

La reparación como sanción jurídico-penal*

Julio A. Rodríguez Delgado

Abogado. Master por la Universidad de Barcelona.
Profesor de derecho penal de la Academia
de la Magistratura y de la Universidad de Lima.

"...resulta evidente que el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido".
BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*.

1 Introducción.

La reparación ha sido considerada naturalmente como una institución del derecho civil, mas no vinculada al derecho penal⁽¹⁾. En efecto, tradicionalmente a la reparación se le ha vinculado con el proceso civil específicamente y cuando ha tenido algún vínculo con el derecho penal sólo se hablaba de ella como una consecuencia accesoria⁽²⁾ de la sanción punitiva por excelencia, es decir, de la pena privativa de libertad⁽³⁾. Esta separación entre la reparación y el derecho penal siempre fue en perjuicio de la víctima⁽⁴⁾, puesto que si ésta buscaba, en alguna medida, compensación por haber sido objeto de una conducta antijurídica, se encontraba

con un proceso largo y doloroso que sólo buscaba la punición antes que la restitución de las cosas al estado de paz jurídica anterior a tal conducta punible.

Modernamente hay más interés en este tema, en donde entran en consideración no sólo cuestiones referentes a política criminal y técnico-jurídicas sino también, entre otras muchas, cuestiones económicas -sobre todo de economía procesal- y sociales; y por ello también, opiniones divididas. Así, existen opiniones en sentido favorable, es decir de que se genere una aplicación de dicho mecanismo: se habla de la reparación con carácter civil fijada por el juez penal en la sentencia⁽⁵⁾ -aquí no hay participación de la víctima-; como una forma de alcanzar la **composición privada del conflicto**; su **incorporación como sanción penal**; el otorgarle el valor de **nuevo fin de la pena**; o también el convertirla en

* El presente trabajo es un breve compendio de la tesis doctoral sustentada en la Universidad de Barcelona (España), para la obtención del grado académico de doctor en derecho penal y ciencias penales.

(1) La reparación ha hecho su aparición en la escena penal como consecuencia de una revitalización del tema de la víctima en el derecho penal; aunque ya en el Código Procesal Penal francés de 1808 se reconoce el derecho a la participación de la víctima de un hecho antijurídico, a través de la acción civil, lo que no implica una conceptualización de la reparación como forma participativa de la víctima en la solución del conflicto penal.

(2) El Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica establece que la reparación tiene un carácter accesorio y, por tanto, depende exclusivamente de que se lleve a cabo el proceso penal, y no se le otorga naturaleza autónoma (artículo 87). *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. pp.72 y 73. En el mismo sentido se manifiesta el Código de Procedimientos Penales peruano de 1940 (aún vigente), que incluso posibilita que la reparación civil sea fijada en la misma sentencia penal sin necesidad de acudir a un proceso civil adicional.

(3) Sobre la pena privativa de libertad, tanto en su aplicación práctica como en las teorías de la pena que buscan fundamentarla, ver RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *El fracaso de la pena privativa de libertad*. Tesis para la obtención del grado de master en sistema penal y problemas sociales, dirigida por Iñaki Rivera Beiras, Universidad de Barcelona (España). Barcelona, inédita, junio de 1996. También para un compendio de las teorías de la pena, ver BELOFF, Mary. *Teorías de la pena: la justificación imposible*. En: *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Del Puerto, 1993. pp.53-68.

(4) En el mismo sentido se puede ver BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: Presente y Futuro*. Barcelona: PPU, 1993. p.45; y más recientemente QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Victimas y Garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación*. En: *Política criminal y nuevo derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Compilador J.M. Silva Sánchez. Barcelona: Bosch, 1997. p.145.

(5) Lo mismo que se recoge en el sistema procesal penal argentino -Código de 1921-, en el Código de Procedimientos Penales peruano de 1940, entre otros.

una sanción autónoma⁽⁶⁾. Pero también hay autores que señalan que este supuesto interés en la reparación es tan sólo un disfraz de políticas criminales de marcada tendencia abolicionista⁽⁷⁾ y, por tanto, se manifiestan en sentido contrario a tal impulso.

La reparación se encuentra estrechamente entrelazada con el tema de la “víctima”⁽⁸⁾, debido que al hablar de reparación, en la gran mayoría de los casos, el destinatario usual de dicha reparación es la víctima del injusto penal. De esta forma con la reparación no sólo se busca apartar en una gran cantidad de casos -si es posible en todos- a la pena privativa de libertad sino también, buscar la devolución del conflicto a la víctima; el mencionado conflicto ha sido expropiado por diversos motivos, entre ellos debido a la forma que tiene de desarrollarse el proceso penal, a la búsqueda de la verdad formal y a la búsqueda, utópica, de la justicia.

La solución no punitiva a los conflictos penales no es una concepción del todo nueva. Antiguamente no había la tan discriminada obsesión por la culpa y el castigo, los hechos individuales que hoy en día reciben el nombre de “delitos” aparecían como meros “conflictos”⁽⁹⁾. En estos conflictos, lo más importante era que las dos partes estén presentes y que el autor esté dispuesto a enfrentar su actuar. Dado el supuesto que esto no se produzca, es decir, en caso de ausencia del autor, lo importante a considerar sería la situación de la víctima. Pero desde la perspectiva del binomio culpa-castigo lo que importa es atrapar al “delincuente”, no interesa

si éste conoce o no de la existencia de un conflicto y tampoco que la víctima esté presente, lo importante es el castigo. Esto tiene directa relación con el tipo de sistemas procesales que se utilice. Un sistema procesal penal de corte inquisitivo está orientado exclusivamente al castigo, puesto que el Estado ha asumido como suya la vulneración de todos los bienes jurídicos e importa más la autoafirmación del Estado como monopolizador del poder punitivo, que lo que las partes deseen.

Mientras que por otro lado, el sistema de influencia acusatorio⁽¹⁰⁾ da mayor importancia a que las partes se pongan una frente a la otra -con intereses contrapuestos-, y el juez esté de observador imparcial -ello posibilita salvaguardar la dignidad del procesado-, es decir, es distinta la persona que acusa e investiga que la que juzga⁽¹¹⁾. El Ministerio Público es tan sólo una parte más, con las mismas potestades que el imputado, debiendo también la víctima tener la potestad de disponer del conflicto, lo que se denomina el **querellante particular** -lo que en la legislación procesal española se denomina acusación particular y en el Perú la parte civil, aunque con menos participación en el proceso penal, salvo el caso de las querellas-. Por consiguiente, en un sistema procesal penal de tal naturaleza se potencia de mejor forma la satisfacción de todos los actores procesales.

Este interés en la reparación empieza con los trabajos hechos por los defensores del abolicionismo penal, del derecho penal mínimo⁽¹²⁾, de la criminología crítica y del neorrealismo de izquierda

(6) CRESPO, Eduardo Demetrio. *La solución de conflictos de intereses en derecho penal: problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión*. En: *Conflicto social y sistema penal: diez estudios sobre la actual reforma*. Madrid: Colex 1996. p.19-38; quien hace un breve compendio sobre la situación de la reparación actualmente.

(7) HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*. En: AAVV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p.58 y ss.

(8) Para mayor información ver RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *La Víctima en el Olvido*. En: *Ius et Veritas*. Lima, año VII, No.12, 1996. pp.179-184. En el mismo sentido, es decir, sobre la situación de la víctima en el proceso penal peruano y su relación con el principio de oportunidad ver BOVINO, Alberto. *El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano*. En: *Ius et Veritas*. Lima, año VII, No.12, 1996. pp.159-170. También se puede consultar AAVV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

(9) STEINERT, Heinz. *Más allá del delito y de la pena*. En: *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989. p.49.

(10) Esto se refiere al caso de un sistema acusatorio material, pero no formal como es el caso del sistema norteamericano -considerado el sistema acusatorio formal por excelencia-, en el cual se privilegia el interés del Estado y no de la víctima. El hecho de estar en presencia de un sistema acusatorio formal no implica facilitar o restringir la participación de la víctima, es decir, una no es consecuencia de la otra.

(11) Por ejemplo el proceso penal alemán se rige netamente por el principio acusatorio, ver GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985. p.47.

(12) Aunque para Ferrajoli este tipo de conductas debe ser objeto de un proceso de descriminalización, ello implica una preocupación por el tema. Para mayor información ver BOVINO, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. Inédito. pp.2 y ss.

en Inglaterra⁽¹³⁾. Todas estas posturas tienen en común una crítica muy fuerte a la cárcel, planteando una serie de soluciones no carcelarias al problema de la criminalidad, conocidas como alternativas a la prisión⁽¹⁴⁾. Es dentro de estas perspectivas que la reparación es propuesta como una solución al conflicto social producido, en sustitución de la reclusión. Sobre todo, el abolicionismo penal es quien plantea soluciones reparatorias en la llamada compensación de la víctima. Evidentemente se requiere previamente una reapropiación del conflicto por parte de dicha víctima de un ilícito penal. Si bien es cierto que las posturas abolicionistas son consideradas utópicas⁽¹⁵⁾, son las que han dado la mayor cantidad de aportes para la renovación del derecho penal⁽¹⁶⁾, es decir, han influenciado con mayor fuerza en estos últimos tiempos a la doctrina penal desde todas las perspectivas; verbigracia: el tema de la reapropiación del conflicto en favor de la víctima, la crítica a la cárcel como una institución de secuestro institucional que ha fracasado en la resocialización del autor de un hecho ilícito, la introducción de mecanismos autocompositivos en la resolución de conflictos penales⁽¹⁷⁾, entre otros tantos.

