

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

**LA VÍCTIMA Y LA REPARACIÓN
INTEGRAL DEL DAÑO COMO TERCERA
VÍA EN EL DERECHO PENAL**

**Tesis para Optar por el Grado de Licenciadas
en Derecho**

Marisol Alpízar Chaves.
Yara Elizondo Montoya

Ciudad Universitaria “Rodrigo Facio”
San José, Costa Rica

2002

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACIÓN**

San José, 25 de octubre del 2002.

**Dr.
Rafael Gonzalez Ballar
Decano, FACULTAD DE DERECHO**

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

ALPIZAR CHAVES MARISOL Y ELIZONDO MONTOYA YARA

Titulado: **“LA VICTIMA Y LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO COMO TERCERA VIA EN EL DERECHO PENAL”** fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente: LIC. MARIO SEING JIMÉNEZ
Secretario: LIC. ALCIDES MORA DIAZ
Informante: M.Sc. MAYRA CAMPOS ZUÑIGA
Miembro: LIC. JOSE LUIS VALENCIANO CHAVES
Miembro: LIC. MIGUEL VILLEGAS ARCE

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día miércoles 06 de noviembre las 18:00 p.m. horas.

Atentamente,


**DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR**

San José, 12 de octubre 2002.

**Doctor
Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.**

Estimado señor:

Por este medio y en mi condición de Directora de la Tesis: "*La víctima y la reparación integral del daño como tercera vía en el Derecho Penal*", de las estudiantes MARISOL ALPIZAR CHAVES Y YARA ELIZONDO MONTOYA, informo sobre su aprobación ya que cumple con los requisitos exigidos por dicha área.

El trabajo final contempla una de las más modernas discusiones dentro del campo del Derecho penal, así como cual ha sido la propuesta de la normativa costarricense sobre dicho tema. El trabajo contiene diversas fuentes de información que nos permite considerar la seriedad de la misma.

Sin otro particular,


**Msc. Mayra Campos Zúñiga
Profesora**

San José, 14 de octubre del 2002.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

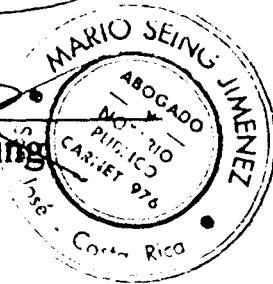
Estimado Señor:

Por este medio le informo que en mi carácter de Lector, he revisado y aprobado la tesis de graduación de las egresadas de dicha facultad Marisol Alpízar Chaves y Yara Elizondo Montoya, cuyo título es: “La víctima y la reparación del daño como tercera vía en el derecho penal”.

Dicho trabajo constituye un valioso aporte en el ámbito del derecho procesal penal y penal, debido a la novedad del tema; enriqueciendo de esta forma la discusión en torno a la reparación como tercera vía en el derecho penal.

Sin otro particular.

Lic. Mario Seing Jimenez
Profesor



MARIO SEING JIMENEZ
ABOGADO PÚBLICO
CARRIET 976
Costa Rica

San José, 14 de octubre del 2002.

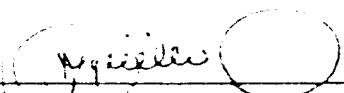
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Por este medio le informo que en mi carácter de Lectora de la tesis: “La víctima y la reparación del daño como tercera vía en el derecho penal”, de las egresadas Marisol Alpízar Chaves y Yara Elizondo Montoya, he revisado dicha tesis y cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por dicha área.

El tema es novedoso ya que en nuestro país poco se ha hablado sobre la tercera vía en el derecho penal, además, analiza a fondo la situación de la víctima dentro del proceso penal.

Sin otro particular.



Lic. Norma Argüello Pérez.
Profesora

© Derechos de propiedad intelectual. 2002.
Marisol Alpizar Chaves, Yara Elizondo Montoya.
Reservados los derechos de compilación, selección y
actualización.
Prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación.
De conformidad con la ley de Derechos de Autor y Derechos
Conexos N° 6683, publicado en la Gaceta N° 201 de 24 de
octubre de 1995.

DEDICATORIA

A Dios por darme la fe, la fortaleza y la paciencia necesarias para culminar esta etapa de mi vida y sobre todo porque es a él que debo todo lo que he logrado hasta el día de hoy. A San José María Escrivá de Balaguer por ayudarme espiritualmente.

A mi madre por ser una mujer admirable y ejemplar y por darme siempre su apoyo, comprensión y su amor incondicional. A mi padre ya fallecido por ser un ejemplo de lucha y responsabilidad.

A mi hermana por ser mi mejor amiga y el bastón en que me apoyo en los momentos difíciles.

William por apoyarme incondicionalmente en todo momento, ser todo un modelo a seguir y por ser como mi padre.

Alberto por toda la ayuda que me brindo y por su ejemplo de dedicación y esfuerzo en su trabajo y estudios.

A mis demás hermanos por ser un ejemplo a seguir en mi vida.

A mis amigos y seres queridos que me han apoyado y con sus consejos me han dado fortaleza para culminar esta etapa de mi vida.

A todos mil gracias

Marisol

DEDICATORIA

Al ser supremo, creador de mi existencia, por brindarme la oportunidad de ser co-arquitecta de sus obras, entregándome energía y sabiduría de todo cuanto hay más allá.

A mis padres, por su soporte.

A mis hermanos, por su paciencia.

Adriana, por tu compañía y masajes.

Adán, por tu apoyo y amor incondicional, por tu acicate y devoción, por creer en mí. Gracias por tus consejos juiciosamente medidos, que sin lugar a dudas contribuyeron en este peldaño alcanzado.

A mis amigos, por su estímulo, a lo largo de todo el camino...

María José, por darme alegría en momentos de tensión.

Cristian, por quien tecnológicamente contribuyó para que yo realizara mis escritos.

Nolly, quien me brindó albergue, cuando más lo necesité.

PARA.

AGRADECIMIENTOS

Escribir los testimonios de agradecimiento al completar una tesis es tarea agradable por dos motivos. Significa que se ha terminado el texto, pero lo más importante, brinda la oportunidad para expresar nuestra gratitud a quienes tanto han aportado a nosotras y a esta obra.

Entre aquellos con quienes tenemos una gran deuda de agradecimiento se destaca nuestra directora de tesis Licenciada Mayra Campos Zuñiga; participó de manera experimentada y entusiasta en las etapas de preparación de este trabajo. También estamos agradecidas a la Licenciada Norma Argüello Pérez y Licenciado Mario Seig Jiménez, por su aporte, apoyo y estímulo.

Agradecemos a los otros miembros del tribunal, los Licenciados José Luis Valenciano Chaves, Miguel Villegas Arce, Alcides Mora Díaz por su valiosa colaboración.

Otras personas y amigos nos han ayudado de innumerables maneras, merecen particularmente nuestro reconocimiento Xenia Rodríguez, Kattia Barahona, Carlos Carvajal, Vanesa Dotti, Ana Steller, Miriam Fallas.

Gran colaboración brindaron los Licenciados Alfredo Chirino Sánchez, Máximo Esquivel, Fernando Cubero, Janett Arias Meza, Max Chinchilla.

También expresamos gratitud por la colaboración y el apoyo de personas desconocidas para nosotras, las cuales indudablemente han hecho aportaciones valiosas.

INDICE GENERAL

Abreviaturas	xix
Resumen	xx
Introducción	1
Título Primero: La Víctima en el Proceso Penal y sus Derechos Reparatorios	
Capítulo Primero: Víctima y Proceso Penal	7
Sección Primera: La Víctima	8
A. Victimología	8
1. Orígenes y Evolución Histórica	9
2. Noción de la Victimología	15
3. Noción de Víctima	19
B. Participación de la víctima en el Proceso Penal	24
1. Antecedentes Históricos	24
a) Antecedentes Históricos Generales	25
b) Antecedentes Históricos Particulares	29
2. Ascenso de la Víctima	33
a) Factores que contribuyen al ascenso de la víctima	34
3. Rescate de la víctima Instrumentos Internacionales y normativa procesal penal costarricense	39

a) Foros e Instrumentos Internacionales	39
b) Normativa Procesal Penal. Costa Rica	43

Sección Segunda: La Postura de la Víctima

frente al Derecho Penal y Procesal Penal	49
A. Víctima, Derecho Penal y Proceso Penal	49
1. Derecho Penal (Victimodogmática)	50
2. Derecho Procesal Penal	54
3. Iniciativas de Reparación y Mediación	57
B. Procesos de Victimización	59
1. Victimización Primaria	60
a) Medidas Procesales	63
2. Victimización Secundaria	63
a) Medidas Procedimentales	66

Capítulo Segundo: Instrumentos

Internacionales y la Normativa	
Procesal Penal Costarricense	
en torno a los Derechos de la Víctima	
en la Reparación Del Daño.	70

Sección Primera: Normativa Internacional 74

A. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal	
---	--

o Reglas de Mallorca, 1992	79
B. Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos de 1983	81
1. Responsabilidad Estatal	82
2. Formas de pago por parte del Estado	82
3. Alcances de la Indemnización	83
C. Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder o Declaración de las Víctimas	84
1. Acceso Real a la Justicia	91
2. Resarcimiento e Indemnización	97
3 Asistencia	100
D. Programas y Formas de Organización de las Víctimas	102
1. Principios generales que rigen la creación de los centros de asistencia	102
2. Características de los centros de asistencia	103
3. Tipos de programas	105
a). Programas de Reparación o restitución a cargo del infractor	106
b). Programas de Asistencia Inmediata	108

c). Asociaciones de Víctimas	109
Sección Segunda: Derechos de la Víctima en la Normativa Procesal Penal. Costa Rica	112
A. Víctima en el Código Procesal Penal	113
1) Análisis del Artículo 70 del Código Procesal Penal	116
a) Al directamente ofendido por el delito	116
b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido	120
c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes dirigen o administran o controlan	121
d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses	121

d.1) La representación de las víctimas de los delitos contra bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos y difusos	122
d.1.1) Excurso: los intereses colectivos y los intereses difusos	123
d.1.1.1.) Intereses colectivos	126
d.1.1.2.) Intereses difusos	128
d.1.1.3) Corolario	129
d.2.) Legitimación para actuar en el proceso penal	130
d.2.1) Las Asociaciones	131
d.2.2.) Las Fundaciones	132
d.2.3.) Los “otros entes” habilitados por la Ley	134
d.3.) Requisitos para la procedencia de la representación	136
d.3.1.) El delito debe afectar intereses difusos o colectivos	136
d.3.2.) El objeto de estas “agrupaciones” debe estar vinculado con estos intereses	137
B. Derechos de la víctima	140
1. Derecho de Información	143
2. Derecho de Apelación	145
a) Resoluciones apelables	146
3. Derecho de Intervención	147
C. Formas de Participar en el Proceso	150

1) Delitos de Acción Pública	152
a) La conversión de la acción pública en privada	153
2) Delitos de Acción Pública Dependientes de Instancia Privada	157
3) Delitos de Acción Privada	162
4) En la Pretensión Reparatoria Derivada del Delito	164
Sección Tercera: Atención y Ayuda a las Víctimas del Delito	166
A. Oficina de Información y Orientación a la Víctima	167
1. Referencia histórica	172
a) México	172
b) España	174
c) Argentina	175
2) Preliminares en Costa Rica	177
a) Funciones de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima	180
B. Fondo Estatal de Indemnización a Víctimas	185
1. Generalidades	186
a) Concepto de indemnización de víctimas	186
b) Antecedentes Históricos de la indemnización	

a Víctimas	186
c) El resarcimiento del daño por parte del Estado	188
d) Supuestos compensables	195
d.1) Pérdidas compensables	195
d.2) Delitos compensables	196
e) Criterio para establecer beneficiarios	198
C. Viabilidad y Expectativas de Creación de un Fondo de Indemnización	
a Víctimas en Costa Rica	199

**Titulo Segundo: Reparación Integral del Daño
como Tercera Vía en el Derecho Penal**

**Capitulo Primero: Reparación Integral
del Daño y su Relación con otros**

Institutos Procesales	202
------------------------------	-----

**Sección Primera: Análisis del Artículo 30 Inciso J)
del Código Procesal Penal**

A. Consideraciones Preliminares	205
B. Naturaleza Jurídica	213
C. Elementos	218
1. Reparación Integral	219
2. Daño	224

3- Daño Particular o Social	228
4- Tiempo Procesal	232
a) Procedimiento Ordinario	234
b) Querrela	235
c) Procedimiento para juzgar contravenciones	235
5- Hecho Generador	237
6- Aceptación de la Víctima o el Ministerio Público	250

Sección Tercera: Relación de la Reparación

Integral del Daño con otros Institutos	258
A. Suspensión del Procedimiento a Prueba	258
B. Conciliación	263
C. Pena de Compensación Pecuniaria	265
D. Acción Civil Resarcitoria	267

Capítulo Segundo: Surgimiento de la Reparación como Tercera Vía en el Derecho Penal

Sección Primera: Reparación Del Daño como Tercera Vía en el Derecho Penal	277
A. Concepto de Delito	288
B. Reparación y Víctima	296
C. Teoría de la pena	302
1. Antecedentes	304

a) Definición de pena	308
b) Características de las penas	310
b.1.) Característica generales	310
b.2.) Característica específicas	310
2. Fines de la pena	312
2.1. Teoría Absoluta de la pena:	
Teoría de la retribución	313
2.2. Teoría relativa de la pena	322
2.2.1. Teoría de la Prevención General	324
2.2.1.1. Prevención general negativa	324
2.2.1.2. Prevención General Positiva o Integradora.	329
2.2.2. Teoría de la Prevención especial	334
2.2.2.1. Teoría de la prevención especial negativa	346
2.2.2.2. Teoría de la intimidación	337
2.2.2.3. Teoría de la prevención especial positiva	337
2.3. Teorías Mixtas o Eclécticas	342
2.3.1. Teoría Unificadora Dialéctica	346
3. Posición Costarricense	348
4. Relación de la reparación integral del daño con los fines de la pena	353
D. Tendencias	355
1) Abolicionismo del Derecho Penal	358
1.1. Derecho Penal Mínimo	358
1.2. Abolicionismo del Derecho Penal	360

1.2.1. Argumentes para abolir el sistema penal	363
2) La Reparación hace innecesaria la pena, surgiendo como tercera vía al lado de las penas y las medidas de seguridad	375

**Sección II: El Daño Moral y sus Implicaciones
en la Reparación Integral del Daño**

	390
A. Generalidades del Daño Moral	394
1) Concepto	397
2)Tipos	404
a) Daño Moral Subjetivo	406
b) Daño Moral Objetivo	406
B. Función del resarcimiento del daño moral	407
C. Determinación del monto de Indemnización del Daño Moral	413
1. Principios generales de la Reparación del daño	415
D. ¿La indemnización del daño moral, es realmente efectiva? Conclusiones	424

**Sección Tercera: Surgimiento de la Reparación
del Daño como una Tercera Vía**

en el Derecho Penal	427
A. Ventajas	433
B. Desventajas	436

C. Posición de nuestro Sistema Procesal Penal y Penal	438
CONCLUSIONES	442
Bibliografía	456
Anexos 1 Estudio Estadístico: Reparación Integral del Daño y Salidas Alternas al Proceso Penal	481

ABREVIATURAS

Código Procesal Penal.....	C.P.P
Código Penal.....	C.P
Artículo.....	Art
Artículos.....	Arts
Siguientes.....	Sgts
Ministerio Público.....	M.P
Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.....	CONAMAJ
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.....	UNICEF

Ficha Bibliográfica

Alpízar Chaves, Marisol y Elizondo Montoya, Yara. **“La Víctima y la Reparación del Daño como Tercera Vía en el Derecho Penal”**. Tesis para optar al grado de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002.

Directora:

Lic. Mayra Campos Zúñiga.

Lista de Palabras Claves

Víctima, Victimología, Victimodogmática, ascenso de la víctima, Reparación, Mediación, Composición, venganza privada, Victimización Primaria, Victimización Secundaria, Reparación Integral del Daño, Daño Moral, Daño Material, Perjuicios, delito de contenido patrimonial, grave violencia sobre las personas, Suspensión del Procedimiento a Prueba, Conciliación, Pena de Compensación Pecuniaria, Acción Civil Resarcitoria, Acceso real a la justicia, resarcimiento e indemnización, asistencia, Programas y formas de organización de víctimas, programas a

cargo del infractor, programas de asistencia inmediata, asociación de víctimas, derechos de la víctima, derecho de información, derecho de apelación, delitos de acción pública, delitos de acción pública dependientes de instancia privada, delitos de acción privada, pretensión reparatoria derivada del delito, oficina de información y orientación a la víctima, fondo estatal de indemnización a víctimas, delito, penas, fines de la pena, teoría absoluta, teorías relativas, teorías mixtas o eclécticas, prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial, abolicionismo del derecho penal, daño moral, daño moral subjetivo, daño moral objetivo, monto de indemnización, prueba del daño, evaluación del daño, perjuicio futuro, indemnización efectiva, reparación como tercera vía en derecho penal, derecho penal, derecho procesal penal.

Resumen del Trabajo

Una vez analizada la figura de la víctima y la Reparación Integral del Daño se llega a la conclusión de que es una figura beneficiosa para la víctima y el imputado, al ser una forma más eficaz de obtener la reparación por los daños que se le han ocasionado. En consecuencia es uno de los mejores sistemas de solución a los conflictos, tanto por su naturaleza consensual como por su procedimiento informal que propicia el diálogo.

Además en la práctica ha demostrado ser una salida alterna eficaz en cuanto a resolución de conflictos entre víctima y ofensor, la obtención de la reparación del daño causado por el delito y el descongestionamiento del sistema judicial.

Se estudia la tercera vía en el derecho penal, la cual considera a la reparación como la que soluciona el conflicto social producido por el delito, y restablece la paz jurídica, tomando en cuenta a la víctima. Tiene como objetivo que el imputado reconozca su culpabilidad, por la norma que se transgredió, contrario a lo que sucede con la pena, donde el autor debe recibir una sanción por su culpabilidad.

El Modelo planteado por la doctrina tiene como fin sustituir a la pena en los supuestos de delincuencia leve o mediana y acompañarla (aminorándola y reduciendo sus componentes punitivos y preventivo-generales) en los casos de criminalidad grave.

Se considera que además de la responsabilidad propia del imputado, el Estado, debe ofrecer a la víctima una reparación adecuada, que incluya una indemnización, rehabilitación, restitución, satisfacción y medidas para garantizar que no se repetirá lo ocurrido. El derecho a obtener reparación incluye medidas individuales y medidas generales, colectivas.

Sabemos que en determinados delitos es imposible la reparación del daño causado, como por ejemplo, en un delito de violación. Lo que se debe plantear es el establecimiento de un proceso penal por medio del cual se diriman determinados conflictos humanos, teniendo presente el interés de la víctima en obtener una justa reparación por los daños que se le han transgredido. En el cual, el ofendido y el ofensor se ubiquen en un plano de igualdad para llegar a una solución y satisfacer efectivamente las consecuencias que su accionar le irrogó al ofendido.

Se considera importante el análisis de la reparación como tercera vía en el derecho penal. Como otra alternativa más, al lado de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Debido a la discusión doctrinal que gira en torno ella y al vacío que existe en nuestro país sobre el tema.

INTRODUCCIÓN

La promulgación del nuevo Código Procesal Penal dentro del ordenamiento jurídico Costarricense, comprende diferentes modelos alternativos del proceso, dentro de este panorama es de interés investigar exhaustiva y científicamente la forma en que la víctima de un delito ve reparado su derecho por medio del instituto de la Reparación Integral del Daño.

No obstante, la actual situación que enfrenta nuestro sistema jurídico penal: un creciente número de conductas tipificadas como delito (inflación del derecho penal), tribunales penales congestionados, la creciente insatisfacción de los ciudadanos con respecto a la duración de los procesos, el hacinamiento en los centros penitenciarios y el fracaso del fin rehabilitador otorgado a la pena de prisión. Se hace insoslayable la necesidad de buscar otras salidas al proceso penal y sustitutos a la pena de prisión.

Por lo anterior es de interés desarrollar el tema de la Reparación como tercera vía en el derecho penal, analizando la posibilidad de incorporarla al lado de las penas y medidas de seguridad.

Dicho tema fue elegido no sólo por su novedad e importancia, sino porque aunque existen algunas investigaciones en el ámbito internacional, en nuestro país existe un gran vacío doctrinal e incluso muchos aplicadores del derecho desconocen el tema.

Con el tema objeto de nuestra investigación, denominado: “La Víctima y la Reparación del daño como Tercera Vía en el Derecho Penal” pretendemos cumplir los siguientes objetivos generales:

- Establecer la posición de la víctima frente al derecho penal y procesal penal.
- Definir la situación de la víctima en relación con el proceso penal.
- Precisar los derechos en torno a la reparación del daño sufrido por la víctima y sus derechos reparatorios en los Instrumentos Internacionales y la Legislación Nacional.
- Determinar el papel de la víctima en la Reparación Integral del Daño.
- Establecer la relación entre la Reparación del Daño y las Salidas Alternas al Proceso Penal.
- Analizar el surgimiento de la Reparación Integral del Daño como Tercera Vía en el Derecho Penal.
- Examinar la reparación del daño y el daño moral.

- Analizar la posición de nuestro Sistema Procesal Penal en relación con la reparación integral del daño.

Para el apropiado desarrollo del tema, resulta necesario identificar los objetivos específicos que procuraremos cumplir, y que son los que nos van a guiar en el desarrollo de la presente investigación:

- Establecer el concepto de victimología y víctima.
- Determinar los antecedentes históricos de la participación de la víctima en el proceso penal, tanto generales como específicos.
- Dar a conocer la posición de la víctima frente al derecho penal y el proceso penal.
- Analizar los procesos de victimización primaria y secundaria
- Analizar la normativa internacional en cuanto a la protección de la víctima
- Estudiar los derechos de la víctima en la normativa procesal penal costarricense.
- Investigar el tipo de atención y ayuda a las víctimas del delito en Costa Rica.
- Realizar un estudio acerca de los mecanismos de viabilidad y expectativas de creación de un Fondo de Indemnización a Víctimas en Costa Rica.

- Exponer la situación de la víctima y las alternativas que tiene en el proceso

El cumplir con los objetivos mencionados nos va a permitir corroborar o descartar las hipótesis que justifican el análisis del tema, a saber:

- La Reparación Integral del Daño es factible plantearla como una tercera vía en el derecho penal.
- El Daño Moral es imposible de reparar por medio de la reparación integral del daño.
- En nuestro país es necesaria y viable la implementación de un Fondo de indemnización Estatal a las víctimas del delito, en los casos en que el culpable no se pueda individualizar o no cuenta con recursos económicos para hacerle frente a la indemnización, específicamente en el caso de delitos de criminalidad violenta y de agresión sexual.

Para concretar los objetivos establecidos, y con el fin de demostrar las hipótesis planteadas, realizaremos un trabajo de tipo: bibliográfico, histórico, analítico, crítico, investigativo,

recurriéndose a la consulta con especialistas de la materia en estudio.

Para la mejor comprobación de la hipótesis y el desarrollo de los objetivos planteados los métodos a utilizar serán:

- Hipotético Deductivo: Partiendo de consideraciones generales para desembocar en el estudio de aspectos particulares.
- Exegético: Comprendiendo el estudio de las principales normas relacionadas con el objeto de la investigación.
- Histórico: Analizando los antecedentes de la corriente legislativa.
- Sociológico: El cual nos ayudará a establecer la percepción que tienen los operadores del derecho del instituto en estudio.
- Descriptivo: En cuanto al análisis legal y doctrinario.
- Analítico: Con respecto a las posibilidades de implementar la reparación como tercera vía en el derecho penal.
- Crítico: Con relación al análisis de la aplicación práctica del Código Procesal Penal en cuanto a la Reparación Integral del Daño, complementando con ello la descripción y el análisis del instituto.

Los temas a analizar en esta investigación serán desarrollados en dos títulos: el Título I, en el cual se desarrolla el tema de la víctima en el proceso penal y sus derechos reparatorios, éste Título comprende: el Capítulo I donde se analiza la víctima y el papel que tienen en el proceso penal y el Capítulo II que trata el tema de la víctima y sus derechos reparatorios en torno a la reparación del daño tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional.

En el Título II se desarrolla el tema específico de la reparación del daño como tercera vía en el derecho penal, abarcando: el Capítulo I en el que se analiza la Reparación Integral del daño tal como la regula nuestro Código Procesal Penal, y su relación con otras salidas alternas al proceso;

Por último en el Capítulo II se estudia a fondo la Reparación del daño como tercera vía en el derecho penal, y su posible incorporación en nuestro sistema judicial.

De esta manera pretendemos cumplir con los objetivos anteriormente planteados, una vez finalizada la investigación que a continuación se expone.

TÍTULO PRIMERO
LA VÍCTIMA EN EL
PROCESO PENAL Y
SUS DERECHOS
REPARATORIOS

CAPÍTULO PRIMERO

VÍCTIMA Y PROCESO PENAL

La posición de la víctima en el proceso penal, fue de protagonismo en el derecho primitivo, para pasar luego a la neutralización con el advenimiento del derecho penal estatal. Por último, se ha dado un redescubrimiento que ha operado en las últimas décadas.

Es así, como la criminología trata en forma exclusiva al delincuente, y se deja de lado a la víctima; hasta que se opera un cambio de suma importancia. Tiene por objetivo rescatar el papel de la víctima dentro de la victimología y por lo tanto, dentro del proceso penal.

En el capítulo primero se propone analizar la victimología, la figura de la víctima, el papel que ésta ha tenido en el proceso penal en las diferentes etapas y su relación con el derecho penal y procesal penal. Con el objetivo de conocer mejor la dinámica en la que se desenvuelve este sujeto, dentro de la ciencia que lo estudia y en el sistema penal.

SECCIÓN PRIMERA

LA VÍCTIMA

En esta sección se estudia la victimología, sus orígenes y su evolución histórica como una ciencia. La participación que ha tenido la víctima en el proceso penal a lo largo de las diferentes etapas; su ascenso o el redescubrimiento de la víctima. Y por último, su rescate a través de instrumentos internacionales y la situación en nuestro país.

A. Victimología

Marisol Palacio, en su obra “Contribuciones de la victimología al sistema penal”, expresa: “ Lo cierto es que la victimología en sus orígenes es entendida como una ciencia o conocimiento que estudia el sujeto pasivo del delito con miras a la protección de sus derechos y ha tenido varias etapas de evolución en el tiempo, en las cuales sus fundamentos han cambiado reflejándose esto en sus propias perspectivas y fines.”¹

¹ PALACIO (Marisol), Contribuciones de la Victimología al Sistema Penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p.29

Antes de iniciar el análisis, es preciso tomar en cuenta la victimología (rama que se ocupa de su estudio), sus orígenes y evolución histórica; hasta concluir con la definición de víctima.

1. Orígenes y Evolución Histórica

Desde sus orígenes, la victimología ha sido objeto de un notable estudio, que va desde las ideas originales de sus precursores hasta los simposios internacionales y congresos que han tratado el tema.

Gerardo Landrove, manifiesta: “cuando se alude al papel de las víctimas en general se está abordando un tema tan antiguo como la propia humanidad, presente en todas las civilizaciones y religiones y ampliamente documentado en los clásicos y aun en el folclore de cada país; sin embargo, la aproximación científica al mismo no se produce hasta después de la segunda guerra mundial, en coincidencia cronológica con otras aportaciones que en el futuro habrían de alcanzar cierta relevancia y difusión”¹.

¹ LANDROVE DIAZ (Gerardo), La Moderna Victimología. Valencia, Editorial Tirand lo Blanch, 1998, p.25.

Entre los representantes de la victimología originaria se encuentran Von Hentig, el cual publica en 1948 su obra "*The Criminal and his Victim*". En dicho libro realiza una clasificación de la víctima que luego subraya en un estudio sobre "*La estafa*" en 1957. La víctima -según Hentig- no es un objeto, un elemento pasivo, sino que se trata de un sujeto activo que contribuye en el proceso de criminalización, en la génesis y en la ejecución del hecho delictivo. Realiza una clasificación de las víctimas basándose en su juventud, edad, sexo y deficiencias mentales; menciona entre otras: víctimas deprimidas, adquisitivas, desenfrenadas y libertinas, solitarias acongojadas, atormentadas, luchadoras, bloqueadas, etc.

Sin embargo, un año antes de que Von Hentig publicara su primer trabajo sobre victimología, Mendelsohn, ya había hablado en público sobre la victimología en una conferencia que se realizó en el año 1947 en Rumania; y en el año de 1946 publicó uno de los trabajos clásicos en la materia, titulado: "*New biopsychosocial horizons: Victimology*".

Mendelsohn define la victimología como "la ciencia sobre las víctimas y victimidad". En esta hace referencia a la pareja

penal y clasifica a las víctimas basándose en la culpabilidad de la misma en la producción del delito.¹

Los pasos de Von Hentig y de Mendelsohn fueron seguidos por Ellenberg y Marvin Wolfgang, acentuando la interacción autor-víctima. De acuerdo con Ellenberg, muchos de los delincuentes peligrosos, en su infancia o en su juventud fueron víctimas de abusos, malos tratos o explotación. Por otra parte, el aislamiento social va a ser uno de los elementos definitivos en la victimogénesis o propensión a ser una víctima. Esto, porque origina falsas apariencias que pueden generar comportamientos instintivos o irreflexivos.

