución, incluso contra la prevención general en el caso de que la contradicción sea insalvable *únicamente respecto de una sola persona delincuente* (70). Aunque de nuevo habría que ver si ello no redundaría en detrimento de la prevención general.

## 2) *Modo de practicar la reparación*

Sin embargo, con todo, lo dicho no constituye el núcleo central de la cuestión. Lo decisivo aquí, a mi modo de ver, es *cómo* se lleva a cabo esta reparación o inicio de reparación.

Dejando de lado las no en absoluto irrelevantes cuestiones procesales y constitucionales, lo que aquí se debe analizar es *en qué modo* ha de incardinarse legalmente la reparación como la alternativa al proceso criminal que concluye con la imposición y ejecución de una pena, y no sólo a ésta, dado que la reparación es más que una alternativa a la pena. Es, antes que nada, una *alternativa* a la puesta en marcha en el caso concreto de una parte sustancial del sistema penal: al *proceso* en su triple vertiente de investigación, de declaración y de ejecución (71). Singularmente, la reparación se diferencia de otras alternativas en que trata de fomentar la finalización anticipada del procedimiento penal. Sólo excepcionalmente tiene relevancia como alternativa a una pena a imponer, como presupuesto de la renuncia a pena (72), o a su ejecución, una vez impuesta (73).

Entendidas así las cosas, cabe tomar como punto de partida, con las necesarias matizaciones legales, el art. 21,5.<sup>a</sup> para la reparación material, 21.4.<sup>a</sup>, para algo similar a la reparación simbólica, planteamientos

---

(68) Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 61 y s.

(69) Vid., el mismo, *op. cit.*, pp. 63/64.

(70) Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 64 —s. o.—.

(71) En efecto, su finalidad positiva es el restablecimiento de la paz social; cfr. § 1. 2 AE-WGM en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 10 y s., 22 s., 41.

(72) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [AE-WGM].

(73) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 59 y s. [§§ 7 y 8 AE-WGM].

a los que no le sería ajeno, lo que quepa incluir en el art. 21.6.<sup>a</sup> (74) el arrepentimiento espontáneo. Esta previsión normativa hace referencia a que la conducta del presunto infractor —de culpable, con poca fortuna, síguese hablando— tenga lugar antes de que el sujeto tome conocimiento de la apertura del juicio oral. Por otro lado, bajo ciertas condiciones, puede incluso aplicarse como atenuante analógica, y ambas, además, como muy cualificadas, si ello es posible. No cabe duda de que en la letra de la Ley cabe la reparación, pues, entre otras cosas, hace mención literal a la misma. Ahora *faltaría el marco legal*, dentro del proceso penal para poder llevar a cabo las medidas alternativas que la reparación incorpora.

Ahora bien, *¿qué sucedería si el sujeto no se arrepiente*, dicho sea en el moralista lenguaje de la ley? ¿Puede ofrecérsele esta oportunidad a lo largo del proceso? La previsión *ex lege data* hace referencia a que la reparación ha de tener lugar antes de que llegue a conocimiento del infractor la apertura del juicio oral. Para el *Alternativ Entwurf* el cumplimiento de la reparación, salvo excepciones no imputables al reparante, tiene en la apertura del juicio oral representa el límite infranqueable (75). Pero si observamos el § 6 AE-WGM, dicho límite temporal está establecido para la realización de la reparación y no para suscribirla. Sí está, en cambio, de acuerdo a su § 10, previsto en la modificación de la legislación procedimental que los autores del *Alternativ Entwurf* proponen el momento en que ha de hacerse patente el imputado (76) la posibilidad de la reparación; este momento tiene lugar durante el primer interrogatorio judicial de aquél. De este modo se le permite decidir lo que entienda más conveniente para su defensa (77).

Nada se dice respecto de la aceptación, pero ésta debería ser quasi inmediata; o, todo lo más, tras la primera entrevista reservada con su defensor, una vez finalice ese primer interrogatorio judicial. A la vista de las modalidades procesales alemanas, se contempla por el *Alternativ-Entwurf*, además, que se informe al imputado y a la víctima de la posibilidad de mediación, con suspensión de los plazos legales de por hasta un máximo de 6 meses, cuando el Ministerio fiscal decide querrellarse y cuando formula escrito de acusación. Por último, la Autoridad judicial, antes de

---

(74) Una combinación de elementos del arrepentimiento espontáneo (art. 21.4.<sup>a</sup>) y de la reparación (art. 21.5.<sup>a</sup>), cuando no se dan todos los requisitos, podría dar lugar a esta atenuante analógica, así, por ejemplo, una reparación incompleta previa al juicio oral, pero posterior a la apertura de diligencias. La *disculpa* en algunas infracciones, podría, pues, ser incluida aquí.

(75) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 55 y s. Analógicamente, el actual art. 21.5.<sup>a</sup>, que incluso puede ser considerada atenuante muy cualificada.

(76) Los redactores del *Alternativ Entwurf* han querido, a fin de evitar efectos indeseables, que también, en casos especiales —que no especifican— que se informe de la posibilidad de la reparación a la víctima; vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 68.

(77) *Ibidem*.

abrir el juicio oral, ha de proceder a una nueva información, con suspensión de plazos, ya sea para remitir el caso a una instancia de mediación o para intentarla ante sí misma (78).

La regulación del *Alternativ-Entwurf* resulta excesivamente farragosa. Bastaría con hacer mención a que en el primer contacto que tiene el imputado con el hecho de que existe una acusación en su contra debe informársele de la posibilidad de la reparación. En suma, debería efectuarse algo similar a lo que sucede con el derecho a conocer la acusación y a defenderse técnicamente. Resulta acertado, por contra, el que la información relativa a la posibilidad de reparación tenga lugar no antes de la información de la existencia de la acusación, sino durante el primer interrogatorio a consecuencia de tal información (79). De esta suerte, ha de *limitarse*, en principio, la *posibilidad de acogerse a la alternativa de la reparación al momento en que se informa debidamente de dicha posibilidad*. Más adelante se acrecentarían los riesgos de que la voluntariedad de acogerse a tal alternativa fueran fruto de la presión, del cinismo o del interés por parte de todos los intervinientes en el proceso de concluirlo a cualquier precio, con la consiguiente quiebra de la prevención general y pese al carácter criminógeno de tal proceder.

#### IV. EPÍLOGO

La consideración de la víctima en el sistema penal tiene que pasar a primer plano. Ello comporta, y seguramente comportará en el futuro, dificultades de adaptación, en especial en materia de garantías jurídico-penales de quien es sometido a enjuiciamiento para resultar castigado.

Aunque se han formulado serias objeciones, el Proyecto Alternativo además de reparación representa el diseño más acabado de esta modalidad de evitación de la pena, intentando dar respuesta a los intereses individuales o colectivos lesionados, *sin* por ello *abandonar* el terreno de la *prevención general*. Conviene, con todo reiterar dos cuestiones. La primera que la aplicación sistemática en un futuro a determinadas modalidades delictivas debe conducir a *descriminalizar* dichas conductas. La segunda que, si bien la víctima ha de tener mayor protagonismo en el sistema penal, su incorporación con plenitud al mismo no ha de suponer la *mengua* de los *derechos* del presunto delincuente y del delincuente.

Todo ello, en fin, sin olvidar que la legislación española no es precisamente parca en dar a la víctima cauce procesal para su propia y activa protección jurisdiccional. Otra cosa, como no es infrecuente, es la puesta en práctica del ordenamiento.

---

(78) Vid. §§ 14 ss. *AE-WGM* y su fundamentación en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 76 y s.

(79) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1993, p. 67.