Hay autores que por el contrario califican estas posturas como alejadas de la realidad del sistema punitivo y, por tanto, señalan que son limitadas las alternativas abolicionistas. Incluso afirman que cuando comienza el intento de aplicar las citadas alternativas éstas no son viables en el núcleo duro

del derecho penal⁽¹⁸⁾, aunque esto último no ha sido del todo demostrado, pues nunca se ha prescindido del sistema penal para el control de las conductas ilícitas.

2 Indemnización o reparación o resarcimiento o compensación.

Se ha venido mencionando lo importante y conveniente que resulta en muchos casos prescindir de la pena privativa de libertad, reemplazándola por una sanción de tipo pecuniaria o reparatoria.

La denominación que reciba no es en sí misma muy relevante, el concepto a desarrollar es lo esencial. Si lo llamamos “reparación” o “indemnización” o “resarcimiento”, en todos los casos nos estamos refiriendo a la sanción que se le impondrá al sujeto activo del delito en lugar de aplicarle una pena que conlleve internamiento en un centro penitenciario.

Hay autores que se refieren a la reparación como la **compensación a la víctima**. En este sentido, es de recalcar que no es muy importante la denominación que se le dé, lo esencial es ponerse de acuerdo sobre el contenido, debiendo restársele importancia al continente. Los elementos primordiales del concepto son los que deben ocupar nuestra atención, mas no disquisiciones de carácter terminológico.

En derecho penal se debe dar más importancia a las cuestiones de fondo que a las meras formalidades y si en caso la terminología a emplear

(13) Para un breve compendio de la evolución de la criminología crítica, en relación con las demás teorías antes citadas, ver MARTÍNEZ, Mauricio. *¿Qué pasa en la criminología moderna?* Bogotá: Temis, 1990. pp.1-7.

(14) En mi opinión, todas las llamadas “alternativas a la cárcel” pasan por considerar a la pena de prisión como “última alternativa”, es decir, dichas alternativas siempre tienen en cuenta que si fracasan aún se tiene la respuesta violenta a través de la reclusión en un centro penitenciario. Es más beneficioso que la reparación no lleve como amenaza el uso de la pena privativa de libertad, pues su independencia respecto de ésta será lo más útil y correcto desde todo punto de vista. Es más útil desde el punto de vista de la víctima, puesto que ella obtiene una reparación de acuerdo a sus necesidades. Desde el punto de vista del agresor es más útil porque se evita el internamiento en un centro penitenciario, y con ello la absorción de la subcultura criminal, la desocialización del interno que pierde su trabajo, sus vínculos familiares y sociales, y es más correcto porque se le impone una sanción más humana y menos violenta. Es más útil para el Estado, pues los costos de estas políticas de reducción paulatina de la cárcel son más bajos que la manutención de la institución penitenciaria, ya que no se requiere pagar alimentación, medicinas y seguridad de los presos, a lo que se debe agregar los costos operativos de la cárcel, como lo son personal de la policía nacional, miembros del INPE, entre otros. Por ello en el presente trabajo la privación de libertad como sanción penal no es tomada en cuenta.

(15) En este sentido se señala que dentro de las propuestas utópicas se encuentra la pretensión de sustituir el sistema penal en su conjunto por una solución de naturaleza privada de los conflictos basada en el resarcimiento civil del daño. En esta línea se puede ver SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. pp.20 y 21.

(16) SCHEERER, Sebastián. *Hacia el abolicionismo*. En: *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989. p.19.

(17) En lo concerniente a la resolución de conflictos penales con mecanismos conciliadores o autocompositivos, esto ya se viene aplicando en la justicia juvenil de España y Holanda, en Europa; mientras que en América Latina, Argentina ha sido el país pionero con resultados muy satisfactorios, reduciendo drásticamente el índice de reincidencia que la cárcel no había disminuido.

(18) SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op.cit.: p.21.

no resulta ser decisiva, será indistinta la denominación a usar.

3 ¿Reparación o pena privativa de libertad?

3.1 Aspectos generales.

Actualmente, hay una fuerte tendencia a aplicar sanciones de carácter pecuniario en lugar de la pena privativa de libertad. Las sanciones de esta índole obtienen resultados más favorables desde toda perspectiva que una pena de prisión. La reparación, al igual que las sanciones anteriormente señaladas⁽¹⁹⁾, ofrece al autor del hecho ilícito mayores oportunidades de resarcir al sujeto pasivo o víctima; ya que en el caso de buscar ello a través de la pena privativa de libertad, el sujeto pasivo no es satisfecho en sus pretensiones resarcitorias; muy por el contrario, el proceso origina un distanciamiento entre autor y víctima.

La reparación tampoco deja de tener eficacia preventiva, la cual se le exige al ordenamiento punitivo. En derecho penal la prevención no ha sido alcanzada por su instrumento más común: la pena privativa de libertad, debido a que dicha sanción no puede ser vista como benigna, ya que en sí misma es un mal⁽²⁰⁾. Además el constante agravamiento de las penas, ya sea apelando a la forma de su cumplimiento o al aumento de su duración, no indica que el índice de criminalidad esté descendiendo, muy por el contrario aumenta. A ello hay que agregar la imparable inflación penal que se viene sufriendo, pues al parecer cada vez hay más conductas que se incorporan a los textos punitivos como hechos criminales.

Muy por el contrario, en el caso de la reparación, si el autor ve que su actuar antijurídico

puede ser deshecho -dejando a la víctima y con ello indirectamente a la sociedad satisfechas-, acogería la sanción reparatoria impuesta con mayor voluntad para su cumplimiento y de esta forma se alcanzaría la intención disuasoria en la probable comisión de futuros delitos. Además, la reparación -como pena, es decir, como sanción jurídico penal- es vista no como un mal, sino como un bien o un derecho para la víctima. Con el monto que se compromete pagar o con los actos destinados a la reparación, se cumple con la función de prevención que tiene el derecho penal, tanto en su aspecto preventivo general positivo como en el negativo.

Existe una necesidad de eliminar la pena privativa de libertad en aquellos casos en donde la reparación logre dejar satisfecha a la víctima del delito, dado que los efectos que tiene son muy perversos y no cumplen con las funciones que manifiestamente tiene⁽²¹⁾. Steinert⁽²²⁾ señala que la necesidad de eficacia en la pena privativa en estos últimos tiempos es vista como peligrosa y falsa. Es peligrosa para todos los que creen en la vieja idea liberal de que la ley limita el poder punitivo del Estado. Muy por el contrario, la idea de eficacia genera una flexibilidad indeterminada. Mientras que en el pasado quedó ya la idea de la función garantizadora de la pena privativa de libertad, hoy en día se justifica cualquier intervención en aras de la eficiencia. Es común en estos días la apelación a conceptos como la "inseguridad ciudadana" o la "peligrosidad" para generar un aumento en la intervención punitiva del Estado, tales conceptos sólo sirven para facilitar el control penal en forma desmedida. Es falsa debido a que la pena privativa de libertad no cumple con las ideas ni de prevención ni de disuasión, tal como se aprueba en situaciones democráticas que impiden la creación o

(19) Debe quedar claro que la reparación y la sanción pecuniaria son dos cosas distintas, puesto que la reparación no implica un aporte siempre de carácter monetario, debido a que existen otras formas de reparar. En cambio, la sanción pecuniaria sólo se refiere a un pago efectuado necesariamente en metálico.

(20) El propio Jescheck señala que la pena es un mal, con carácter de necesario pero un mal. Para mayor detalle ver JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Vol.I. Barcelona: Bosch, 1981. p.92.

(21) La función manifiesta de la pena privativa de libertad no puede ser verificada empíricamente, es decir, no puede saberse a ciencia cierta si cumple con prevenir la comisión de futuros delitos, pero en su función latente u oculta tiene éxito, es decir, responder al mal cometido con un mal mayor, retribuyendo con creces el actuar delictivo y de esta forma amontonando seres humanos en las cárceles por no ser un efectivo instrumento de control social.

(22) STEINERT, Heinz. Op.cit.; 1989. p.44.

implementación de leyes penales terroristas que establezcan sanciones como la privación de libertad indeterminada o la pena de privación de libertad. Por lo tanto, en lugar de una restricción de la intervención penal del Estado, la ley se convierte en una autorización sin límites.

La sanción jurídico-penal, de igual manera, debe contribuir a la restitución de la paz social quebrada con la comisión de la conducta ilícita. Esto se alcanza al verse deshecha la antijuricidad de la conducta con la reparación hacia el sujeto pasivo del injusto penal. Asimismo, debe provocar en el sujeto activo un reconocimiento de su actuar ilícito y otorgarle la posibilidad de reincorporarse a la sociedad inmediatamente, evitando su encarcelamiento. Si es el sujeto quien se coloca frente a la víctima con la intención de reparar, toma conciencia de que su actuar fue ilícito y, al mismo tiempo, dicha sanción le otorga la posibilidad de no ingresar a un establecimiento penitenciario evitando todo el proceso desocializador que implica el ingreso en la cárcel o cualquier otro centro de reclusión y de encierro. En este sentido, Jescheck es muy claro al apuntar que “el derecho penal debe estar guiado por el principio de intervención mínima, ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de la persona son las más graves que permite el ordenamiento jurídico”⁽²³⁾. Por ello debe tenerse especial cuidado en la aplicación de una sanción que conlleve reclusión en las tan criticadas cárceles. No sólo debe haber cuidado sino también se debe evitar en la gran mayoría de casos su aplicación.

Ferrajoli⁽²⁴⁾ es enfático al acotar que se deben reducir al máximo las lesiones que el derecho penal pueda infligir con la pena privativa de libertad y

maximizar las garantías de dicho sistema para que no se inflinjan castigos excesivos.

Roxin⁽²⁵⁾ al respecto enfatiza que la reparación utilizada como sanción penal cumpliría de una manera más adecuada los fines que se le encomendó a la pena privativa de libertad. Afirma también, que la reparación estaría al servicio del restablecimiento de la paz jurídica, ya que el autor repararía su actuar antijurídico con sus propios medios sin necesidad que se sienta compelido por un ente estatal, como lo es el Poder Judicial⁽²⁶⁾. Por su parte, Maihofer sostiene que “en un derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido”⁽²⁷⁾. En este punto Gracia Martín⁽²⁸⁾ se manifiesta en sentido contrario, pues es de la opinión que en gran cantidad de casos las necesidades de reparación de la víctima, y el fundamento y los fines de la pena no pueden ser compatibilizados. Por ello afirma que pueden existir casos en los que haya un daño pero que la conducta que originó el daño no puede ser imputada objetivamente, con lo cual hay necesidad de reparación pero no de pena. Asimismo, señala como objeción, que la víctima puede demandar una reparación desproporcionada, con lo cual se quebraría la medida de lo justo y también de la culpabilidad del autor. Según el citado autor, con la introducción de la reparación se estaría dando origen a la desaparición de las fronteras entre el derecho penal y el derecho civil⁽²⁹⁾.

Bustos Ramírez⁽³⁰⁾ también se decanta en favor de esta opción. Expresa que la reparación como sanción independiente de la pena privativa de libertad es tremendamente beneficiosa, sobre

(23) JESCHECK, Hans-Heinrich. Op.cit.; p.11.

(24) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995. p.337 y ss.

(25) “(...) la reparación puede aportar mucho para el cumplimiento de los fines de la pena y con ello también adquiere importancia política criminal. En primer lugar está al servicio del restablecimiento de la paz jurídica, lo que llamó integración-prevención, cuando el autor repara con sus medios”. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992. p.29.

(26) En la propuesta transaccional que se detallará a continuación se diferencian dos momentos en los cuales la reparación se incorpora como sanción acordada entre las partes o en que el juez tenga la posibilidad de fijarla con o sin la intervención del autor y la víctima.

(27) Citado por ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: AAVV. *De los delitos...* Op.cit.; p.141.

(28) GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p.43.

(29) GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Ibid.*; pp.42 y 43.

(30) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op.cit.; pp.46 y 47.

todo en aquellos casos en que la víctima y el sujeto activo del injusto penal pueden acordar el monto indemnizable o reparatorio, o en su caso, fijar cualquier otra forma de reparación sin hacer alusión a ninguna suma dineraria⁽³¹⁾. Es esencial que la víctima no sólo participe en el proceso en el que se fija la reparación, sino también otorgarle cierto marco para poder resolver la situación problemática, produciéndose con ello la referida reapropiación del conflicto⁽³²⁾.

Maier⁽³³⁾ señala que la reparación puede incluso cumplir con la subsidiaridad que debe tener el derecho penal. De igual forma se limita la violencia estatal emanada de la aplicación de la pena privativa de libertad, y con la combinación y con el concurso de otros instrumentos de carácter procesal (principio de oportunidad, suspensión del juicio a prueba, etc.) podría convertir la persecución penal también en subsidiaria.

3. 2 ¿Tercera vía?

La reparación como tercera vía en el derecho penal es una postura que cada vez más se va imponiendo. No obstante, en el presente trabajo se discrepa con las posturas que hablan de una tercera vía en coexistencia con la pena privativa de libertad.

El sistema reparatorio es coherente, si la privación de libertad no es una alternativa. Se pierde coherencia si la reparación es impuesta bajo amenaza de la imposición de prisión, pues ello implicaría el volver al paradigma de cárcel o pago. Por el contrario, la coexistencia entre las penas (limitativas de derecho o restrictivas de derecho), las medidas de seguridad y la reparación es ideal, máxime si con ello se potencia una solución

transaccional entre las partes.

El sistema reparatorio es más beneficioso para el Estado. El costo de la manutención de la cárcel es tremendamente elevado si se considera la construcción del lugar físico, los servicios públicos -que hoy están en manos de empresas privadas-, la alimentación de los internos, la alimentación del personal penitenciario, los honorarios del personal penitenciario, los destacamentos de policías a las cárceles y sus respectivos ingresos, entre otros tantos costos que el Estado se ahorra si desplaza la cárcel gradualmente; además de todo el marco de desacreditación de la administración de justicia que podría ser revertido con este sistema. Frente a ello, el sistema reparatorio reduce profundamente los costos del Estado, sin olvidar que beneficia a la víctima y al propio victimario, aumentando la legitimación social de la administración de justicia estatal.

La víctima siente que tiene participación e injerencia en su conflicto, y que podría llegar a una solución que la satisfaga en casi un 100%. Además, el victimario puede asumir la responsabilidad de su actuar antijurídico no ya frente a un sistema que critica y que lo desfavorece, sino frente a una persona de carne y hueso que sufre y padece como él⁽³⁴⁾.

3. 3 La retribución y la reparación.

Al hablar de reparación se puede relacionar con la retribución casi de manera inmediata. La retribución como función de la pena, ha sido en teoría superada por las nuevas formas de justificación que se han ido desarrollando. Pero resulta evidente que en el mejor de los casos -ya

(31) La reparación no tiene que ser fijada en dinero. Para ello el magistrado debe tener en cuenta la situación objetiva del agresor. De esta forma la reparación ya no es tan sólo dineraria, sino que las formas reparatorias son diversas y se adecuan al caso concreto. En este orden de ideas, la reparación no es tan sólo valorada en dinero, sino que también con trabajo en beneficio de la comunidad o del Estado. La pregunta sobre la posibilidad de valorar un delito en términos económico-reparatorios es definitivamente menos arbitraria que valorarlo en términos de tiempo de prisión del agente infractor. El hecho de que por homicidio culposo se le imponga a una persona 2 años de pena privativa de libertad, es más arbitrario que imponerle una sanción reparatoria con presencia de los deudos de la víctima.

(32) En mi opinión la forma de fijar la reparación debe quedar libre a las partes, pero no debe haber una coexistencia con la pena privativa de libertad. Bustos Ramírez también se muestra partidario de tener a la reparación como una tercera vía, con lo cual no estoy muy de acuerdo -puesto que su propuesta considera como necesaria la privación de libertad como sanción punitiva-, pero por otra parte señala que la potestad del juez para ser él quien fije la reparación no es muy beneficiosa desde el punto de vista victimológico, puesto que la voluntariedad en la reparación es muy importante. Para mayor información ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op.cit.; pp.45-48.

(33) MAIER, Julio B.J. *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino*. En: *El derecho penal hoy: Homenaje al profesor David Baigún*. Compiladores Julio B. J. Maier y Alberto Binder. Buenos Aires: Del Puerto, 1995. pp.46 y 47.

(34) Para mayor información ver AAVV. *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p.104.

que el ingreso a un centro penitenciario es tremendamente dañino y totalmente desocializante- la pena privativa de libertad es una retribución por el mal causado al cometerse un injusto penal. Jescheck⁽³⁵⁾ es claro al acotar que el único fundamento jurídico de la pena en una teoría absoluta es la retribución, mediante la cual al culpable debe hacerse justicia por su hecho.

En cuanto a lo que se refiere a la reparación, ésta sí puede ser utilizada como un mecanismo retributivo puesto que el sujeto activo de un injusto penal reparará por el hecho cometido.

Pero lo que no se debe dejar pasar por alto es el hecho de la terrible desproporcionalidad de la privación de libertad, puesto que si busca ser retributiva, no llega a conseguirlo, pues el daño causado por la privación de libertad no guarda proporción con el hecho cometido. La reparación carece de estas características (desocializante, estigmatizante, degradante, desproporcional, etc.) y, aun así, podría cumplir estos fines que se le encomendó a la pena de privación de libertad puesto que de acuerdo con las posturas de la expiación del castigo a través de la pena, la sanción puede ser otra (y no sólo la pena privativa de libertad) y aun producirse dicha expiación. En el caso de retribución de carácter moral o jurídico (Kant y Hegel), la pena privativa de libertad no cumplió con las finalidades que se le otorgaron -pero en este caso la reparación puede alcanzar el ideal de justicia que ésta no alcanzó- pues su finalidad no es real y deviene en casi imposible graduar la culpabilidad del agente. Resulta más fácil cuantificar en términos de dinero, de trabajo en favor de la víctima o en favor de la comunidad, de perdón, etc., la sanción a imponerse por un delito que hacerlo en términos de tiempo de reclusión en un centro penitenciario, ya que nadie puede graduar de forma exacta ni justa

lo que un autor de conducta punible se merece de tiempo de cárcel, que puede oscilar entre un segundo y la eternidad.

3. 4 La prevención especial y la reparación.

Desde la óptica de la prevención especial, la reparación, como única sanción penal aplicable para una serie de ilícitos⁽³⁶⁾, es una alternativa mucho más eficiente ya que el autor toma conciencia de lo ilícito de su proceder⁽³⁷⁾. Maier en este aspecto acota que “desde el punto de vista preventivo especial, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento(...)”⁽³⁸⁾. Es claro que en el proceso en que se alcanza la reparación, se genera en el sujeto activo de la conducta ilícita la toma de conciencia de su actuar antijurídico y, por lo tanto, repara. De esta forma se produce una reinserción en la sociedad casi inmediata, efecto que no se genera con la pena privativa de libertad. Muy por el contrario, el entrar en la lógica premial y conductista del tratamiento penitenciario genera efectos desocializantes en el autor del hecho punible; ello aunado a que es aun más falaz la misma resocialización desde el interior de una cárcel.

Por otro lado, se señala que al haberse perpetrado una conducta de naturaleza dolosa, el autor la debe haber realizado con conocimiento de la antijuricidad, lo cual evidencia una voluntad de perpetuar una situación contraria al orden jurídico de la comunidad y, por lo tanto, la reparación no podrá ser un instrumento de auténtica reconciliación del autor con el orden normativo que ha transgredido de forma consciente, ya que el sujeto

(35) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4a.ed. Granada: Comares, 1993. pp.61 y ss.

(36) Debe entenderse que la reparación coexistirá en el sistema punitivo con otras penas, que necesariamente no impliquen privación de libertad. Por ejemplo, aún deberán permanecer en el ordenamiento punitivo las penas limitativas de derechos, restrictivas de derechos, inhabilitación, multa, entre otras.

(37) En el caso de delitos culposos los autores no toman conciencia de su proceder antijurídico, muy por el contrario, se creen castigados injustamente. Verbigracia, aquellos casos en que los médicos cometen lesiones u homicidios culposos, asumen, muchas veces, que se les castiga sin razones justas, por lo tanto, no toman nunca conciencia de su obrar ilícito.

(38) MAIER, Julio B.J. *La víctima y el sistema penal*. En: *Jueces para la democracia*. No.12, enero 1991. p.37.

activo verá a la reparación nada más como la materialización del *alea* (o riesgo) de devolución de lo hurtado, apropiado o robado; o de la restitución de lo dañado que tuvo presente al momento de la realización del hecho injusto⁽³⁹⁾. Es decir, que la reparación sería considerada por el autor como “costo aceptable” por los beneficios que consideró *ex-ante* de perpetrar la conducta punible.

Sin embargo, el colocar al autor y a la víctima en una situación de relación directa puede contribuir a cambiar la visión que tenían cada uno con respecto al otro y, si se alcanza el compromiso de reparación, el autor verá que su reinserción social es casi inmediata, tomando conciencia que su actuar fue incorrecto. Más aun, que la reparación que la víctima exige no implique necesariamente un pago significará que el álea a que se hace referencia o el costo aceptable no pueden ser previstos, pues no se trata de una reparación en términos de simple devolución material⁽⁴⁰⁾. Por lo tanto, desde un punto de vista preventivo especial, la reparación permite la resocialización del sujeto activo, lo que la privación de libertad no ha alcanzado durante su aplicación.

3.5 La prevención general y la reparación.

La prevención general tiene dos vertientes en la teoría de la pena: de un lado la prevención general positiva y de otro la prevención general negativa. En lo que respecta a la primera, la reparación cumple con los objetivos preventivo-generales, debido a que si se produce una vulneración de la norma y luego de ello se produce una reparación, se está comprobando que el sistema funciona y, por lo tanto, se alcanza la cohesión social, no sólo por ver castigado al autor del hecho punible -como en el caso de la pena privativa de libertad en donde se alcanza sólo el castigo-, sino

también, por ver satisfecha a la víctima y haber generado un efecto de fidelidad al Derecho del resto de la colectividad por la reparación impuesta.

Hirsch⁽⁴¹⁾ explica que la reparación no se debe basar en el objetivo preventivo-general positivo o integrador, puesto que la supuesta tercera vía que busca ser, se funda en tal equívoco. Sin embargo, la reparación tiene efectos de prevención general positiva, puesto que si se considera que la pena debe cumplir con la función de cohesionar a la sociedad y, por ende, generar un efecto de fidelidad al Derecho, la reparación puede cumplir con tales objetivos de manera más efectiva que la pena privativa de libertad, ya que la colectividad al ver que el autor del hecho punible debe cumplir -y sobre todo cuando cumple- con la reparación, constata que el sistema penal funciona; más aun, que funciona bien.

Una víctima de delitos violentos –sobre todo en el caso de agresiones sexuales– no estará dispuesta a que el autor ingrese a su domicilio, pero puede realizar trabajos en beneficio de la comunidad (...)

Jakobs⁽⁴²⁾ en su concepción de un derecho penal funcional es muy claro al referir que la pena de forma específica y el derecho penal de forma general, son los que restablecen en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de ésta. En este sentido, la reparación puede hacer cien por ciento viable

(39) Ver para mayor detalle GRACIA MARTIN, Luis y otros. Op.cit.; p.49. El mencionado autor señala que la reparación no alcanza los efectos preventivo especiales, pues si no hay pena no podrá haber un acto de enmienda o de “buena voluntad”.

(40) En este sentido, la reparación se fijará tomando en cuenta las circunstancias económicas del sujeto activo. En este orden de ideas, el sistema noruego de *Mediation Boards* ha dado resultados muy favorables, incluso se ha condenado a personas de mucho poder económico a dar clases de educación vial (en caso de delitos cometidos con vehículos de motor) los fines de semana, lo cual les ha significado, no sólo el reconocimiento de su actuar antijurídico sino también una interiorización de que su conducta no estaba arreglada a derecho.

(41) HIRSCH, Hans Joachim. Op.cit.; pp.64 y 65.

(42) JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996. p.19.

una comunicación fluida entre la víctima -como parte de la sociedad- y el autor del hecho punible, confirmando la eficacia y el buen funcionamiento del sistema jurídico, dejando a todos satisfechos.

En lo referente a la función preventivo general negativa, la reparación generaría esa intimidación psicológica. De la misma forma que una multa de tránsito intimida a pasar por alto un semáforo en luz roja, de igual manera la reparación podría tener el mismo efecto en el caso de conductas antijurídicas. Sobre todo en el caso de la reparación, porque ésta se alcanza de manera más rápida al introducirse mecanismos de conciliación o de transacción en el proceso penal para solucionar los conflictos penales⁽⁴³⁾.

Sea cualquiera de las dos variantes de la prevención general que se asuma, la reparación tiene efectos preventivo generales -que deberán ser utilizados como límite a la sanción reparatoria a imponer, teniendo en cuenta que los fines resocializadores que pueda tener esta sanción tienen que derivar directamente de la voluntariedad (en caso de un proceso transaccional) y deberán ser consecuentes con las finalidades preventivo generales-, por lo tanto, ya no puede ser considerada “una simple cuestión civil, sino el tercer fin del derecho penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad⁽⁴⁴⁾”.

4 También la víctima.

La pena, como ya se mencionó anteriormente, tiene como finalidad la resocialización del sujeto activo del injusto, objetivo que en la actualidad no se puede alcanzar. La reparación podría cumplir este objetivo de manera eficaz debido a que con el

pago de la reparación, el autor del delito se coloca frente a la víctima asumiendo las consecuencias de su actuar ilícito. De este modo, también la sociedad al ver satisfecha a la víctima, se considera sin interés de castigar al sujeto activo con la sanción más grave del derecho penal: la pena privativa de libertad. De otro lado, resulta importante que se produzca una reapropiación del conflicto en favor de la víctima y en este sentido Pavarini afirma que “la forma principal de esta reapropiación no podrá realizarse sino a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, que no sólo debe entenderse en el sentido pecuniario. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del actor desviado o bien satisfacciones acordadas entre los diversos sujetos implicados en las acciones desviadas (como el trabajo gratuito en favor de la víctima o de la comunidad o del barrio, ya en favor de fines socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto⁽⁴⁵⁾”. La forma de hacer efectiva la solución de los conflictos debe prescindir de la pena privativa de libertad y en este sentido la reparación puede tener un papel más relevante.

Bustos Ramírez⁽⁴⁶⁾ sostiene que la reparación es un primer paso para tratar de devolver el conflicto a las partes, debido a que permite un acercamiento entre el ofensor y la víctima. Este acercamiento con la víctima lleva al autor del hecho punible a intentar resolver el conflicto producido en términos de satisfacción de la víctima. Asimismo, afirma que “la pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales, dentro de lo cual el delito es sólo un conflicto agudo(...)⁽⁴⁷⁾”.

(43) Sobre estas tendencias se puede ver MAIER, Julio B.J. *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino* En: *Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Compiladores: Julio Maier y Alberto Binder. También del mismo autor *Derecho Procesal Penal*. Tomo I Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

(44) CAFFERATA NORES, José I. *El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas*. En: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, No.A, 1996. p.22.

(45) PAVARINI, Massimo. *El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y Reduccionismo*. En: *Poder y Control*. Barcelona, P.P.U., No., 1987. p.154.

(46) BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op.cit.; pp.32 y 33.

(47) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Barcelona: P.P.U., 1994. p.95.

Por otra parte, el pretender que la introducción de la reparación en el derecho penal implique necesariamente la exclusión de ciertas conductas de la vía penal con la intención de conseguir la abolición del sistema punitivo es, por decir lo menos, fantástico, debido a que la posibilidad de generar un efecto abolicionista es irreal, sobre todo en la compleja sociedad en que nos encontramos hoy en día. La intención es la opuesta, es decir, que la reparación sea una tercera vía en el derecho penal, junto con las penas y las medidas de seguridad⁽⁴⁸⁾.

En el sistema dual se produce un abismo entre la pena de privación de libertad y las medidas de seguridad, ya que las primeras acentúan la imposición de la sanción por la responsabilidad del autor y las segundas el aspecto preventivo del peligro que representa el agente, por ende, descuida a la víctima, lo que la reparación sí considera, además de incorporar integralmente todos los fines que se le han atribuido tradicionalmente a la privación de libertad.

5 Bien jurídico tutelado y reparación.

La estructura del sistema penal moderno pasa por la expropiación del conflicto a las partes realmente involucradas, como anteriormente se señaló. El Estado toma el lugar de la víctima con la construcción de los bienes jurídicos penalmente tutelados, que no es otra cosa que la forma de apropiación de tales conflictos.

La llamada fragmentariedad del derecho penal, es decir, el que no todos los bienes jurídicos sean objeto de protección penal, sino los que el Estado considera en un momento como los más relevantes, y las lesiones que se producen contra dichos bienes,

las más graves del ordenamiento punitivo, ha generado la ajenidad de la víctima en todo el sistema penal. El Estado de esta forma se define a sí mismo como el monopolizador de la persecución penal⁽⁴⁹⁾, la misma que se materializa en el ministerio público. Dicho Estado justifica la violencia, por tanto, también asume el monopolio de la **violencia legitimada**, es decir, el mismo Estado es el que define, sobre una base racional, lo perseguible, lo sancionable y lo protegido, sobre una legitimación que él mismo da⁽⁵⁰⁾. Por tanto, la protección de determinados bienes jurídicos se realiza de forma autorreferencial o autopoietica, justificada *per se*, sin considerar el interés de los directamente perjudicados. Zaffaroni⁽⁵¹⁾ en este punto establece que la consecuencia natural que acarrea el pensamiento sistémico en la dogmática penal es el eclipsamiento del concepto de bien jurídico. Según el mencionado autor, para los sistémicos la norma puede tener un fin, pero cumple (prioritariamente) una función que no coincide con ese fin y debido a esto, lo jurídicamente tutelable es esa función. Por ello, la conducta ilícita es la lesión a esa función, con lo cual las consideraciones a las personas son secundarias, pues primero se encuentra el sistema.

Para graduar la pena que se impone a la conducta ilícita, se tiene en cuenta hechos que a la víctima no le preocupan, más bien, son parte del interés estatal en mantener su hegemonía en el monopolio punitivo, con la supuesta intención de prevenir la comisión de hechos antijurídicos. En este sentido, el propio Mir Puig, quien presenta una postura conservadora al respecto -puesto que aún mantiene una teoría jurídico penal de tendencia dual, es decir, que las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico pueden ser la pena privativa de libertad y las

(48) En lo personal me inclino más por una abolición de la cárcel, para que de esta forma no se siga en el paradigma "cárcel o pago" que es lo mismo que decir "prisión por deudas"; habría una convivencia menos perniciosa entre las medidas de seguridad y la reparación que la coexistencia de las tres en la llamada tercera vía. Se puede hablar de una tercera vía cuando la convivencia se produce entre las penas (no privativas de libertad), las medidas de seguridad y la reparación. Para mayor información sobre esto último ver MAIER, Julio B. J. *El ingreso de la reparación...* Op.cit.; pp.27-52.

(49) Sobre el proceso en que el sistema penal se transformó en el exclusivo administrador de la violencia, a través del empleo de la ley penal, ver MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...* Op.cit.; p.827 y ss.

(50) RESTA, Eligio. *La desmesura de los sistemas penales*. En: *Poder y Control*. Barcelona, P.P.U., No.0, 1986. p.147.

(51) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales*. En: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989. p.760.

medidas de seguridad solamente-, refiere que “ello no parece responder a un criterio de justicia, atento a la reparación del mal causado según su gravedad, sino a la finalidad de **prevenir** los ataques según su **peligrosidad**⁽⁵²⁾”. Asimismo, precisa que “parece aconsejable ir más lejos y permitir la sustitución de penas pecuniarias o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima⁽⁵³⁾”.

La conceptualización del bien jurídico penalmente tutelado, le sirve al Estado como forma de legitimación de su intervención punitiva, puesto que la ofensa a un bien jurídico individual se considera de interés social. Esto, según Bergalli⁽⁵⁴⁾, fue el comienzo de la cultura punitiva moderna, pero que en la actualidad se ha ampliado el bagaje de intervención estatal en la esfera social a través de la aparición de los bienes jurídicos colectivos. Con ello se convierte el concepto de bien jurídico en la forma a través de la cual se produce la objetivación de la víctima, es decir, “el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal⁽⁵⁵⁾”.

La conceptualización -de la manera antes explicada- del bien jurídico no es otra cosa que la introducción del concepto de infracción en el lugar del concepto de daño. El bien jurídico sirve como límite al *ius puniendi* estatal, por lo que no es otra cosa que la forma de limitar la violencia institucionalizada del sistema penal que sólo funciona bajo la lógica de la punición. La reparación como sanción jurídico penal no es otra cosa que un cambio en el viejo paradigma crimen-castigo, sustituyéndolo por ofensa-reparación del daño que implica una transformación de un sistema penal altamente lesivo, estigmatizante, injusto, etc., por uno más humano de naturaleza reparatoria, conciliador, autocompositivo y justo.

6 Forma de la reparación.

Es importante señalar que el referido monto indemnizable no sólo consiste en la entrega de una suma dineraria. Con esto sólo se alcanzaría un escaso valor de prevención general, en tanto el autor sabría que al realizar el referido pago, su conducta quedaría impune. Es por ello que debe pagar un sobreprecio por la conducta ilícita perpetrada. Con ello se busca que las personas al internalizar la norma penal sepan que no deben cometer atentados contra bienes jurídicos penalmente tutelados. Este sobreprecio consiste en un *plus* que es fijado a nivel judicial para determinado tipo de delitos, puesto que si sólo se paga el precio equivalente a la vulneración realizada en caso de delitos de naturaleza patrimonial se podría llegar a un abuso de la posición económica que pueda tener el autor de un hecho punible. En los supuestos de otros bienes jurídicos que no pueden ser cuantificables de manera económica será más libre su determinación. Esta libertad de determinación del *quantum* reparatorio debería ser otorgada a las partes. Supletoriamente dicho monto podrá ser fijado por el juez y, en nuestra opinión, la fiscalía debería actuar como ente tuitivo para que no se produzca un abuso de una de las partes respecto a la otra⁽⁵⁶⁾. Sánchez Velarde⁽⁵⁷⁾, quien señala que la reparación no sólo debe contener exclusivamente la devolución de lo afectado sino que debe incluir una indemnización por los efectos que el daño produce; insiste en que no es suficiente asumir los gastos de curación para un delito de lesiones o devolver al afectado el bien sustraído para un delito contra el patrimonio -todo esto debe ser el contenido de la reparación-.

Por lo dicho anteriormente, se puede establecer que, una vez producido un conflicto que haya causado un daño, lo importante es otorgar una

(52) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 4a.ed. Barcelona: PPU, 1996. p.66.

(53) Ibid.; p.13.

(54) BERGALLI, Roberto. *Control Social Punitivo*. Barcelona: Bosch, 1996. p.14.

(55) BOVINO, Alberto. *La participación...* Op.cit.; p.3.

(56) Ver para mayor información sobre el papel que deben desempeñar las partes en el acuerdo reparatorio, lo puntualizado en la tesis doctoral (supra nota 4) de pronta publicación, en donde se hace un análisis pormenorizado respecto de la transacción penal como mecanismo procesal para hacer viable la reparación entre las mencionadas partes del conflicto penal.

(57) SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 1994. p.164 y 165.

reparación por el referido daño ocasionado. Verbigracia, si estamos ante un caso de daños materiales, se requiere, en la gran mayoría de los casos, una reparación en esos términos, es decir, materiales, a menos que el afectado no estime necesario ello, por ser muy pequeña la lesión material producida. Si estamos ante un caso de lesión del bien jurídico honor, es decir, ante una injuria, la reparación debe estar destinada a recuperar la autoestima; o en caso de una muerte debe estar destinada a apoyar a los familiares para que puedan sobrellevar el duelo y la pérdida. En estos dos últimos casos no hay una compensación determinada, pero sí determinable.

La reparación es vista también como un mecanismo de autocomposición de forma indirecta -pues tanto víctima como autor deben ponerse de acuerdo para llegar a ella-, ya que de esta manera las partes pueden ponerle fin al conflicto, sin olvidar que con ello se privilegia notoriamente el criterio preventivo especial derivado directamente de la voluntariedad de la reparación a cargo del agente.

Jakobs, quien mantiene una postura funcionalista-sistémica del derecho penal y específicamente de la función de la pena, afirma que “(...) el deber de resarcimiento puede bastar en el caso concreto, como consecuencia del delito; incluso, en algunos delitos puede ser para la víctima más adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena. Además, se tiene en cuenta una amplia compensación autor-víctima -que excede al marco puramente civil⁽⁵⁸⁾”. De esta forma, el derecho penal se convierte en un mecanismo eficiente de solución de conflictos, puesto que tal y como señala el autor antes referido, la reparación “como consecuencia del delito”, es decir, como sanción jurídico penal⁽⁵⁹⁾, resulta más beneficiosa desde todas las perspectivas para los agentes implicados. Bovino⁽⁶⁰⁾ enfatiza de

forma clara que la reparación privilegia mecanismos autocompositivos del conflicto y, de la misma forma permite una protección más adecuada del autor del hecho punible frente a la violencia institucionalizada. Simultáneamente se logra mejores condiciones de resolución del conflicto para la víctima, ya que ésta casi siempre preferirá soluciones de carácter reparatorio. “Una ‘administración de justicia enfocada a la víctima’ debe hacerse frente a daños corporales, psíquicos, financieros y sociales. No sólo hay que reparar daños primarios, que trae consigo de forma directa la victimización; en el proceso de averiguación y en el proceso penal hay que asegurar también que el lesionado no se convierta en víctima por segunda vez⁽⁶¹⁾”. La forma más eficaz y segura de que la víctima no sea victimizada una segunda y, en ocasiones, hasta una tercera vez, es mediante la implementación de un proceso transaccional en el que la reparación pueda ser concertada dejándola plenamente satisfecha. La reparación permite que mediante el pago -o en todo caso un resarcimiento simbólico- se compense el daño sufrido por el delito e, incluso, evitar la victimización secundaria producto del proceso penal.

El monto indemnizable consiste esencialmente en deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, devolviendo las cosas a la posición que tenían antes de perpetrado el ilícito, o en buscar dejar las cosas en la situación de satisfacción de la víctima y de la sociedad. Serrano Maíllo⁽⁶²⁾ quien no obstante mantiene posiciones con las que se discrepa en el presente trabajo por estar de acuerdo con la utilización de la **concurrency de culpas**; señala que la institución que más trascendencia ha tenido en el papel de la satisfacción de la víctima, por poder devolverle a su situación previa a la agresión penal, es la reparación⁽⁶³⁾. Muchas veces esto resulta muy

(58) JAKOBS, Günther. *Derecho penal: Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p.17.

(59) Deben quedar claras dos cuestiones fundamentales con respecto a la naturaleza que debe tener la reparación. La pena privativa de libertad es una consecuencia del delito, entendida como la consecuencia jurídico-penal de la perpetración de dicha conducta; la reparación puede ser vista de la misma forma, es decir, como consecuencia de un acto antijurídico y, por lo tanto, adquirir el carácter de sanción jurídico-penal.

(60) BOVINO, Alberto. *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. En: *Lecciones y ensayos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, No.59, 1994. p.29.

(61) KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7a.ed. Madrid: Dykinson, 1988. p.138.

(62) SERRANO MAILLO, Alfonso. *La compensación en derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1996. p.248.

(63) En este sentido, la reparación tiene una perspectiva amplia para la víctima pero de ninguna manera se le permite escoger a la víctima entre

complicado, ya que la perpetración del hecho punible no sólo genera efectos inmediatos sino también mediatos y a largo plazo. Por ejemplo, en muchos casos de delitos contra la libertad sexual o delitos contra la vida en los que la situación de la víctima se agrava conforme transcurre el tiempo. En otras palabras, los efectos posteriores del ilícito penal son muchas veces más perjudiciales -en el ámbito psicológico- que la misma conducta perpetrada.

Por otro lado, Hassemer⁽⁶⁴⁾ afirma que la cuestión de la reparación de los daños sufridos por la víctima como resultado de la perpetración de un hecho ilícito es muy necesaria en el derecho penal. En una gran cantidad de casos, los bienes obtenidos por el autor del hecho punible son objeto de comiso y no se le restituyen a las víctimas, creando un descontento frente al proceso penal y, sobre todo, frente al sistema penal.

Una de las bondades que permite la reparación consiste en la conciliación a que deben llegar los actores procesales, es decir, una conciliación de la víctima con el sujeto activo del injusto penal. Esta conciliación también debe abarcar un acuerdo sobre el monto de la reparación o la forma de reparación del daño como sustituto de la pena privativa de libertad. Es indudable que esta opción es mucho más adecuada ya que “(...) se entiende que la reparación del daño es menos estigmatizante que la pena tradicional⁽⁶⁵⁾”. Esto es muy beneficioso,

puesto que con la reparación se logra algo que en la mayoría de los casos en que se aplica la pena privativa de libertad no se alcanza, esto es, la menor posibilidad de reincidencia del sujeto activo. El sujeto activo que es enfrentado con su delito a través del contacto con la víctima, está menos propenso a perpetrar nuevamente un hecho delictivo -esta menor predisposición al delito se alcanza debido a que la reparación es producto de un proceso conciliador, en el cual el sujeto activo toma conciencia de su actuar ilícito y conoce a la víctima de forma directa-. En un proceso penal común, autor y víctima no se ponen nunca en contacto directo⁽⁶⁶⁾. Con la transacción penal (como mecanismo procesal conciliatorio-reparatorio) esto se logra de manera más efectiva y humana. Kaiser señala que “para mejor hacer justicia a la situación de la víctima se buscan alternativas a la persecución penal tradicional. Una solución común del conflicto entre autor y víctima alcanzaría, mediante el restablecimiento del *status quo*⁽⁶⁷⁾, una mayor satisfacción de las exigencias de la víctima, que las sanciones estatales. Por esto se propone la introducción de oficinas de mediación, compensación y arbitraje⁽⁶⁸⁾”.

La reparación (como única sanción aplicable en numerosos delitos), por consiguiente, cumple una serie de funciones muy importantes en la transacción penal, sobre todo en caso de delitos de naturaleza patrimonial, pero no sólo en ellos: de un lado, cumple

reparación y pena privativa de libertad. El sistema de reparación, como tercera vía del derecho penal, tiene coherencia si es que no se cuenta con la pena privativa de libertad, porque en ese caso se estaría ante la disyuntiva de “cárcel o pago”. La tercera vía en el derecho penal supone la existencia de las penas (limitativas de derechos, restrictivas de derechos pero nunca privación de libertad), las medidas de seguridad y la reparación, por ello el sistema es coherente mientras no exista la privación de libertad. La víctima no puede imponer una pena privativa de libertad porque estaría usurpando la función del Estado, pues la imposición de la sanción penal corresponde a un tercero imparcial en el conflicto, que la debe fijar de forma objetiva y no subjetivamente como lo haría la propia víctima. Sin lugar a dudas, hay necesidad de distancia entre el conflicto y su solución, distancia temporal prudente para que ambas partes procesen la situación. En un momento inicial, toda víctima sería tremendamente punitiva; al dejar pasar un tiempo la manera de ver las cosas cambia.

(64) HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p.91.

(65) DÜNKEL, Frieder. *Fundamentos victimológicos de la relación entre víctima y autor en Derecho Penal*. En: *Victimología*. Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1990. p.164.

(66) La relación entre víctima y victimario es voluntaria, no se le puede obligar a la víctima a ponerse cara a cara con el agresor. Lo que sucede de forma usual es que la víctima lo intente pero por la estructura del proceso penal tradicional esto es imposible, lo que deviene en una necesaria administración de justicia estatal y distante de las necesidades de la víctima.

(67) Considero que la forma ideal de restablecer el *status quo* anterior a la comisión del hecho penal es la reparación, incluso su concepción se orienta a ello, es decir, a reparar el daño ocasionado, intentando dejar las cosas en el estado en que se encontraban en el momento previo de la vulneración de algún bien jurídico.

(68) Para el citado autor, también se admite que la indemnización a la víctima del delito es un deber de naturaleza público. Apunta que los diversos programas para obtener una indemnización por parte de las víctimas de un ilícito penal son considerados “deseables en los mismos términos por personas que mantienen posturas básicas, jurídico-políticas de fondo, contrapuestas”. KAISER, Günther. Op.cit.; pp.130 y 132.

con resarcir a la víctima y también logra evitar en muchos casos la reincidencia; por otro lado, (con el *plus* que contiene) cumple la función de prevención especial al asumir la responsabilidad por su actuar antijurídico. Maier señala que “(...) la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual⁽⁶⁹⁾”.

La reparación no debe ser tomada como una simple prestación económica, habrá casos en que el autor del hecho punible no pueda hacer un pago en dinero⁽⁷⁰⁾. Para ello podría ofrecer a la víctima realizar en su favor prestaciones laborales como: cuidar su jardín, limpiar su casa u otros oficios que pueda realizar el procesado de manera voluntaria y sin denigrar su condición de ser humano⁽⁷¹⁾. En este punto Hirsch afirma que “la víctima de una lesión corporal o de un hurto no estará dispuesta, la mayoría de las veces, a dejar entrar al autor a su casa⁽⁷²⁾”. Sin lugar a dudas, en muchos casos una víctima de delitos violentos -sobre todo en el caso de agresiones sexuales- no estará dispuesta a que el autor ingrese a su domicilio, pero puede realizar trabajos en beneficio de la comunidad o prestaciones sociales en los cuales la víctima tenga interés, o incluso realizar prestaciones en favor de la víctima que no impliquen un ingreso en su domicilio; o la posibilidad de realizar trabajos en beneficio de la

comunidad en una ONG que ayude particularmente a las víctimas de agresiones sexuales y de esta forma percibir los daños incalculables que les puede realizar⁽⁷³⁾. Pero esto tampoco quiere decir que lo que el ofendido requiera es un proceso penal y una condena de privación de libertad para el autor de los hechos ilícitos.

La figura de la reparación se viene ya aplicando. Muestra de ello lo constituye la suspensión del juicio a prueba que se viene aplicando en el derecho penal argentino, en donde una condición *sine qua non* para alcanzar dicha suspensión es la reparación satisfactoria a la víctima en la medida de las posibilidades del imputado, con una aceptación de dicha víctima. En esos casos es posible el fraccionamiento de la reparación, en caso de ser una suma dineraria, o también la realización de trabajos o servicios prestados en favor de la víctima⁽⁷⁴⁾.

Muchos autores⁽⁷⁵⁾ coinciden en las ventajas de la reparación sobre la imposición de penas de privación de libertad, como su gran facilidad para ponerle fin al conflicto de una manera más efectiva. En esta línea de pensamiento Dünkel afirma que “en el marco de la criminalidad leve a mediana (sobre todo delitos contra la propiedad, patrimoniales y de daños materiales) la idea central de la reparación se ha de realizar en un proceso extrajudicial independiente de restitución o desagravio. Este ha de tener como objetivo la consecución de un acuerdo de reparación entre el agraviado y el autor⁽⁷⁶⁾”. Es evidente que el marco

(69) MAIER, Julio B. J. *La víctima...* Op.cit.; p.37.

(70) Schneider es de la opinión que si está en riesgo la reparación de la víctima se le puede conceder tan sólo un aplazamiento o un fraccionamiento; mi postura va más allá, pues si no hay posibilidades de pagar en dinero, el otorgamiento de prestaciones laborales podría ser otra alternativa. Para mayor información ver SCHNEIDER, Hans Joachim. *La posición de la víctima del delito en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal*. En: *Doctrina Penal: Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*. Buenos Aires: De Palma, 1989. p.319.

(71) Esto es tremendamente más beneficioso para la víctima, puesto que tiene la oportunidad de que se le escuche al momento de imponérsele la sanción al agresor, además debe quedar claro que la práctica supera sin lugar a dudas a la teoría. En Buenos Aires la imposición de la reparación en el sistema de justicia juvenil ha traído resultados tremendamente favorables para los menores infractores, es el caso de jóvenes de condición económica alta a quienes no les costaba nada pagar una reparación en dinero, pero en estos casos las víctimas conscientes de ello les solicitaron realizar trabajos en beneficio de la comunidad y de esta forma asumirían realmente su responsabilidad por la conducta ilícita perpetrada.

(72) HIRSCH, Hans Joachim. Op.cit.; p.114.

(73) Debe recordarse que en el caso peruano, casi todas las víctimas de delitos sexuales conocían a su agresor e incluso tenían un vínculo de parentesco muy cercano, por lo que la cárcel implica muchas veces la destrucción de la familia y por ello la asunción de culpa de la propia víctima.

(74) Para mayor información ver VITALE, Gustavo L. *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. pp.46-48 y 162-163.

(75) Como Roxin, Dünkel, Maier, Hulsman, etc., la lista de aquéllos que afirman que la reparación es más beneficiosa en muchos casos que la pena privativa de libertad, es larga.

(76) DÜNKEL, Frieders *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal en el derecho comparado*. En: *Victimologia*. Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1990. p.140.

dado por una negociación extrajudicial tiene más ventajas sobre la voluntad de las partes a conciliar. La transacción⁽⁷⁷⁾ en delitos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial está concebida dentro de este marco que favorece la puesta de acuerdo de las partes que saben que están aun fuera del proceso penal. A esto debe agregarse que dicha reparación, en el caso de delitos patrimoniales y contra la propiedad, es más útil y como destaca Roxin, “además, se ha verificado que el 85-90% de todos los procedimientos penales -en los casos de delitos contra la propiedad y el patrimonio aún un porcentaje más elevado- son puestos en marcha por denunciantes privados y que, por lo demás, para las víctimas denunciantes importa sobre todo, la reparación y muchísimo menos la punición⁽⁷⁸⁾”.

Es innegable que la transacción en estos delitos es muy valiosa, y la reparación soluciona claramente el conflicto producido entre autor y víctima, restableciendo el orden social alterado. Eser señala de manera muy clara, que a la víctima no le interesa un proceso penal o formas que le faciliten su participación en la persecución penal, “lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito⁽⁷⁹⁾”.

Un problema que debe ser analizado es el supuesto de delitos sin víctimas. En estos casos, en nuestra opinión, no es que no existan víctimas sino que el sujeto pasivo es difuso, por lo tanto, se entiende que es toda la colectividad o parte de ella la afectada por el ilícito penal. En casos como éstos, la reparación estará destinada a la colectividad en su conjunto o a

la parte de la colectividad que pueda ser individualizada. Verbigracia, en los casos de delitos contra el ambiente (mal llamados delitos contra la ecología), en los que el vertido clandestino afecta a un poblado en particular, la empresa causante del daño al ambiente deberá reparar a dicho poblado que asumirá el lugar de la víctima, como una víctima colectiva⁽⁸⁰⁾. También en aquellos casos en que la víctima sea una persona jurídica, ya que nada impide que algún representante de la persona jurídica pueda ser el encargado de conciliar con el sujeto activo del injusto penal, ya no es necesario movernos exclusivamente en el binomio autor-víctima de manera natural. Puede darse el supuesto en el que el sujeto activo sea una persona jurídica y la víctima también lo sea. Es por ello que se debe superar esa concepción clásica de autor y víctima como personas naturales.

7 Concluyendo.

Para finalizar se debe señalar a manera de conclusiones todas aquellas afirmaciones que se desprenden al analizar el presente trabajo:

1) Debe quedar claro que la pena privativa de libertad es totalmente inoperante -en casi la totalidad de los casos⁽⁸¹⁾- en la búsqueda de una reconciliación entre agraviado y sujeto activo; aunque dicha reconciliación no es en sí misma una finalidad del derecho penal⁽⁸²⁾, pero sí lo es restablecer la paz jurídica perturbada con la acción ilícita, lo cual evidentemente no se alcanza con la privación de libertad⁽⁸³⁾.

(77) Sobre la transacción penal se hará posteriormente una propuesta detallada de su forma de aplicación, para potenciar la reparación.

(78) ROXIN, Claus. Op.cit.; p.151.

(79) ESER, Albin. *Acerca de la Víctima en el Procedimiento Penal. Tendencias Nacionales e Internacionales*. En: *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p.28.

(80) En sentido opuesto se puede ver HIRSCH, Hans Joachim. Op.cit.; pp.8 y 59, quien señala que los casos de delitos sin víctimas no se puede prescindir de la pena estatal. Pero en sentido favorable se puede citar a BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op.cit.; pp.56 y 57, quienes con un ejemplo similar señalan que la conciliación para la obtención de la reparación es mucha más beneficiosa que seguir todo un proceso penal para imponer una pena de prisión o multa.

(81) La cárcel como institución que busca resocializar o reeducar al infractor de la ley penal ha fracasado. Aquel criterio de atemporalidad y perpetuidad que de la cárcel nos quieren inculcar es totalmente equivocado. La cárcel tiene 200 años de vida nada más y no siempre ha existido, su creación es moderna, aparece con la forma de producción del Estado capitalista y desde su aparición no se ha dejado de hablar de la crisis en la cual se encuentra. Para mayor información ver RUSCHE-KIRCHHEIMER. *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis, 1984; también RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cárcel en el sistema penal: un análisis estructural*. Barcelona: Bosch, 1995.

“La cárcel es, encima, reproductora de la criminalidad. Un dato de la realidad es que el penado, concluida su detención, sale igual -en el mejor de los casos- o peor, debido a un proceso asistemático de aprendizaje delincencial y de haber hecho alianzas con otros criminales”. HIGHTON, Elena y otros. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p.22.

(82) La denominada reconciliación entre autor y ofendido también puede ser incorporada como una finalidad del derecho penal, sobre todo en un sistema jurídico-penal que busque ser más humano y con mayor credibilidad y confianza social.

(83) De igual opinión RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Sociología de la Cárcel*. En: *Ius et Veritas*. Lima, año IX, No.16, 1998. pp.254-266.

2) Nadie puede sostener que al recibir una pena de internamiento (el autor), la víctima queda satisfecha y ve colmadas totalmente sus expectativas frente al actuar delictuoso del agente. Tampoco puede sostenerse que el sujeto activo de la conducta ilícita toma conciencia que su proceder fue erróneo, por el contrario, la cárcel será la última etapa en la formación de su carrera delictiva. Maier con agudeza señala que “(...) se observa que la reparación del daño por voluntad del autor permite, seguramente con mayor eficiencia que la pena, solucionar el conflicto social y, en ocasiones, el regreso casi perfecto a la paz jurídica, por reposición del estado ideal al que hubiera conducido la expectativa fundada en la observancia de la norma o, cuando menos, en el intento de alcanzar una situación similar⁽⁸⁴⁾”.

3) La administración de justicia opera a un ritmo extremadamente lento. Las causas se acumulan generando una inevitable congestión - esto origina una selección arbitraria de procesos que se tramitan sin un orden determinado- por lo que se resuelven empleando demasiado tiempo, produciendo una sensación de malestar social en contra del Poder Judicial y sus operadores. Además, se debe tener en cuenta que en el caso peruano -y también en países del mismo entorno- la administración de justicia se maneja con excesivo letargo y la propia publicidad del juicio oral⁽⁸⁵⁾ crea efectos indeseables en el procesado.

4) El proceso penal es visto como un obstáculo en la solución de conflictos. No llega, en muchos casos, a resultados justos y, por el contrario, contribuye a la estigmatización del autor, generando efectos indeseables y en muchos casos irreversibles en el procesado.

5) La reparación tiene pues una naturaleza más humana y puede reducir la violencia generada en la sociedad con la comisión de un hecho ilícito. Roxin

en este punto señala que “finalmente, la reparación puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y con ello facilitar esencialmente una reinserción del autor⁽⁸⁶⁾”. Además, el *plus* de violencia -para algunos necesaria- que genera la privación de libertad desaparecería.

6) No debe entenderse esta posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad como un “crédito personal” del autor del hecho punible. No se trata de ir atentando contra bienes jurídicos penalmente tutelados y luego, en caso de bienes jurídicos patrimoniales, compensar a la víctima; o vulnerar bienes jurídicos extrapatrimoniales buscando “comprar” a las víctimas. La idea es que su aplicación impida el ingreso a un centro penitenciario a aquellas personas que se verían más perjudicadas que beneficiadas. No es un regreso a la famosa frase “cárcel por deudas”, ni tampoco que la persona que incumpla con la indemnización o reparación será sometida a una prisión por deudas. Se trata más bien de un mecanismo que busca evitar el dolor innecesario irrogado por el sistema penal. Tampoco se busca beneficiar exclusivamente al sujeto activo del hecho antijurídico, más bien, se busca poner el acento en el interés de la víctima y beneficiarlos conjuntamente puesto que ningún autor de hecho punible puede reparar su actuar delictivo desde el interior de un centro penitenciario. Tampoco constituye una invitación a delinquir, antes bien, la reparación con los efectos preventivo generales y preventivo especiales positivos que tiene generaría una reducción de la reincidencia, la asunción de la responsabilidad por parte del sujeto, además de la comprobación en la colectividad que el sistema penal funciona.

7) De acuerdo a lo argumentado en este planteamiento, la reparación será vista como una garantía de la conducción del derecho penal por la vía o por el camino de la racionalidad, superando

(84) MAIER, Julio B. J. *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino*. Conferencia dictada el jueves 26 de mayo de 1995, en el VII Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, San José de Costa Rica, del 23 al 27 de mayo de 1995.

(85) “(...) mediante la eliminación de la publicidad del juicio oral, se busca obviar el efecto estigmatizante y desocializante que la misma conlleva en determinados casos (...)”. ARMENTA DEU, Teresa, Op.cit.; p.29.

(86) ROXIN, Claus. Op.cit.; p.30.

los prejuicios irracionales de los cuales actualmente es tributario, reflejados -sobre todo- en el proceso penal y en la pena privativa de libertad.

8) La reparación espontánea y voluntaria a la víctima del ilícito penal o la realización de una reparación de naturaleza compensatoria hacia la sociedad en aquellos casos de delitos sin víctimas individualizadas -verbigracia un trabajo en provecho social o una prestación benéfica-, contribuye sin lugar a dudas, en primer lugar, a la reafirmación del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, representa también un indicio de lo innecesaria que llega a ser la pena de privación de libertad desde el punto de vista de la prevención especial.

9) Se debe buscar cambiar la visión que socialmente se nos ha implantado, es decir, la costumbre de ver todo lo ilícito en términos de punición, únicamente a través de la pena de prisión. Debe producirse lentamente una desculturización en términos punitivos para ser sustituida por una en términos reparativos y, de esta forma, reducir la violencia en la sociedad en busca de un sistema penal más eficiente y con respuestas más humanas y efectivas a los problemas de naturaleza social sin perder nunca su carácter de fragmentario y de *ultima ratio*.

10) Hay que generar, pues, los espacios sociales y políticos para que de esta forma los conflictos penales sean vistos en términos de **daño** y no de **infracción**, con lo cual la única forma posible de solucionarlos sería a través de la reparación. El referirse a daño no implica políticas abolicionistas del derecho penal ni tampoco una transformación del sistema punitivo en un sistema de derecho civil, más bien implica pensar que hay otras posibilidades dentro del sistema penal que no pasan por la imposición de una sanción de privación de libertad ni por un proceso penal distanciador del autor y de la víctima.

11) La persecución penal distancia a la víctima

del ofensor cuando entre ellos se ha generado una estrecha relación, pero cuando esta relación no se ha generado deviene en simplemente imposible si interviene el sistema penal. También se torna en imposible una solución reparatoria cuando las agencias de control penal intervienen en el conflicto. Por tanto, el sistema penal contribuye a distanciar a los seres humanos cuando se produce un conflicto entre ellos.

12) La reparación a la víctima como objetivo social puede integrarse en la política criminal de forma que el derecho penal puede ofrecer posibilidades para que se generen actuaciones indemnizatorias a cargo del autor; esto permitirá una moderación de la intensidad punitiva y de la violencia innecesaria que genera la privación de libertad, además de permitir varios beneficios para el sujeto activo de la conducta injusta, incorporándose como un principio básico e inspirador de la citada política criminal y no como un principio secundario, de acuerdo a un derecho penal que se inspire y que esté de acuerdo con las premisas del Estado social y democrático de Derecho.

13) La víctima es la gran olvidada en la administración de justicia, la cual sólo se preocupa por el autor del hecho punible, y esto ni siquiera lo hace de manera eficiente. Dicha víctima suele ser considerada como fuente de información en el proceso penal y no le brindan las atenciones que merece, aunque las normas digan lo contrario.

"... que la grandeza de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma. Deben ser más fuertes y sensibles las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo salido apenas del estado de salvajismo. Se necesita el rayo para abatir a un fiero león que se revuelve al tiro de fusil. Pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad, y al crecer esta, debe disminuir la intensidad de la pena, si se quiere mantener constante la relación entre el objeto y la sensación."

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* ⁽⁸⁷⁾. 