Por su parte, Marvin Wolfgang acuñó el término de precipitación en su libro "*Patterns in criminal homicide*" que se publicó en 1958. Tenía por objeto describir los casos en los que la víctima era la primera en usar la violencia.² Para él, primero

¹ Antonio García manifiesta: "MENDELSONH insistió también en la interacción autor-víctima, así como en el activo rol que ésta desempeñaba incluso en orden a su propia victimización. Y contrapuso significativamente los términos *victimity*, *victimology*, de una parte, y *criminality*, *criminology*, de otra, por entender que en el delito concurren ambos factores: los que derivan del infractor y los que derivan de la víctima misma". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Antonio), Tratado de Criminología, Valencia, Editorial Tirand lo Blanch, Segunda Edición, 1999, p. 117.

² En igual sentido, Antonio García-Pablos de Molina manifiesta: "Esta idea de víctima que "precipita" la conducta criminal se formuló por primera vez precisamente por WOLFGANG: El término (...) se aplica a aquellos homicidios criminales en los que la víctima precipita el crimen de forma directa y positiva. El rol de la víctima se caracteriza por haber sido la primera en usar la fuerza física contra su posterior asesino en el drama homicida. Los casos de víctima precipitadora del crimen son aquellos en los que la víctima fue la primera en mostrar y utilizar el arma mortal, en propinar el golpe en el altercado; en síntesis, en comenzar a servirse de la violencia física." Ibid., p. 118.

se es infractor luego víctima, o a la inversa, es decir, existe una intercorrelación entre víctima y autor del delito.

Es en la segunda etapa (**nueva victimología**), se presenta el resurgir de la víctima o su redescubrimiento; con respecto al fundamento ideológico de esta fase de la victimología, Juan Bustos y Elena Larrauri nos dicen: “Esta nueva victimología encuentra su fundamento ideológico en la política de la Ley y Orden y la mayor rentabilidad política de satisfacer las víctimas que a los delincuentes; en la necesidad de establecer un contrapeso a la criminología crítica, que con sus análisis deterministas, de nivel social, parecía eximir implícitamente al delincuente de toda responsabilidad; en el ímpetu del movimiento, al señalar, el alto grado de victimización sufrido por las mujeres; y en el surgimiento e impacto de las encuestas de victimización, que demostraron la extensión del delito y su concentración en los estratos más vulnerables de la población.”¹

No obstante, el rescate del papel de la víctima realizado por la moderna victimología, ésta no pretende un regreso a tiempos pasados; a lo que fue la venganza privada o las represalias; porque la respuesta al delito no se puede dejar en manos de la

¹ BUSTOS RAMÍREZ (Juan) y LARRAURI (Elena), *Victimología: Presente y Futuro*, Bogotá, editorial Temis S.A., 2^{da} edición, 1993, pp. 56 y 57.

víctima (la cual podría reaccionar basada en un sentimiento de venganza), la respuesta al delito, es decir, el *ius puniendi* debe seguir en manos del Estado. Tampoco se pretende negar los derechos del delincuente en aras de salvaguardar o reconocer los derechos de la víctima.

Entre los acontecimientos que dieron un impulso a la victimología, se encuentra el hecho de que en el año 1976 empezó a circular una publicación periódica especializada llamada "Victimology" y en el año de 1980 se crea la Sociedad Internacional de Victimología. Se han realizado Simposios Internacionales sobre Victimología, los que han tratado a fondo aspectos relacionados con la materia, cabe recalcar que se ha contado con el patrocinio de la Sociedad Internacional de Criminología.

El primero se realizó en Jerusalén, Israel en 1973, en él se definió la victimología como "el estudio científico de la víctima del delito ". Con este se inicia la fase de consolidación de la victimología. El segundo Simposio Internacional de Victimología se realizó en Boston, Estados Unidos, en 1976, el siguiente, en Münster, Alemania, en 1979, el cuarto, en Tokio y Kyoto, Japón, en 1972, etc.¹

¹ Ver PALACIO, *op. cit.* p 33

Visto el origen y evolución histórica que ha tenido la victimología como rama de la criminología¹ es pertinente proceder a definirla.

2. Noción de la Victimología.

El término victimología no es objeto de una interpretación unánime por parte de la doctrina; es empleado en diversos sentidos, abarcando diferentes elementos, dependiendo del autor que lo desarrolle. Algunos le atribuyen un sentido restringido o amplio, como se expone a continuación.

Para tener una mayor claridad sobre su significado, se presenta la necesidad de establecerlo etimológicamente. La palabra victimología deriva del latín víctima y de la raíz griega logos, estudio tratado. Significa tratado o estudio de la víctima.²

Diferentes autores se han dado a la tarea de formar una definición, entre ellos, Hilda Marchiori, que expresa: “La

¹ El debate sobre la autonomía de la victimología como una ciencia aun no ha sido resuelto; no obstante, los avances que ha tenido en los últimos años, no se puede decir que sea una disciplina autónoma. Entre los autores contemporáneos predomina situarla como una rama de la criminología que se encarga del estudio de actos criminales. Por lo tanto, en adelante la tratamos como una rama de la criminología. VAZQUEZ DE FORGHANI (Ángel), La víctima como objeto de la criminología, *Revista Criminalia*, México, Editorial Porrúa S.A., N° 1-12, Año XLIX, enero-diciembre 1983, p 106.

² *Diccionario Hispánico Universal*, México, W.M. Jackson editores 23 edición, 1979.

Victimología es una disciplina cuyo objetivo lo constituye el estudio científico de las víctimas del delito.”¹

Marisol Palacio la define ampliamente al decir: “La victimología es la ciencia que se ocupa del estudio de las víctimas afectadas directa o indirectamente por el delito y/o la violencia en orden a obtener el resarcimiento del perjuicio o daño a ellas causado y a la adopción de medida político-criminales para evitar una nueva victimización: también se ocupa de analizar los procesos de victimización y sus efectos al interior de las sociedades y de establecer en consecuencia la incidencia de los sistemas penales y sus agentes en los mismos así como prever mecanismos de protección de los derechos fundamentales a la luz de los principios previstos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y adecuar la noción de delito a la realidad sociológica que lo acompaña”.²

Se acoge la anterior definición de victimología, es muy amplia y no se agota en el estudio de la víctima como el sujeto pasivo del delito. Por el contrario, abarca otros aspectos de suma importancia, como lo son: sujetos afectados

¹ MARCHIORI (Hilda). *La Víctima del delito*. Córdoba, Editora Marcos Lerner, 1996, p 12.

² Ver PALACIO (Marisol), *op cit*, pp. 40-41.

indirectamente por el delito, la obtención del resarcimiento del daño causado, medidas para evitar una nueva victimización y la protección de derechos fundamentales al amparo de la normativa internacional.

Deben rescatarse dos puntos de suma importancia: la adopción de medidas político-criminales para evitar una nueva victimización y el resarcimiento del perjuicio o daño causado a las víctimas; puntos que se desarrollaran más adelante.

Con respecto al objeto de la victimología, se identifican dos posiciones: la restringida y la extensa, la primera enmarca a la victimología como una subdisciplina de la criminología, se centra en las víctimas del delito; la segunda, por su parte pretende incluir todas las formas de sufrimiento o daño.

En este momento no existe una tesis ecléctica que concilie ambas posiciones; sin embargo, se considera que una posición restringida que se centre en las víctimas del delito, nos es más útil para efectos de la presente investigación. Si nos inclinamos por la posición extensa tendríamos que tomar en cuenta todas las formas de dolor o sufrimiento sin importar de donde provenga, incluyendo entre otros: enfermos, personas deprimidas, damnificados de desastres naturales, de guerras,

etc. Con lo que se estaría fuera del tema a tratar: *“La víctima y la reparación del daño como tercera vía en el derecho penal”*.

Siguiendo con el análisis del objeto de la victimología, Antonio García-Pablos de Molina comenta: “La Victimología circunscrita a la “pareja criminal” (interacción delincuente-víctima) o a las víctimas de específicos delitos, amplió poco a poco su objeto a otros campos. Fruto de tal extensión son las investigaciones que analizan las experiencias y actitudes de la víctima sobre el sistema legal y sus agentes (policía, proceso, jueces, fiscales, abogados, funcionarios de prisiones, etc.) a lo largo de los diversos estadios del sistema jurídico, esto es lo que ha venido denominándose “victimología procesal”. El perfeccionamiento de ciertas técnicas estadísticas (encuestas de victimización) y auge de la Psicología Social, por otra parte, han convertido a la víctima en un insustituible informador de la realidad criminal...”¹

La Victimología presenta una evolución constante, lógicamente su objeto de estudio también va ampliado su campo de investigación.

¹ Ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *op.cit.*, pp. 109-110.

Algunos autores esquematizarán claramente los aspectos que comprende su estudio. Así, para Elena Larrauri, las áreas de conocimiento que comprende la victimología son:

- Las encuestas de victimización.¹
- La posición de la víctima en el proceso penal, se refiere a los derechos de las víctimas.
- La atención asistencial y económica a las víctimas.²

Analizada la victimología como una rama de la criminología que se encarga del estudio de la víctima; seguidamente se definirá que se entiende por víctima.

3. Noción de Víctima

En algún momento de nuestras vidas, se puede presentar la posibilidad de que seamos víctimas de una acción delictiva. De esta forma vemos como el tema de la víctima es tan antiguo como la humanidad misma; es así, como se han presentado

¹ Larrauri en su ponencia sobre victimología expone: " Las encuestas de victimización consisten en realizar un cuestionario a un muestreo de población representativa, a la cual se le pregunta si ha sido víctima de un delito determinado. Con ello se consigue recopilar información acerca de los delitos acontecidos, la frecuencia de ellos, y las características de la gente victimizada (...). Lo que se pretende normalmente con ellas es conseguir una mayor información que permita elaborar propuestas de política-criminal acerca de técnicas preventivas- medidas eficaces para prevenir una futura victimización- y represivas- áreas conflictivas de la ciudad." LARRAURI (Elena), Victimología. De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, p 286.

² Con respecto a la atención asistencial, en nuestro país se ha dado un gran paso con la creación de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima. Y en el aspecto económico, en otros países cuentan con un Fondo de Indemnización estatal, dicho fondo se puede implementar en nuestro país como se verá en el próximo capítulo.

diferentes significados del mismo, dependiendo de la época en que se examine.

Maureen Sancho González y Gabriela Solano enuncian: “La palabra víctima viene del latín *víctima*, que originalmente se refería al concepto de sacrificio que designa la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio. Se hace referencia al concepto original del sacrificio proveniente del *Korban*, aunque en la actualidad tiene un significado más amplio ya que representa al individuo que se sacrifica a sí mismo, o que es inmolado de cualquier forma.”¹

Al analizar el significado etimológico de éste vocablo, Cabanellas nos dice que víctima es: “la persona o animal destinados a un sacrificio religioso, en las cruentas ceremonias de otros tiempos. Quien sufre violencia injusta en su integridad física o un ataque a sus derechos. El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida”.²

Con esta definición se advierte el significado que este concepto ha tenido a través de la historia, e indica el que nos

¹ SANCHO GONZALEZ (Maureen) y otra. La Intervención de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Costarricense. San José. Tesis para optar el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la universidad de Costa Rica. 1998. p 25.

² CABANELLAS (Guillermo), Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 21ª EDICIÓN. Tomo VIII. 1989, p.366.

interesa (sujeto pasivo del delito), más adelante lo analizamos en torno a la reparación del daño.

Jeannette Arias Meza indica: “Desde el punto de vista jurídico penal, la víctima es la parte lesionada que sufre un perjuicio o daño por un hecho delictuoso”.¹

Por su parte, las Naciones Unidas en su declaración de 1985, resolución 40/34, estableció que se debía entender por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.²

Según lo visto por parte de la legislación internacional, se ha definido ampliamente, incluyendo a víctimas que se les ha producido un daño material e incluso daño moral. Es de importancia, por que abarca diferentes tipos de víctimas, y van

¹ ARIAS MEZA (Jeannette), La víctima en el proceso penal Costarricense, material poligrafiado.

² Naciones Unidas, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso del poder, aprobada mediante resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, celebrada el 29 de noviembre de 1985.

a tener la posibilidad de participar dentro del proceso penal para hacer efectivos sus derechos; especialmente los derechos resarcitorios.

Se sigue el concepto supra citado, además del establecido en el artículo 70 del C.P.P. Es acorde con los objetivos planteados, entre ellos: analizar la víctima, su papel en el proceso penal y la reparación del daño (sobre todo el daño moral y determinar si la reparación efectivamente cumple con el objetivo de reparación integral que adopta).

La Sala Constitucional ha emitido jurisprudencia, que viene a ampliar el concepto de víctima, incluyendo los bienes e intereses jurídicos colectivos, de esta forma, en una de sus resoluciones expresa: *“La Sala ha emitido una amplia legitimación respecto de la defensa de intereses difusos o derechos que interesan a la colectividad en su conjunto y el derecho a un ambiente sano y equilibrado, evidentemente se inscribe dentro de esos parámetros. Nuestra jurisprudencia constitucional así lo evidencia. En este sentido, la señora Navas Montero está legitimada para recurrir en beneficio de “una comunidad”*”.¹

¹ Sala Constitucional, Voto N° 1040-96 de las 9:27 horas del 1° de marzo de 1996.

En relación con los tipos de víctimas, en una ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Victimología realizado en Costa Rica se dijo que el concepto de víctima se divide en otras categorías, a saber:

- **Víctima Directa:** Es la persona física o jurídica que soporta directamente la lesión, producto del hecho delictivo, ya sea sobre su persona o sus derechos.
- **Víctima Indirecta:** Se trata de la persona que sufre consecuencias patrimoniales o morales susceptibles de ser valoradas en términos económicos, lo anterior como efecto de la lesión causada a otro con el que la víctima indirecta puede tener una relación próxima.
- **Víctima Mediata o por extensión de la victimización:** Son aquellas personas que sin tener una relación estrecha con la víctima directa o indirecta también son afectadas por el delito.¹

Establecido el concepto de víctima, se expondrán a continuación los antecedentes históricos de la participación de la víctima dentro del proceso penal.

¹ PEREZ MONTENEGRO (Rocío). Justicia Penal Juvenil y Victimología, I Congreso Nacional de Victimología: "Las víctimas también tienen derechos". Realizado en San José, 14,15 y 16 de junio, Editorial EUNED, 2001.p 107.

B. Participación de la víctima en el Proceso Penal.

La víctima es uno de los sujetos del proceso penal, que a lo largo de la historia ha tenido un papel que ha cambiando constantemente; dependiendo de la tendencia procesal imperante en cada país y de la política criminal, así será la participación de la víctima.

Debido a este cambio gradual, nos vemos en la necesidad de plantear la situación que ha vivido desde las sociedades primitivas hasta nuestros días. Así se comprenderá mejor la dinámica en la que se ha desenvuelto y la larga lucha por recuperar su papel activo en el proceso penal en pro de la defensa de sus derechos.

1. Antecedentes Históricos.

Carlos Arias y Carlos María Jiménez, en su artículo “*La Víctima*” manifiestan: “Esta participación ha oscilado entre el protagonismo y la marginación gradual. Primero fue juez y

parte; luego se le redujo al silencio procesal. Ahora se le pretende restituir su papel de sujeto del proceso”.¹

De conformidad con lo anterior y para conocer la evolución que ha tenido la actuación de la víctima, se estudiará el papel que ha jugado en las diferentes épocas, tanto en el ámbito mundial como nacional.

a) Antecedentes Históricos Generales.

En un inicio privó la venganza, como forma de resolver los conflictos penales, esto debido a que aún no existía otro sujeto o tercero imparcial que mediara en el conflicto.²

Rodrigo Ramírez González sostiene: “En la época más primitiva la venganza, que comprendía no sólo los daños físicos a las personas, sino también exigencias de bienes materiales, era la principal manifestación de la lucha por la supervivencia que por la inclemencia del ambiente y la falta de relaciones sociales era cruel y despiadada quién se vengaba, lo hacía en

¹ ARIAS NUÑEZ (Carlos) y otro, La Víctima en el proceso penal costarricense. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, p..218.

² Elías Neuman expresa: “Al quedar la justicia en manos de la víctima (o las víctimas, ya que está comprobado que esa venganza privada era de grupo a grupo) se producía una nueva lesión a la comunidad generalmente mayor que la inferida por el agresor, aunque también la víctima, haciendo uso de su sentido de justicia, podía ofrecer su indulgencia.” NEUMAN (Elías). Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 256.

forma tan violenta que eliminaba a su ofensor o le anulaba por completo material y anímicamente la posibilidad de repetir la ofensa”.¹

La venganza se practicaba en forma arbitraria y sin límite, se presentaban prácticas muy crueles y desproporcionales en relación con el daño sufrido. Esta situación cambio y siguiendo la misma vía de la venganza privada, se llega a establecer cierta proporcionalidad fijando la retribución del mal con un mal igual, la regla del “*ojo por ojo, diente por diente*”; según lo establecía el Código de Hamurabi y las Doce Tablas.

Gracias a los germanos aparece la composición, viene a remplazar a la pena, con una suma de dinero que el ofensor pagaba a la víctima o a su familia. Con este cambio se pone en evidencia que la reacción tan violenta de la víctima no tiene sentido y que la compensación o composición monetaria representa una aceptable forma de resarcimiento para la víctima.

Desde la antigüedad se buscaban formas alternas para solucionar los conflictos, como lo es en nuestros días la

¹ RAMÍREZ citado por CUBERO PEREZ (Fernando), La Tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense, Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de ciencia penales, N° 15, Año 10, diciembre 1998, p.73.

reparación del daño y como lo fue en aquellos tiempos la composición.

En la antigua Grecia y en el período Republicano de Roma se manifiesta el papel protagónico de la víctima, le corresponde promover y mantener la acusación ante las instancias judiciales (sistema acusatorio privado).

Es con el sistema inquisitivo en el siglo XIII que se presenta la neutralización total de la víctima, la persecución penal va a quedar en manos del Estado.¹ La víctima pasa a ser un simple testigo u objeto de prueba, mientras que el poder de perseguir penalmente y juzgar esta en manos del inquisidor.

Vanesa Cohen Jiménez indica que: “(...)a través de la persecución estatal la víctima fue excluida por completo del conflicto penal. Esta exclusión implicó que por muchos años la figura y el rol de la víctima hubiesen sido degradados, considerándosele solamente como un destinatario fortuito, fungible y sobre todo, pasivo del suceso criminal”.²

¹ Winfried Hassemer dice: “ El Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima” HASSEMER (Winfried), Fundamentos de Derecho Penal, Barcelona, Casa editorial Bosh S.A., 1984, p. 92.

² COHEN JIMÉNEZ (Vanesa), La víctima como objeto de la criminología. Un análisis específico de la violación, San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, p.6.

El sistema inquisitivo, se dio a la tarea de expropiar a la víctima del lugar que había ocupado convirtiendo en competencia exclusiva del Estado la persecución del delito. También generó el sistema mixto, dejándole como herencia ciertas máximas, entre ellas: la persecución penal pública sin atención a la voluntad del particular y la averiguación de la verdad histórica como uno de los objetos del procedimiento penal.

En el nuevo sistema, la persecución de los delitos sigue en manos del Estado, sin embargo, se admite la persecución privada de ciertos delitos y en otros se requiere la autorización de la víctima; así se da su clasificación, en delitos de acción pública, de acción pública a instancia privada y de acción privada. Salvo en este último caso, la víctima sigue siendo un sujeto marginado dentro del proceso penal.

Refiriéndose a la Reforma Liberal, la cual influye sobre el papel que la víctima ejerce en el proceso penal, Fernando Cubero dice: “Con la instauración de la reforma liberal, si bien es cierto se avanzó en la construcción del proceso penal, al realizarse una mixtura entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, lo cierto es que en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó

grandemente, la preocupación de la legislación y la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal, situación que se mantiene hasta la finalización del siglo XIX".¹

En conclusión, la víctima es neutralizada, no puede participar en forma activa dentro del proceso penal, lo mismo ocurrió en nuestro país como a continuación se expone.

b) Antecedentes Históricos Particulares.

La víctima ha tenido un papel cambiante, desde el protagonismo (venganza privada) hasta su neutralización (sistema inquisitivo). En el caso del sistema procesal penal costarricense, ha ostentado diferentes posiciones, entre ellas: inicialmente va a ser uno de los sujetos principales en la persecución del delito, luego pasa a ser un simple testigo, y por último se da su renacimiento retomando un papel protagónico.

El Código de Procedimientos Penales de 1910 reconoció el derecho de la víctima a ejercer facultativamente la acción penal, debido a que se consideraba el ejercicio de la acción pública por

¹ CUBERO PEREZ (Fernando) La tutela efectiva de los Derechos de la Víctima en el proceso penal Costarricense. Revista de Ciencias Penales, San José, N° 15, diciembre 1998, p.74.

parte de cualquier ciudadano como interés de la sociedad. Por lo tanto, cualquier persona tenía la posibilidad de dar a conocer al juez la comisión de un delito y mantener la acusación; sin perjuicio de la intervención de la Procuraduría, que en ese momento histórico era el órgano estatal que tenía a cargo la acusación penal.

Con esta legislación, no se dejó de lado el derecho de la víctima a ser indemnizada, “existía un derecho superior del ofendido de ser indemnizado aunque existiera en beneficio del reo una declaratoria de indulto o amnistía; es decir, no obstante que la acción penal no pudiera ser ya ejercitada, siempre quedaba a salvo al menos su derecho para cobrar daños en la vía civil. La víctima u ofendido era, por lo tanto, parte procesal dentro del trámite judicial, por esa sola calidad”.¹

No obstante, la situación de protagonismo que ostentaba la víctima con éste código; en 1971 con la entrada en vigencia del C.P. se da un paso atrás al marginar de nuevo a la víctima, como consecuencia del establecimiento de las ideas de defensa social y resocialización del delincuente. Dándole el golpe de gracia, en 1973 con la promulgación del Código de

¹ Republica de Costa Rica. Decreto número 12 del 2 de febrero de 1906 que promulga el Código de Procedimientos Penales de 1910, citado por SANCHO y otra, *op.cit.*, p 53.

Procedimientos Penales, la facultad que el código anterior les había otorgado de acusar y mantener la acusación fue eliminada

Nuestro país no estuvo al margen del predominio de la inquisición; en este sentido se dice: “Nuestro proceso penal evidentemente no quedó excluido de la influencia de la inquisición, además, en virtud de la serie de objeciones que se le señalaron a la acción popular del Código de Procedimientos Penales de 1910, el Código de rito de 1973 suprimió esa figura y dejó en manos de un solo órgano público, el Ministerio Público, la posibilidad de accionar la tutela jurisdiccional con exclusión de cualquier otro sujeto particular, incluso marginando en ese sentido toda intervención del propio ofendido del hecho delictivo. Esta transformación probablemente constituyó el cambio más significativo entre un cuerpo normativo y otro”.¹

Es el cambio más significativo y drástico que introdujo ésta legislación, porque vino a neutralizar a la víctima y sólo se le permitió participar como protagonista en los delitos de acción privada y en la pretensión civil. En el caso de los delitos de acción pública, planteaba la denuncia y se presentaba como testigo; en los delitos de acción pública a instancia privada, su

¹ Ver SANCHO, *op.cit.*, pp. 61- 62.

papel era autorizar que se realizara la investigación. En ambos casos contaba con una participación incidental y tenía la oportunidad de intervenir como actor civil.

A pesar de que no se le otorgaba mayor participación a la víctima en el proceso penal para que actuara en defensa de sus derechos, desde 1949 con la promulgación de la Constitución Política se había constitucionalizado la reparación como un derecho del ofendido. En este sentido, la Sala Constitucional expresa: *“El artículo 41 de la Constitución establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia (...)y como la citada regla del artículo 41 prescribe que esas personas “han de encontrar reparación para las injurias o daños(...)”, por allí se está disponiendo que las leyes deben orientarse a procurar la tutela de los derechos quebrantados, y eso en un doble sentido, es decir, mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y los Tribunales la otorguen si resultare comprobado el agravio(...)”*.¹

¹ Sala Constitucional. Voto 5224-94 de las 14 hora 57 minutos del 13 de setiembre de 1994.

En 1973 no existía el desarrollo jurisprudencial que existe en estos momentos, el legislador tenía la obligación de amparar el derecho de la víctima a la reparación del daño, y como lo indica el fallo supra citado, estaba en la obligación de establecer los mecanismos necesarios para brindarle acceso a la justicia. Sin embargo, hizo caso omiso del mandato constitucional, pero es gracias a las nuevas tendencias internacionales que abogan por mayor protección de la víctima y la victimología, además de los diferentes factores que se conjugan; que se produce el renacimiento de la víctima. Tema a exponer en el siguiente apartado.

2. Ascenso de la Víctima.

El ascenso de la víctima se origina a partir de una serie de factores que se unen, pero sobre todo, es gracias al desarrollo de la victimología, que la víctima recupera su papel. Para esta rama de la criminología, la poca participación que el ofendido tenía dentro del proceso penal no llenaba las expectativas que pudiera tener.¹

¹ Ver en igual sentido, ESER (Albin), Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires. Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, p 17.

De seguido se expone como la victimología, unida a otros sucesos históricos dieron un gran aporte a la tarea de rescatar el papel de la víctima dentro del proceso penal.

a) Factores que contribuyen al ascenso de la víctima

Superadas las etapas históricas en las que se le resto importancia a la función de la víctima, dejando de lado la venganza privada, la composición y su posterior neutralización. Apreciamos como en los últimos años ha operado un movimiento tendiente a la redefinición del papel de la víctima, dentro del sistema de justicia penal, movimiento que se ha visto impulsado por la victimología y otros factores que se suman a ella.

No es de extrañar, que el ascenso de la víctima se deba en gran medida al aporte de la victimología, “(...)en su desenvolvimiento se ha preocupado preferentemente de las cuestiones siguientes: de las indemnizaciones a víctimas de hechos delictivos, de la elaboración y ejecución de programas de ayuda y tratamiento a las mismas, de alcanzar una mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la posible intervención de la víctima que puede matizar la responsabilidad del delincuente, del examen de la predisposición victimal, en

orden a una más fructífera prevención del crimen, y de la específica protección de las víctimas-testigo.”¹

Esta ciencia, logró rescatar la dimensión interpersonal del delito, como un conflicto humano en el que se ven inmersos el delincuente y la víctima como los sujetos principales. No obstante, que existen ciertos grupos que perciben el delito como una contienda o pugna entre el delincuente y el Estado, y que el hecho de que la víctima participe en el proceso, lo convierte en un instrumento de venganza o represalia.²

No podemos dejar de lado las personas que se encargaron de desarrollar sus planteamientos; además de otros factores que tuvieron importancia en su redescubrimiento, a saber:

- Los aportes que dejaron los precursores de la victimología originaria: Von Hentig y Mendelsohn, señalaron la existencia de la pareja penal y la interacción que existía entre delincuente y víctima. Lo cual acarrió consigo un nuevo enfoque de la víctima como un sujeto activo, dinámico y con capacidad para influir sobre la configuración del delito, su estructura y su explicación.

¹ Ver LANDROVE, *op.cit.*, p 33.

² Ver ARIAS NUÑEZ, *op.cit.*, p. 221.

- Antonio García-Pablos de Molina, indica: “(...)al desarrollo en el seno de la Psicología Social de una rica gama de modelos teóricos adecuados para interpretar y explicar los datos aportados por las investigaciones victimológicas, huérfanas hasta entonces del oportuno marco de referencia (teorías de la equidad, de ADAMS y otros; teoría de la atribución, de KELLEY; teoría del mundo justo, de LERNER; teoría de la indefensión aprendida, de SELIGMAN, etc.).¹
- Las contribuciones que Latané y Darley realizaron en la década de los setenta fueron significativas. Experimentaron sobre la intervención de los espectadores en casos de emergencia, ejecutaron estudios psicológicos y sociales sobre el comportamiento de los testigos en la escena del crimen, ya fueran, de asistencia o abandono hacia la víctima; estas investigaciones se efectuaron en casos de delitos violentos que habían impresionado a la sociedad.²
- Encuestas de victimización: comenzó a lograr credibilidad y perfeccionamiento en la década de los setenta. Se convirtieron en un instrumento importante para conocer la cantidad de población victimizada y,

¹ Ver GARCÍA-PABLOS *op.cit.*, pp. 111-112.

² *Ibid.* p. 112.

además, la cifra negra de la criminalidad.¹ Entre las causas de esta cifra se cita la insatisfacción de la víctima en el sistema penal. Lo que hace reflexionar, sobre el efectivo cumplimiento de justicia *pronta y cumplida*, a la que tienen derecho todos los ciudadanos y sobre la efectividad y eficacia de nuestro sistema judicial; porque muchas veces en lugar de obtener la anhelada justicia a la que se aspira, lo que se obtiene a cambio son perjuicios (victimización durante el proceso, gastos económicos, pérdida de tiempo, mal trato por parte de algunos funcionarios, etc.).²

- Movimientos feministas: al respecto, Landrove nos dice. “Para el surgimiento del interés por la víctima en el ámbito criminológico, pueden destacarse, aparte de lo indicado arriba, los reclamos de los grupos feministas, que resaltaron entre otros aspectos la segunda victimización sufrida por las víctimas de delitos

¹ Al respecto, Silvia Salazar manifiesta: “La cifra negra de criminalidad consiste en determinado número de delitos que desconocemos de manera oficial, pero que sabemos que se han cometido. Es decir que las estadísticas oficiales, no son las reales, sino que se cometen más delitos que los que ellas indican.” SALAZAR FALLAS (Silvia), *Las víctimas del crimen. Un análisis de su problemática*. San José, Tesis para optar el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la universidad de Costa Rica, 1989, p 106.

² En este sentido, Javier Llobet expresa: “(...) no debe dejarse de considerar que el problema con respecto a la víctima es de actitud de los sujetos pertenecientes a las agencias penales (policía, Ministerio Público, tribunales). El sistema penal ha sufrido un proceso de burocratización, que ha llevado a la deshumanización del mismo, de modo que el imputado y la víctima, son tomados como un mero objeto de la rutina burocrática, por lo que debe soportar mal trato y la pérdida constante de tiempo con estoicismo. La despersonalización es una rutina muy arraigada, que costará que sea erradicada, ello a pesar de los esfuerzos que ha hecho la Corte Suprema de Justicia por superarla... dicha despersonalización se refleja hasta la fecha en la simbología, con la que se ha tratado (...) que se identifique al Poder Judicial (...) Esta simbología se basa en la escultura original (..) .mostrando una imagen de la justicia arrogante e impasible, que no se digna siquiera mirar a la persona que se encuentra en actitud humillante hincada a su lado derecho implorando justicia, y que incluso se esta apoyando en su petición en las tablas de la ley.” LLOBET (Javier), *Proceso Penal Comentado*. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp. 293-294.

sexuales”.¹ Los movimientos feministas, promovieron la realización de investigaciones y programas de asistencia a las víctimas de delitos sexuales y violencia física; lo cual fue un modelo a seguir por otros grupos con un alto riesgo de victimización.

- Congresos y Simposios Internacionales: fueron de suma importancia, en ellos se evidencio un interés por tratar temas relacionados con la víctima. Se reunieron expertos en la materia, que pusieron manos a la obra con el objetivo de redescubrir el papel que tiene la víctima, y su protección como sujeto que se encuentra presente en todo momento histórico.
- Prevención General Positiva y carácter retributivo de la pena: el renacimiento que en los últimos años ha tenido la víctima también se debe al auge del neoclasicismo, al énfasis que ciertos sectores dieron al carácter retributivo de la pena y a la enorme aceptación que ha tenido la doctrina de la prevención general positiva como fin de la pena. Lo que llevó a fundamentar la búsqueda de alternativas a la pena o medida de seguridad, por medio de otra vía que sería la reparación, que incluye además

¹ LANDROVE citado por LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 285.

de la indemnización monetaria la conciliación; con lo anterior, se le esta otorgando participación a la víctima.¹

Es gracias a todos los factores mencionados, que la víctima logra recuperar su participación dentro del proceso penal; de igual forma, los instrumentos internacionales se dieron a la tarea de rescatar la posición de la víctima en el sistema judicial, como a continuación se indica.

3. El Rescate de la víctima en los Instrumentos Internacionales y la normativa procesal penal costarricense.

Se presenta una referencia, de los factores que contribuyeron al rescate del papel que juega la víctima en el proceso penal, tanto en el ámbito internacional como nacional.

a) Foros e Instrumentos Internacionales.

La víctima fue adquiriendo importancia por medio de los factores mencionados, que se unen a otros de escala internacional que dan énfasis a su rescate.

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado. San José. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp. 284-285.

Es así como “Dentro del proceso hacia el redescubrimiento de la víctima y el auge de la victimología varios sucesos son importantes en el ámbito internacional. En primer lugar el Primer Congreso Internacional Victimológico de 1973 (...) Años después, en 1979, se funda la Sociedad Mundial Victimológica”.¹ El movimiento en torno al rescate de la víctima; va gestándose siempre con el impulso que en su momento le dio la victimología.

Entre los Foros internacionales que colocaron el redescubrimiento de la víctima dentro de sus prioridades, encontramos:

- Proyectos de Código Procesal Penal para Iberoamérica: fueron adoptados en 1978 y 1988, éste último redactado por Julio Maier, tuvo entre sus fuentes las leyes procesales de Francia, Italia, España y la Ordenanza Procesal Penal de Alemania.²
- El Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, suscrito por el Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1983. Este tratado viene a establecer una contribución por parte del Estado para indemnizar a

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 290.

² Ver ARIAS NUÑEZ, op.cit., p.221.

víctimas de delitos intencionales de violencia, en los casos en que dicha indemnización no pueda ser asumida en forma plena por otros medios.¹

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la ONU mediante la resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 29 de noviembre de 1985. En 1989, el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó las reglas para la aplicación de dicha declaración.²
- El Consejo de Europa, en 1987 aprobó la recomendación 87(21) sobre asistencia a víctimas y prevención de la victimización. Esta recomendación enfatiza entre otros puntos, que se fomenten los procesos informales de conciliación víctima-autor sin realizar el proceso penal formal.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca), recomendadas

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 290.

² Javier Llobet comenta: “ En la mencionada declaración se establece el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad, debiendo establecerse mecanismos de acceso a la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. Se preocupa dicha recomendación de garantizar el derecho de información de la víctima, evitar la segunda victimización y de garantizar la indemnización de los daños sufridos. De relevancia es que se reconoce la posibilidad de acudir a la conciliación autor-víctima, estableciendo que puede recurrirse a mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.” LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp. 290- 291.

por una Comisión de Expertos de las Naciones Unidas en 1992.

- Los programas de Asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito.

La ratificación de estos instrumentos internacionales, trae como consecuencia a los diferentes países que el derecho procesal penal tome ciertas medidas acordes con el renacimiento de la víctima. Así, en el derecho comparado entre otros logros, encontramos: otorgar una protección contra la segunda victimización, protección de testigos, fortalecer el derecho de información de la víctima, programas de asistencia a víctimas, la búsqueda de la reparación (en algunos casos con prioridad sobre la pena), fomentar la conciliación entre víctima y autor, etc.

A continuación se expone el caso específico de nuestra legislación, sin embargo, no todos los aspectos mencionados anteriormente tienen una amplia acogida en el Código Procesal Penal.

b) Normativa Procesal Penal. Costa Rica.

Nuestro país reconoce la existencia de una tendencia internacional en pro del rescate de la víctima. La Sala Constitucional expresa: “(...) *las tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permita defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal (...)*”¹

Siguiendo esta tendencia, específicamente en el campo de acción del derecho procesal penal, se ha venido gestando un renacimiento del papel de la víctima. Reconociendo la colaboración que ésta presta en el inicio del proceso y en la investigación que se lleva a cabo para esclarecer los hechos; porque, criminológicamente se ha llegado a comprobar que la mayoría de los delitos son investigados, por la denuncia que presenta la víctima. Lo anterior es de importancia por la neutralización que había sufrido, quedando reducido su papel(denunciante, testigo y actor civil).

¹ Sala Constitucional, Voto N° 5751-93, de las 14 horas 39 minutos del 9 de noviembre de 1993.

Con respecto a los cambios que han operado, en nuestro sistema procesal penal, Carlos Arias y Carlos María Jiménez sostienen: “En el campo político-social ha habido varios movimientos que han pretendido reivindicar los derechos de las víctimas. Estos movimientos han tendido al campo compensatorio, o bien, a evitar la victimización. Hitos de esta tendencia son las propuestas para la solución no judicial de algunos conflictos penales y las propuestas de obligatoriedad laboral penitenciario con la pretensión, entre otros objetivos, que de los emolumentos devengados, un porcentaje se destine a reparar las consecuencias dañosas causadas por el delito que origina la condena. Destacable también es (...) la acción de diversas organizaciones no gubernamentales como el Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales(CEDARENA) (...)su más mediata materialización: La Ley N° 7576 de Justicia Penal Juvenil y la promulgación del Código Procesal Penal, ley N° 7594 de 1996”.¹

Estos movimientos se centran en el aspecto compensatorio y en evitar la victimización, lo que beneficia a la víctima en un doble sentido, por una parte se le pretende indemnizar el daño causado en la medida de lo posible y por otra evitar la

¹ Ver ARIAS NUÑEZ, *op.cit.*, pp. 222-223.

victimización de la que es objeto antes, durante y después del proceso, como lo veremos más adelante.

Otra de las propuestas que llama la atención es la obligatoriedad laboral en el ámbito penitenciario. Con el fin de que un porcentaje del dinero que se ganen los reos sea destinado a reparar las consecuencias dañosas producidas por el delito. Lo cual vendría a ser una posibilidad para establecer un Fondo de Indemnización Estatal a víctimas, en los casos en los que el autor del hecho delictivo no cuente con el dinero suficiente para hacerle frente a la obligación; lo que ocurre en la mayoría de los casos.

En una entrevista realizada al Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, indicó: “Algunos abolicionistas como Lock Hulsman dicen: debido a que la víctima nunca se va a satisfacer con una venganza estatal, dicen que se deben buscar formas más compositivas para que las personas se arreglen. Se han llegado a modelos muy interesantes, por ejemplo en los países nórdicos, el caso de violadores y violadas, claro que es muy violento pero de igual forma el proceso penal revictimiza a la víctima, ya que la víctima tiene que contar lo que le pasó a muchas personas”.¹

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, 27 de septiembre del 2002.

Estos modelos son seguidos por corrientes minoritarias y tendrían que pasar por un largo debate antes de tratar ponerla en la práctica en nuestro país o cuando menos proponer su discusión con miras a su posible adopción.

Cuando la Sala Constitucional se crea, la situación de la víctima mejora notablemente “la jurisprudencia había interpretado durante mucho tiempo el artículo 450 del Código Procesal Penal de 1973, en el sentido de que al estar restringido el derecho a recurrir el actor civil a lo concerniente a la acción por él interpuesta (...)”, no podía el mismo recurrir la sentencia absolutoria cuando se hubiese basado en razones de carácter penal, por ejemplo en la aplicación del indubio pro reo (...) La Sala Constitucional declaró inconstitucional dicha limitación. Con ello el actor civil adquirió en la práctica el derecho a recurrir propio de un querellante. (Votos 5751-93,5752-93,609-95)... la limitación a recurrir en la vía de casación por parte del Ministerio Público de acuerdo con el monto del agravio... fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional, contando entre sus argumentos la protección de la víctima que el Ministerio Público debe brindar (Voto 1193-95)”.¹

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp. 288-289.

La Sala Tercera y el Tribunal Superior de Casación Penal, también dieron su aporte, manifestándose en los siguientes aspectos:

- Principio de Derecho de Defensa se establece para todos los intervinientes esenciales del proceso penal.
- Se eliminan las limitaciones legales del actor civil para apelar y recurrir en casación
- Se desaplican por inconstitucionales las limitaciones legales del querellante para recurrir en casación.
- Se declaran inconstitucionales los límites del Ministerio Público para recurrir en casación.

Francisco Sánchez Fallas, expresa: “(...)la víctima en el proceso penal (...) ha recobrado su verdadera importancia dentro del conflicto. Deja de ser un mero punto de referencia del daño causado, para convertirse en un sujeto procesal con derechos y posibilidades de intervención claramente definidas, lo que le permite una mejor satisfacción de sus intereses personales”.¹

¹ SÁNCHEZ FALLAS (Francisco), La tramitación de los procesos penales. San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2001, p.33.

Analizado el concepto de víctima, su participación en el proceso penal y los diferentes factores que contribuyeron a su renacimiento (tanto en el ámbito internacional como nacional). Se pretende considerar la postura que la misma tiene frente al derecho penal y el proceso penal.

SECCION SEGUNDA

LA POSTURA DE LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

En la siguiente sección, se presenta la relación que tiene la víctima con el derecho penal y el proceso penal. Con respecto a éste último aspecto se expone las consecuencias que tal participación significa para la víctima, como lo son los procesos de victimización.

A. Víctima en el Derecho Penal y Procesal Penal.

En este apartado, se hace referencia a la relación de la víctima con el derecho penal (victimodogmática), luego se expone una breve reseña de su postura frente al proceso penal y las iniciativas de reparación y mediación.

1. Derecho Penal (Victimodogmática)

A raíz de los planteamientos victimológicos se presenta una corriente con influencia positivista, denominada victimodogmática, en virtud de la cual es posible el ingreso de la victimología en el Derecho Penal.

En este sentido, Gerardo Landrove expresa: “En efecto, desde hace al menos un cuarto de siglo se habla, sobre todo en la doctrina alemana, de una Viktimodogmatik que pretende abordar un análisis dogmático orientado al comportamiento de la víctima y con especial incidencia en la teoría jurídica del delito. Victmodogmática que parte de la ciencia de que algunas víctimas contribuyen –dolosa o imprudentemente- a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del delincuente, incluso hasta el punto de erradicarla”.¹

Se debe destacar la relación de las investigaciones criminológicas de Mendelsohn y Von Hentig con la corriente victimodogmática, dejando ver, que los planteamientos de ésta son contrarios a las posiciones que abogan por otorgar mayores

¹ Ver LANDROVE, *op.cit.* p.39.

derechos a las víctimas; se trata de propuestas que tienden a favorecer al delincuente, en lo que corresponde a la responsabilidad penal derivada del hecho punible. Basándose en el principio de autorresponsabilidad de la víctima, que reconoce la eficacia del consentimiento de ésta, al asumir determinados riesgos.

Sin embargo, la victimodogmática pretende abordar todos los elementos del derecho penal, en los que se tome en consideración a la víctima. Elena Larrauri nos dice: “Se señala que la víctima ha sido considerada por el derecho penal en la:

-Fase previa: así, el consentimiento de la víctima elimina el carácter delictivo de determinados comportamientos, o la provocación de la víctima puede conducir a una atenuación de la pena para el autor.

-Fase ejecutiva: instituciones como la legítima defensa, la alevosía, o el abuso de superioridad o confianza.

-Fase de consumación: la institución del perdón, el requisito de perseguibilidad de determinados delitos, e incluso el pago de indemnizaciones a la víctima está previsto como requisito previo a la concesión de la remisión condicional, o de la rehabilitación”.¹

¹ Ver LARRAURI, *op.cit.*, pp. 292-293.

En el caso del Código Penal¹ y el Procesal Penal Costarricense, se considera a la víctima en varios aspectos, citando algunos de ellos, tenemos:

- Consentimiento del derechohabiente: regulado en el artículo 26 C.P. que establece: “No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo”.
- Legítima Defensa: Artículo 28 C.P., que reza: “No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos (...)”.
- Perdón Judicial: Art. 80 inc j C.P., establece que la acción penal y la pena se extinguen por el perdón judicial.
- Delitos de acción privada², se encuentran regulados en el C.P.P., art. 19, el cual indica: “ Son delitos de acción privada:
 - a) Los delitos contra el honor.
 - b) La propaganda desleal.
 - c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

¹ Código Penal. Ley N° 4573, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., segunda edición, 1998.

² El artículo 17 C.P.P. regula la denuncia por delito de acción pública perseguible a instancia privada. El artículo 18 C.P.P. regla los delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada.

La victimodogmática analiza si la víctima necesita la protección del derecho penal como *ultima ratio*¹ o si por el contrario se puede llegar a excluir la respuesta punitiva.

Con respecto a la compensación y reparación, la victimodogmática le otorga gran énfasis a las necesidades económicas de la víctima, que deben ser cubiertas por el Estado; lo que se traduce en la llamada mercantilización de la víctima. Ello es diferente a los postulados de la nueva victimología, que resalta entre las necesidades que se pretenden cubrir, el de una mayor participación de la víctima en el proceso y no-solo las económicas.²

Al analizar la introducción de la compensación, como una medida, al lado de las penas y medidas de seguridad, Elena Larrauri expresa: “Y en este punto es donde considero de vital importancia la contribución de Roxin de acuerdo con la cual una mayor presencia de la víctima-en concreto defiende la introducción de la compensación como medida penal junto a las

¹ Al respecto, Gerardo Landrove dice: “Aunque es cierto que el Derecho penal constituye la *ultima ratio* de la política social, ello significa solamente que no se puede imponer una pena cuando el Estado tenga a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar los conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se pueda proteger a sí mismo.” Ver LANDROVE, *op.cit.*, p.40.

² Ver LARRAURI, *op.cit.*, p 294-295.

penas y medidas de seguridad- no contradice los fines del derecho penal”.¹

Como un cambio, que puede fortalecer la situación de la víctima, está el de incluir la reparación dentro de las sanciones; ya que, ésta es más amplia que la compensación, no-solo se limita al ámbito económico, sino que abarca otros elementos.

Seguidamente se hace una breve reseña de la relación de la víctima en el proceso penal y sus posibilidades de participar en el mismo.

2. Derecho Procesal Penal.

En relación con la participación, que en la actualidad tiene la víctima dentro del proceso penal, la doctrina manifiesta, que en las diferentes legislaciones y con limitaciones mayores o menores, según el sistema procesal, el sujeto pasivo tiene ciertas funciones en el derecho adjetivo. Entre ellas los diversos sistemas apuntan:

- a) Iniciar el proceso.
- b) Coadyuvar con el Fiscal o Ministerio Público.

¹Ver LARRAURI, op.cit., p 295.

- c) Ser testigo de cargo.
- d) Influir sobre la sentencia.
- e) Presentar pruebas.
- f) Terminar el proceso.

Cuando la víctima ha ayudado a la policía en el proceso de la investigación e incluso en la captura del presunto delincuente, se inicia el procedimiento.¹ En consecuencia, ésta es la participación de la víctima en el proceso penal, la que puede variar dependiendo del sistema procesal penal implementado en cada país.

En Costa Rica, dentro de las ideas que impulsaron la reforma procesal penal y dieron lugar al nuevo Código Procesal Penal, se expone: “Se trata de darle mayor participación en el proceso penal a los actores del conflicto, entre ellos la víctima, comprendiendo dentro de ésta las organizaciones que defienden intereses colectivos o difusos. Se permite con ello que la víctima pueda constituirse en querellante aun en delitos de acción pública, por otro lado que tenga derechos de información y de audiencia por el hecho de ser víctima. Además, se trata de proteger a la víctima frente a la segunda victimización. Unido

¹ RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis), Victimología: Estudio de la víctima, México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1990, p 321.

todo lo anterior al carácter decisorio que adquiere la víctima con respecto a la prosecución del proceso, al permitirse en determinados delitos que concilie con el imputado, que acepte la reparación integral del daño y que revoque la instancia en delitos de acción pública que la requieran. Por otro lado se trata de garantizar el derecho a la reparación del daño o a la indemnización de daños y perjuicios, a lo que se atiende no solamente con la conciliación y la reparación integral del daño, sino también con la suspensión del proceso a prueba, aunque en ésta no se requiere la aceptación por la víctima del plan de reparación ofrecido por el imputado.”¹

Lo anterior, nos muestra las posibilidades de participación que tiene la víctima en el proceso penal costarricense; dejando de manifiesto, que se le garantiza desde el inicio y a lo largo de todas las etapas del proceso.

El cambio producido en nuestra legislación, involucra tanto a la sustantiva como a la procesal en dos sentidos, primeramente se orienta a la ampliación de los derechos de la víctima en cuanto a la pretensión penal, y en segundo lugar, se tiende a darle más posibilidades de alcanzar la reparación del

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 54.

daño¹ y encontrar una solución al conflicto, en ese sentido surgen las iniciativas de reparación y mediación que a continuación se exponen.

3. Iniciativas de Reparación y Mediación.

De acuerdo con Elena Larrauri: “La labor de estos Centros de Reparación y Mediación consiste en mediar entre el ofensor y la víctima, para intentar llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes”.²

La importancia de estos centros, es que en algunos casos se puede llegar a una solución pacífica del conflicto, y a la vez satisfactoria para la víctima; al no tener que pasar por un largo proceso de victimización y en la que quizá no obtiene los resultados queridos.

En atención a las necesidades de la sociedad, entre ellas: resolver los conflictos y la paz social; es que esta alternativa se está desarrollando en Estados Unidos, Canadá, Australia, Inglaterra, y en algunos países de Europa. Sería un gran avance, si en Costa Rica se implementara un centro de

¹ Ver ARIAS NUÑEZ, *op.cit.*, p.233.

² Ver LARRAURI, *op.cit.*, p 304.

mediación y reparación en materia penal, vendría a reducir el circulante con que cuentan los despachos del Poder Judicial. Del mismo modo, sería una forma de evitar la victimización sufrida durante el proceso penal, al mismo tiempo que se obtendría la reparación del daño sufrido.

Dentro de las características de estos centros, el proceso tiene un valor terapéutico, permite establecer el dialogo como una vía para solucionar el conflicto, en lugar de las decisiones autoritarias e impuestas; porque son las partes involucradas las que saben que es lo que más les conviene.

Con respecto a los métodos y las medidas adoptadas, Larrauri explica: "(...)existe diversidad de métodos: en unos se realizan encuentros cara a cara entre la víctima y el ofensor; en otros, son reuniones entre diversos grupos de víctimas y ofensores; en algunos actúan los mediadores sin necesidad de realizar encuentros. Las medidas adoptadas acostumbran a consistir en una disculpa a la víctima, la reparación del daño causado a la propia víctima, o algún tipo de trabajo social".¹

Se presentan varias medidas a adoptar, no solo son pecuniarias; lo que podría echar abajo el argumento, de que en

¹ Ver LARRAURI, *op.cit.*, pp. 306-307.

la mayoría de los casos el ofensor no tiene recursos económicos, abriéndose de esta forma un abanico de posibilidades para que la víctima obtenga la reparación del daño causado como consecuencia del delito.

Los sistemas que no cuentan con estos centros de mediación, la víctima no tiene otra alternativa que presentar la denuncia y darle seguimiento al proceso. Como consecuencia, se presentan los procesos de victimización, así como, los esfuerzos del Poder Judicial por reducir los efectos negativos que éstos producen. Seguidamente se analiza esta problemática, que se evidencia en todos los países, claro esta, en menor o mayor grado, dependiendo de las medidas tomadas para prevenirla o reducirla.

B. Procesos de Victimización

A partir de la década de los cincuenta, se realizan estudios con el objetivo de determinar los procesos de victimización. Fernando Cubero Pérez en su artículo *"La tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense"*, manifiesta: "(...)a nivel investigativo la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos

fundamentales, la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuente estigmatización social; la victimización secundaria consiste en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima”.¹

De seguido, se expone la victimización primaria y la secundaria, que son las que interesan en la presente investigación.

1. Victimización Primaria

La victimización primaria, representa las consecuencias nocivas derivadas del propio delito, en este sentido se afirma: “(...)el daño que experimenta la víctima no se agota, desde luego, en la lesión o peligro del bien jurídico y, eventualmente, en otros efectos colaterales y secundarios que puedan

¹ CUBERO PEREZ (Fernando), La Tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense, Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de ciencia penales, N° 15, Año 10, diciembre 1998, p.76.

acompañar o suceder a aquél. La víctima sufre a menudo un severo impacto psicológico que se añade al daño material o físico en que el delito consiste. La vivencia criminal se actualiza, revive y se perpetua. La impotencia ante el mal y el temor a que se repita producen ansiedad, angustia, depresiones, procesos neuróticos. al abatimiento se unen no pocas veces otras reacciones psicológicas, producto de la necesidad de explicar el hecho traumático: la propia atribución de la responsabilidad o autoculpabilización, los complejos. La sociedad misma, por otra parte, estigmatiza a la víctima. No responde con solidaridad y justicia, tratando de neutralizar el mal padecido, sino con mera compasión e incluso con desconfianza y recelo. El entorno próximo de la víctima la señala, la etiqueta despreciativamente como persona "tocada", como "perdedor"¹.

La victimización va a producir aislamiento social, el que más tarde se va a traducir en marginación. Ello conlleva una modificación de los hábitos y estilos de vida, con frecuencia desembocan en trastornos en el ámbito de las relaciones interpersonales. El delito va a generar en la víctima, una situación de estrés debido al daño y al peligro que significa el vivir con temor, miedo, angustia y la posibilidad de ser victimizada de nuevo.

¹ Ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *op.cit.*, p. 131.

Es así como se presenta, la imperiosa necesidad de brindar ayuda a la víctima, para tratar de disminuir estos efectos. La legislación internacional se ha avocado a regularlos en sus diferentes convenios. Nuestro país, también se ha unido a estos esfuerzos, una muestra de ello lo representa la apertura de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima, propuesta presentada por los fiscales del Ministerio Público Msc. Mayra Campos Zuñiga y el Lic. Fernando Cubero en el año 1998, la cual prosperó hasta el 2000. Dicha oficina tiene entre sus objetivos: brindar orientación en el ámbito psicológico y desde el punto de vista de trabajo social; lo que es de interés con respecto a la victimización.

Pablo Lanzarote Martínez, indica: "(...)el sistema penal ha implementado una serie de medidas con el fin de dar protección o amparar a la víctima frente a la acción lesiva del victimario, estas medidas las podemos clasificar en procesales y procedimentales".¹ Se indicarán las medidas procesales que corresponden a la victimización primaria y secundaria.

¹ CUBERO PEREZ (Fernando), Neutralización de la victimización Primaria y Secundaria Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, p.91.

a) Medidas Procesales.

Estas medidas, fueron expuestas en el Curso-Taller: Víctima y Proceso Penal, realizado en 1998 por la Escuela Judicial¹. Se indicó, que dichas medidas se dirigen a hacer cesar las consecuencias del delito o tienden a restablecer el equilibrio alterado de la víctima. Entre ellas:

1. Medidas de anticipación o aseguramiento de contenidos propios de la responsabilidad civil.
2. Anticipación de efectos coincidentes en mayor o menor medida con el contenido de penas o medidas de seguridad, con finalidad de protección de la víctima.

2. Victimización Secundaria

La victimización secundaria, representa las consecuencias derivadas de la intervención del sistema legal y sus diversas instancias (policía judicial, Ministerio Público (M.P), jueces y demás funcionarios).

¹ DE JORGE MESAS (Francisco), CONEJO AGUILAR (Milena), RODRÍGUEZ ARROYO (Teresita), CAMPOS ZÚÑIGA (Mayra), JIMÉNEZ VASQUEZ (Carlos María), CUBERO PÉREZ (Fernando), Alpízar CHAVES (Alberto) Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, material poligrafiado.

Antonio García-Pablos de Molina expone: “La actuación de las instancias del control penal formal (policía, jueces, etc.) multiplican y agravan el mal que ocasiona el delito mismo. En parte porque estas agencias, altamente burocratizadas, parecen olvidar los perjuicios ya experimentados por la víctima, la psicología de ésta, su especial sensibilización y legítimas expectativas, necesidades, etc. En parte también porque la víctima se siente despreciada, maltratada por ellas, como si fuera simplemente el objeto o pretexto de una rutinaria investigación. Algunas situaciones procesales, como la confrontación pública de la víctima con el agresor, son experimentadas por ésta como una verdadera e injustificada humillación. Con razón se ha dicho que, por desgracia, la víctima del delito suele convertirse con demasiada frecuencia en víctima del sistema legal, y que ésta victimización “secundaria” es aún más preocupante que la “primaria”.¹

Se sufre una doble victimización, por una parte es víctima del delito y las consecuencias que esto conlleva, por otra es víctima del propio sistema judicial. Es en ese sentido, es que se habla de una expropiación del conflicto, que al mismo tiempo es una apropiación por parte de los abogados y del sistema

¹ Ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *op.cit.* pp. 131-132.

judicial. Por o tanto, el problema con respecto a la víctima es de actitud de los sujetos pertenecientes a las agencias penales.

En este sentido, Mario García Hidalgo nos dice: “El sistema revictimiza cuando por la necesidad de ejecutar actos institucionalizados se arremete a la víctima, utilizando ritos, gestos, interrogatorios tediosos y repetitivos, silencios, lenguaje técnico fuera del alcance del menor, personajes ceremoniosos que causan coerción y ante todo una duración del proceso legal inconveniente que hace del menor un sujeto pasivo del estrés y de la evocación traumática”.¹

Es por ello que corresponde tomar medidas, tendientes a evitar o disminuir la victimización de la que es objeto la víctima dentro del sistema de justicia penal. La declaración de 1985 de las Naciones Unidas estableció que se debe proporcionar al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de la víctima y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

¹ GARCÍA HIDALGO (Mario), Víctimas de cara al Sistema Judicial Penal: Mecanismos Tecnológicos y Psicológicos para minimizar la revictimización en casos de abuso sexual. I Congreso Nacional de Victimología: “Las víctimas también tienen derechos”. Realizado en San José, 14,15 y 16 de junio, Editorial EUNED, 2001.p 25.

En Costa Rica se cuenta con las llamadas medidas procedimentales, recientemente se emitieron las directrices para reducir la revictimización de personas menores de edad en los procesos penales.

a) Medidas Procedimentales.

Los planteamientos victimológicos, han puesto de relieve la obligación de ajustar la práctica forense y la interpretación de la normativa procesal a la realidad y necesidades de la víctima. Las medidas procedimentales consisten en: “(...)modos de conducir el proceso de la forma menos lesiva y más beneficiosa para la víctima, sin que ello implique un menoscabo para las garantías del imputado”.¹

Entre las medidas procedimentales citadas en el Curso-Taller: Víctima y Proceso Penal, se mencionaron:

1. Evitar las dilaciones indebidas, agilizar la tramitación del proceso y la pronta terminación del mismo.
2. Evitar la rememoración innecesaria del delito y reducción al mínimo de las comparencias personales de la víctima

¹ CUBERO PEREZ (Fernando), Neutralización de la victimización Primaria y Secundaria. Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, p.92.

3. Impedir el encarnizamiento y culpabilidad de la víctima en los interrogatorios por parte de la policía, el juez, el M.P y la Defensa.
4. Favorecer las soluciones negociadas.
5. Testimonios especiales (caso de mujeres, menores o personas agredidas sexualmente; se podrán recibir en privado y con auxilio de familiares o peritos especializados)
6. Oír a la víctima no sólo a la hora de interponer su denuncia, o en la declaración que rinda en el juicio oral, sino también antes de la clausura del debate.¹

Las anteriores medidas son de importancia para evitar la victimización secundaria, y, de esta forma aminorar el daño sufrido por la víctima.

Este taller tomó en cuenta las víctimas especiales², las cuales se clasifican:

1. Por la naturaleza del delito: en agresiones como las sexuales, físicas y psicológicas.

¹ CUBERO PEREZ (Fernando), Neutralización de la victimización Primaria y Secundaria. Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, pp.92-93.

² Se realizó una propuesta para su tratamiento.

2. Por el sujeto involucrado: personas menores de edad, personas adultas (mujeres y ancianos).

Se plantean una serie de medidas para tratar a las víctimas durante la entrevista o interrogatorio, tratando de disminuir el impacto que significa la agresión sufrida por la víctima, sin caer en abusos por parte de los funcionarios, que podrían agravar la situación.¹

En cuanto a las directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, expuestas el 21 de junio del 2002 en el segundo ciclo de conferencias sobre derechos de la niñez y la adolescencia, celebrado gracias a la Escuela Judicial, UNICEF y CONAMAJ. Fueron presentadas como un instrumento que procura la humanización del proceso. Algunos de sus objetivos son: “disminuir la revictimización del niño, niña y adolescente; lograr que los operadores y operadoras judiciales apliquen la normativa relacionada con la no revictimización de las personas menores de edad; capacitar y sensibilizar a todo empleado y empleada judicial, que por su función tenga contacto con los niños, niñas y adolescentes, en la temática de la no

¹CAMPOS ZÚÑIGA (Mayra) y otra, Tratamiento de “víctimas especiales”. Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, p.92-93.

victimización de las personas menores de edad; desarrollar con la mayor prontitud posible, los procesos penales en que intervengan niños, niñas y adolescentes como víctimas, etc”.¹

Se observa como Costa Rica ha tomado medidas tendientes a reducir la victimización secundaria, y se recalca **reducir** porque no es posible eliminar del todo la victimización sufrida por la víctima.

Analizada la víctima y toda la problemática que presenta, nos damos a la tarea de estudiarla en torno a la reparación del daño, tanto en los instrumentos internacionales como en la normativa procesal costarricense.

¹ Corte Plena, Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, San José, aprobadas en sesión IXX-01 del 6 de mayo del 2002, CONAMAJ, pp. 8-9.

CAPITULO SEGUNDO

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA NORMATIVA PROCESAL PENAL COSTARRICENSE EN TORNO A LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Como se ha venido mencionando, la actuación de la víctima representa tema de progresivo interés doctrinal, debido a la creencia de que existe una significativa deuda hacia ella. Es así, como se debe destacar el contenido del tratamiento de la víctima, por ser un problema existente en la normativa procesal adjetiva penal.

En igual sentido, Maier expone que :“ (...)se trata (...)de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que se persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el derecho procesal

penal (...) se trata [en síntesis] de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto”¹.

Varios siglos después de haberse excluido y olvidado² a la víctima, principalmente a raíz del surgimiento del Estado moderno y su posterior consolidación³, ésta reaparece ocupando un lugar medular en la política criminal⁴.

Antes de la expropiación de los intereses de la víctima por parte del Estado⁵; estas tenían una función substancial en la solución de los conflictos sociales. Mecanismos como la autotutela, que en general era entregada a la víctima o a su familia (sippe), y la composición (Sühnevertrag), por medio del cual se evitaba la venganza privada mediante el pago de una reparación, manifestaban la preeminencia del dañado como actor del proceso en el derecho germánico. Más aún, bajo el entendido de no lograr una solución satisfactoria con el

¹ MAIER (Julio BJ) y otros, *La Víctima y el Sistema Penal. De los delitos y de las Víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p.190 y sgts.

² Cf. MAIER (Julio), *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da}. Edición, tomo I., 1989, p. 288. En el derecho continental, la víctima desaparece con el advenimiento de la Inquisición, que desde el siglo XII hasta el siglo XVIII se impone como modelo hegemónico en el derecho de Europa continental como régimen común para los casos penales.

³ RIEGO (Cristián) y otro, *Las Víctimas de los Delitos en el Proceso Penal Chileno*, p.10 en *La Reparación de la Víctima en el Proceso Penal y su Relación con el Ministerio Público* citado por Ignacio Castillo Val, http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/ignacio_castillo.doc.

⁴ BOVINO (Alberto), *La Víctima. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Argentina, Editores del Puerto, srl., 1998, p. 87.

⁵ La época anterior a la expropiación de los intereses de la víctima por parte del estado, fue célebremente bautizada por Schaffer como la “Edad de Oro de las víctimas”, Herrera Myriam, *La hora de la Víctima*, p.36, en *La Reparación de la Víctima en el Proceso Penal y su Relación con el Ministerio Público* citado por Ignacio Castillo Val, http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/ignacio_castillo.doc.

victimario, podría reclamar judicialmente una reparación judicial del conflicto.¹

Lo antepuesto hace ver cómo en el derecho alemán el conflicto era concebido con un carácter especialmente privado, su resolución quedaba conferida al afectado o a su familiar. Al obtenerse la satisfacción del afectado se concluía la discusión penal, y se agotaba la pretensión punitiva del interesado.

Finalmente, es importante resaltar que no es la primera vez que la víctima sobresale, estuvo en sus comienzos, en el mecanismo de la composición,² como componente para la solución de conflictos del sistema acusatorio privado y como forma principal de la persecución penal.

En Costa Rica, esta posición insertada al proceso penal fue una herencia del desarrollo colonial español, que introdujo grandes rasgos inherentes del modelo inquisitivo. En efecto, en el antiguo régimen del procedimiento penal costarricense, el actor principal y casi exclusivo fue el Estado como titular para ejercer la acción penal pública y proteger los intereses societarios y privados, mediante sus respectivos órganos.

¹ Ver MAIER (Julio), Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da}. Edición, tomo I., 1989, p.265.

² Ibid., p.185 y sgts.

Pos su parte, la víctima tenía un carácter marginal en cuanto a su participación, pasando simplemente a constituirse en elemento subordinado al poder punitivo, principalmente enfocado a la *notitia criminis*, intervención como testigo y, en general, colaborador en la producción de las pruebas.

En ese sentido, importa al desarrollo del presente análisis, desglosar los principales derechos de las víctimas reconocidos por la doctrina extranjera y tratados internacionales, determinar cómo fueron asimilados, observar su nacimiento y reaparición. En otras palabras, buscar aquellos elementos referidos a la víctima que lograron mejorar este nuevo proceso, y cuáles merecen una revisión en el futuro.

SECCIÓN PRIMERA

NORMATIVA INTERNACIONAL.¹

La temática a desarrollar en el presente apartado expondrá la actual visión del derecho procesal penal internacional sobre la protección a la víctima, aunado a los tradicionales conceptos de responsabilidad estatal tendientes a una búsqueda de aplicación directa de normas penales internacionales en su favor.

Es de especial importancia la concepción de la Organización de las Naciones Unidas respecto a este punto, al sostener que: "(...)en cumplimiento de los principios de derechos humanos internacionalmente proclamados, las víctimas de violaciones graves de derechos humanos deben recibir, en los casos apropiados, restitución, indemnización y rehabilitación,(...)que la cuestión de la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales

¹ "En los últimos años se ha visto no sólo una multiplicación de normas internacionales referidas a las víctimas , ya en la forma clásica de los pactos de derechos humanos, ya en una serie muy compleja de instrumentos jurídicos, sino que se ha visto la necesidad que los tribunales nacionales apliquen tales normas" CALZADA MIRANDA(Ana Virginia), Los Derechos Fundamentales de las Víctimas, Primer Congreso Nacional de Victimología: "Las víctimas también tienen derechos", San José, EUNED, 2002,p.13.

ha recibido una atención insuficiente y debe continuar siendo abordada de manera más sistemática y exhaustiva en los planos nacional e internacional.”¹

Las transgresiones demoledoras y consecuentes a los más básicos derechos del hombre; desarrolladas durante la historia de la humanidad. Los cambios ocurridos durante la última década en el afianzamiento de las relaciones internacionales, motivado por el desmembramiento del antiguo bloque soviético. Han permitido una específica reacción jurídica de la comunidad internacional.

Como lo menciona Kompas, en su exposición: “En la actualidad, la dinámica del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario ha recuperado cierto impulso mediante la elaboración de normas que incluyen cláusulas específicas de efectividad de los derechos protegidos, la creación de mecanismos y procedimientos que apuntan a la implementación de estas normas y a la responsabilidad de la comunidad internacional en su conjunto, como de cada uno de los Estados integrantes de ella, en la prevención, sanción y

¹ El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/29 en <http://www.minugua.guate.net/derhum>

reparación, así como en la cooperación internacional para efectivizar estos objetivos y compromisos”.¹

Para poder fundar en normas de carácter internacional, la existencia de una obligación al regular determinadas conductas, es necesario acudir a las normas previstas en los Tratados generales de derechos humanos². Ejemplos de ello son: la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas o Reglas de Mallorca de 1992, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos de 1983, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, etc.

Estos tratados y convenios establecen, que los Estados se comprometen a garantizar determinados derechos, a brindar un recurso efectivo en caso de reclamo judicial, o a interpretar de buena fe sus normas. Así, “nos informan acerca de la existencia

¹KOMPASS, (Anders), Exposición: Crímenes Contra La Humanidad y Crímenes de Guerra, El Derecho Internacional: coercibilidad e impunidad, Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santa fe de Bogotá, 22 de septiembre de 1999 en http://www.hchr.org.co/cpi/ponen_ak.htm

² Las tendencias mundiales buscan rescatar el papel de la víctima y obtener un tratamiento más respetuoso, a la salvaguarda de su intimidad, a la protección de su seguridad, a reclamar por demora o ineficacia en la investigación ante el superior inmediato del Ministerio Público, a ser oído, a ser asistido por un abogado, a la reparación del daño, al derecho de asistencia a los programas a la víctima. SOSA PEREZ(Rosalía), Por un trato humano a la víctima en http://www.enel.net/gacetajudicial/1999/68/derechos_humanos.htm

de cierto nivel de un derecho común de la humanidad, que sin negar las diferencias culturales y de tradiciones, nos reconocen como parte de una misma familia humana. Familia esta que incluye necesariamente a los imputados y a las víctimas”.¹

Es importante acotar que Costa Rica no ha aprobado ni ratificado ninguno de los instrumentos internacionales que se mencionarán, pero que sí aplica en el Código Procesal Penal muchos de los principios generales que ellos decretan.

Aún así, Costa Rica pertenece a los Estados que reconocen en la dignidad de la persona humana un valor esencial, que debe servir de pedestal en la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que, debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces. Nuestro país es signatario de los siguientes instrumentos internacionales fundamentales: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

¹ Ver CALZADA, *op.cit.*, p.13

Al suscribir estos instrumentos se asumen obligaciones no sólo con los otros Estados de la Comunidad Internacional, sino, y principalmente, respecto de los individuos que viven bajo su jurisdicción. El denominador común de estas obligaciones es el de reconocimiento y respeto de los derechos objeto de protección por las Declaraciones y Pactos, esto es, proclamarlos y garantizarlos, ya que son un paradigma de legitimidad aprobado internacionalmente, que debe regir la evaluación de nuestra normativa.

A continuación en razón de la extensión y diversidad de las cuestiones involucradas dentro del tema a tratar, se confrontarán el contenido de “algunas” normas de derecho internacional, con la aplicación efectiva de las mismas en el contexto de nuestra realidad

A. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca, 1992¹

En 1992 se reunió una Comisión de expertos² en Palma de Mallorca, España, por invitación de la Consejería Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear, con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena.

Su objetivo fue formular reglas penales más concretas que las promulgadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como en otros documentos internacionales. Se tuvo como parámetro que la justicia Penal, es un instrumento de poder de los Estados que, necesariamente afecta de manera esencial a los derechos del individuo.

¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca, 1992. AVD. Islas Baleares. s.f.e.

² Señores Pedro David, Asesor de las Naciones Unidas; Enrique Ruiz Vadillo, Tribunal Supremo de España; Antonio González, Prof. Universidad Autónoma de Madrid; Wolfgang Penizart, Comisión Europea de Derechos Humanos; Eberhard Struense, Prof. Universidad Münster; Wolfgang Schöne, Prof. Univ. Frigurg i. Br.; Klaus Tiedemann, Prof. Universidad Freiburg i. Br.; Anabela Miranda, Prof. Univ. Coimbra; Giorgio Marinucci, Prof. Universidad de Milano; José Hurtado Pozo, Prof. Universidad Freiburg; Enrique Bacigalupo, Prof. Tribunal Supremo de España; Gabriel García Planas, Prof. Univ. de las Islas Baleares; Juan Carlos Carbonell Prof. de la Universidad Complutense de Madrid; Rafael Perera, Colegio de Abogados de Baleares; Guillermo Vidal Andreu, Audiencia Provincial de Baleares.

Dentro de los principios generales, se propone la adopción de diferentes reglas en el procedimiento en materia penal, de interés para nuestra exposición. Se vislumbran los siguientes:

- a) Las legislaciones nacionales reglamentarán en qué medida la persecución penal dependerá de instancia privada y se otorgarán funciones de acusación a los particulares. En este último caso, el Estado pondrá a disposición, por lo menos de la víctima, los medios necesarios para el ejercicio de este derecho.¹
- b) Durante la instrucción se debe procurar a la víctima y a los perjudicados por el delito, la ayuda que necesiten.²
- c) Los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar un trato humano y digno a las víctimas y perjudicados.³
- d) Las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho a ser oídos, a ser asistidos por abogado, que en casos graves podrá ser de oficio.⁴
- e) Se recomienda a los Estados la creación de fondos para la reparación a los perjudicados o víctimas del delito. Así como, la adopción de medidas que permitan una mejor

¹ Ver Reglas de Mallorca, op.cit. apartado A)art. Primero, punto 2.

² Ibid. apartado H) art. cuadragésimo.

³ Ibid. art. cuadragésimo primero

⁴ Ibid. art. cuadragésimo segundo

defensa de los derechos de las víctimas y de los perjudicados en el proceso penal.¹

B. Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos de 1983.²

Los Estados miembros del Consejo de Europa, se reunieron en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983. Al tener como fin conseguir una unión más estrecha entre sus miembros, argumentaron que era necesario ocuparse de la situación de las personas víctimas de delitos intencionales de violencia, que hayan sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estuvieran a cargo de las víctimas fallecidas como consecuencia de esos delitos.

Se establecieron una serie de pautas que regularían: a quién el Estado debe indemnizar y cómo lo debe hacer, sobre todo en los casos en que el autor del delito no se hubiera identificado o careciera de recursos; estableciendo normas mínimas en ese ámbito. En sus disposiciones se estipula:

¹ Ver Reglas de Mallorca, *op.cit.* apartado A)art. cuadragésimo tercero.

² Consejo de Europa. Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos., Estrasburgo 24 de noviembre de 1983, en <http://www.mir.es/derecho/im/im241183.htm>

1. Responsabilidad Estatal:

Cuando la indemnización no pueda hacerse enteramente efectiva en otras fuentes, el Estado deberá contribuir a indemnizar:

- a) A las personas que hubieran sufrido lesiones graves o daños en su salud como resultado directo de un delito intencional de violencia,
- b) A las personas que estuvieran a cargo de la persona fallecida como consecuencia de un delito de esa clase. Dicha indemnización se concederá incluso si el autor no puede ser perseguido o castigado.¹

2. Formas de pago por parte del Estado:

La indemnización será pagada por el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito:

- a) A los nacionales de los Estados Partes en el presente Convenio;
- b) A los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que tengan su residencia permanente

¹ Ver Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos. Art. 2.

en el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito.¹

3. Alcances de la indemnización:

Los alcances de la indemnización, se producen cuando se dé pérdida de ingresos, gastos médicos y de hospitalización, gastos funerarios y, cuando se trate de personas a cargo, pérdida de alimentos.² Además, se podrá fijar en el sistema de indemnizaciones, para la totalidad o para algunos de los elementos de la indemnización un límite máximo y un límite mínimo en su pago.³

Dentro de las restricciones al derecho de indemnización se toman en consideración diferentes tópicos como:

- a) La situación financiera del solicitante.⁴
- b) El comportamiento de la víctima o del solicitante antes, durante o después de la comisión del delito, o en relación con el daño causado.

¹ Ver Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos. Art. 3.

² Ibid. art. 4.

³ Ibid. art. 5.

⁴ Ibid. art. 7.

- a) Si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.
- b) Si la reparación total o parcial es contraria al sentido de la justicia o al orden público.¹

También, se concibieron medidas para evitar una duplicación de indemnizaciones. De este modo, el Estado o la autoridad competente puede deducir de la indemnización concedida o reclamar a la persona indemnizada cualquier suma que hubiera recibido, como consecuencia del perjuicio, del delincuente, de la Seguridad Social, de un seguro o de cualquier otra procedencia.² Además, el Estado o la autoridad competente podrá subrogarse en los derechos de la persona indemnizada hasta el límite de la suma pagada.³

El instrumento internacional que se analizará es de acatamiento para los Estados⁴ es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las

¹ Ver Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos. Art. 8.

² *Ibid.*, art. 9

³ *Ibid.*, art. 10.

⁴ Alemania, Argentina, Australia, Barbados, Bélgica, Canadá, Colombia, Cuba, Chile, China, Chipre, Dinamarca, España, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Haití, Japón, Jordania, Líbano, Luxemburgo, Marruecos, Mauricio, México, Myanmar, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Perú, Qatar, República de Corea, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Tonga, Ucrania, Vanuatu y Suiza

víctimas de delitos y del abuso de poder o Declaración de las Víctimas.

C. Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder o Declaración de las Víctimas.¹

La Declaración fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, por recomendación del VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

La justificación para su elaboración fue el reconocimiento de las víctimas de delitos, las del abuso de poder, frecuentemente sus familiares, los testigos y otras personas que les prestan ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios y sufrir dificultades cuando comparecen en el enjuiciamiento de los delincuentes. Se afirma la necesidad de adopción de medidas nacionales e internacionales a fin de

¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

garantizar el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas, y reducir así la victimización.

Lo que contrasta con la multiplicidad de instrumentos internacionales proteccionistas de las personas acusadas de cometer delitos. El que sólo haya un instrumento para proteger los derechos de las personas ofendidas en delitos y del abuso de poder, produce un orden de preferencias interesante. No se vislumbra que sea imparcial o justo que los derechos estén apenas protegidos, en relación con las regulaciones de protección otorgados a los delincuentes.

La Declaración es el único instrumento que provee lineamientos a los Estados miembros acerca de la protección y la reparación a que tienen derecho las víctimas. De importancia es el hecho de que al no ser un tratado no impone obligaciones jurídicas a los Estados.

Con respecto a los derechos y la situación de las víctimas enunciadas en la declaración, las disposiciones convencionales que crean obligaciones jurídicas para los Estados Partes son

mínimas.¹ En la convención se regula la forma en que se deben implementar en la legislación nacional las normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios como el resarcimiento, la indemnización, la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.² A nivel internacional los Estados tendrán posibilidades de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas.³

El antecedente de esta Declaración fue la recomendación que adoptó el Consejo de Europa⁴ el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y procesal penal⁵, teniendo como objetivos, examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación, así como el promover y estimular las investigaciones sobre la eficacia de las disposiciones relativas a las víctimas. Esos propósitos se desglosaron de la siguiente manera:

¹ Esas disposiciones son: el derecho efectivo de las personas que hayan sido ilegalmente detenidas o presas a obtener reparación (PIDCP, artículo 9.5); las víctimas de penas como resultado de errores judiciales deben ser indemnizadas conforme a la ley (PIDCP, artículo 14.6); las víctimas de actos de tortura tienen el derecho efectivo a una indemnización justa y adecuada (Convención contra la Tortura, artículo 14.1)

² *Ibid.*, punto 19.

³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder *op.cit.* apartado B, punto 20.

⁴ Teniendo como parámetro el Convenio Europeo sobre la Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos.

⁵ Organización de Naciones Unidas, Oficina de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos, en [http://www.cfnavarra.es/asistenciavictimas/IJURIDICA/RECOM\(85\)11.HTM](http://www.cfnavarra.es/asistenciavictimas/IJURIDICA/RECOM(85)11.HTM)

1. Los funcionarios de policía deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador.
2. La policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de su perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado.
3. La víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial.
4. En todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la policía debería formular un atestado tan claro y completo como fuera posible sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima.
5. No se debería adoptar una decisión discrecional sobre la persecución sin una adecuada consideración de la cuestión de la reparación del daño sufrido por la víctima, incluyendo todo esfuerzo serio desplegado a este fin por el delincuente.
6. La víctima debería ser informada de la decisión definitiva relativa a la persecución, salvo cuando indique que no desea esta información.
7. La víctima debería tener derecho a pedir la revisión por la autoridad competente de la decisión de archivo o derecho a proceder siendo citada directamente.

8. En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona calificada para asistirles.
9. La víctima debería ser informada: de la fecha y del lugar del juicio relativo a las infracciones que le han perjudicado; de las posibilidades de obtener la restitución y la reparación en el seno del proceso penal y de lograr el beneficio de asistencia o de asesoramiento jurídico; de las condiciones en las que podrá conocer las resoluciones que se pronuncien.
10. El Tribunal penal debería poder ordenar la reparación por parte del delincuente a favor de la víctima. A este efecto deberían suprimirse los actuales límites de jurisdicción y las demás restricciones e impedimentos de orden técnico que obstaculizan que esta posibilidad sea realidad de modo general.
11. La reparación, en la legislación, debería poder constituir bien una pena, bien un sustitutivo de la pena o bien ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena.

12. Todas las informaciones útiles sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima deberían ser sometidas a la jurisdicción para que pudiera, en el momento de fijar la naturaleza y el quantum de la sanción, tomar en consideración: la necesidad de reparación del perjuicio sufrido por la víctima; cualquier acto de reparación o de restitución efectuado por el delincuente o cualquier esfuerzo sincero del mismo en este sentido.
13. Debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar.
14. Cuando la reparación se imponga como sanción penal, debería ser ejecutada del mismo modo que las multas y tener prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente. En los demás casos, se debería prestar a la víctima la máxima ayuda posible en esta operación de cobro.
15. La política de información y de relaciones con el público en el marco de la instrucción y el juicio de las infracciones debería tomar debidamente en cuenta la necesidad de proteger a la víctima de toda publicidad que

implicara un ataque a su vida privada o a su dignidad. Si el tipo de infracción, el estatuto particular, la situación o la seguridad personal de la víctima requieren de especial protección el proceso penal anterior a la sentencia debería tener lugar a puerta cerrada o la divulgación de los datos personales de la víctima debería ser objeto de restricciones adecuadas.

16. Cuando ello parezca necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente.

La Declaración contiene disposiciones sobre el acceso a la justicia y el derecho a un trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia, los que a continuación se desarrollan:

1. Acceso Real a la Justicia.

El acceso real a la justicia encuentra su fundamento constitucional en el art. 41 de nuestra Constitución Política al establecer: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia

pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”¹.

Contiene importancia substancial porque es a través de su ejercicio que se garantiza el efectivo cumplimiento o disfrute de todos los derechos fundamentales cuando se considere que están siendo o han sido violados o denegados.

El concepto de acceso a la justicia se define como: “(...) un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como también de directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico e inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica.”²

La sociedad debe suministrar a la población, modos de solucionar sus conflictos, ejecutar sus derechos y concluir sus pretensiones; y el sistema legal, debe ser accesible a todos en

¹ Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999, art.41.

² Asociación de Magistrados y Funcionamiento de la Justicia Nacional, Acceso a Justicia, en <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/materiales/documentos/>

condiciones de igualdad.¹

Existen polémicas, como la diferencia de poder entre las partes, su ignorancia en aspectos técnicos o jurídicos; la insuficiencia económica de los intereses en juego, las urgencias inmediatas, la precaria posición económica de quien tiene el conflicto, que el sistema judicial es costoso y lento, que la promoción de un litigio requiere tiempo y dedicación. Ello produce gran insatisfacción, lo que genera impunidad e injusticia. Son pocas las personas que tienen la ventaja de conocer el proceso y tener fácil acceso al patrocinio y asesoramiento profesional.²

La Convención Americana de los Derechos Humanos expresa que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de

¹ Ver Asociación de Magistrados y Funcionamiento de la Justicia Nacional, *op.cit.*

² Ibid.

cualquier otro carácter”.¹

En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresa y reconoce, entre otros:

- a) El derecho de toda persona de tener acceso real a un sistema de justicia ante el cual pueda plantear los asuntos que le conciernan directamente y que considera que afecten sus derechos, tanto en el ámbito de su integridad personal como patrimonial,
- b) Que la respuesta del sistema judicial sea oportuna y eficiente, de modo que las resoluciones gocen de eficacia jurídica no sólo en el plano formal, sino también en el concreto de la realidad (justicia pronta y cumplida), y
- c) Que el sistema de justicia -en nuestro caso expresado formalmente en el Poder Judicial- reúna características de competencia, independencia e imparcialidad, características todas que deben ser cumplidas además por los sujetos que imparten justicia, es decir, los jueces (as) y magistrados (as).²

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 8.

² Ibid.

Por su parte, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, estipuló que: “(...)las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.¹

Para darle continuidad al proceso, la Declaración determina que “se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”.²

Por lo tanto, el Poder Judicial al representar el principio de la justicia como derecho inalienable, le corresponde determinar el justo medio (conforme a la Constitución, las leyes y las reglas de la equidad) de todo litigio que se le presente. Debe existir equidad como valor indispensable de la democracia, entendiendo lo equitativo según el axioma Aristotélico: lo justo según la ley, o sea, aplicando la justicia rigurosamente legal al

¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Apartado A punto 4.

² *Ibid.* punto 5.

caso concreto. De manera tal, que lo justo y lo equitativo sea lo adecuado para dirimir conflictos específicos¹

Para que exista un acceso a la justicia y trato justo, la Declaración estipula que la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos son:

- a) Informar a las víctimas de su papel en el desarrollo y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información
- b) Permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
- c) Prestar asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y

¹ <http://www.cnet.cr/~defensor/Protec.Esp.3.doc>.

la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

- e) Evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.¹
- f) Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos officiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

2. Resarcimiento e Indemnización.²

El resarcimiento, por parte de los delincuentes o los terceros responsables comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo.³

¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

² Ver en igual sentido, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/29: El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, art. 8.

Si la indemnización por parte del delincuente u otras fuentes no es suficiente, se establece el compromiso para los Estados de resarcir financieramente a las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; así como a la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.¹

Landrove Díaz formula un concepto de víctima indemnizable: “(...)sería tan sólo aquélla que ha sufrido una lesión en su integridad personal, que se encuentra en precaria situación económica, que no ha colaborado con su victimización y que coopera con el aparato represivo estatal en la persecución de la delincuencia”.²

En el caso que funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial, hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado. Cuando ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo

¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, art.12

² LANDROVE DÍAZ (Gerardo), citado por ARIAS NÚÑEZ y otro, *op.cit.*, p.229

la acción u omisión victimizadora, tocará al Estado o gobierno sucesor proveer el resarcimiento.¹

Para cumplir con los fines de la declaración en cuanto al derecho de indemnización a las víctimas de delitos, el Estado fomentará “el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.”²

Para ello, los Estados miembros revisarán sus legislaciones de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.³

¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, art. 11

² *Ibid.*, art. 13.

³ *Ibid.*, art. 9.

En síntesis, mecanismos alternativos como la conciliación imputado-víctima y la reparación de daños, han encontrado sustento a nivel internacional, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca de 1992, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos de 1983, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder o Declaración de las Víctimas

De conformidad con el fundamento internacional, nuestro sistema normativo en el Derecho Procesal Penal ha adoptado la obligación de resolver los conflictos que surjan como consecuencia de hechos delictivos, conforme con los contenidos de las convenciones y tratados internacionales. Aún cuando no hayan sido ratificados.

En otro marco de ideas, la Victimología ha llamado la atención sobre la necesidad de formular y crear programas de asistencia, reparación, compensación y tratamiento de las víctimas del delito, los cuales se tratarán a continuación.

D. Programas y Formas de Organización de las Víctimas.

La actividad de brindar asistencia es generalmente realizada a través de los Centros de Asistencia a la Víctima, los cuales, pueden funcionar como entidades públicas o privadas.

Los Centros de Asistencia que dependen del Estado carecen de la efectividad de los privados. Ello puede deberse a que el Estado en su función de protección y tutela de los intereses de la comunidad es ineficiente y, el hecho de estar dichos Centros bajo el poder que en muchos casos contribuyó en crear las condiciones para que las personas sean victimizadas. genera un círculo vicioso".¹

1. Principios generales que rigen la creación de los centros de asistencia.²

- El carácter subsidiario de la indemnización estatal, exige la ausencia de indemnizaciones alcanzadas por otra vía.
- Se limita la asistencia a las víctimas de actos criminales violentos.

¹ MURARU (Federico) La evolución a través del tiempo del resarcimiento a la víctima, en <http://www.angelfire.com/ar/fmuraru>

² ISSA EL KHOURY (Henry), Reparación del Daño. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, p. 228-229.

- Son poco frecuentes las previsiones indemnizatorias en los supuestos de delitos patrimoniales y en cuanto a los daños morales.
- Exigencia de que la víctima haga la petición en forma expresa y que haya denunciado la infracción ante las autoridades policiales o judiciales, e incluso, algunos países exigen que la víctima sea cooperadora con las autoridades que investigan y juzgan el caso.
- Reembolso total o parcial de las ayudas concedidas cuando se hubiesen logrado, en todo o en parte, con declaraciones falsas u omisiones de la víctima o de sus derechohabientes.

2. Características de los centros de asistencia¹

Las principales características, que deben reunir los Centros de Asistencia a la Víctima son:

- La asistencia debe llegar lo antes posible hasta la víctima para reducir, en la medida de lo posible, el sentimiento de desamparo que el impacto del hecho delictivo pudo haberle provocado.

¹ Ver MURARU, *op.cit.*

- La asistencia debe tener carácter voluntario y no imponérsela coercitivamente. Lo importante es hacerle saber a la víctima que puede ser asistida cuando ella lo requiera, de forma tal que pueda eventualmente optar por aceptar la ayuda puesta a su disposición.
- La ayuda debe ser integral, no debe abarcar sólo a la víctima primaria, sino a las secundarias como parientes, amigos, vecinos, etc.
- Debe tenerse especial cuidado en no desapoderar a la víctima del conflicto. Ella debe tomar parte activamente en la superación del trauma que la tuvo como protagonista, y no meramente como un espectador pasivo. La víctima no es una persona inválida, es alguien que ha sufrido una pérdida abrumadora e inesperada que trastornó su vida. Tratarla como inválida implica perpetuar las consecuencias de su victimización en lugar de asistirle a superarlas
- La ayuda debe orientarse principalmente hacia la superación del trauma psicofísico, lo que no significa su negación u olvido, pues ello podría significar facilitar las condiciones para re-crear la victimización. No puede orientarse exclusivamente a la satisfacción de las necesidades materiales que el delito hubiera podido causar (resarcimiento y/o indemnización).

- La asistencia debe brindarse por un equipo interdisciplinario especialmente calificado para tratar con las víctimas. Algunos expertos sugieren que deberían especializarse según tipos de delitos (sexuales, contra la propiedad, etc.), reconociendo siempre que cada hecho es siempre único pero puede guardar elementos conexos con otros.
- Debe primar un criterio de personalización de la asistencia, que teniendo en cuenta las especiales circunstancias del hecho, se adecue al caso en cuestión escapando a la estandarización de la ayuda brindada.
- El trabajo de los Centros debe contemplar la adopción de soluciones alternativas y de abordajes no ortodoxos a los problemas de las víctimas para superar las limitaciones de los esquemas tradicionales.
- Nunca olvidar que el principal elemento que se le puede brindar a la víctima es el amor.

3. Tipos de Programas

Para el cumplimiento de lo anterior se necesitan de programas, los cuales se caracterizan según la siguiente tipología:

a) Programas de Reparación o restitución a cargo del infractor.

Tienen su origen en los años setenta en Canadá y Estados Unidos de América. Adquieren fundamento en la reparación y la conciliación entre el delincuente y la víctima, los que reaccionan relativizando o eliminando el derecho punible del Estado, primordialmente en los delitos de bagatela y de orden patrimonial.¹

Tienen como objetivo “instrumentar la reparación del daño o perjuicio padecido por la víctima a través del pago de una cantidad de dinero, de realización de una determinada actividad o de la prestación de ciertos servicios por el infractor mismo en beneficio de la víctima”.² “(...)evitándose así enfrentar un proceso penal o la imposición de una pena”.³

De importancia para el tema, ejemplos de legislaciones⁴ que favorecen la reparación a la víctima en lugar de la sanción penal son.

¹ Ver MURARU, *op.cit.*

² VILORIO DE LA FUENTE (José Carlos), Criminología Parte I, en <http://members.tripod.com>

³ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.*, p.230.

⁴ OLIVARES GRULLÓN (Félix D.), La víctima en el proceso penal: ¿simple excusa o protagonista?, en http://www.enel.net/gacetajudicial/1999/68/procesal_penal.htm

El sistema procesal austriaco, el cual permite prescindir de la persecución penal:

- a) En los delitos patrimoniales sin violencia contra las personas (produce el arrepentimiento activo).
- b) En los casos de bagatela o de ínfima lesividad, en los cuales se propicia la conciliación con la víctima o su perdón formal y se verifica una ausencia de merecimiento de pena.

En Suiza, el arrepentimiento sincero del ofensor se identifica con la reparación del daño, excluyéndose la persecución penal, pero si ésta ha iniciado, faculta la cesación o deducción del castigo, siempre y cuando el imputado se obligue a reparar las consecuencias nocivas de su hecho. Al mismo tiempo, su legislación prevé la restitución y el trabajo del imputado a favor de la víctima como una forma de rehabilitación.¹

Estos procedimientos son una respuesta acertada que favorece a la víctima y al agraviador, superando los criterios retributivos.

¹ Ver en igual sentido, Henry Issa el Khoury: Además de beneficiar a la víctima se ha indicado que este sistema reduce la actividad de la instancia judicial y penitenciaria, y que el contacto directo con la víctima y el daño causado puede tener una (sic) efecto rehabilitador en el delincuente. ISSA EL KHOURY, *op.cit.* p.230.

b). Programas de Asistencia Inmediata.

Son denominados “Centros de Crisis y operan al margen de la intervención judicial o policial.¹ Suelen ser desarrollados por organizaciones independientes que prestan servicios de apoyo psicológico, económico, asesoría legal y alojamiento, entre otros”.² Comúnmente, operan en dos *fases*:

1. Intervención de crisis,
2. La informativa sobre los derechos y sobre la existencia de programas asistenciales.³

Su objetivo principal es brindar asistencia inmediata⁴ a las víctimas de delitos violentos con el fin de “impedir o neutralizar su traumatización”.⁵

¹ Corren a cargo, por lo general, de instituciones privadas (religiosas, de ámbito local) que desarrollan y gestionan tales programas con plena autonomía e independencia de la Administración, o bien en un régimen de concierto con ésta. ISSA EL KHOURY, *op.cit.* p.230

² *Ibid*

³ *Ibid*

⁴ La mayoría de los poblados más grandes de Alaska disfrutan de servicios para personas que hayan sufrido de agresión sexual, de abuso a la juventud, de abuso de ancianos y de violencia en el hogar. Frecuentemente, estos centros ofrecen servicios telefónicos en tiempos de crisis /emergencia, apoyo emocional, refugio provisional, y ayudan durante una emergencia. Existen consejeros que les ayudan durante exámenes médicos y procedimientos jurídicos, averiguar las fechas del juicio e información acerca de su caso, ayudarlo en realizar un plan para protegerse a sí mismo y a sus hijos, y recomendarle servicios sociales y los de apoyo psicológico. A menudo estas organizaciones ejercen presiones políticas para efectuar cambios en las leyes y en los procesos jurídicos para mejorar la protección de los intereses de las víctimas de crímenes. Muchos ofrecen programas en el ambiente rural para poder ayudar a las víctimas que vivan en regiones alejadas. GELBMAN(Alain), Parents of murder children en <http://www.cyberline.com/unitedworld>

⁵ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.* p.230.

c. Asociaciones de Víctimas.

Actúan conjuntamente a los programas institucionales de asistencia, compensación y auxilio de las víctimas. Sus características son:

- a) Estar conformado por las víctimas que tratan de superar su retraimiento.
- b) Pretenden sensibilizar a las autoridades de sus necesidades, y efectuar una mejor defensa de sus intereses.
- c) Tienen su origen en hechos concretos con múltiples víctimas.
- d) Su objeto son las víctimas de violaciones, de violencia doméstica y las que se dedican a actividades de defensa del ambiente.¹
- e) Su actuación de protección o ayuda a las víctimas, no estará limitada por la naturaleza de delito sufrido, con excepción de los delitos de acción pública y de acción privada.

Relevante es la regulación que le ha brindado la legislación venezolana a este tipo de asociaciones, en el artículo 119:

¹ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.*, p.230.

“Asistencia especial: La persona ofendida directamente por el delito podrá delegar, en una asociación de protección o ayuda a las víctimas, el ejercicio de sus derechos cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses.”¹

De lo anterior se desprende que estas tienen la posibilidad de representarlas en juicio para la protección de los derechos humanos. La única limitación que se vislumbra es la procedencia de este tipo de representación, por su relación con la naturaleza de la asociación. Esta institución debería estar constituida específicamente para la protección de los derechos de las víctimas, situación que se verificaría a través del análisis de los estatutos de la institución, al igual que de su actuación.

En cuanto a la legitimación para actuar, se requiere, como la propia norma lo indica, una delegación previa por parte de la víctima directa del delito, lo que implica la necesidad de la mediación de un poder que acredite su representación.

Sería trascendental que en Costa Rica se crearan este tipo de centros, más aún que se pueda delegar para que se ejerciten

¹ Código Orgánico Procesal Penal, Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 Extraordinario de 23 de enero de 1998

sus derechos, siempre y cuando esté contemplado en sus estatutos.

En algunos países el funcionamiento de estas asociaciones es financiada y fomentada por el Ministerios de Justicia. En Norteamérica y Europa es donde se encuentran las asociaciones más activas y eficaces.¹

La reforma procesal penal que sé implantó gradualmente en Costa Rica, significa un histórico avance, en especial porque importa una reestructuración completa y radical del viejo sistema inquisitivo, a uno predominantemente acusatorio. Son varias y complejas las modificaciones del sistema. Dentro de sus características fundamentales se encuentra el tratamiento de la víctima, de alguna manera, logra que reaparezca como actor principal dentro del proceso.

A fin de verificar si dicha hipótesis se produce o no con la realidad, intentaremos hacer un análisis normativo para ir descubriendo en que áreas la víctima tuvo un avance importante en su reconocimiento y en cuales, en cambio, podemos afirmar que el trabajo realizado quedo inconcluso.

¹ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.*, p.231.

SECCION SEGUNDA

DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA NORMATIVA PROCESAL PENAL. COSTA RICA.

El proceso penal y el debido proceso dependen en gran parte de la activa participación de la víctima, la que comprende el derecho de actuación, de información, a la asistencia y un amplio derecho a la reparación.¹

La comunidad internacional convino, de conformidad con al declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder:

- Ser tratado con respeto y reconocimiento.
- Ser remitido a los servicios de apoyo apropiados.
- Recibir información acerca de la marcha del proceso.

¹ DAL MASO JARDIM (Tarciso) Movimento Nacional de Direitos Humanos, Acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional, Brasil en <http://www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm>

- Estar presente y aportar información para la adopción de decisiones.
- Derecho a asistencia letrada protección de su seguridad física y privacidad.
- Recibir indemnización, tanto del perpetrador como del Estado¹

A. Víctima en el Código Procesal Penal.

La profunda reestructuración que ha sufrido el derecho adjetivo penal costarricense a raíz de la aprobación del C.P.P en 1998, ha devenido en cambios trascendentales y sin precedentes del procedimiento penal. Se encuentra así, entre otras, las ideas que propiciaron la reforma costarricense son:

1. El fortalecimiento de la oralidad.
2. La regulación de límites a la prisión preventiva y la introducción de medidas sustitutivas.
3. El fortalecimiento del principio acusatorio con el procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público, bajo el control del juez.

¹ Centro de información de las Naciones Unidas para España, comunicado de prensa: Los delincuentes tienen derechos... pero ¿las víctimas?, 5 de abril del 2000, en malito.hass@un.org.

4. Se mantiene tanto a la Policía Judicial como al Ministerio Público como parte del Poder judicial, pero se subordina la actividad de la Policía con respecto al Ministerio Público.
5. Se regula un procedimiento intermedio en el cual se resuelve la solicitud de apertura a juicio, sobreseimiento, aplicación de un criterio de oportunidad o medidas alternativas como la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación, etc.
6. Se pretende lograr mayor eficiencia del sistema penal y mayor celeridad del proceso (...) con la introducción del principio de oportunidad reglado.
7. Se propugna la visión del proceso como un instrumento que replantea un conflicto social, por lo que debe favorecer soluciones alternativas a la imposición de una pena luego del juicio oral y público, tales como la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, el pago del máximo de la multa y la reparación integral del daño.
8. Se trata de darle mayor participación en el proceso penal a los actores del conflicto, entre ellos la víctima, comprendiendo dentro de éstas las organizaciones que defienden intereses colectivos o difusos.”¹

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p 51-54.

Sin embargo, son las nuevas facultades de las víctimas del delito, en las que la sociedad civil está llamada a representar, su protección a una segunda victimización, la garantía al derecho de reparación del daño o a la indemnización de daños y perjuicios. Ya sea, por medio de la conciliación, la reparación integral del daño o la suspensión del proceso a prueba, puntos que llaman la atención y que se desarrollan, en las siguientes líneas.

El CPP, siguiendo las más modernas corrientes doctrinarias, ha reconocido, por primera vez en Costa Rica, verdaderos derechos y facultades procesales a las víctimas del delito. Éstas, habían sido tradicionalmente relegadas a un segundo plano, por causa del monopolio que ejercía el Estado sobre persecución penal.

Frente a esta tendencia, el nuevo Código apunta que la reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal y dedica todo un capítulo, al igual que numerosas normas dispersas, al tratamiento y protección de éstas.

Seguidamente se pretende hacer un análisis del art. 70 del C.P.P., desde el punto de vista de su regulación positiva, y

detenerse en ciertos tópicos que no aparecen a primera vista resueltos por la norma, requiriendo de un esfuerzo de parte de los actores del sistema a fin de fijar su sentido y alcance.

1) Análisis del Artículo 70 del Código Procesal Penal

Se reseñarán los puntos en debate con las diversas ópticas que existen, con el único afán de que, del conocimiento normativo pasemos al mundo de los problemas reales, con personas de carne y hueso que llevan sus conflictos a un estado que debe tener la capacidad de respuesta a lo que se le solicita.

El artículo 70 considerará víctima a:

a) Al directamente ofendido por el delito:

Antes de iniciar con esta explicación, es necesario ahondar en la distinción que suele hacerse en la teoría general del Derecho penal, de los sujetos afectados del delito.

En primer lugar, el sujeto pasivo del delito, es el titular del bien jurídico tutelado en cada caso concreto, puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo del delito o

autor del delito. No debe confundirse con el damnificado o perjudicado. No obstante, en algunas oportunidades ambos coinciden,¹ como por ejemplo en el homicidio. En otras ocasiones no necesariamente sucede lo mismo, como en el delito de estafa, el sujeto engañado puede no ser el mismo que el que sufre el perjuicio patrimonial y que es el titular del bien jurídico tutelado.²

En segundo lugar, tenemos al sujeto pasivo de la acción, son quienes “ poseen un bien el cual les es arrebatado, pero no sufren daño resarcible alguno por dicho hecho, o aquellos sujetos que han robado un bien, los cuales son víctimas posteriormente de otro robo”.³

En nuestra legislación el término más corriente es el de ofendido, aquel que recibió la ofensa. Denotándose con ello una confusión de si es solamente el sujeto pasivo del delito, o bien, se puede ampliar su definición.

¹ Cabe advertir que el sujeto pasivo no debe confundirse con el damnificado o perjudicado, o sea, la persona que recibe un daño o un menoscabo directo consecuencia de la conducta desplegada por el autor del delito, aunque muchas veces las dos calidades (de -sujeto pasivo y de damnificado) coinciden, en otras puede recaer en personas distintas. . Prueba de lo segundo. la tenemos en el delito de homicidio, donde el sujeto pasivo es el occiso, mientras que los damnificados son los familiares inmediatos que dependían de él; en el delito de hurto, puede resultar también perjudicada la persona poseedora de la cosa por encargo del dueño, verdadero sujeto pasivo. GATGENS GÓMEZ(Erick), El “renacimiento” del proceso penal. Notas en torno a su privatización, Revista de la Escuela Judicial. San José, Poder Judicial Escuela Judicial, N° 1, mayo 2001, p.60

² LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.295-296

³ Ver GATGENS, op.cit., p.61

Con relación al término **directamente** se crea también una confusión, debería utilizarse persona ofendida por el hecho, como lo hace la legislación italiana (la cual ejerció gran influencia en la redacción del artículo 70).¹ Para lo cual, es importante exponer algunas consideraciones acerca de la titularidad del bien jurídico perturbado y su directa interrelación con la legitimación activa para instar la acción penal.

En todo proceso penal hay un conflicto humano inferido, existe un sujeto que presuntamente perturbó un bien jurídico tutelado y una víctima que se vio privada de él, quien no es otra que una persona, física o moral.

El bien jurídico es la relación de disponibilidad que una persona tiene con determinado objeto o Derecho como por ejemplo Julia con su vida; Marcos con su casa; Diego con su integridad física, etc.

Por lo tanto, la persona legitimada para estimular el aparato jurisdiccional con el fin de obtener una reparación de dicha relación perturbada, será la titular del bien que ha sido

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.295-296

violentado, por ser la única perjudicada.¹ Ello porque “el interés es la medida de la acción”, o sea, es el “derecho concreto dirigido a la obtención de una sentencia favorable, y que sólo corresponde, por lo tanto, a quienes son los efectivos titulares de un derecho subjetivo sustancial o de un interés jurídico tutelable”.²

En este orden de ideas la Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso del poder, se refiere a las personas, que individual o colectivamente sufran un menoscabo en alguno de sus derechos” las que deberían de considerarse como víctimas directas del delito, por lo que, consecuentemente, ella será la única que debería tener legitimación activa para demandar su reparación.

Lo fundamental como lo señala Llobet, “no debería ser la caracterización teórica del bien jurídico, sino más bien como lo señala la ONU el sufrimiento de daños, lesiones físicas o mentales, sufrimientos emocional o pérdida financiera o menoscabo en los derechos fundamentales”³, serán los que se

¹ FINKELSTEIN NAPPI(Juan Lucas), La finalidad del proceso penal: ¿vindicación estatal o solución de conflictos humanos?, en <http://www.derechopenalonline.com/ensayos/finkelstein.htm>

² PALACIO LINO (Enrique), *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 7^{ma}. Edición, vol.II, 1998, p.93

³ LLOBET (Javier), *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.297

consideren para denominar a una persona como víctima directa del daño, o sea sujetos pasivos del delito.

Además, se incorporarían a aquellas personas ofendidas directamente con el delito, por ejemplo: en los delitos de falsedades documentales, el bien jurídico protegido es la fe pública, cuyo titular es la comunidad, con lo que ella sería el sujeto pasivo típico, sin embargo, en particular puede revestir la calidad de ofendido si sufrió un daño directo por el delito.¹

b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

Este inciso debería tomar en consideración lo estipulado por las Naciones Unidas, que dice: “Podrá considerarse víctima a una persona, (...)independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las

¹ Ver GATGENS, *op.cit.* p.61

(SALAS PORRAS (Ricardo), La querrela pública, Reparación del Daño en Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, p. 65

personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.¹

c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes dirigen o administran o controlan.

d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses

se regulan las facultades de representación otorgadas a las Instituciones no lucrativas por el Código Procesal Penal.

Consciente de la inestimable ayuda que prestan estos entes en la prosecución de fines de utilidad general, nuestro legislador positivizó sus facultades de representación, legitimándolas para actuar en supuestos sumamente amplios. La inclusión de estas facultades procesales, constituyen igualmente un reconocimiento claro a los méritos y actuación de numerosas instituciones dedicadas a la protección de las

¹ Ver Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder , Op.cit. apartado A punto 2.

víctimas del delito, y en especial a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos.

d.1) La representación de las víctimas de los delitos contra bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos y difusos.

Entre las innovaciones arrojadas por el nuevo cuerpo normativo que regula el procedimiento penal costarricense relacionadas con la víctima como sujeto procesal, encontramos que el Código nos presenta ciertas definiciones de quienes deben considerarse como tales. Así, entre otras, se consideran como víctimas a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

Primeramente, son las instituciones enumeradas, las que el legislador ha estimado como víctimas de este tipo de delitos. Sin embargo, por la naturaleza misma de los intereses a que hace referencia la norma, es decir, los colectivos y los difusos, que como veremos trascienden intereses individuales, se considera que al ser esencialmente los bienes jurídicos tutelados por éstos (por ejemplo la salud pública, el comercio, el medio ambiente y por qué no, el honor y la reputación de un

grupo) los afectados por el delito, deberán ser vistas como víctimas todas aquellas personas pertenecientes a un grupo organizado o integrantes indeterminados de una colectividad, titulares de estos intereses, según el caso.

d.1.1) Excurso: los intereses colectivos y los intereses difusos.

Con el fin de entender adecuadamente la significación práctica de la norma transcrita, es imprescindible puntualizar el alcance de los términos empleados en su redacción y los conceptos sobre los cuales se construye la teoría del interés difuso¹. Es necesario desarrollar claramente los conceptos tanto de intereses colectivos como de intereses difusos.

En el ámbito de la doctrina hay divergencia en cuanto a la aplicación de los términos interés colectivo e interés difuso, así lo plantea Armijo cuando cita a González Cano² quien expresa que: “el interés difuso es un interés colectivo, un interés legítimo colectivo que en principio no cuenta con una representatividad identificable, organizada y estable, pero con

¹ ARMIJO SANCHO (Gilbert), La Tutela Constitucional del Interés Difuso. Un Estudio según el Nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología, compiladores Mauricio Gonzalo Oviedo y otro, San José, Costa Rica, UNICEF, 2001, p. 107.

² Ver en igual sentido: LIBSTER (M), Delitos Ecológicos, Buenos Aires, Depalma, 1993; VERONESE (JRP), Acao Civil Pública e a Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da populacao juvenil, Inédito, 1997, citados por Armijo, Ibid., p. 112.

igual contenido y con los mismos fines que dicho interés colectivo”. Aunque agrega: “Interés colectivo e interés difuso son figuras iguales desde el punto de vista objetivo y diversas desde el subjetivo”.¹

En el caso de la legislación brasileña, se utiliza indistintamente los conceptos difusos y colectivos: “en el Estatuto del Niño y del Adolescente, art. 203, suele distinguir entre acción colectiva en defensa de los interés colectivos, reconociendo legitimación a asociaciones que incluyen entre sus objetivos la defensa de esos intereses (Ley N° 7347, de 24 de julio de 1985); y, por otra parte, la acción colectiva para la defensa de intereses individuales homogéneos, legitimando al Ministerio Fiscal, organismos públicos y asociaciones(Ley N° 8087, de 11 de septiembre de 1990, que aprueba el Código de Defensa del Consumidor)”.²

Para Llobet, “el concepto de intereses difusos pierde importancia en artículos en los (sic) Arts. 71 y 38 CPP., puesto que se coloca al lado del de intereses colectivos que éste es aun

¹ GONZÁLEZ CANO (M.I), La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo, Valencia, Tirant Monografías, 1997.

² Ver ARMILLO, op.cit., p.112

más amplio que el de intereses difusos, comprendiendo los delitos que no afectan intereses individuales”¹

Nuestra jurisprudencia ya lo ha delimitado, la Sala Constitucional en su voto 503-94 al externar: “*Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, par ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y. a la vez, de cada una de ellas. Es decir los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en*

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.300.

tal carácter. Y precisamente ello es lo que sucede en el presente caso, en el cual el recurrente, evidentemente tiene un interés individual en el tanto está siendo afectado por la contaminación de que es objeto su comunidad pero también existe un interés colectivo, ya que la lesión también se produce a la colectividad como un todo. De manera que, tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular...".¹

d.1.1.1.) Intereses colectivos².

El interés colectivo son comunidades unificadas, se establece en función de la inclinación que satisfaga a un grupo más o menos determinable de ciudadanos, percibido de manera unificada, por tener dicho grupo características y aspiraciones comunes.

Se dirige a identificarse, con una organización social o centro de referencia, con una formación social o grupo intermedio, sin embargo no supone una suma de intereses

¹ Sala Constitucional, Voto N° 503- 94 Sobre los intereses difusos véase también los votos 4423-93; 6125-93; 503-94; 1763-94; 2883-94; 4480-94; 1040-96; 223 1-96; 2237-96; 2238-96; 2349-96; 352 1-96 de la Sala Constitucional.

² Ver ARMIJO, op.cit., p. 113.

individuales, sino una calidad de los mismos que le proporciona una fuerza cohesiva superior¹

En otras palabras, intereses colectivos serán todos aquellos que corresponden a un grupo determinado o determinable de personas unidas por vínculos jurídicos previos; devienen precisamente de esta organización corporativa y afectan bienes jurídicos comunes a sus miembros. En estos casos, cada uno de los integrantes del grupo sufre como individuo el daño simultáneamente causado a los demás. Así, estos intereses presentan, en nuestro caso, una doble fase:

- a) El delito causa un daño simultáneamente a todos los miembros de un grupo, y
- b) El daño derivado individualmente a cada uno de los miembros, sobreviene de ser partícipes en una situación colectiva y posible de ser disfrutada y por ende defendida. Por lo que, es precisamente la persona (jurídica) que los agrupa, la que se encuentra legitimada para representar los intereses del conjunto en un juicio.²

¹ VITA (Anna de), la Tutela Giuridionale degli Interessi Collettivi nella Prospettiva del sistema francese". Aspetti Principali del Problema e Specificación in Tema di Protezione degli Interessi dei Consumatori", La Tutela degli Interessi Difusi nel Diritto Comparato (con particolare riguardo alla protezione dell ambiente e dei consumatori), Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 352, citado por HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (María del Pilar), Mecanismo de Tutela delos Intereses Difusos y Colectivos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 62,63.

² Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

d.1.1.2.) Intereses difusos:

En cuanto a los delitos que lesionan intereses difusos Bidart Campos transcribe: *“Las situaciones individuales pierden significado e importancia respecto a los grupos o sectores: es decir a la colectividad en lo que se ha dado en llamar precisamente “los intereses difusos”. Aquellos que no son ya sólo de uno o de varios sino, mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarcan por consiguiente verdaderos y perentorios intereses de la sociedad”. (...) Se ha dicho además: “Son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. Deforma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultáneamente y globalmente, a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario”.*¹

¹ LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.298 y sgte.

En síntesis, los intereses difusos son aquellos que corresponden a una serie de personas indeterminadas o de difícil o imposible determinación, entre las que no existe vínculo jurídico alguno. Están referidos a un bien indivisible, en el sentido de que no puede ser dividido en cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de sus titulares. Eso no implica que cada uno de los sujetos no sea titular de un derecho subjetivo propio defendible en juicio; sino que esta legitimación individual ordinaria, por la naturaleza del bien jurídico afectado, probará ser insuficiente para dar solución al problema común, pudiendo incluso, ser inconveniente para la misma.¹

d.1.1.3) Corolario:

Los intereses difusos tienen carácter de genéricos en relación con los intereses colectivos, éstos son una especificación de aquellos, que se realizan con base en criterios subjetivos. Por lo tanto, existen tanto intereses como comunidades menores u ordenamientos particulares se integren, que se caracterizan por su permanencia o no ocasionalidad, sin embargo esto no siempre es factible²

¹ Ver ARMIJO, *op.cit.* p. 113.

²HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (María del Pilar) Mecanismo de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos, México, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 63-64.

En otras palabras, vienen siendo apartados de otros intereses colectivos, en razón de la inexistencia de un vínculo jurídico que sujete a sus titulares. Aunque se trata siempre de intereses supraindividuales, la doctrina reserva la denominación de “colectivos” para los comunes a categorías de personas, unidas entre sí, por una relación que los transforma en componentes de un grupo.¹

d.2.) Legitimación para actuar en el proceso penal.

La legitimación para actuar en juicio, en representación de las víctimas afectadas por delitos en contra de bienes jurídicos tutelados por intereses difusos y colectivos, es dada directamente por la Legislación. Pese a los avances que representa la inclusión de estas facultades, los términos empleados por nuestro Legislador develan ciertas imprecisiones técnicas que debemos aclarar para el correcto entendimiento de la norma.

¹ “intereses difusos son los que pertenecen por igual a una pluralidad de sujetos, más o menos amplia y más o menos determinada o determinable, que puede ser o no unificada o, unificada más o menos estrictamente, en una colectividad”. En este último caso, son intereses colectivos. NIGRO(M)Giustizia Amministrativa, Bolonia. 1976 pp.115, citado por BALTODANO (Mónica), Participación Ciudadano como Concepto Jurídico, Tesis de Maestría en Derecho Local, impartida por la Universidad de Barcelona y la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, en <http://www.revistamunicipalidades.org.ni/IX-Debate.shtml>

Es de tendencia internacional darle participación a las asociaciones que protegen los intereses colectivos o difusos.¹ Tema a tratar a continuación.

d.2.1) Las Asociaciones

Constituyen una reunión de personas organizadas corporativamente con el objeto de realizar un fin común de naturaleza lucrativa o no.² Así, la esencia personal, constituye el componente principal de este tipo de instituciones. En relación con, las definiciones que expusimos sobre los intereses colectivos y difusos, ello nos permite manifestar que por su naturaleza las Asociaciones podrán efectivamente actuar dentro del proceso penal, como representantes de las víctimas de estos delitos en ambos casos: delitos que afecten bienes tutelados tanto por intereses difusos como colectivos.

En relación con los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, encontramos que las Asociaciones podrán accionar en nombre de sus integrantes o miembros cuando sus intereses comunes se vean afectados por un delito que se vincule con esos intereses.

¹ LLOBET (Javier), *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p299.

² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (José Humberto) y otro, *El Dividendo en las Sociedades y en algunos Contratos Asociativos*, San José, Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992, p. 76.

Como se ha venido mencionando, este tipo de intereses están referidos a un bien jurídico indivisible y corresponden a un grupo indeterminado de personas, relacionado entre sí a través de un vínculo jurídico. En este sentido, una Asociación podrá accionar en nombre de sus miembros, como parte de este grupo indeterminado de personas (colectividad), siempre que sus estatutos así lo prevean y en aquellos casos en que el delito afecte bienes jurídicos indivisibles protegidos por estos intereses.¹

d.2.2.) Las Fundaciones.

La inclusión de las Fundaciones como entes legitimados para la representación judicial, devela el desconocimiento de nuestro Legislador tanto de la naturaleza de este tipo de instituciones, como del alcance y significación de los intereses difusos y colectivos que están llamadas a amparar, *ex lege*. Éstas, se caracterizan por la necesaria presencia de personas (físicas, organizadas o no)

Las Fundaciones, como sabemos, carecen de contenido personal, siendo mas bien un patrimonio separado por el

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

fundador y destinado a la realización de objetivos de utilidad general taxativamente preestablecidos.

Resulta evidente la imposibilidad específica de este tipo de instituciones para representar intereses colectivos dentro del proceso penal. Al estar carente de miembros que la integren, no podrá representar los intereses de éstos al verse afectados en un conjunto por un delito. Lo mismo se presenta con respecto a los intereses difusos, ya que, no está integrada por personas que pueda representar como víctimas dentro del grupo indeterminado de sujetos afectados por un delito de esta naturaleza.¹

Empero, nuestro legislador designó este tipo de instituciones dentro de las expresamente legitimadas para ejercer los derechos de estas víctimas en el proceso penal. Siendo esto una habilitación *ex lege* de las Fundaciones, entendiéndolo ampliado por tanto el alcance, en nuestro país, de los intereses difusos a éstas como personas (jurídicas) integrantes del grupo indeterminado de sujetos afectados por el delito. Esta ampliación no podrá, sin embargo, extenderse a los intereses colectivos, por cuanto las Fundaciones carecen de un

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

sustrato personal organizado que podría verse afectado, como agrupación, por un delito.¹

d.2.3.) Los “otros entes” habilitados por la Ley:

Finalmente, la norma legitima a “otros entes” para ejercer la representación de las víctimas de este tipo de delito. La anfibiología de los términos nos presenta dos posibilidades en cuanto a la interpretación de la norma, a saber:

1. Al referirse a los sujetos legitimados para representar a las víctimas de los delitos que afectan bienes tutelados por intereses colectivos y difusos, pareciera que el legislador tuvo la intención de circunscribirla únicamente a instituciones de naturaleza no lucrativa. Esta podría ser la interpretación, si consideramos que la inclusión de las Asociaciones y las Fundaciones fue hecha de forma ejemplificativa, y como principales exponentes del género de entes no lucrativos.

2. Al hacer referencia únicamente a “otros entes”, la intención del legislador fue la de habilitar legalmente a todas las personas jurídicas, que cumplan con los requisitos establecidos en la norma, para poder representar (dentro del proceso penal) los

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

intereses colectivos y difusos afectado por el delito. Sobre este particular no se encontró mención expresa alguna en la exposición de motivos del Código Procesal Penal y pareciera que esta disposición fue aprobada sin las reflexiones que ameritaba. Ahora bien, al no distinguir el legislador, el interprete tampoco podrá hacerlo. Se considera que no podrá restringirse el alcance de la norma. Así, por la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, en estos caso por el delito, esta norma deberá ser interpretada de la forma mas extensiva posible.¹

Por lo tanto, este numeral consagra una especie de “acción popular” que recae en cabeza de todas las personas jurídicas constituidas dentro de los requisitos establecidos por la Ley; o como es denominada en el derecho comparado una “acción corporativa”, con las limitaciones que ya comentamos, propias de la naturaleza de las Fundaciones. No obstante, la mención expresa de las Asociaciones y las Fundaciones como legitimadas, *ex lege*, para la representación de estas víctimas, constituye un paso importante tanto para reafirmar el posicionamiento de estas instituciones dentro del derecho costarricense; como para el reconocimiento de la labor emprendida por ellas y la colaboración que prestan al Estado.

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

d.3.) Requisitos para la procedencia de la representación.

De la normativa se desprenden ciertos requisitos concurrentes que deberán cumplir las instituciones antes mencionadas, y poder entenderse válidamente habilitadas para la representación que se comenta.

d.3.1.) El delito debe afectar intereses difusos o colectivos.

Este es un requisitos natural para la procedencia de la representación otorgada en este numeral a las instituciones que nos ocupan, sin embargo, como se ha venido haciendo referencia, el delito no afectará directamente intereses difusos o colectivos, sino mas bien bienes tutelados por éstos. De esta manera, para su ejercicio deberá existir un bien supraindividual tutelado por el ordenamiento jurídico penal, que al verse afectado por el delito, lesione intereses colectivos o difusos. Esta situación convierte en víctimas a las personas titulares de estos intereses y son precisamente ellas, como grupo, quienes serán representadas por las Asociaciones y Fundaciones, según el caso.¹

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

d.3.2.) El objeto de estas “agrupaciones” debe estar vinculado con estos intereses:

Esta es la única exigencia concreta relativa a la legitimación para el ejercicio de estas facultades procesales. Sin embargo, es sumamente amplia y carece por ende de verdaderas formas de control, con relación a la idoneidad de las personas enumeradas, para ejercer la representación que acredita su documento constitutivo. Así, basta con que éste (el documento constitutivo estatutario) contemple dentro de los objetivos de la institución, velar por la protección de bienes jurídicos susceptibles de ser tutelados por intereses colectivos y difusos, o la más genérica protección de intereses colectivos o difusos en general; para que el ente se entienda legalmente habilitado.

Todo esto, aunado a la reserva que hace el propio Código relativa a que, en la hipótesis de existir varias víctimas (supuesto intrínseco de los intereses que analizamos), éstas deberán actuar por medio de una sola representación; acarreará negativas consecuencias prácticas en el caso del efectivo ejercicio de las potestades procesales que analizamos. En este sentido encontramos: (i) que al no existir control alguno, mas que el proveniente de los propios documentos constitutivos de las personas que acreditan estar legitimadas, y (ii) que por la

naturaleza supraindividual de los intereses afectados; podrán existir serios inconvenientes cuando un mismo delito, afecte intereses de dos o más grupos organizados y/o cuando un mismo bien jurídico tutelado por intereses difusos, pretenda ser defendido por varias persona jurídicas, que no puedan llegar a un acuerdo sobre cuál de ellas ejercerá, efectivamente, la representación.¹

Se considera que esta situación deberá ser regulada en una futura Ley especial que necesariamente ha de dictarse sobre la materia. De esta forma, deberán limitarse las posibilidades de representación a determinadas instituciones que hayan cumplido con ciertas condiciones específicas establecidas en esta Ley, como por ejemplo, una comprobación periódica de que la institución realiza, adecuadamente, sus objetivos estatutarios. Hasta tanto, quedará en manos de los tribunales sentar criterios jurisprudenciales que coadyuven a la solución de estos futuros conflictos.

Con respecto a esta disposición, se presento un proyecto de ley en noviembre del año 2000, el cual tenía como objetivo eliminar la frase: “siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses”; estableciéndose como

¹ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002.

razón del proyecto el hecho de que dicha norma era restrictiva al establecer como un requisito que la agrupación tuviera una relación directa con los intereses afectados.¹ Sin embargo, dicho proyecto fue archivado por dictamen negativo de mayoría el 11 de marzo del 2002.

En otro orden de ideas, no cabe duda que nuestro Código Procesal Penal, fue concebido como una respuesta a las diversas críticas formuladas al sistema de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo. Entre estas críticas, se encontraban aquellas referidas a que dicho sistema no respetaba debidamente los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso. En este sentido, una de las finalidades primordiales del nuevo Código Procesal Penal, es hacer realidad y dar vigencia plena a las garantías constitucionales de carácter procesal que el sistema inquisitivo en alguna medida había desconocido o ignorado. A este respecto, debemos recordar que el procedimiento penal se considera un indicador del nivel de evolución del Estado de Derecho de un país. En efecto, cuando el sistema político que se opta en una determinada carta política es el democrático, conlleva a que todo el sistema normativo debe ser interpretado con aplicación de los principios que informan ese sistema de vida.

¹ La Gaceta, San José, N° 14, Viernes 19 de enero del 2001, pp.15-16.

De lo anterior, resulta claro que nuestro Código Procesal Penal pretende prolongar, en el ámbito del proceso penal, aquellos principios y derechos garantizados por la Constitución. Cuestión nada fácil, si consideramos que el proceso penal debe conciliar la protección de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales del individuo. De ello resulta nuestro interés por abordar el tema de los derechos de las víctimas.

B. Derechos de la víctima

El interés por la víctima, dirigido a fortalecer su participación dentro del proceso, exige necesariamente el reconocimiento de una serie de derechos en favor del ofendido que hagan posible esa mayor intervención. Se propone en la doctrina entre otros: el derecho a ser informado acerca del resultado del procedimiento, a participar en el juicio no solo como testigo, a realizar ciertas impugnaciones sin estar constituido como parte en el proceso, a examinar las actuaciones, a contar con asistencia jurídica, a una mayor protección frente a la exposición pública mediante la posibilidad de excluir al público durante su declaración como ofendido.¹

¹ Ver ESER, op.cit., pp.15-52.

Al respecto transcribimos el voto 5751-93 de la Sala Constitucional, esboza claramente la participación de la víctima y sus derechos en el proceso penal:

"Por otra parte, hay que tomar en consideración, que las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses.¹

¹ Sala Constitucional, Voto N° 5751 de las 14 horas 30 minutos del 9 de noviembre del 1993.

Lo anterior denota que la participación procesal de la víctima contiene base Constitucional; vislumbrándose como derecho fundamental.

En igual orden de ideas el voto 5752-93 de la Sala Constitucional, agrega:

*"En efecto, concederle a la víctima u ofendido la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad los recursos más relevantes, tendentes a lograr la defensa de sus intereses, es la única forma de dar plena vigencia a los principios constitucionales contenidos en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, sobre todo, si, como en el caso que sirvió de base a esta acción, el Ministerio Público no supo representar los intereses que le ha confiado la Ley, al recurrir tardíamente el auto que concedía la prórroga extraordinaria de la instrucción."*¹

De la misma forma, la sentencia número 1193-95 de la Sala Constitucional, con relación a los derechos de la víctima expone:

"En consonancia con lo anterior, la Sala considera que se deben valorar también los derechos de la víctima como sujeto

¹ Sala Constitucional, Voto N° 5752 de las 14 horas 40 minutos del 9 de noviembre del 1993

directamente afectado por el hecho delictuoso. El proceso penal moderno permite una participación cada vez mayor de la persona perjudicada por el delito y reivindica sus derechos, sin pretender llegar a un punto de desregulación o al rompimiento del monopolio estatal de la acción penal. La participación de la víctima en el proceso, ya sea directamente o por medio de otra persona que defienda sus derechos o intereses, tiene como objetivo principal el que el proceso cumpla uno de sus fines esenciales: el efectivo resarcimiento del ofendido. No hay que perder de vista que con el delito se produce un conflicto interpersonal que debe resolverse, aunque técnicamente se hable solo de la lesión de bienes jurídicos”¹.

De las anteriores resoluciones se desprende con nitidez que el respeto de los derechos de la víctima tiene sustento en disposiciones de rango constitucional. De interés para esta exposición se explican los siguientes:

1. Derecho de Información.

El CPP mejora sustancialmente la información de la víctima. El art. 71, Derechos de la Víctima establece en su inciso b que la misma debe ser informada de las resoluciones

¹ Sala Constitucional, Voto N° 1193 de las 9 horas 18 minutos del 3 de marzo del 1995

que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido.¹

La víctima será informada sobre sus derechos, cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.²

En otras palabras, se obliga a los fiscales³ o a los agentes del Organismo de Investigación Judicial⁴ entregarle a la víctima la información, “haciéndose constar la comunicación, ya sea en el acta de denuncia o mediante constancia donde se indique su primera intervención en el procedimiento; en tales piezas debe hacerse constar en forma expresa la voluntad de la víctima, siendo que si esta expresa su deseo de ser informada, debe indicar domicilio, o bien, lugar para notificaciones”⁵, otorgando así una adecuada información.

¹ El inciso b), tiene relación con el artículo 282 del Código Procesal Penal, al rezar que “La resolución que admite la desestimación se comunicará a la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada del resultado del procedimiento...”; artículo 298 párrafo segundo “La decisión se comunicará a la víctima de domicilio conocido que, al formular la denuncia, haya pedido ser informada...”.

² Ver en igual sentido ponencia de DAL MASO JARDIM, *op.cit.*

³ Conlleva necesariamente a tener una comunicación directa con el ofendido, aprovechando las posibilidades de colaboración que puede aportar el ofendido en el descubrimiento de los hechos.

⁴ En el ámbito policial, los investigadores necesitan mantener su imparcialidad durante sus pesquisas y tienen que examinar todas las posibilidades. A menudo, la policía no puede compartir mucha información con la víctima hasta después de interrogar o de detener un sospechoso. Puede que la policía mantenga en secreto cierta información acerca del delito. Ellos utilizan los datos cuando se enfrentan a un sospechoso para averiguar si éste está enterado de ciertos detalles de un delito que solamente el perpetrador podría saber. La fase de investigación puede ser muy penosa tanto para las víctimas como para los sobrevivientes. Éste es un período muy propicio para acudir a un grupo de apoyo a las víctimas.

⁵ Ver ARIAS NÚÑEZ, *op.cit.*, p.236.

En este mismo sentido la Fiscalía General de la República le hace ver a los fiscales “la obligación de informar de una manera amplia a los interesados o partes en cada uno de los procesos que se presenten, en cuanto a los alcances, límites y consecuencias de las medidas alternas a la prosecución de la acción penal o a los mecanismos de simplificación procesal (conciliación, suspensión del procedimiento a prueba, reparación integral del daño, conversión de la acción pública en privada, abreviado, pago del máximo de la multa, criterios de oportunidad), a efecto de una manera consciente y racional puedan manifestarse en relación con estos, evitando la simple información machotera u omisa sobre los alcances de dichos institutos respecto a los intereses de los ciudadanos”.¹ De este modo, podemos decir que se protege y se consagra un verdadero derecho de información a la víctima.

2. Derecho de Apelación.

Además, del derecho de información el artículo 71 inciso c) del Código de rito le otorga a la víctima, como parte no constituida en querellante, el derecho de apelación con efecto suspensivo contra el sobreseimiento definitivo y la

¹ Fiscalía General de la República, Circular 14 del 2002: Obligación de informar ampliamente a interesados o partes sobre medidas alternas.

3-Derecho de Intervención.

En el C.P.P en los delitos de acción pública, la víctima tiene diferentes formas de intervención, aun cuando no se haya constituido en querellante o actor civil. Entre sus derechos se ubican:

- Inviolabilidad de su derecho de defensa como parte (art.12).
- Intervención en el procedimiento (art.71).
- Información de resoluciones que finalicen el procedimiento (arts.71, 282, 298, 300, 206).
- Apelación de la desestimación y del sobreseimiento definitivo (arts.71, 315, 282).
- Control de las decisiones del Ministerio Público (arts.282 y 300, sgts)
- Posibilidad de constituirse como querellante (art.72 y siguientes)
- Posibilidad de solicitar la conversión de la acción pública en privada (art.20).
- Posibilidad de delegar la acción civil resarcitoria (art.39).
- Posibilidad de revocar la instancia
- Pronta devolución de objetos decomisados (art.200).

- Protección mediante medidas cautelares contra el agresor (arts.244, 248 y 249 sgts).
- Objetar ante el Tribunal el archivo fiscal de las actuaciones (art.298)
- Controlar la conclusión del procedimiento preparatorio (art.300).
- Conocer la acusación de previo a que el Ministerio Público la presente ante el Tribunal correspondiente, (art.306).
- Solicitar asistir y participar en la audiencia de conciliación (arts.36 y 318).
- Exponer sobre los hechos en la clausura del debate (art.358).
- Manifestar su criterio no vinculante en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado (art.374)
- Instar al MP para que interponga recursos (art.426).
- Derecho a la privacidad en la audiencias públicas cuando se le afecte el pudor (art.330).
- Derecho a que no se le interrogue o entreviste con presiones indebidas y que no se le ofenda su dignidad (art.352).
- Auxilio judicial en querrela por delito de acción privada (art.381).

- Queja por retardo de justicia (arts.4,7,174)
- Acusar aun sustituyendo al Ministerio Público (rompimiento del monopolio de la acción pública)
- Derecho a obtener reparación de daños y perjuicios mediante la condena civil (art.368).
- Derecho de denunciar y revocar la instancia en delitos de acción pública que la requieran para su inicio (arts.17,18).
- Derecho a constituirse en querellante en el presente proceso lo que ha de manifestar por escrito en cualquier momento del proceso preparatorio,
- Derecho a ejercer la Acción Civil Resarcitoria por medio de su apoderado o bien, de no tener recursos económicos, por medio de un representante de la oficina de defensa civil del Ministerio Público,
- Manifestarse y ser escuchado con carácter no vinculante (art.25).
- Conocer la acusación para ampliar la querrela (art.307).
- En caso de ser querellante :
 - Pronunciarse en cuanto al procedimiento abreviado, (art.373 inc.b).
 - Ofrecer prueba para el juicio (art.304).

- Desistir de la acción o de su participación como querellante en cualquier estado del proceso (arts.78,79 ,383 y 386).
- Interrogar al imputado y testigos en la etapa del debate (arts.343 y 351)¹

C. Formas de Participar² en el Proceso.

La víctima tiene diferentes formas de participación dentro del proceso penal, antes no era así debido a que el Estado monopolizaba el ejercicio de la acción penal, porque, el ofendido no poseía la “facultad de promover y mantener la acusación penal”³. Sólo se le reconocía su participación en delitos denominados delincuencia de bagatela, accediéndole su ejercicio con lo cual se pasaba a una acción privada.

¹ Ver en igual sentido Sala Constitucional, Voto.7497 de las quince horas con treinta y nueve minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

² El éxito del proceso penal y la afirmación de una adecuada concepción de debido proceso dependen en gran medida de la activa participación de la víctima. Esta participación no debe confundirse ni con desequilibrio, ni con menosprecio por las garantías debidas a la defensa del acusado. Una participación deseable de las víctimas en el proceso comprende el derecho a la actuación, el derecho a la información, el derecho a la asistencia y un amplio derecho a la reparación. Ver DAL MASO JARDIM, Op.cit.

³ DELGADO (José Luis), Hacia el Fortalecimiento de la Víctima en el Sistema Penal Costarricense, en Ministerio Público y Reforma Procesal Penal, Colegio de Abogados, San José, 1997, p 96

Observando el estado actual del sistema penal costarricense, se nota la existencia de una transición en el tratamiento de la víctima, dado que desde hace tiempo su situación esta siendo meditada y reelaborada.

Lo anterior es corroborado por la Sala Constitucional al darle un papel protagónico, *“(...)la víctima no está excluida en el proceso penal, toda vez que en la nueva legislación procesal penal se prevé su participación en forma adhesiva, activa y fiscalizadora, tanto de las funciones que competen al Ministerio Público, al cual puede constreñir con los controles administrativos y judiciales que se abren mediante recursos; como de la función jurisdiccional, propiamente dicha. De esta suerte, la participación de la víctima en el proceso penal, se presenta como fiscalizadora de la labor de promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público, labor de control que podrá ejercer tanto por medio de su inconformidad a las solicitudes formuladas por el fiscal, como mediante el recurso de apelación contra las solicitudes de éste órgano (como la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento de la causa, la aplicación del criterio de oportunidad y la aplicación de la suspensión del proceso a prueba –artículos 71, 282, 298, 300, 307 y 315 del Código Procesal Penal). Tales controles aseguran la tutela del interés de la víctima, pues tienden a garantizar que el fiscal prescinda de la*

tramitación, cuando verdaderamente exista fundamento para ello. Esto es precisamente lo que ocurre en el procedimiento de disconformidad del desistimiento, en el que se prevé la posibilidad de que la víctima, el querellante o el actor civil apelen la decisión final de la desestimación ordenada por el juez. Esta participación de la víctima en el proceso penal modifica el principio de oficialidad y su derivación: el monopolio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público, el cual sigue manteniendo una posición preponderante, aún y cuando la víctima –constituida como querellante o no- pueda objetar o completar sus requerimientos e instar la actividad impugnadora del fiscal contra las decisiones de los jueces, o sustituir al Ministerio Público cuando éste estime que no debe continuar con la acusación (artículo 75 del Código Procesal Penal). El Magistrado Piza Escalante salva el voto y declara que sí son inconstitucionales los artículos consultados.”¹

1) Delitos de Acción Pública.

Según lo visto líneas atrás, desde que el Estado asumió el monopolio de la acción penal, eliminó la participación del ofendido en el ejercicio de la acción penal.

¹ Sala Constitucional, Voto. 6470 de las 14:36 h del 18 de agosto de 1999

Con el nuevo Código se amplía la intervención de la víctima en cuanto a la pretensión penal, reconociéndose una serie de derechos, como lo es la posibilidad de ejercer la acción penal en los delitos de acción penal pública, junto al M.P.

a) La conversión de la acción pública en privada

Se encuentra regulada en el artículo 20 del C.P.P., el cual, permite a la víctima solicitar la conversión de la acción pública en privada, siempre que el MP lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido¹, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada,² o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, es requisito indispensable el asentimiento de todos ellos en la conversión.

De originarse la conversión de la acción pública a privada, se debe seguir el procedimiento determinado para los delitos de acción privada, rigiendo los criterios dispositivos relativos a esta acción, la cual se verá posteriormente

¹“La necesidad de que el interés público sea de gravedad, hace que el grado de interés sea mayor en intensidad que el mencionado en el Art.22 inciso a) C.P.P. como obstáculo para que no pueda operar el criterio de oportunidad reglado”. LLOBET (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, cita al pie (3), p. 153

² “Con lo cual los delitos de acción pública a instancia privada se “conviertan” en delitos de acción privada, asintiéndose la privatización de dichos delitos”. GATGENS, op.cit p.62

Este instituto faculta la privatización de una parte importante de delitos. Principiándose así, con este mecanismo la privatización de delitos de acción pública a instancia privada y los delitos contra la propiedad realizados sin grave violencia sobre las personas, permitiéndose que se abandone el procedimiento oficial y la persecución penal pública por un procedimiento para delitos de acción privada.¹

Gatgens considera que, la conversión de acción pública en acción privada, no solo se daría en los supuestos estipulados en el artículo 20 iusdem, “sino también en todos aquellos supuestos en los que el Ministerio Público, (...) prescinda de la persecución penal pública (por ejemplo, por la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 22 del C.P.P.), ya que en estos supuestos el Estado renunciaría a perseguir delitos cuya persecución le incumbía, sin embargo, ante la ausencia de un INTERÉS PÚBLICO en la PERSECUCIÓN, se le concedería la oportunidad a la víctima para que se constituya en querellante (exclusivo), o la víctima que ya se hubiere constituido en querellante, continúe con la persecución penal (existiendo un evidente y exclusivo interés privado en la misma), dándose así la conversión o transformación de la persecución penal pública en privada, siguiéndose a sus efectos el procedimiento destinado

¹ Ver GATGENS, *op.cit* p.62

para este tipo de delitos asimismo tratándose del incumplimiento del plazo para concluir la investigación preparatoria por parte del M.P. art. 171. el imputado puede pedirle al tribunal que le fije al M.P un plazo para su conclusión, si el M.P. no lo hace, el tribunal pone el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la respectiva requisitoria en un plazo de diez días; si ese plazo transcurre sin que se presente la misma, el tribunal decreta la extinción de la acción penal, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse formulado querrela; asimismo, en todos aquellos casos en los que las requisitorias del M.P. no tengan un contenido acusatorio o incriminatorio. vgr. la solicitud de sobreseimiento, la desestimación, solicitud de la suspensión del proceso a prueba, etc.; en todas estas hipótesis establece la posibilidad de que la víctima se constituya en querellante (exclusivo). En tales supuestos también se produciría, por fuerza de principio, la conversión de la acción pública en privada, siguiéndose necesariamente, para tales efectos, el procedimiento establecido en el C.P.P para los delitos de acción privada”.¹

Después de producirse la conversión de acción pública a privada el Ministerio Público no puede retomar nuevamente la acción penal. Llobet nos explica que dicha conversión conlleva

¹ Ver GATGENS, *op.cit.*, p.62-63

grandes desventajas para el imputado, ya que “el asunto pasa a la etapa de juicio sin necesidad del *filtro* de la etapa intermedia, en el cual hubiese podido discutir la existencia o no de sospecha suficiente de culpabilidad del imputado, de modo que el asunto podría haber terminado con el dictado de un sobreseimiento definitivo o provisional”¹

Aunque, otra parte de la doctrina considera estos supuestos de conversión de la acción pública a privada, es “acorde con el derecho penal moderno dirigido a tutelar el interés público en la persecución del delito, por cuanto ese interés queda amparado con la facultad que tiene el Ministerio Público, órgano del Estado encargado de vigilar el cumplimiento del interés colectivo; de oponerse a la conversión de la acción penal privada a pública en los casos solicitados por la víctima, cuando esa conversión afecte en forma importante el interés general”².

Los delitos de acción pública son la gran mayoría (se interviene de oficio, aunque no haya denuncia: robos, homicidios, defraudaciones, etc.). Después están los de acción privada (donde la actividad pública es prácticamente nula) y los de instancia

¹ LLOBET (Javier), *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 152-153.

² Ver CAMBRONERO, *op.cit.*, p.97

privada (casi todos sexuales, como la violación, abuso deshonesto), donde no se puede investigar sin denuncia inicial de la víctima o su representante legal

A continuación se exponen los delitos de acción pública dependientes de instancia privada. Esta categoría de delitos es la que más nos llama la atención, por contener como requisito que la denuncia sea formal. Además se presenta la posibilidad de la conciliación o bien de la suspensión del proceso a prueba, siempre y cuando no sean delitos agravados o calificados.

2) Delitos de Acción Pública Dependientes de Instancia Privada.

Nuestro CPP en su art. 18, regula los delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada. Esto significa que la ley expresamente indicará como una excepción a la instancia pública cuales delitos requieren de una denuncia ante el MP por parte de quién la ley estipula debe necesariamente comparecer y rendir esta actuación judicial a efecto de que la fiscalía investigue el hecho.¹

¹ “(...)se amplió en relación con el Código de Procedimientos Penales de 1973. Con estas presunciones, es necesaria la denuncia por parte de la víctima, o si es menor de quince años, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador (art. 17 del C.P.P.). Ver GATGENS, *op.cit.* p.63

Estos “son delitos que a pesar de que algunos de ellos son graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior”¹

Este instituto implica directamente el inicio de la acción penal e incluso otros efectos diferente sobre los cuales el MP no tiene ninguna potestad como lo es el instituto de la revocatoria de instancia² en aquellos delitos que son, *prima facie* bajo instancia privada, cuando la acción pública implica una persecución que dependa de aquella.

La sanción a la revocatoria de instancia, solamente existe para aquellos delitos de instancia privada que señala el art. 17 del Código de rito, y la consecuencia de la extinción implica necesariamente una solicitud de sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal, que vincula a solicitarla al MP ante el juez penal a tenor del art. 30 inciso h), o bien ser dictada por el juez penal competente cuando la misma es manifestada por

¹ Ver MAIER (Julio), Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da}. Edición, tomo I., 1989, p.227.

² Tradicionalmente en estos delitos, el poder se le otorgaba a la víctima para que decidiera únicamente con referencia al inicio del proceso penal. Sin embargo, actualmente al permitir el CPP que el ofendido revoque la instancia, se le otorgan poderes absolutos en torno a la conclusión de la persecución penal

quien tenga derecho a instar en audiencia preliminar ante de dictarse auto de elevación a juicio.

En otras palabras, aún cuando el MP ha formulado una acusación penal contra un ciudadano encontrándose la causa en audiencia preliminar, dicho momento procesal es oportuno para que sea revocada la instancia teniendo el juez la obligación de dictar una sentencia de sobreseimiento definitivo amparada a la voluntad de quien así lo manifiesta y a tenor del artículo 311 inciso d), al indicar que el sobreseimiento definitivo procederá cuando “La acción penal se ha extinguido.”

Este artículo en aplicación directa con el citado artículo 30 inciso h), es consecuencia de la extinción de la acción penal. Sin embargo, el artículo 30 inciso i) señala la “Causa de extinción de la acción penal:

Por la muerte del ofendido, en los casos de delitos de acción privada, salvo que la iniciada ya por la víctima sea continuada por sus herederos conforme a lo establecido por este código.”

El código procesal penal informa que aún bajo la muerte del ofendido pueden sus herederos continuar con la acción

privada, sin embargo, debe de hacerse la aclaración que estas personas al tenor del art. 383 ibid dispondrán de tres días posteriores a la notificación de una resolución que deberá dictar aún de oficio, ya sea, el MP o el Tribunal competente, en la cual instará a continuar el procedimiento dentro del tercer día de habérseles comunicado.

En cuanto a la comunicación efectuada por el MP, existe la disyuntiva de cual posición se debe tomar en el caso de que unos herederos deseen continuar con el proceso y otros no. Se considera que se debería de continuar con el proceso, ya que, la ley lo que establece es la posibilidad voluntaria de continuar con el procedimiento, y que una respuesta en ese sentido por parte de los herederos sería el requisito que estipula la ley procesal para continuar con el mismo.

Ahora bien, en cuanto a la acción pública perseguible a instancia privada y la revocatoria de la instancia, pueden presentarse dos situaciones diferentes con dos resultados diversos:

a) La primera sería que la víctima inicialmente nunca se presenta a estrados judiciales, o bien, que de hacerlo expresamente informe que no es su deseo denunciar hechos, a

efecto de realizar la investigación de la causa penal correspondiente. Ante esta circunstancia el MP se limitará a solicitar al juez penal la aplicación del art. 282 solicitando al tribunal del procedimiento preparatorio, atendiendo a la circunstancia de que no es posible proceder siendo de interés resaltar que la víctima podrá denunciar el hecho penal, si posteriormente cambia de opinión.

b) Ante la circunstancia de que la víctima denuncie el hecho y, una vez iniciada la fase preparatoria, nuevamente en estrados judiciales manifieste expresamente que es su deseo revocar la instancia, lo procedente procesalmente es solicitar al juez de la etapa preparatoria la correspondiente sentencia de sobreseimiento definitivo, situación que amerita de parte de las autoridades judiciales informar con claridad y detalle, teniendo claro que la víctima halla comprendido los alcances jurídicos de una revocatoria de instancia cuando ese sea su manifiesto deseo y voluntad de expresarlo o ponerlo en conocimiento

Sobre el particular, se ha considerado recomendable la retractación de la instancia privada "(...)pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por

base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada”¹

Indudablemente, este elemento se empleara como una medida alternativa al juicio penal, advirtiéndose que se podría dar todo tipo de convenios, acuerdos, imposiciones y coerciones contra la víctima, que la obliguen a retractarse de la instancia²

Otra alternativa que tiene el ofendido en la participación de la persecución penal, es en los delitos de acción privada. Constituyendo la excepción más evidente a la persecución oficiosa a cargo del Estado, siendo exiguos los delitos que se ubican en esta naturaleza.

3. Delitos de Acción Privada.

Se encuentran regulados en el artículo 19. una serie de delitos que tienen como características:

1. Que su impulso y tramitación posterior corresponde exclusivamente al ofendido o a su representante legal,

¹ Ver MAIER (Julio), Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da}. Edición, tomo I., 1989, p.228.

² Ver GATGENS, op.cit., p.63

quedando exceptuado el Ministerio Público de la persecución penal.

2. Son aplicables principios dispositivos de la acción penal por parte del ofendido, por ejemplo, puede conciliar con el imputado, desistir expresa o tácitamente la querrela, dando lugar a la extinción de la acción penal.
3. La víctima, debe constituirse en querellante por medio de la interposición de una querrela ante el órgano jurisdiccional competente, para así dar inicio al procedimiento específico consagrados en los arts. 380 a 387 del CPP.¹

Gatgens explica que “sobre estos delitos, se había afirmado tradicionalmente que constituían la excepción más profunda — y a la vez más pequeña en extensión — de la regla de la oficialidad, existiendo en estos casos una absoluta primacía del interés privado sobre el interés público. El Derecho Penal se decía, se acercaba aquí, del modo más cercano posible, al Derecho Privado, afirmándose asimismo, que esta vía: “...es..la (sic) más recomendable para cumplir propósitos de “privatización” en el Derecho Penal”.”²

¹ Ver en igual sentido CAMBRONERO, *op.cit.* p.96, GATGENS, *op.cit.* p.62, LLOBET, LLOBET (Javier), *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pp.151-152.

² Ver GATGENS, *op.cit.* p.62

4) En la Pretensión Reparatoria Derivada del Delito.

La predisposición a una mayor ingerencia de la víctima en el proceso penal, amplió las posibilidades del ofendido de obtener reparación de los daños. Se han creado dispositivos de composición destinados a la solución del conflicto y a compensar el interés particular del ofendido en la reparación de los daños causados por el autor del hecho punible.

La acción civil, se amalgama con éstos institutos, como lo son la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, además, de la facultad de retractación o desistimiento que tiene el ofendido en las diferentes etapas del proceso penal.¹

Estos antecedentes hacen posible señalar las siguientes afirmaciones:

- a) Se estaría cumpliendo, de cierta manera, con el carácter selectivo del sistema penal, pues a través de estos mecanismos de salidas alternativas al procedimiento, se les está dando una solución distinta a la tradicional
- b) Como consecuencia de lo anterior, además al dar una solución más breve a los casos, se produce una

¹Ver en igual sentido ESER, *op.cit.*, pp.15-52.

optimización de los recursos que se disponen para efectuar la persecución penal, dejándose la posibilidad de reasignarlos en la resolución de casos penales de mayor gravedad.

SECCIÓN TERCERA

ATENCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO.

Costa Rica, al igual que otros países de América Latina, ha recorrido un largo trecho en el proceso de modernización de su sistema de justicia, ya en 1995 se comienza a desarrollar un proceso de reforma penal, y en el año 2000 se abre una oficina de atención a víctimas dentro del Ministerio Público. Con el propósito de crear condiciones adecuadas para apoyar a la víctima en el proceso de denuncia. Se había detectado por parte de fiscales y el Organismo de Investigación Judicial que cuando los denunciantes llegaban en estado de alteración emocional, las declaraciones eran insuficientes e incompletas.

Al establecerse un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos, con el resultado de muerte o de lesiones corporales graves o de daños graves en la salud física o mental. Se logra un gran paso, por el cambio que se produce cuando se comienza a dar una primer atención de contención a

estas personas, convenció a fiscales, detectives y policías, sobre la importancia de este primer paso lo que facilitó no sólo el proceso de tomar la denuncia, sino el desarrollo posterior de la causa.

A continuación se expone en el primer apartado el desarrollo y alcances de la Oficina de información y orientación a la víctima, y el segundo apartado se analiza la posibilidad de creación de un Fondo Estatal de Compensación a víctimas del delito.

A. Oficina de Información y Orientación a la Víctima.¹

La comisión de un delito genera dos grandes traumas sociales: el primer trauma tiene que ver con la pérdida de confianza en el sistema jurídico. Luego de una infracción de gran magnitud a las reglas de convivencia social, invade a la comunidad y a cada uno de sus integrantes la sensación de que los bienes protegidos por el derecho penal no valen nada y la idea de que las reglas pueden no cumplirse.²

¹ Esta propuesta presentada por Msc. Mayra Campos y el Lic. Fernando Cubero en el año 1998, prosperó hasta el 2000.

² Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

El delito siempre implica un fuerte quiebre de las expectativas ciudadanas en el marco de la convivencia social. La sociedad y su red de relaciones intersubjetivas, se nutre a cada minuto de la confianza que tenemos todos en que nuestros interlocutores se comporten respetando las reglas éticas y jurídicas. Sería impensable una sociedad construida sobre la base de la expectativa contraria al delito.¹

Frente a este trauma y sus consecuencias visibles, se debe reaccionar con un modelo eficiente de investigación de los delitos, con un fortalecimiento de los organismos de los cuales depende la justicia penal, con una agilización de los procedimientos. La persecución del delito, es claro, no puede quedar en manos de los ciudadanos. En cambio, la gente común espera que los organismos estatales que se dedican a este problema social le devuelvan la confianza perdida.²

De eso se trata cuando hablamos de seguridad jurídica en el marco del derecho penal: la idea tan novedosa como clásica de que el hombre de la calle confía en que, a pesar de la infracción, el Estado sigue protegiendo los bienes de la gente de modo eficiente. En este sentido, el proceso penal y la aplicación

¹ Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvici1.htm>

² *Ibid.*

de una pena, al confirmar la vigencia de las reglas, anula la intranquilidad ciudadana y evita que esta reparación de la confianza sea asumida por el ciudadano común de modo directo. Es decir, se colabora con la paz social¹.

Hoy día, buena parte de las tareas que desempeñan los funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, se relacionan con el cumplimiento efectivo de esta responsabilidad institucional: se busca, en el marco de la reorganización administrativa, el desarrollo de un sistema de investigaciones que sea eficiente, incluso frente a delitos complejos, en definitiva, la eficiencia se convierte paso a paso en una preocupación constante.

Sin embargo, el delito lleva otro trauma, el de quien lo ha sufrido en forma personal, el sufrimiento de quien ha enfrentado una situación de violencia inusitada, de quien luego de ese momento tendrá que convivir (en algunos casos de modo muy claro) con los daños colaterales de ese quiebre de reglas. Bajo esta mirada, no se trata de la sociedad o el quebrantamiento de las reglas, o la invisible y extremadamente objetiva pérdida de confianza comunitaria, se trata, por el

¹ Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

contrario, de una persona concreta y de su conflicto particular, del cual es, lamentablemente, titular indiscutido.¹

Históricamente, el derecho penal ha consistido en una forma de expropiación del conflicto de la víctima. El objetivo del derecho penal, del Estado moderno, ha residido en esa búsqueda por la satisfacción de la necesidad social, de fortalecimiento de la vigencia de las reglas, y en forma paralela, se ha despreocupado, con constancia digna de mejor causa, de las preocupaciones y necesidades de justicia de la víctima. Ella nada puede decidir en relación con su propio conflicto: ni siquiera el modo en el que prefiere ser reparada en relación con su daño. Nadie pregunta nada a la víctima, muy pocos se preocupan por ella y muchos, en el marco del sistema de justicia penal, la consideran un verdadero estorbo.²

La situación es mucho más grave, cuando se advierte que, así como quienes cometen delitos son en su mayoría ciudadanos de menores recursos, también las víctimas pertenecen a este escalafón social o económico.

¹ Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvici1.htm>

² Información suministrada por la Lic. Jannette Arias Meza, Directora de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima.

Es preciso tener en cuenta que gran parte de los delitos que se cometen llevan en el fondo el estigma de un problema que requiere una atención compleja, integral y más comprometida socialmente que la mera sanción al que delinque.

Como serían los casos de maltrato infantil, violencia familiar, de abuso sexual, o de aborto. Un acercamiento a la víctima producirá, seguramente, un aumento en los niveles de eficiencia en la prevención del delito y en la tarea de investigación penal. En la medida en que se inaugura un caudal muy rico de información, sobre las condiciones de inseguridad y victimización que debe ser analizada a la luz de un conjunto de factores criminológicos, que podrían ser de utilidad en el trabajo de los fiscales, quienes a su vez podrán volcar toda su experiencia en el desarrollo de las actividades de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima y en su propio diseño y perfeccionamiento.

Se debe producir un cambio radical sobre este punto, la víctima debe volver a ser protagonista, debe ser una de las preocupaciones fundamentales, en particular, del Ministerio Público. Es por esto, que surge la necesidad de creación de esta

Oficina, la cual se considera ha sido una decisión acertada por parte de las autoridades judiciales.¹

1. Referencia histórica.²

En todo estudio es importante el desarrollo que se genera en otros países sobre instituciones similares a las aplicadas en nuestro país, por ser la génesis de la misma. Es por ello que nos avocamos a exponer la situación de diferentes países, con lo que se puede hacer un análisis comparativo.

a) México.³

En 1969, se sanciona una ley de protección y auxilio de las víctimas de delitos, inspirada por Sergio García Ramírez. En ella se fija: el modo de comprobar el estado económico de las víctimas que resultan protegidas por la ley, por medio del Departamento de Prevención y Readaptación Social. Además, se crean normas para recaudar fondos para dicho auxilio, sin necesidad de recurrir a imposiciones a los contribuyentes.

¹ Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

² Ver MURARU, *op.cit.*

³ *Ibid.*

Sin embargo, esta ley, pionera en América Latina, no pudo aplicarse en forma masiva por cuestiones de orden político.

Aparte de esta normativa, encontramos en México, Agencias especializadas en delitos sexuales. En abril de 1989 se crearon cuatro agencias, en las Delegaciones de la Procuraduría del Distrito Federal, para la atención de las víctimas de delitos sexuales. Se hace comparecer a la víctima en locales sin acceso al público, que puede estar acompañada por la familia. Hay oficinas de trabajo social, sicología y una sala de terapia para atención en casos de crisis, y otro espacio reservado al personal para realizar las averiguaciones previas. Se establecen lugares en los cuales la víctima identificará al delincuente, a través de vidrios Gesell para no ser vistos.

El trabajo de estas agencias se difundió a tal punto que una serie de instituciones civiles, especialmente de defensa de la mujer, comenzaron a trabajar con ella en actitud de apoyo.¹

¹ En el XI Congreso de la Sociedad Internacional de Criminología (Budapest, 1993), se presentó una ponencia sobre un proyecto de ley para la asistencia a las víctimas de delitos, en el Distrito Federal de México, más amplio que la ley de 1969. Dicha sociedad creó una Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas. En los considerandos del Proyecto se menciona que la ciudad de México posee el 25 % del total de la población del país, sobrepasando los 80.000.000 de habitantes, y se producen, según un reporte de la Procuraduría General de Justicia de 1993, un promedio de 388 delitos denunciados diarios, de los cuales el 12 % son violentos. Agregando la "cifra negra", da un número abismal de víctimas. Ver MURARU, op.cit.

b) España.¹

En la legislación española fue lenta la aparición de instituciones que protegieran a la víctima. La primera experiencia española data del 16 de abril de 1985, en la ciudad de Valencia, con la creación de la “Oficina de Ayuda de Víctimas de Delito” conocida popularmente como A.V.D.; que se encuentra compuesta por cinco personas: dos abogados, dos asistentes sociales y un auxiliar administrativo.

Posteriormente en Barcelona, en 1989, se abrió una oficina similar, pero dependiente del Ayuntamiento. Lo mismo ocurrió en Palma de Mallorca el 8 de diciembre de 1989. Luego en Bilbao, en octubre de 1991, y por último, tres nuevas oficinas comenzaron a funcionar en Alicante el 20 de junio de 1991, en Castellón en junio de 1992, y en Palmas de Canarias en 1993.

¹ Ver MURARU, *op.cit.*

c) Argentina.

El "Centro de Asistencia a la Víctima del delito", creado en 1986, en la Provincia de Córdoba es único en su tipo en la República Argentina. Fundado por la Dra. Hilda Marchiori quién se inspiró en las ideas y experiencias en la ciudad de México de de Quiróz Cuarón.

Tiene como función:

- La determinación del daño presente en la personalidad de la víctima y la posibilidad de trascendencia al futuro de ese daño y la determinación y aplicación de los medios idóneos para subsanar ese daño.
- La asistencia y el tratamiento a la víctima para su recuperación física, psicológica y social.
- La orientación a la víctima y a la familia para superar la situación de tensión que se hubiese producido.
- La orientación y asistencia a la víctima con relación a los aspectos laborales, educacionales y sociales, en los casos en que la situación delictiva haya afectado esas áreas.
- Todas aquellas tareas que contribuyan a la recuperación de víctimas de delitos.

Intervendrá por iniciativa de la víctima, a solicitud de representantes de la víctima o por derivación de las instituciones provinciales. El cual funciona a través de un equipo interdisciplinario, formado por médicos, trabajadores sociales, psicólogos, psicoanalistas, pedagogos, criminólogos y personal administrativo. Se trata de:

- Brindar la atención de forma urgente, como una respuesta inmediata de carácter institucional social. seguidamente,
- De orientar y de informar;
- De otorgar a la víctima la comodidad que puede implicar un trato afectivo.

En relación con la orientación e información que se le brinda a la víctima, esta versa generalmente sobre los derechos que le asisten, y que ésta normalmente desconoce. Existe un trabajo coordinado con otras instituciones (colegios, hospitales, comisarías y tribunales).

El procedimiento utilizado es: entrevistar a la víctima, lo cual hacen dos profesionales, un abogado y un profesional de la salud quienes se van a encargar de realizar un diagnóstico de la

situación victimológica y comenzar luego el tratamiento que mejor se adecue a la problemática de las víctimas.

Cuando la víctima no tiene familia, se trata de que la tarea se extienda a los grupos de convivencia, amigos o personas que mantienen con ella lazos afectivos a fin de lograr su colaboración. Con ello se pretende provocar el ajuste interno de la víctima que propicie su recuperación. Cuando la recuperación se logra, se realiza un seguimiento del caso a modo de control. Los casos de víctimas más habituales son los de homicidio, violación y violencia familiar. Son casos en los que toda la familia se encuentra victimizada, y es necesario extremar la atención.¹

2) Preliminares en Costa Rica.

Como se ha venido señalando los principios de justicia para las víctimas contienen tres puntos importantes: acceso real de la víctima a la justicia penal, resarcimiento e indemnización y asistencia a las víctimas.

En cuanto a este último aspecto, es importante mencionar que en nuestro país acogieron la iniciativa del

¹ Ver MURARU, op.cit.

Consejo Directivo de la Escuela Judicial; que tenía como fin darle una cobertura y protección especial a las personas víctimas de delitos; proyecto que fue impulsado por los fiscales Mayra Campos Zúñiga y Fernando Cubero Pérez, dando lugar a la creación de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima el 10 de agosto de 1999, como una unidad de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima.

Dicha oficina está encargada de atender a todas las personas nacionales y extranjeras, víctimas en algún proceso judicial; teniendo como objetivo evitar la revictimización de las personas que son víctimas de algún delito, mediante un trato más humano; lo preconcebido se logra brindando asesoría jurídica, ayuda psicológica, de trabajo social, asistencial y de bienestar social. Llevando un seguimiento multidisciplinario en los casos atendidos, así mismo, motivar a la víctima para que colabore en la búsqueda de pruebas.¹

Esta inició funciones como un plan piloto, hoy día es una oficina que tiene aproximadamente dos años de funcionamiento. Tiene su competencia territorial en el Primero y Segundo Circuitos Judiciales de San José, así como sus periferias. Además, atiende también casos especiales en el resto del país.

¹ Acuerdo tomado por el Consejo Superior en sesión N° 95-99, celebrada el 30 de noviembre de 1999.

Con la existencia de este despacho, se ha querido hacer efectivo el derecho de las víctimas a ser asistidas desde el primer momento en que se presentan frente al sistema penal. La misma trabaja con la perspectiva de una atención personalizada que involucre aspectos tales como: defensa civil, información jurídica, orientación a nivel psicológico y desde el punto de vista de trabajo social.

El usuario puede acceder a los servicios de la Oficina de manera completamente voluntaria y gratuita, antes de la interposición de la denuncia, durante la misma, o cuando la investigación ya haya iniciado.

El usuario debe ser un ofendido de un delito que requiera información legal más detallada sobre sus derechos procesales, o asistencia psicológica, médica o de trabajo social. En éstos casos la persona será remitida a las diferentes instituciones que puedan darle esos servicios.

El personal de la oficina es bilingüe (español-inglés) en aras de atender a víctimas que no hablen español. De ahí que se haya dado un estrecho contacto con las diversas embajadas de países no hispano parlantes, radicadas en nuestro país.

Los objetivos de la oficina son:

- Disminuir la revictimización durante el proceso penal
- Coordinar asistencia interdisciplinaria para la víctima
- Brindar asesoría jurídica
- Compilación de información para el diseño de programas de prevención

La Asamblea General de las Naciones Unidas, máximo órgano protector de los derechos humanos, en la Declaración 40/34, ya citada, destacó la necesidad de promover el progreso de todos los Estados en los esfuerzos que realicen en ese sentido, o sea, de la necesidad de la adopción de medidas nacionales e internacionales que garanticen el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso del poder, sin perjuicio de los derechos de los sospechosos o delincuentes.

a) Funciones de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima.¹

Esta Oficina aborda la asistencia a la víctima desde un enfoque clínico-criminológico, lo cual implica una labor de

¹ Información brindada por la Lic. Jannette Arias Meza, Directora de la Oficina de Información y Orientación

individualización en relación a cada caso concreto, es decir, a las características de la víctima, su núcleo familiar, su historia y la agresión sufrida.

En la asistencia a la víctima, es esencial y constituye el factor fundamental, la comprensión de su situación de sufrimiento. La víctima se encuentra humillada socialmente a causa del padecimiento del delito, es decir, sufre física, emocional y moralmente. El aislamiento y la desorganización la han llevado al autoconfinamiento, a la desconfianza y al temor a ser victimizada nuevamente.

En este sentido, la denuncia implica múltiples significaciones: pone en funcionamiento el aparato judicial, permite conocer el hecho delictivo, conocer al delincuente, permite la sanción penal. Por ello, la asistencia victimológica debe comprender dos niveles y momentos que deben operar integralmente: Nivel asistencial-terapéutico, y el nivel de orientación e información

El modelo de asistencia integral adoptado por la Oficina se traduce en asistencia jurídica, psicológica, médica y social. Sus funciones son:

- Brindar asesoría jurídica y procurar resarcir a la Víctima de los daños generados¹
- Coordinar con otras instancias (internas y externas a la institución) para poner en contacto a la víctima y de esta forma se le brinde ayuda psicológica, de trabajo social, asistencial, de bienestar social, etc.
- Realizar seguimiento multidisciplinario en la mayor parte de los casos atendidos
- Concientizar y sensibilizar sobre la problemática e incidencia que los delitos tienen sobre las personas a través de los contactos que se tengan con asociaciones e instituciones y familia con las que se trabaje.
- Diseñar programas concretos de actuación con base en el análisis global indicado anteriormente.
- Motivar a la víctima para que colabore en la búsqueda de pruebas.
- Establecer programas preventivos contra el delito.

¹ A partir del instante en que la víctima interpone la denuncia y confía su conflicto a las instancias de represión formal debe ser informada de sus opciones procesales así como de su derecho a la indemnización y reparación a cargo del infractor. Este deber básico de información impedirá que la víctima sea utilizada como mero instrumento de conocimiento a los fines investigativos. Al abordarse este aspecto de la asistencia a la víctima deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el Código Procesal Penal . se debe garantizar a las víctimas derechos como: a) a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; b) al sufragio de los gastos de traslado al lugar, donde la autoridad competente designe; c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; a ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado d) a ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante; e) a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado. En <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

- Remitir víctimas a Medicina Legal y al Equipo Interdisciplinario, mediante coordinación con estas instancias.
- Señalar a la víctima dónde debe interponer la denuncia.
- Coordinar con la Escuela Judicial para programar capacitación al personal de la Oficina de Atención a Víctimas, Oficina de Recepción de Denuncias y demás personal relacionado con la atención a víctimas; tanto para personal profesional como de apoyo.
- Vías de financiamiento: presupuesto nacional y autofinanciamiento de las donaciones que se reciban de otras instituciones, los medios económicos recabados, serán utilizados para ayudar a la víctimas con escasos recursos, desarrollo de programas preventivos y desarrollo de la misma oficina.
- Contactar con Universidades públicas y privadas para que los estudiantes de la carrera de Derecho, Psicología y Trabajo Social puedan llevar a cabo sus trabajos comunales o de servicio en esta Oficina.
- Coordinar con el Departamento de Información y Relaciones Públicas la estrategia completa de divulgación. Se recomienda utilizar (bilingüe): Boletines internos y externos, brochures, pizarra informática,

conferencia de prensa y distribución de panfletos y cartelones en los principales puntos turísticos

- Coordinar con el Instituto Costarricense de Turismo. y embajadas para distribuir lo anterior, en aeropuertos, hoteles, embajadas, playas, a fin de mantener informado al usuario extranjero de la existencia de la Oficina, se recomiendan los siguientes folletos habidos en el Departamento de Información y Relaciones Públicas:
 1. Poder Judicial Ley de Justicia Penal Juvenil.
 2. Folleto de Información para Testigos, Brouchure Derechos y Deberes de la víctima
 3. Folleto sobre las Etapas y Garantías del Proceso Penal
 4. Brouchure de la Participación de la Víctima según la Ley Penal Juvenil
- Se dispondrá de un directorio de todas las Instituciones tanto Públicas como Privadas donde la víctima puede ser contactada para que reciba la asistencia necesaria.
- Se contará con una encuesta para determinar el tipo de persona de mayor vulnerabilidad a los delitos.
- Encuesta para determinar la calidad del servicio brindado, posibles mejoras y sugerencias por parte del usuario.

B.Fondo Estatal de Indemnización a Víctimas.

El daño sufrido por la víctima o sus familiares merece recibir las medidas de reparación y reivindicación que creemos de justicia.

Indubitablemente no es posible establecer correlación entre el dolor, la impotencia y las esperanzas de las familias de las víctimas con las medidas que más adelante se sugieren. La desaparición o la muerte de un ser querido son pérdidas irreparables. Sin embargo, la reparación moral y material parecen ser una tarea absolutamente necesaria para la transición hacia una democracia más plena.

En ese sentido la reparación es un conjunto de actos que expresan el reconocimiento y la responsabilidad que le caben al Estado en los hechos y circunstancias que son materia de este Informe. La reparación es una tarea en la que el Estado ha de intervenir en forma conciente y deliberada.

1. Generalidades

A continuación se desarrolla un estudio de la indemnización desde sus antecedentes históricos hasta los supuestos que deben compensarse por parte del Estado.

a)Concepto de indemnización de víctimas

Se define en términos generales como: “la ayuda financiera que el gobierno proporciona a las víctimas lesionadas como consecuencia de la realización de los actos ejecutivos de mi delito”.¹

b)Antecedentes Históricos de la indemnización a Víctimas

Los datos más antiguos se encuentran en el Código de Hamurabi, en la Iliada y en el Viejo Testamento. Tenían como objetivos la seguridad de la colectividad, en otros el favorecer el comercio, o bien, evitar las venganzas entre familias, etc. Estos sistemas de pago del delincuente a la víctima fueron cambiando, debido a que el Estado tomó bajo su control la prosecución de los delincuentes. Pero, ello dejó a la víctima sin

¹ LÓPEZ TAPIA (Guillermo), *Victimología y Compensación a Víctimas*. Revista Criminalia. México, Editorial Porrúa, N° 1-12. enero diciembre, Año XLVIII. 1982, p. 43

soluciones para recobrar los detrimentos y reintegrar los daños producidos por el delito.¹

Uno de los primeros precursores del sistemas de compensación a víctimas fue Jeremías Bentham quién en el siglo XVIII propuso que la sociedad asumiera la responsabilidad de ayudar a las víctimas de delitos cuando los delincuentes les causaran daños. Pero no fue hasta 1950 cuando Margery Fry, una magistrada inglesa y reformadora social señaló que la compensación a víctimas era en las sociedades primitivas una idea corriente.

Como referencia de los primeros programas de compensación a víctimas tenemos Nueva Zelandia en 1963 y en 1964 en la Gran Bretaña, fueron basados en los trabajos realizados por Margery Fry² .

Posteriormente Estados Unidos, inició programas, siendo California el primer estado en establecer en 1965 una ley sobre compensación a víctimas. Después le siguió Nueva York en 1967, Hawaii, Massachussetts y Maryland. En este momento 30 estados ya cuentan con leyes similares.³

¹ Ver MURARU, op.cit.

² Magistrado británico de finales de los 50's.

³ Ver LÓPEZ TAPIA , op.cit., p. 43-44

c) El resarcimiento del daño por parte del Estado¹

En muchas ocasiones las víctimas no tienen conocimiento de su derecho a la reparación material. Por lo que, se le permite la persecución penal en carácter de particular damnificado y se acepta su cooperación en la aclaración del hecho producido en su contra, se le interroga como testigo, participa en careos y se le reciben pruebas que pudiese aportar.

Pero es en la reparación del daño y en su persecución penal y civil donde se origina su sufrir, ya que, en muchas oportunidades cuando acude a las autoridades judiciales, no logra su pretensión.

Hay perjuicios como la pérdida de la vida, la parálisis o la imposibilidad de locomoción, que se encuentran dentro de categoría denominada: Daños permanentes, que nunca se podrán reparar sino es, por medio del derecho a la indemnización monetaria (debería en determinados casos ser automática, sin que la víctima llegue al camino judicial).

El resarcimiento moral y material del daño emergente y lucro cesante, que estipulan las leyes penales difícilmente llegan

¹ Ver MURARU, op.cit.

a atenuar su situación y la de toda su familia, en el momento en que lo necesita la víctima, porque, habrá que esperar la sentencia del juicio penal. Otras de las viabilidades que la ley brinda es recurrir en sede civil. implicando nuevos gastos, tiempo y un resultado dudoso.

La condena al pago de indemnización da como resultado la realización del juicio de ejecución de sentencia. Lo cual implica, que quizás en el registro de la propiedad inmueble no aparezcan bienes, lo que conlleva la imposibilidad de cobro del daño causado.

En este tipo de situaciones debe ser el Estado quien indemnice el daño. Los casos contra la vida o la integridad física, los que procedan de imposibilidad laboral, etc, pueden ser verificados por medio de un estudio efectuado por trabajo social, con el objetivo de evitar una mayor victimización.

La protección estatal a las víctimas puede proporcionarse por medio de las siguientes medidas:

- En ciertos delitos establecer como pena de trabajo del autor a fin de indemnizar a la víctima. Esta pena

funciona como alternativa o sustituta de la privación de la libertad.

- El trabajo del recluso bien remunerado permitirá que una suma sustancial pase a la víctima en carácter indemnizatorio.
- El pago directo inmediato por el Estado a la víctima de determinados delitos que ocasionen muerte, lesiones permanentes o graves, robos u otras sustracciones hasta que las víctimas puedan rehacer su situación.

En este ámbito no todos los delitos podrán ser reparados; como lo son los realizados por negociantes, empresarios, políticos, deportistas prestigiosos, se vuelven difíciles. Verbigracia el secuestro extorsivo, el cual lleva en sí la percepción de una suma reclamada. Ahora bien, si las víctimas aspiran a que sea el Estado quien solvete la indemnización, poseeríamos una carga pública difícil de manejar.¹

El Primer Simposio de Victimología, realizado en Jerusalén en 1973, destacó una serie de recomendaciones a los

¹ En EE.UU. existen compañías que se dedican en gran parte a esta cobertura de las necesidades de la población. Cometido el delito, y labradas las primeras actas, ya pueden las víctimas reclamar a estas compañías. Las mismas actúan en el estudio de incidencia delictual, mediante el relevo social, par constatar estadísticamente la producción de delitos en determinadas áreas de la ciudad, su volumen, violencia y resultado. Así establecen la tasa a pagar: en un barrio muy criminógeno es mas alta la tasa que en otros. Ver MURARU, op.cit.

gobiernos, en su punto V, titulado "Compensación". El cual reza:

Todas las Naciones deberán, como cuestión de urgencia considerar la implantación de sistemas estatales de compensación a las víctimas del delito; así como tratar de alcanzar el máximo de eficacia en la aplicación de los sistemas existentes y los que deben ser establecidos.

- Deben establecerse todos los medios al alcance para difundir información sobre los modelos de compensación y debe estimularse la participación de organismos apropiados gubernamentales o no a su instauración
- Todos los modelos existentes de compensación deben ser investigados y valorados con miras a extender su aplicación, teniendo en cuenta los requerimientos respectivos de las diversas comunidades en las cuales operan.

Recapitulando, se evidencia que la víctima cuenta con diferentes mecanismos para hacer efectivos sus derechos resarcitorios. Sin embargo, hay situaciones en las cuales el autor del delito no puede ser identificado, o bien no cuenta con los recursos económicos para hacerle frente a la obligación de

indemnizar a la víctima, en estos casos, debería surgir por parte del Estado Costarricense la obligación de indemnizar a la víctima y a la vez constituir ésta indemnización un derecho de los ciudadanos. Específicamente en el caso de delitos de criminalidad violenta y de agresión sexual. Lo cual conlleva a formar parte de las medidas de un Estado Social de Derecho.

Debido a que es obligación del Estado proteger a los individuos, dentro de los fundamentos de compensación a víctimas, es importante rescatar sus principios básicos:

1. “La obligación del estado”, considera que como el estado ha asumido gradualmente la responsabilidad de proteger a cada individuo y a perseguir a los delincuentes al quitarles toda autoridad a las víctimas, es él quien debe pagar la compensación por los daños causados a la víctima.
2. “El Bienestar”, considera que así como el estado tiene una obligación humanitaria en favor del pobre, del enfermo, del desempleado o del veterano incapacitado, análogamente también la tiene para las víctimas de delitos.
3. “Por gracia del Estado”, debido a que el estado tiene el poder de “tratar piadosamente con ciertas personas”, de

- manera que por una gracia legislativa, el estado pague una compensación a los individuos que han tenido la mala fortuna de ser víctimas de delitos.
4. “El riesgo compartido”, trata de ver al Estado como un proveedor de servicios quien incluye el costo del riesgo por cada consumidor de sus servicios. Por lo tanto cada consumidor a través de sus impuestos contribuye para los pagos que deben hacerse a aquellas personas que sufran daños.
 5. Los delitos se pueden ver como un resultado de ciertas condiciones que la moderna civilización trae consigo como: desempleo, falta de igualdad en las oportunidades, educación mala, etc. Si esto fuera así se podría decir que la misma sociedad es culpable de la victimización criminal. Consecuentemente es responsabilidad de la sociedad y en particular del gobierno quien es quien la representa quien tiene que pagar a la víctima los daños sufridos.
 6. El “público apoya la compensación a víctimas” y por lo tanto en una sociedad democrática es obligación de las legislaturas responder a este apoyo de las mayorías.
 7. La tradicional insensibilidad del sistema de justicia hacia la víctima y los testigos puede alinear a los ciudadanos, en consecuencia un programa de compensación puede

ayudar a evitar esta alineación. Además un programa de esta naturaleza evitará el temor que tiene todo testigo de verse involucrado en el sistema de justicia penal y favorecería su cooperación”.¹

La legislación internacional ha regulado dicha situación al establecer en la Declaración de Naciones Unidas, que: “Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
- b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el

¹ Ver LOPEZ TAPIA *op.cit.*, p 43.

Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.”¹

Todo ello vendría a producir una satisfacción a la comunidad en general, ya que, se cumple con uno de los objetivos primordiales del Estado, que es el de brindar seguridad y el cumplimiento efectivo de la justicia. Además, de cumplir con la normativa internacional que regula los derechos de las víctimas.

d) Supuestos compensables

d.1) Pérdidas compensables

Se definen como “aquellas derivadas directamente de un incidente delictuoso. Entre ellas se encuentran las siguientes: gastos médicos, costos de rehabilitación, incapacidad física, pérdida de los servicios de un miembro de la familia, pérdida de la ayuda a los dependientes en el aspecto financiero, costos funerarios, pérdida de ingresos futuros, pérdidas de bienes y daños, etc”.²

¹<http://www.cita.es/AEC/victimas.htm>

² Ver LOPEZ TAPIA, *op.cit.* p.45

Las pérdidas típicamente compensadas por la mayoría de los programas son los siguientes:

1. Daños en sus personas o muerte: comprende las pérdidas monetarias atribuibles a daños o muerte, resultantes de una victimización delictual (gastos médicos, pérdidas por ingresos dejados de percibir, y en algunos casos, el costo de servicios que dejan de recibir).
2. Daños no físicos: el dolor o sufrimiento y el shock mental, pero pocas veces se han aceptado, por las dificultades que hay en evaluarlas.
3. Pérdidas en la propiedad. Ningún programa, con algunas excepciones, ha aceptado estas pérdidas, exceptuados los bienes personales como lentes, aparatos para oír, etc.
4. Gastos pagados de la propia bolsa de la víctima, con motivo de la victimización, siempre que no fueren pagados por seguros.¹

d.2) Delitos compensables

Algunas legislaciones mencionan que es compensable:

¹ Ver LOPEZ TAPIA, *op.cit.* p.45.

1. Cualquier delito que sea penado por alguna ley, del cual resulte un daño físico o la muerte de la víctima.
2. Otras contienen una lista de delitos los cuales se consideran por sí mismos peligrosos.
3. En otras se tiene una combinación de los dos modos, tienen una lista pero dejan la puerta abierta a “cualquier otro delito que contenga violencia”.
4. También algunas leyes contienen una distinción en cuanto a, la intención del autor del delito, permitiendo que un delito peligroso sea compensable aunque él autor no sea mayor de edad o sea un incapaz, o intoxicado, etc. Todo esto en atención a que la capacidad no es importante para la compensación Sin embargo, se ha limitado en cuanto a los delitos en que esté un automóvil o un vehículo de motor involucrado. En virtud de que la intención de la compensación es beneficiar a las víctimas de delitos violentos intencionales, pero no aquellos derivados de la negligencia, es decir los culposos, excluyendo los accidentes de vehículos intencionales. Entre otras razones porque existen seguros que protegen estos casos.¹

¹ Ver LOPEZ TAPIA, *op.cit.* p.46

e) Criterios para establecer beneficiarios

Para López Tapia hay tres tipos de personas: víctimas, involucrados y dependientes.

1. **Víctima:** la persona que es lastimada o dañada o muerta como resultado directo de un delito.
2. **Involucrado:** sería aquella persona que resultó lesionada o muerta por: actuar para evitar el crimen, para aprehender al delincuente, para ayudar a la víctima o para ayudar a la policía. En muchos casos el auxiliador también se considera como víctima.
3. **Dependientes:** la esposa, parientes ascendientes, o descendientes y en otras leyes se considera dependiente a toda persona que recibe apoyo de la víctima, ya sea financiero o de otra naturaleza.

Un aspecto a analizar es el caso de las víctimas familiares del delincuente (esposa(o), los ascendientes y los descendientes). Se coincide con López en que perjudicaría a los hijos y esposas inocentes, por lo que, no se debería eliminar a ninguna víctima.

C. Viabilidad y Expectativas de Creación de un Fondo de Indemnización a Víctimas en Costa Rica.

Se considera que en nuestro país debería implementarse un fondo de esta índole. Hay muchas víctimas que ven frustrados sus derechos indemnizatorios.

Aunque, esta tesis para muchos podría ser pesimista al analizar la situación económica del país, aduciendo que no se cuenta con los recursos para hacer frente a una tarea de tal envergadura; se considera que una manera de solucionar este déficit de dinero es por medio de la recaudación efectiva de los impuestos, al igual que políticas que eliminen la distracción de recursos en los diferentes entes que conforman el aparato estatal. Ello implicaría que el Fondo de Indemnización a Víctimas se financie por medio de estos recursos.

Como lo indica Fernando Cubero: “(...)debemos tener presente que una semilla que nuestro legislador ya ha deseado plantear para el desarrollo de un futuro fondo de atención a las víctimas, es el hecho de que mediante la Ley de Reorganización Judicial se posibilita el que la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas pueda cobrar honorarios por las acciones civiles

delegadas que ejercite, siendo que dichos honorarios ingresarán a una cuenta para la creación de un futuro fondo para el mejoramiento de atención a las víctimas. Lógicamente este fondo no será suficiente para el cometido que analizamos, sin embargo, este se puede ampliar con otros fondos provenientes del pago de multas o eventualmente del pago de intereses bancarios por concepto de depósitos judiciales derivados de cauciones reales”.¹

Costa Rica, debe reivindicar a las víctimas. En esta perspectiva, el Estado puede encabezar medios que le otorguen sentido a la reparación. Se deben disponer medidas y recursos necesarios para dar lugar a proyectos destinados a reivindicar a las víctimas en forma individual y colectiva, estableciendo nuevas bases para la convivencia social y una cultura más cuidadosa y respetuosa de los derechos humanos que nos asegure que actos de criminalidad violenta y de agresión sexual disminuyan.

Lo anterior debe proceder siempre y cuando el imputado no cuente con los recursos económicos para pagar el monto de indemnización al cual ha sido condenado.

¹ CUBERO PEREZ (Fernando) La tutela efectiva de los Derechos de la Víctima en el proceso penal Costarricense, Revista de Ciencias Penales, San José, Nº 15, diciembre 1998, p 81.

La víctima tiene derecho a que se le repare el daño, el Estado debe implementar una ley especial que comprenda la manera de responder a las víctimas que se encuentren en los rubros de criminalidad violenta y de agresión sexual. Se ha comprobado que la tasa de criminalidad está acorde con la situación económica de un país.

Coincidimos con el Licenciado Fernando Cubero, en la necesidad de crear mecanismos de protección económica, entre ellos la creación de un Fondo de Indemnización a víctimas. El cual podría recibir recursos monetarios provenientes de una eficiente recaudación de impuestos, la reducción del gasto público y los honorarios cobrados a la Oficina de Defensa Civil de la víctima por la tramitación de las acciones civiles.

TÍTULO SEGUNDO
LA REPARACIÓN
INTEGRAL DEL DAÑO
COMO TERCERA VÍA
EN EL DERECHO
PENAL.

CAPITULO PRIMERO

REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO Y SU RELACIÓN CON OTROS INSTITUTOS PROCESALES

Al analizar las bases o fundamentos de la Reparación Integral del Daño, Cecilia Sánchez nos dice. “(...)La necesidad de que la víctima obtenga la reparación del año sufrido tiene diversos fundamentos. En primer lugar, se señala que con frecuencia el interés real no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. Por otro lado, se destaca la necesidad de evitar las consecuencias negativas de los procesos formales de criminalización y, especialmente, de la pena privativa de libertad. También se reconoce la necesidad de hacer efectiva la idea de que el Derecho penal es la última ratio del ordenamiento jurídico”.¹

El ingreso de la reparación del daño como causa de extinción de la acción penal y forma de reparar el daño causado

¹¹ Ver SACHEZ ROMERO, *op.cit.*, p. 208.

a la víctima se presenta para dar respuesta a la necesidad de dar una salida diferente a la pena, de simplificar el proceso y de redefinir los papeles de los sujetos procesales, entre ellos la víctima que adquiere mayor participación.

Esta forma de extinción de la acción penal ha sido tomada en cuenta en las legislaciones de diferentes países, así se dice que: “La reparación es tomada en consideración como condición o imposición para la suspensión de la pena en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Escocia, Inglaterra/Gales, los Países Bajos, Portugal, Polonia, Suecia y Suiza”.¹

En este capítulo analizamos la regulación de la Reparación Integral del Daño en nuestro C.P.P (art. 30 inciso j), su concepto, naturaleza jurídica, elementos y por último comparamos este instituto (semejanzas y diferencias), con: la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación, la pena de compensación pecuniaria y la acción civil resarcitoria.

¹ NAVARRO SOLANO (Sonia), Conciliación y Reparación entre víctima y delincuente: Una perspectiva para la solución alterna de conflictos en materia penal. Resolución Alterna de Conflictos, San José, CONAMAJ, Cuadernos para el Sector judicial N° 3, 1995, p. 120.

SECCIÓN PRIMERA

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 30 INCISO J) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

En cuanto a la reparación del daño causado a la víctima como consecuencia de un delito; se dice: “Así, por impulso de los diversos movimientos a favor de las víctimas de delitos, la última década se ha caracterizado, universalmente, por el regreso de la reparación a los primeros planos de la política criminal, al punto de haber sido considerado el tema de moda en ese ámbito”.¹

En el caso Costarricense, la legislación no se ha quedado atrás, en 1998 se promulgó un nuevo C.P.P que tomó en cuenta la reparación integral del daño; en este sentido “La reciente promulgación de un nuevo código que rige el procedimiento penal, ha traído algunas innovaciones en nuestro derecho positivo. Dentro de los aspectos más sobresalientes se encuentra la versatilidad para acceder a salidas procesales distintas de la sentencia. Dentro de estas encontramos la

¹ MAIER (Julio) El Sistema Penal Hoy: entre la inquisición y la composición. Derechos Fundamentales y Justicia Penal. San José, Editorial Juricentro, 1992, p 143.

institución de la reparación del daño como causa de extinción de la acción penal, cuya necesidad, desde el punto de vista práctico y de lo innecesaria que resulta en algunos casos, la sanción tradicional, parece indiscutible”.¹

Seguidamente se procede a determinar los aspectos generales en torno a la reparación integral del daño, que significado tiene éste instituto, como se encuentra regulada en nuestro C.P.P, los elementos que comprende y la relación que tiene con otros.

A. Consideraciones Preliminares

La reparación la encontramos presente desde la antigüedad, se regulo en el Código de Hamurabi, en las Doce Tablas, etc. La idea central que se encontraba presente en estas legislaciones era: “(...) la reparación como castigo, ya que si a todos los hombres de la sociedad se los presentaba formalmente como libres e iguales, el daño aparecería como una conducta desviada que debía ser reencausada por medio de la sanción al agente dañador, y muy especialmente haciendo hincapié en el aspecto patrimonial de la problemática”.²

¹ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.*, p192.

² GHERSI (Carlos Alberto). *Teoría General de la Reparación de Daños*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 18.

Carlos Creus nos habla de la reparación como una especie de pena, al decir: “Pero sin perjuicio de esa prologada evolución del Estado asegurador al Estado garante de la reparación de los daños producidos por el delito, la doctrina intenta transitar otro camino: el de atender a ella empleando al mismo sistema penal desde el pensamiento de “conducir nuevamente por caminos comunes al Derecho Civil y al Derecho Penal” (Roxin) y acudiendo a tres líneas de mecanismos que se diferencian: composición privada del conflicto suscitado por el delito, transformación de la reparación en una “especie de pena”, integración de la reparación en la dimensión de la pena como otra de sus finalidades”.¹

Con las nuevas tendencias internacionales de redescubrimiento de la víctima, se le reconocen a ésta una gama de derechos, entre ellos se encuentra la reparación integral del daño, definida como: “(...)compensación de los daños materiales y hasta eventualmente inmateriales producidos por el autor del hecho punible”.²

A esta definición le podemos agregar que se trata de un instituto inmerso en el proceso penal, como una salida distinta

¹ CREUS (Carlos). Reparación del Daño producido por el delito, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p 143-144.

² Ver SANCHO GONZALEZ, op.cit., p332.

de la sentencia que busca solucionar el conflicto y reparar el daño causado a la víctima del delito.¹

Su sustento jurídico lo encontramos en el artículo 7 del C.P.P, regula la solución del conflicto al establecer: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.²

Como manifestación de este principio (solución del conflicto), encontramos en el derecho comparado una tendencia a darle énfasis a la conciliación autor-víctima dando paso al sobreseimiento de la causa; corriente que se ha seguido más que todo en el Derecho Penal Juvenil, con el fin de evitar las penas de prisión por el carácter desocializante que tienen y al mismo tiempo buscando soluciones con una influencia positiva en el menor. Por los resultados beneficiosos que ha tenido es que se ha extendido la conciliación entre imputado-víctima en el derecho penal de adultos.

¹ En este sentido Maier expresa: “ La víctima, después de siglos de ostracismo y expropiación de sus derechos, recupera su poder sobre el funcionamiento del sistema, y, de su mano, reaparece también la reparación y otras formas de solución del conflicto, que le disputan influencia a la pena estatal” MAIER (Julio) El Sistema Penal Hoy: entre la inquisición y la composición en Derechos Fundamentales y Justicia Penal, San José, Editorial Juricentro, 1992, p 143.

² Código Procesal Penal, San José, Ley N° 7594 de 1996, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., quinta edición, 2002, art 7

En este sentido, se habla de una privatización parcial del derecho procesal penal y el derecho penal. Como manifestación de esta conciliación víctima-imputado se presenta la reparación integral del daño. En su análisis, Erick Gatgens expone: “Se trata de una causa de extinción de la acción penal, consagrada en el artículo 30, inciso j) del C.P.P., la cual también presupone el juego de la autonomía de la voluntad tanto de la víctima como del imputado”.¹

Por su parte, Maier agrega: “(...) se trata de solucionar ciertos casos penales con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho Penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal”.²

No sólo se debe buscar un ahorro de energía y esfuerzos, también, se debe velar por los intereses de la víctima: que se sienta satisfecha con el acuerdo logrado y que considere que el daño ha sido realmente reparado. En el capítulo II se analizan los fines de la pena para determinar si la Reparación Integral del Daño cumple con el fin preventivo y rehabilitador que pretende cumplir la pena.

¹ Ver GATGENS, *op.cit.*, p 64

² MAIER citado por GATGENS, *op.cit.*, p 64

Se analizan las ventajas que trae la aplicación de la reparación integral del daño al sistema de justicia penal, entre ellas encontramos:

- En primer lugar, se daría la conclusión anticipada del proceso y en algunos casos se podría evitar la puesta en marcha del mismo, si desde el momento en que se da a conocer la comisión del delito se aplica la reparación integral del daño.
- La víctima encuentra solución al conflicto de una forma más rápida y ágil, sin tener que hacerle frente a un proceso penal que puede durar varios años, e incluso en algunos casos podría llegar a no obtener una sentencia favorable con la correspondiente indemnización; lo anterior acompañado de la pérdida de tiempo, dinero y la victimización que va a sufrir durante el mismo proceso. El hecho de lograr la reparación del daño sin necesidad de realizar el proceso es de suma importancia, sobre todo en un momento histórico en el que nuestro sistema de justicia penal sufre una crisis de credibilidad y legitimación, ya que, los ciudadanos cada día se muestran menos satisfechos con la labor del Poder Judicial y pretenden hacer justicia con su propia mano;

lo cual muestra un evidente retroceso, un volver a la venganza privada.

- Descongestionamiento del sistema de administración de justicia, debido a que se disminuye la cantidad de procesos circulantes en los despachos judiciales, lo anterior trae consigo mayores recursos y tiempo para la eficiente tramitación de otros procesos más complicados.¹

La Reparación Integral del Daño encuentra su fundamento en nuestra Constitución Política en el art. 41, al legilar: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)”.²

En este sentido nuestro tribunal de Casación Penal al citar el voto 206-F-98 del 23 de marzo de 1998 expreso: “Principio fundamental (...) es la reparación integral del daño, el que se extrae del Art. 41 de la Constitución Política”.³

¹ En este sentido, el Magistrado Daniel González en ocasión de Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, dijo: “ Debemos de aprender a racionalizar la Administración de Justicia. El proceso es un instrumento muy costoso que demanda mucho esfuerzo, no sólo del estado, sino también de, los mismos ciudadanos: el tiempo de las partes involucradas en el proceso, el gasto, las afectaciones, no sólo económicas, de las personas de alguna manera vinculadas al proceso, y no me refiero sólo a la víctima del imputado, sino a veces hasta los mismos problemas de los testigos, es decir, el costo del proceso penal es muy alto. Tenemos que aprender a racionalizarlo, a darle otra salida, no es que no le vamos a dar atención al problema de cierto tipo de delincuencia mínima, sino darle otra solución. No pretender que todo tenga que transformarse en el dictado de una sentencia luego del trámite de todo el proceso.” GONZALEZ (Daniel), *La Reforma del Proceso Penal en Costa Rica, Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, San José, Impresos Arlito S.A., marzo 1994, p. 16.

² Constitución Política, art 41.

³ Tribunal de Casación Penal, N° 301-2001 del seis de abril del dos mil uno.

Las ventajas de esta salida alternativa al proceso se sintetizan de la siguiente forma: “La ventaja de este tipo de mecanismo consiste en que se pretende procurar a la víctima una satisfacción de sus reclamos de reparación lo más rápida y efectivamente posible”.¹

Lo anterior, es muy relevante para la víctima, así logra hacer efectivos sus derechos reparatorios. Sin embargo, se dice que en el marco de una composición entre el autor y la víctima, solo puede hacer concesiones quien ofrece algo, lo que en el caso de los autores generalmente es muy poco.

En este sentido, José Luis Cambronero², nos dice, que los nuevos tipos de reparación en realidad al que favorecen es al imputado y sólo ayudan a la víctima en el tanto sirve de presión para que el acusado tome la decisión de reparar el daño, el que de todas formas debe indemnizar desde el momento en que cometió el hecho ilícito. La ventaja para el imputado se evidencia en que éste evita la imposición de una pena de prisión o una multa quedando sólo la obligación de la reparación civil. Este mecanismo le tiene que hacer frente a la selectividad del sistema penal, la cual en la mayoría de los casos tiene entre los autores del delito a personas que provienen de grupos sociales

¹ ESSER citado por SÁNCHEZ ROMERO, *op.cit.*, p.212.

² Ver CAMBRONERO, *op.cit.*, pp. 113 - 114.

marginados, carentes de recursos económicos, lo que es un obstáculo para la reparación y podría traer una desigualdad en la aplicación de la reparación del daño favoreciendo a los más adinerados.

Evidentemente, en muchos estudios se ha manifestado que el incremento en los delitos, sobre todo contra la propiedad, coincide con el aumento de la población pobre y su consiguiente reducción de la capacidad de consumo. Sin embargo, se considera que a pesar de que el sistema penal presenta esta situación, la desigualdad entre pobres y ricos a la hora de hacerle frente a una Reparación Integral del Daño podría eliminarse parcialmente con un concepto amplio de reparación que comprenda todo pago, compensación o acuerdo como se verá más adelante.

Esbozados los aspectos preliminares sobre la reparación integral del daño, se procede a identificar la naturaleza de dicho instituto, la que presenta dos posiciones.

B. Naturaleza Jurídica.

Nuestro C.P.P, considera la reparación como una causa de extinción de la acción penal,¹ sin embargo, en la doctrina se discute si debería ser una pena impuesta en forma coactiva por un juez.

Se configuran dos modelos con respecto a la naturaleza jurídica de la reparación: el primero afirma que se trata de una causal de extinción de la acción penal, y el segundo pretende verla como una sanción al lado de las penas y las medidas de seguridad; es decir, como la tercera vía del derecho penal.

Para la primera posición (seguida por nuestra legislación), la reparación integral del daño es una medida que tiene entre sus fines extinguir la acción penal. En este sentido se expresa: “La naturaleza jurídica propia de la reparación integral del daño es extintiva”.²

¹Cf. “Pero nunca, (...) se ha reconocido -como actualmente se hace- la posibilidad de que la indemnización de los daños producidos por la comisión de un ilícito, se den no sólo como complemento de la pena, sino como única pena, es decir, una vez reparado íntegramente el daño ocasionado, se dé por extinguida la acción penal, y todos sus efectos...” VARELA MATA (Fabiola) La Reparación Integral del daño como causal de extinción de la acción penal. San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, p. 4.

²MORA MONTERO (Marlen) Estructura y función de las llamadas salidas alternas en el nuevo proceso penal. San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, p. 145.

Como causa de extinción de la acción penal, la reparación integral del daño, no exige la demostración del hecho acusado, como se dirá más adelante, si es necesario que el mismo sea susceptible de configurar una conducta delictiva, en otras palabras ha de ser un hecho típico; además, debe ser una conducta no autorizada (antijurídica). Tampoco es necesario que el acusado reconozca la comisión del hecho delictivo, por lo que el juez no entra a valorar aspectos de culpabilidad, lo cual es más favorable para el imputado.

De conformidad con lo indicado, una vez que se haya realizado el pago o el cumplimiento efectivo de la reparación, el juez debe proceder a dictar el sobreseimiento definitivo establecido en el art. 311 inciso d) del C.P.P.

El Lic. Máximo Esquivel Carranza opina que la reparación integral del daño es una forma de extinguir la acción penal, una salida alterna al proceso que en cierta forma se puede ver como una salida rápida para darle solución al conflicto.¹

Por otra parte, el segundo modelo (reparación como tercera vía en el derecho) se analiza en forma detallada en el Capítulo segundo, relacionándolo con los fines de la pena para

¹ Entrevista con el Lic. Máximo Esquivel Carranza, Juez del Juzgado Penal de San Ramón, 26 de julio del 2002.

determinar si es viable o no implementarlo en nuestro país. Sin embargo, para introducir el análisis posterior se esbozan algunos aspectos relacionados con ésta posición

En primer lugar, se debe indicar que en caso de plantearse como una tercera vía en derecho penal, es decir, como una pena, cuando se presente una conducta que se presume que es un delito, necesariamente se tienen que analizar aspectos de: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Una vez demostrada la culpabilidad y emitida la sentencia condenatoria, la comisión del ilícito quedaría registrada en los antecedentes criminales del autor del hecho. Si bien es cierto, algunos podrían objetar que como una pena más, también tiene un efecto estigmatizante, no con la magnitud de la pena de prisión o las medidas de seguridad.

En este sentido, Javier Llobet indica. “Tendencias menos radicales, sin llegar a una eliminación del Derecho Penal, han defendido que se permita, principalmente con respecto a la delincuencia de baja y mediana gravedad, la posibilidad de la reparación del daño como supuesto que hace innecesaria la imposición de la pena, dando lugar al sobreseimiento de la causa (...). Se dice que la reparación hace innecesaria la imposición de una pena, surgiendo como una tercera vía

además de las penas y las medidas de seguridad. Lo anterior puesto que realiza un aporte significativo en la recuperación de la paz jurídica(...).¹

Entre los argumentos que Roxin² esboza al analizar si la reparación se puede plantear como tercera vía al lado de las penas y las medidas de seguridad se encuentran:

- Frente a las penas y las medidas de seguridad, la reparación tutela mejor los intereses de la víctima.
- Frente a determinados delitos (considerados de pequeña o mediana criminalidad), en los cuales procede la reparación; ni la víctima ni la colectividad se encuentran interesados en la imposición de una pena.
- La reparación tiene un efecto resocializador ya que hace que el imputado se enfrente a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses de la víctima, lo cual promueve el reconocimiento por parte del delincuente de la norma que violó. Así se procuraría una reconciliación entre el delincuente y la víctima y por último el restablecimiento de la paz jurídica.

¹ Ver LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). Proceso Penal Comentado. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1.998; pp. 87-88.

² ROXIN citado por RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos) ¿Penalización del derecho civil o civilización del derecho penal?. Nuevo Proceso Penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas S.A, 1998, pp. 103-104.

En cuanto al efecto resocializador que se le atribuye a la reparación como tercera vía, el mismo resulta cuando menos discutible, particularmente en nuestro sistema penal. Con la regulación que se le da, no se exige que el imputado reconozca los hechos, ni se demuestra su responsabilidad, solo tiene que pagar una cantidad de dinero, acordada por las partes y homologa por el juez; dándose el sobreseimiento de la causa; lo cual no contribuye a la prevención general.

No se da el juicio de reproche por parte del juez (representando a la sociedad), por lo tanto, el delincuente no ve obstáculos para seguir cometiendo delitos. Lo que en cierta forma se podría ver como una manera de incentivar la comisión de delitos de contenido económico.

Según lo que plantea Roxin, en los países donde se adopte el sistema de la reparación como tercera vía en el derecho penal, al lado de las penas y medidas de seguridad, deberá ser regulada expresamente junto a las otras sanciones como otra posibilidad más, con el objeto de contar con un fundamento legal y constitucional. Lo que genera la resolución del conflicto y la paz jurídica.

Alemania, es uno de los países donde se le ha dado mucha relevancia al debate sobre la reparación del delito como una pena alternativa, una muestra de ello es la elaboración del Proyecto Alternativo sobre la reparación (1992). Tiene como objetivo el sustituir a la pena en los supuestos de delincuencia leve o mediana gravedad y acompañarla en los casos de criminalidad grave, con lo cual se logra minimizar los componentes punitivos y preventivo generales.

Para comprender mejor la Reparación Integral del Daño es necesario examinar la forma en que nuestro legislador la estableció y detallar cada uno de sus componentes, a continuación se procede a analizarlos.

C. Elementos

El instituto de la Reparación Integral del Daño es regulado por el art. 30 inciso j) del C.P.P, reformado mediante Ley N° 8146 del 16 de octubre del 2001¹; se encuentra establecida como una causa de extinción de la acción penal, la cual procede: “Por la reparación integral, a entera satisfacción a la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes

¹ La Gaceta, San José, N° 227, Lunes 26 de noviembre del 2001, p.4.

del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso.

Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados”.¹

Del anterior artículo se pueden extraer los siguientes elementos:

1. Reparación Integral.

Es preciso determinar el concepto etimológico de reparación. Según el Diccionario Jurídico, se define como la: “Indemnización de un perjuicio por el responsable. La reparación puede efectuarse en especie (restablecimiento de la situación anterior), o bien (forma más generalizada), mediante el pago de una suma de dinero, en concepto de indemnización de daños y perjuicios”.²

¹Código Procesal Penal, San José, Ley N° 7594 de 1996, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., quinta edición, 2002, art 30 inc j.

² GARRONE (José Alberto), