

## LAS POLÍTICAS DE ORIENTACIÓN A LA VÍCTIMA EXAMINADAS A LA LUZ DEL DERECHO PENAL\*

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ\*\*  
Universidad de Talca

### RESUMEN

En este trabajo se exponen aquellas tesis que proponen otorgar a la víctima un mayor protagonismo en la solución del conflicto penal y que se enmarcan fundamentalmente en la idea de *devolver el conflicto a la sociedad*. Esencialmente, tales orientaciones se han dirigido a establecer procedimientos de mediación y de reparación – como tercera vía–. Sin embargo, pueden surgir ciertas dudas acerca de si estos mecanismos, sobre todo la mediación, pueden comprenderse dentro de la esfera del Derecho penal, considerando que éste se dirige principalmente a las víctimas potenciales por sobre consideraciones que digan relación a la víctima actual.

**PALABRAS CLAVE:** Víctima – Mediación – Reparación – Justicia restaurativa – Acuerdos reparatorios – Resolución alternativa de conflictos.

### ABSTRACT

This paper presents the theses that both propose that the victim should be given a greater prominence in criminal conflict resolutions and contain the idea of *returning the conflict to society*. Basically, such orientations have been geared toward establishing mediation and redress procedures as a third procedure. However, some doubts may arise if these mechanisms, especially mediation, can be comprised within the area of criminal law, considering that this law addresses the potential victims rather than the real victim.

**KEY WORDS:** Victim – Mediation – Redress – Reinstating justice – Redress settlements – Alternative conflict resolution.

---

\* Trabajo presentado en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Dirección postal: Campus Santiago de la Universidad de Talca. Quebec 415. Providencia. Santiago. Correo electrónico. rcarnevali@utalca.cl. El autor agradece a la prof. Alejandra Díaz Gude, de la Universidad de Talca, por sus valiosas observaciones.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Una de las importantes innovaciones introducidas en el nuevo sistema procesal penal dice relación con la mayor relevancia de la víctima. Que así sea se debe a que en los últimos tiempos, la ciencia penal ha ido otorgando mayor preponderancia a la ubicación que tiene la víctima no sólo dentro de la estructura del delito, sino también en el rol que le corresponde desempeñar en la solución de los conflictos.

Precisamente, el desarrollo de algunas tesis victimológicas, como asimismo, del movimiento de resolución alternativa de conflictos e, incluso, de posturas provenientes del abolicionismo, ha permitido que la víctima vaya adquiriendo una mayor participación<sup>1</sup>. Es así que hoy se habla de la necesidad de devolver el conflicto a la sociedad<sup>2</sup>, esto es, que al momento de buscar mecanismos de solución de los conflictos penales la víctima tenga un mayor protagonismo. Y es que, como se ha señalado por la dogmática, el desarrollo del Derecho penal ha “abandonado” a la víctima dado que tradicionalmente ha dirigido su preocupación al otro interviniente, el delincuente<sup>3</sup>.

Si bien esta aseveración debe ser matizada, pues no corresponde afirmar de manera tan tajante que el Derecho Penal haya descuidado a la víctima, si supone que ha habido una escasa preocupación teórica y normativa<sup>4</sup>. En efecto, si se considera que la misión esencial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, precisamente, la afectación o puesta en peligro de éstos –de manera clara, tratándose de los bienes de carácter individual– supone que hay un titular que se ve afectado. En todo caso, tal propósito no alcanza a comprender a la víctima en toda su dimensión, por lo que se hace urgente establecer respuestas, que vayan más allá del plano indemnizatorio, como tradicionalmente ha ocurrido. Lo discutible es, como se verá más abajo, si tales respuestas deben comprenderse dentro de la justicia penal.

Conforme a lo expuesto, quisiera dejar claro que este trabajo no pretende

---

<sup>1</sup> En este sentido, también han jugado un papel relevante los movimientos sociales, como han sido, por ejemplo, los que buscan un mayor reconocimiento a los derechos de las mujeres o de los menores. Cfr. DÍAZ GUDE, *La influencia del 'movimiento pro víctimas' en la justicia restaurativa*, en *Crea. Universidad Católica de Temuco*, N° 4 (2004), pp. 199 ss.

<sup>2</sup> Debe entenderse en el sentido de comprender a las partes involucradas directamente en el conflicto y a la comunidad.

<sup>3</sup> Cfr. QUERALT, *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos*, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin* (Barcelona, 1997), p. 145; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología* (3ª ed., Valencia, 1996), p. 38 ss.; DE VICENTE REMESAL, *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro*, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin* (Barcelona, 1997), p. 174-175; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (Barcelona, 1998), p. 17-18. No cabe duda que una de las razones fundamentales para que aquello haya ocurrido se debe al modelo inquisitivo, en el que la víctima no tiene participación. En este sentido, cfr. BOVINO, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)

<sup>4</sup> Vid. Art. 108 del Código Procesal Penal.

examinar exhaustivamente aquellas políticas cuyo eje central es la víctima, sino sólo entregar líneas generales que permitan comprender el planteamiento central de este trabajo, a saber, si se presentan antinomias con los fines del Derecho penal.

## II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VÍCTIMA

Justamente, el surgimiento de la Victimología<sup>5</sup> pretende no sólo examinar las consecuencias que tienen lugar en aquellos casos que se han dado en llamar victimización primaria y secundaria<sup>6</sup>, sino que también establecer procedimientos que permitan satisfacer a la víctima, regulando incluso, supuestos en los que el autor no es sancionado penalmente.

Para comprender cómo comienzan a plantearse estas ideas, debemos remontarnos a la década del sesenta. Como es sabido, durante esos años y principalmente en Alemania, con el propósito de ir comprendiendo al Derecho penal dentro del Estado social y democrático de Derecho, se van generando propuestas político-criminales con una fuerte orientación hacia las garantías penales, así como al desarrollo e impulso de principios como los de culpabilidad, proporcionalidad y humanización en las penas<sup>7</sup>. Al Derecho penal sólo le cabe proteger exclusiva y subsidiariamente bienes jurídicos, por lo que no corresponde emplear los instrumentos punitivos para promocionar ciertos órdenes morales –se manifiesta una huida del Derecho Penal–. Claro ejemplo de lo que se expone fue el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966, elaborado por catorce jóvenes catedráticos<sup>8</sup>. Allí puede apreciarse una clara orientación preventivo especial en el sistema de penas: las penas deben procurar la reinserción de quien delinque.

Pues bien, en este contexto de huida del Derecho penal es donde se aprecia ya no sólo un movimiento de descriminalización, sino que también derechamente abolicionista<sup>9</sup>. Para esta última postura ya no es necesario el Derecho penal, se requiere buscar otras formas que permitan la resolución de los conflictos –esto es, de los delitos–. Dado que no es objeto de este trabajo exponer los planteamientos del abolicionismo, sólo diremos que si bien han sido objeto de

---

<sup>5</sup> Para conocer el nacimiento de la victimología, cfr. LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología* (Valencia, 1998), p. 17 ss.; LARRAURI, *Victimología*, en VV.AA., *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, 1992), pp. 281 ss.

<sup>6</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, *La moderna*, pp. 49 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, (trad. Gómez Rivero - García Cantizano (Valencia, 2000), pp. 20 ss.

<sup>8</sup> Entre ellos puede citarse a Roxin, Baumann, Arthur Kaufmann y Stratenwerth. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general* (trad. Luzón Peña- Díaz y García Conlledo - de Vicente Remesal, Madrid, 1997), I, p. 122.

<sup>9</sup> Cfr. HULSMAN - BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana* (trad. S. Politoff, Barcelona, 1984), *passim*; CHRISTIE, *Los límites del dolor* (trad. M. Caso, México DF., 1984), *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), pp. 18 ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal* (Madrid, 2001), pp. 104 ss.

fuerzas críticas, al considerárselos más bien utópicos<sup>10</sup>, sí es posible resaltar el empeño de estos movimientos por hacer ver las deficiencias del sistema penal “clásico”, procurando su humanización<sup>11</sup>, como asimismo, su esfuerzo por buscar mecanismos de solución al conflicto distintos al punitivo –“dejar en manos de la sociedad su resolución”–. Es en este ámbito, en que van surgiendo las tesis victimológicas. En efecto, como afirma Queralt<sup>12</sup>, las posturas abolicionistas si bien no son aceptadas de forma directa por la Dogmática penal, no cabe duda que influyeron para que el Derecho penal fuera adoptando ciertas orientaciones dirigidas a la víctima, en cuanto a que tuviera una mayor participación en la resolución del conflicto, y que no se limitara, como se señaló precedentemente, al plano puramente indemnizatorio.

Tales orientaciones de alguna forma pretenden dirigir al Derecho penal y procesal penal –de forma limitada, claro está– hacia un sistema con componentes *transaccionales*, en que la víctima pueda concordar con el delincuente mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales. En este sentido, clásica resulta la afirmación “El ladrón armado no robó a la sociedad: robó a su víctima. Por tanto, su deuda no es con la sociedad, lo es con la víctima”<sup>13</sup>. Es decir, se afirma que el delito no sólo debería entenderse como un acto que supone un quebrantamiento del ordenamiento jurídico, y que, por tanto, tiene una repercusión social –es por ello que se considera dentro del Derecho Penal–, sino que también, genera un menoscabo a quien es el titular del bien jurídico, ya que es él quien sufre el delito<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Al respecto, GIMBERNAT, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid, 1981), p. 117, sostiene que no podemos prescindir del Derecho Penal, aun cuando lo anterior no significa que lo sea en su forma actual; FERRAJOLI, *El Derecho Penal mínimo* (trad. Bergalli), en BUSTOS RAMÍREZ, *Prevención y Teoría de la pena* (Santiago, 1995), pp. 25 ss.

<sup>11</sup> En este contexto puede resaltarse los aportes de la criminología crítica. Cfr., entre otros, BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal* (trad. A. Bunster, Buenos Aires, 2003), *passim*; LARRAURI, *La herencia de la criminología crítica* (Madrid, 1991), *passim*; HULSMAN, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en BUSTOS RAMÍREZ, *Prevención y Teoría de la pena* (Santiago, 1995), pp. 119 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Criminología crítica y ejecución penal*, en BUSTOS RAMÍREZ, *Prevención y teoría de la pena* (Santiago, 1995), pp. 175 ss.

<sup>12</sup> Cfr. QUERALT, *Víctimas y garantías*, cit., p. 148.

<sup>13</sup> Frase de R. E. BARNETT. “Where we once saw an offence against society, we now see an offence against an individual victim of crime. The armed robber did not rob society: he robbed his victim. His debt, therefore, is not to society; it is to the victim”. Citada por SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de ‘reparación’*, en *Poder Judicial*, N° 45 (1997), p. 187.

<sup>14</sup> Al respecto, se puede tener presente la *Declaración de los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder* (Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) y la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre *la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal*. Vid. <http://www.cfnavarra.es/asistenciavictimas/IJURIDICA.HTM>.

### III. MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS DE ORIENTACIÓN A LA VÍCTIMA. MEDIACIÓN Y REPARACIÓN

Examinadas estas nuevas orientaciones de devolución del conflicto a la sociedad, especialmente en lo que se refiere al mayor protagonismo de la víctima, pasaré a continuación a revisar cuáles son las principales direcciones en que esta mayor intervención se manifiesta y de qué forma se plasma en el plano legislativo, particularmente en el ordenamiento jurídico chileno. Es indudable que hoy la víctima se halla en una mejor posición que la que se apreciaba en el antiguo sistema procesal de corte inquisitivo, pues los derechos que se le reconocen en el proceso –Art. 109 del Código Procesal Penal, entre otros– le permiten tener un mayor protagonismo para velar por sus propios intereses.

Es del caso que estas orientaciones se dirigen esencialmente hacia dos direcciones. Una de ellas son los procesos de mediación, siendo uno de sus objetivos más importantes la reparación –no en el sentido de “tercera vía”–. Precisamente, es en este marco en donde se comprende una de las formas de solución propia de la llamada justicia restaurativa<sup>15</sup>. La otra vía es la reparación entendida, como una vía distinta a la pena y a la medida de seguridad –por ello se habla de tercera vía–.

Son fundamentalmente estas dos propuestas las que han pretendido dar, dentro de la esfera penal, una respuesta al conflicto penal en el que tenga una mayor participación la víctima. La mediación, como lo ha señalado Queral<sup>16</sup>, tiene un mayor contenido victimológico, por cuanto las partes involucradas en el conflicto *negocian* su solución, son ellas las que resuelven, con lo cual se genera una especie de privatización del Derecho penal. Si bien, como veremos, ninguna de estas orientaciones se encuentran plenamente recogidas en nuestra legislación, se podría decir que existen ciertos esbozos que permitirían afirmar que se está más cerca –aunque tímidamente– de la mediación que de la reparación como tercera vía. Es lo que sucede, por ejemplo, con los acuerdos reparatorios.

#### 1. *Mediación como forma de Justicia restaurativa*<sup>17</sup>

En términos generales, cuando se habla de mediación se entiende como un proceso en que hay un menor grado de formalización, en el que con la intervención de un tercero neutral se procura que las partes –víctima y autor– lleguen a

---

<sup>15</sup> Cfr. entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (Comp.), *Resolución alternativa de conflictos* (Buenos Aires, 2000), *passim*; OSORIO URZÚA - CAMPOS HIDALGO, *Justicia restaurativa y mediación penal en Chile*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (sede Coquimbo), N° 10 (2003), pp. 141 ss.; en cuanto a los orígenes, cfr. DÍAZ GUDE, *Justicia restaurativa: concepto y modelos prácticos*, en *Justicia de los acuerdos*, *Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*, N° 6 (2004), pp. 15 ss.; acerca de lo que ha sucedido en Australia y Nueva Zelanda, cfr. DALY, *Justicia restauradora en sociedades diversas y desiguales*, en *Crea. Universidad Católica de Temuco*, N° 2 (2001), pp. 116 ss.

<sup>16</sup> Cfr. QUERALT, *Victimas y garantías*, cit., pp. 148 - 149.

<sup>17</sup> No debe confundirse mediación con justicia restaurativa, pues la mediación es una forma de solución dentro de la justicia restaurativa. Eso sí, es la más común dentro de América Latina y Europa continental.

un acuerdo. Se da, por tanto, una relación de horizontalidad y no de verticalidad que es la propia de la justicia punitiva. Como ya se ha expuesto antes, uno de los grandes principios que inspiran la mediación se refiere a que los delitos no sólo suponen una vulneración a la ley penal, sino que, y por sobre todo, una afectación a personas determinadas. En este orden, es esencial buscar reconocer los derechos que tiene la víctima a ser reparada y que el autor reconozca la responsabilidad que le cabe en este conflicto<sup>18</sup>. Al respecto es importante destacar, que en la gran mayoría de los casos de delitos contra la propiedad, las víctimas manifiestan su interés en participar en estos procesos de mediación penal, manifestando un alto grado de satisfacción frente a la resolución a su conflicto<sup>19</sup>. Por otra parte, se ha podido apreciar que los autores de estos delitos reinciden menos que quienes no han intervenido en estos sistemas. En este sentido, dada la responsabilidad que aquéllos asumen con la víctima y la sociedad existen mayores probabilidades de reinserción.

Es indudable que una de las grandes ventajas de estos procesos de mediación, dice relación con la disminución en los grados de victimización secundaria –no “revive” el drama del delito a través de un proceso largo y muchas veces doloroso–, pues se pretende arribar a una solución sin que sea necesario proseguir el procedimiento. Lo anterior admite, entre otras ventajas, racionalizar recursos estatales, permitiendo dar una salida al conflicto sin que se requiera llegar a la sentencia y con ello satisfacer a la víctima, la que no debe esperar a la finalización al proceso para lograr algún grado de reparación. Por otra parte, brinda mayores posibilidades de que el sujeto activo pueda reinsertarse, ya que evita que éste entre en contacto con el mundo delictual más violento.

Se ha afirmado que la vía de la mediación permite satisfacer las funciones preventivas que le caben a las normas del Derecho penal. En efecto, si se valora esta institución desde una perspectiva preventivo general, en la medida en que intervenga un tercero que cumple funciones derivadas de un Tribunal, que interceda entre el autor y la víctima en la búsqueda de una solución consensuada,

---

<sup>18</sup> Conforme lo expone, ZAYAT, *El modelo catalán: un ejemplo de sistema abierto*, en: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (Comp.), *Resolución alternativa de conflictos* (Buenos Aires, 2000), pp. 223 - 224, la mediación de conflictos penales se puede presentar de dos formas: una llamada mediación comunitaria social y la otra, mediación penal. La primera, se caracteriza por asentarse en las propias comunidades sociales y resuelve conflictos antes de que éstos lleguen al sistema judicial. Se dirige más bien, a restaurar el tejido social dentro de la comunidad quebrantado por el mismo conflicto. Por su parte, la mediación derivada tiene lugar respecto de conflictos que ya ingresaron al sistema penal, y puede entenderse conforme a dos variantes, a saber, que sea derivada y retenida. Tratándose de la primera, la mediación es llevada a cabo por instituciones extrajudiciales, pero en la que existe un control, por ejemplo, del fiscal. En la retenida en cambio, actúan órganos judiciales, por lo que carece de un elemento esencial de la mediación, como es la horizontalidad.

<sup>19</sup> Así lo exponen, OSORIO URZÚA - CAMPOS HIDALGO, *Justicia restaurativa*, cit., p. 150. Muy interesante es la tabla comparativa entre la justicia restaurativa y la retributiva que presentan BLANCO - DÍAZ - HESKIA - ROJAS, *Justicia Restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas, y propuestas de política pública*, N° 6 (Colecciones de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004), p. 26.

permitiría la reafirmación de la norma jurídica quebrantada. Si bien la mediación ha tenido lugar dentro de un sistema menos formalizado, supone un acto de público reconocimiento de que se ha infringido la norma. Sin embargo, como se examinará más abajo, la anterior afirmación puede dar lugar a cuestionamientos, pues, no son pocos los que sostienen que estas manifestaciones “privatizadoras” generarán desconfianza al sacrificarse a la víctima potencial –la sociedad– en pos de la víctima actual.

En lo que respecta a consideraciones preventivo especiales, dado que las medidas que se adoptan no suponen graves limitaciones a los derechos fundamentales del autor –como sí sucede con las penas privativas de libertad–, no se lo expone a un importante factor criminógeno como lo es la convivencia carcelaria. En consecuencia, las posibilidades de reinserción social se acrecientan. Además, y creo que se trata de uno de las particularidades más relevantes de la mediación, el que el autor se “contacte” con la víctima, el que pueda apreciar directamente las consecuencias de comportamiento, generaría en aquél una fuerte impresión que fortalecería su proceso de reinserción y de asumir activamente la responsabilidad para reparar el daño causado.

Precisamente, son este tipo de consideraciones las que permitieron en su momento, que en el proyecto de responsabilidad juvenil se introdujeran medidas de este orden, como se desprende de lo dispuesto en el Art. 58 del proyecto que autorizaba la celebración de acuerdos reparatorios sin establecer limitaciones en cuanto a su procedencia<sup>20</sup>. Sin embargo, tal iniciativa no ha prosperado y lo que se discute en el Parlamento es la procedencia de acuerdos reparatorios, pero fuertemente restringidos.

En general, puede decirse que en nuestro ordenamiento jurídico la mediación tal como ha sido examinada antes, no se encuentra recogida. Por de pronto, en la suspensión condicional de procedimiento el rol de la víctima no es determinante –eso sí, es escuchada conforme al Art. 78 d) CPP– para resolver su procedencia, se trata de un salida que requiere como fundamento de legitimación la voluntad del imputado, el que debe soportar determinadas cargas de carácter sancionatorio<sup>21</sup>.

Es así pues, que sólo podrían estimarse –con ciertas limitaciones, claro está– como instituciones que responden este sistema, los acuerdos reparatorios<sup>22</sup> – Art. 241 y ss. del Código Procesal Penal– y la conciliación dentro del procedimiento por delito de acción privada –Art. 404 del Código Procesal Penal–. En efecto, en ambos casos se exige para que puedan materializarse el consentimiento, tanto del imputado –no se exige que reconozca su responsabilidad en los hechos– como de la víctima. Aunque es posible, respecto de los acuerdos

---

<sup>20</sup> Artículo 58: *“Acuerdo reparatorio. En los procesos de que trata la presente ley regirán los acuerdos reparatorios establecidos en el artículo 241 del Código Procesal Penal. En todo caso, no tendrá lugar la limitación establecida en el inciso segundo de dicha disposición, como tampoco su inciso tercero en lo que dice relación con aquél”.*

<sup>21</sup> Así, HORVITZ - LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal chileno* (Santiago, 2002), I, p. 553.

<sup>22</sup> Cfr. BLANCO - DÍAZ - HESKIA - ROJAS, *Justicia Restaurativa*, cit., pp. 77 - 81.

reparatorios, que el juez de garantía no los autorice si se dan los presupuestos que precisa el inciso tercero del Art. 241. Por tanto, la sola voluntad del autor y la víctima no es determinante, ya que hay un tercero –el juez– que mantiene un papel decisivo.

## 2. *Reparación como tercera vía*

Precisamente en esta orientación victimológica, es que surge el modelo de la *reparación* del daño que propone Roxin, como una “tercera vía” frente a las penas y a las medidas de seguridad<sup>23</sup>. Este autor señala que en aquellos casos que se castigan con penas de multa o con penas privativas de libertad de corto tiempo, es posible prescindir de tales sanciones imponiendo una reparación del daño. Incluso, tratándose de delitos de mayor gravedad, estas reparaciones pueden dar lugar, tanto a una remisión de la pena como, en su caso, a una atenuación de ésta. Ahora bien, estos planteamientos tienen sentido siempre y cuando no haya necesidad de imponer una pena, ya sea desde una perspectiva preventivo general o preventivo especial. Cabe destacar que estas proposiciones se encuentran recogidas en el Proyecto Alternativo de Reparación del daño de 1992, por el que plantea incorporar la reparación del daño dentro del sistema jurídico penal de sanciones<sup>24</sup>.

Para valorar la introducción de este modelo desde un punto de vista jurídico-penal – sin perjuicio de lo que se expondrá más abajo – es preciso preguntarse si éste responde a los fines de la pena. En efecto, considerando que la reparación se enmarca como una tercera vía, dentro del sistema de sanciones –no se trata pues, de una cuestión civil –, es esencial precisar si satisface a los fines preventivos de la pena. Pues bien, desde consideraciones preventivo especiales, podría cumplir un efecto resocializador, ya que permite al autor enfrentar las consecuencias de su acto y conocer los intereses de la víctima. Dicho en otros términos, si el autor ve con sus propios ojos las repercusiones de su comportamiento, puede tener una mayor eficacia disuasoria. El autor puede experimentar, incluso de una manera más intensa que a través de una pena, un reconocimiento de la norma jurídico penal. Por su parte, si examinamos esta institución desde un ángulo preventivo general, particularmente integrador, el que se haya reparado a la víctima también podría suponer un mensaje a la sociedad, y es que al resolver judicialmente aquellos actos que han generado una perturbación a la paz social, es posible el restablecimiento de ésta y con ello ver reafirmada la vigencia de la norma, generando así confianza en el ordenamiento jurídico. Empero, pueden surgir ciertas conjeturas en cuanto a que si estas medidas disuaden –prevención general negativa–, sobre todo, dado el énfasis en reparar a la víctima actual, es decir, la preeminencia en dar una solución al hecho cometido por sobre los futuros<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., I, pp. 108 - 110; EL MISMO, *La reparación en el sistema de los fines de la pena* (trad. J. Maier - E. Carranza), en VV. AA., *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, 1992), pp. 129 ss.

<sup>24</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., I, p. 109, quien hace ver que no puede hablarse de abolicionismo, pues estas reparaciones se comprenden dentro del sistema penal de sanciones.

<sup>25</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, cit., p. 192; CEREZO MIR, *Curso de Derecho*



Aunque se trata de campo de estudio que requiere de una mayor profundización, puede citarse, en la legislación comparada, como ejemplo de actos que podrían calificarse de reparación –si bien no propiamente como tercera vía–, ya sea de una manera expresa o tácita los siguientes:

a) En la legislación alemana:

i) 46 a StGB, “conciliación entre el autor y la víctima. Reparación del daño” autoriza al juez a que atenúe la pena si el autor se ha esforzado en reparar a la víctima, ya sea restableciendo en su mayor parte a su situación jurídica anterior, o la hubiere indemnizado total o parcialmente, suponiendo que este acto le ha significado al autor un considerable esfuerzo. Incluso, el juez puede no imponer la pena cuando la pena a aplicar no sea superior a un año de privación de libertad o la multa sea de hasta 360 días-multa.

ii) 56 StGB, “Remisión de la pena”, es posible remitir condicionalmente el cumplimiento de la pena privativa de libertad que no exceda de dos años, si el autor –entre otras condiciones– se ha esforzado por reparar los daños ocasionados por el hecho. Entre las obligaciones que puede imponer al sometido a la suspensión está la de reparar en la medida de sus facultades el daño causado.

iii) 59 a StGB, dentro las indicaciones a quien es “amonestado con reserva de pena”, está la que se esfuerce por alcanzar con el perjudicado una compensación o una reparación por los daños causados<sup>26</sup>.

b) En la normativa española es posible citar las siguientes medidas que, en estricto rigor, parece difícil que puedan estimarse como propias de la “tercera vía”, pero que tienen una orientación a la víctima:

i) Art. 21. 5 del Código Penal, atenuante genérica, si el autor procede a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos.

ii) Art. 81. 3 del Código Penal, como condición de suspensión de ejecución de una pena privativa de libertad se establece la satisfacción de las responsabilidades civiles, salvo que se estime que aquello no es posible.

iii) Art. 88 del Código Penal, sustitución de penas privativas de libertad. Así, penas de prisión que no excedan de un año por trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se aprecie un esfuerzo por reparar el daño causado.

iv) Art. 340 del Código Penal, obra como atenuante la reparación del daño causado en los delitos medioambientales.

v) Obrar como eximentes de responsabilidad, tratándose de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social –así, Art. 305. 4, 307. 3, 308. 4 del Código Penal– si el sujeto regulariza su situación antes de que se inicien actuaciones por parte de la Administración.

c) Es preciso afirmar que en nuestro ordenamiento no hallamos disposicio-

---

*Penal español* (5º ed., Madrid, 1996), I, p. 40; crítico a los planteamientos de Roxin, HIRSCH, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material* (trad. E. Carranza), en VV. AA., *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, 1992), pp. 65 - 67.

<sup>26</sup> Como indica SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, cit. (n. 6), p. 186, si bien se trata de medidas que se orientan a la víctima tienen un carácter de premio, es decir, como presupuesto para obtener beneficios y no como castigo.

nes que respondan a sus presupuestos. Esto es, se mantiene la clásica distinción entre penas y medidas de seguridad. Por tanto, la reparación responde más bien a una decisión de orden político-criminal, ya sea como medida para determinar la pena o dentro de la ejecución de la sentencia. En efecto, en este sentido se puede citar, entre otros preceptos, la atenuante genérica del Art. 11 N° 7 del Código Penal<sup>27</sup>; la atenuación específica del Art. 142 bis del Código Penal; la reparación a las víctimas de accidentes de ferrocarriles que establece el Art. 327 del Código Penal; el cumplimiento de las obligaciones legales en beneficio de la víctima que regula el Art. 370 bis del Código Penal; las condiciones que debe cumplir el condenado tratándose de la Ley 18.216.

#### IV. EXAMEN DE ESTAS ORIENTACIONES POLÍTICO-CRIMINALES A LA LUZ DE LOS FINES DEL DERECHO PENAL

Se ha señalado que la adopción de políticas criminales que se estructuran sobre la base de devolver el conflicto a la sociedad deberían merecer un juicio positivo, por cuanto un sistema de justicia penal en el que sólo se considere los intereses estatales por sobre los de la víctima, supone dejar de atender precisamente a quien es el titular del bien jurídico afectado por la generación del conflicto penal. Es decir, resultaría discutible la legitimidad de un sistema que pretende proteger bienes jurídicos, en el que la víctima se objetiviza<sup>28</sup>, centrando el conflicto entre el Estado y el autor.

Sin embargo, por otro lado, no deja de ser cierto –y creo que son argumentos que tienen mayor consistencia– que los sistemas que pretenden darle a la víctima un papel relevante, como es la mediación, se construyen sobre la base de soluciones consensuadas entre el autor y la víctima. En consecuencia, se “privatiza” un conflicto que se ha calificado previamente como penal, es decir, respecto del que se ha manifestado públicamente que afectan bienes jurídico-penales –se trata pues, de intereses de relevancia social<sup>29</sup>– y que, por tanto, autoriza el ejercicio del *ius puniendi*<sup>30</sup>. Como ya lo ha afirmado Eser<sup>31</sup>, una mayor considera-

<sup>27</sup> Debe rechazarse absolutamente las restricciones que se imponen a esta atenuante, como se puede apreciar en la ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes –Art. 20 de la ley 20.000– y en el Art. 450 bis del Código Penal. Tales determinaciones responden a una política criminal de corte represivo y autoritario, que se oponen a los planteamientos victimológicos que de alguna forma se recogen en el Código Procesal Penal. No resulta conveniente tan claras divergencias entre ambos ordenamientos, sobre todo, dada la necesidad de que haya una unidad político criminal entre el Derecho penal y el Derecho procesal. Así, ya lo expone, KÜNSEMÜLLER, *Nuevos caminos de la reparación del daño en el Derecho Penal*, en *Gaceta Jurídica*, N° 235 (2000), pp. 21 ss.; asimismo, BOVINO, *La participación*, cit. en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)

<sup>28</sup> Términos empleados por BOVINO, *La participación*, cit., en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)

<sup>29</sup> Cfr. CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*, en: *Revista Chilena de Derecho* 27 (2000) 1, pp. 136 ss.

<sup>30</sup> Es así que MAIER, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, 2002), I, p. 374, señala que la irrupción de los intereses de la víctima al sistema penal y de la reparación como modo de solución al conflicto social que representa el delito amenazan con transformar al Derecho penal: de un sistema de regulación del poder estatal a otro cuyo fin principal sea la solución del conflicto y la reposición real de la paz social.

ción de la víctima puede desembocar en una tendencia hacia la “privatización del Derecho penal”, pues bajo la idea de que las víctimas preferirían una mayor participación en el proceso penal y por sistemas regidos por la mediación, puede llevar a un renacimiento de la pena privada.

Las afirmaciones precedentes hacen pensar lo discutible que resulta el mantenimiento de ambos mecanismos de solución de conflictos dentro de un sistema de justicia punitiva. En efecto, parece difícil de entender la incorporación de instrumentos de mediación dentro de un sistema cuya base se construye, precisamente, mediante la selección de conflictos que tienen una relevancia que va más allá de la víctima –por algo se ven afectados bienes jurídicos penales–.

En la medida en que la definición del conflicto se elabora conforme a la infracción de una ley penal, el que se reconozca la procedencia de otros mecanismos propios de la justicia restaurativa, como es la mediación, para solucionar los mismos conflictos, puede suponer un reconocimiento público de que la justicia punitiva conlleva efectos no del todo positivos. Por tanto, es perfectamente posible pensar en la despenalización de determinados comportamientos al apreciarse la viabilidad de medios no punitivos<sup>32</sup>. A continuación expondré algunas argumentaciones que me parecen adecuadas para valorar positivamente los planteamientos recién expuestos.

No es del todo cierto afirmar que el Derecho Penal se despreocupa de la víctima, ya que, precisamente, el nacimiento del Derecho Penal moderno, época en la que el Estado monopoliza el ejercicio del *ius puniendi*, surge como consecuencia de la desconfianza que generaba las reacciones sancionatorias de las propias víctimas –énfasis en la solución privada de conflictos–, las que muchas veces excedían la real magnitud del hecho cometido<sup>33</sup>. Por otra parte, el Derecho Penal moderno ha estado “desde siempre” orientado hacia la víctima: evitando que las víctimas potenciales se conviertan en víctimas actuales. Dichos en otros términos, si bien no se dirige a reparar una situación de victimización si lo hace para impedir ésta<sup>34</sup>.

Estimando pues, que el Derecho Penal se dirige esencialmente hacia las víctimas potenciales –la sociedad– por sobre consideraciones de orientación hacia la víctima actual –que son las que toma en cuenta sistemas como la mediación–, no queda tan claro si es posible lograr una adecuada solución al conflicto dentro de la esfera del Derecho Penal. Es decir, si enfatizando la satisfacción de la víctima actual resulte posible que las normas punitivas alcancen un adecuado efecto disuasivo respecto de los hechos futuros. Y es que existe un riesgo cierto de que al

---

<sup>31</sup> Cfr. ESER, *Acercas del reconocimiento de la víctima en el procedimiento penal* (trad. F. Guariglia - F. Córdoba), en VV. AA., *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, 1992), p. 51.

<sup>32</sup> Cfr. BOVINO, *La participación*, cit., en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)

<sup>33</sup> Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. F. Muñoz Conde - L. Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984), p. 92 - 93; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, cit., p. 190; EL MISMO, *Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la 'victimodogmática'*, en SILVA SÁNCHEZ, *Instituciones de Derecho penal* (México DF., 2001), p. 73 - 74; ESER, *Acercas del reconocimiento*, cit., p. 52.

<sup>34</sup> En estos términos, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, cit., p. 190 - 191.

pretender satisfacer a la víctima actual se termine sacrificando a las víctimas potenciales.

Es por ello que a la hora de valorar la aplicación de estas instituciones debe obrarse con especial cuidado, pues si bien puede estimarse que estas instituciones permitirían la estabilización de la norma infringida, el que se enfatice la respuesta hacia la víctima actual puede terminar generando una mayor desestabilización y desconfianza hacia la norma penal y, de esta forma, afectar a las víctimas potenciales. Siendo así no se estarían cumpliendo los fines preventivo generales que le caben a las normas jurídico-penales. Basta pensar en los peligros que puede representar un excesivo empleo de acuerdos reparatorios tratándose de delitos económicos, si éstos privilegian a sujetos con recursos financieros. Como ya lo ha expuesto Hirsch, tal situación encierra el riesgo de una justicia de clases<sup>35</sup>.

Al respecto, no debe olvidarse que el delito *siempre* implica la lesión de un bien jurídico-penal, esto es, se ve afectado un interés social relevante, por tanto, su afectación trasciende la relación autor-víctima. Desde esta perspectiva, resulta difícil afirmar que las instituciones que se construyen sobre la base de satisfacer a la víctima actual pueden tener una mayor eficacia preventivo general que la pena.

Si está dentro de la esfera del Derecho Penal resulta ineludible la invocación a las víctimas potenciales. El que se esté frente a un delito supone necesariamente una referencia a terceros, más allá de la víctima. El delito no es un conflicto de estructura dual –como sí lo son los conflictos propios del Derecho Civil–. Las normas penales se dirigen a buscar un restablecimiento de la paz quebrantada por la comisión de un delito, por tanto, se pone de manifiesto que se trata de conflictos que tienen una trascendencia general y no, vuelvo a reiterar, disputas que sólo interesan esencialmente a dos sujetos<sup>36</sup>. Es esta la razón y no otra, por lo que se ha decidido enmarcar el conflicto dentro de la esfera del Derecho Penal. En consecuencia, si, por ejemplo, razones preventivas contraindican recurrir a soluciones propias de la mediación debe prescindirse de ellas.

Estos mecanismos de orientación a la víctima actual sólo serán válidos en la medida que permitan alcanzar los fines de pacificación social –que es lo que se espera también del Derecho Penal–. Empero, teniendo en consideración que el Derecho Penal tiene más que ver con el autor y con la norma penal que con la

---

<sup>35</sup> Cfr. HIRSCH, *La reparación*, cit., p. 81.

<sup>36</sup> Como señala SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, cit., p. 194 - 195: La disyuntiva se plantea, en términos radicales, entre tres opciones: que la orientación del Derecho penal a la víctima actual pase a primar, en medida por determinar, sobre la clásica orientación a la víctima potencial; que se produzca un ensamblaje de ambas orientaciones; o, en fin, que la orientación a la víctima actual se inserte en el contexto clásico de un Derecho penal orientado a la víctima potencial, apareciendo como un medio especialmente apto para cumplir en ciertos casos tal orientación. A mi entender, la opción asumible –y que es además, la que, según creo, en mayor o menor medida se está asumiendo– es la tercera. La primera es la propia de los modelos de conciliación y reparación y se sitúa en un contexto de abolición total o parcial del Derecho penal”.

víctima, mayores consideraciones de prevención general que especial, parece difícil conciliar estos mecanismos dentro de un sistema de justicia punitiva<sup>37</sup>.

Conforme a lo anterior, parece razonable pensar que si en la solución de determinados conflictos penales se recurre a mecanismos propios de la mediación y ello no genera mayor desestabilización de la norma penal, debería pensarse en la despenalización de determinados comportamientos. Y es que debe tenerse presente, que descriminalizar un determinado comportamiento no significa dejar sin respuesta el conflicto, ésta provendrá de otros controles menos formales.

No deja de resultar paradójico que en los tiempos actuales, por un lado, se está recurriendo excesivamente a la pena, en un escenario de constante *expansión* del Derecho Penal, ya sea criminalizando comportamientos de *bagatela*<sup>38</sup>, endureciendo las penas –lo que pone en entredicho el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal– y, por otro, se introduzcan mecanismos alternativos a la pena, con lo que de alguna manera se está reconociendo la ineficacia del sistema punitivo. Todo ello me hace pensar, a objeto de que no se produzca una antinomia entre los fines que persigue el Derecho Penal y lo que se pretende alcanzar a través de la resolución alternativa de conflictos es que este último sistema se comprenda dentro de una esfera distinta a la justicia punitiva.

Por último, de mantener estos sistemas de solución dentro de la justicia penal, no son menores los riesgos de convertirlos en formas pervertidas de control punitivo. En efecto, si consideramos que su establecimiento persigue, como finalidad última y de menor jerarquía –tal como señala Bovino<sup>39</sup>–, racionalizar los recursos estatales persecutorios, puede ocurrir que uno de los propósitos más importantes como es reparar a la víctima ceda frente a la realidad acuciante a que se ven enfrentados constantemente los órganos persecutorios y los tribunales como es la de lograr soluciones rápidas a los conflictos. Así, no sería extraño que se ejercieran presiones sobre el imputado para reparar, vulnerando la presunción de inocencia<sup>40</sup>. La víctima pasaría a convertirse en un agente legitimador de un modelo punitivo que busca esencialmente la eficiencia<sup>41</sup>.

[Recibido el 14 y aceptado el 30 de abril de 2005].

---

<sup>37</sup> Por ello es posible castigar penalmente aun cuando haya ausencia de daño.

<sup>38</sup> La ley 19.950 sobre los hurtos-falta es un ejemplo paradigmático de irracional legislativa.

<sup>39</sup> BOVINO, *La participación*, cit., en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)

<sup>40</sup> En estos términos, QUERALT, *Victimas y garantías*, cit., p. 162.

<sup>41</sup> Así, BOVINO, *La participación*, cit., en: [www.justiciacriminal.cl](http://www.justiciacriminal.cl)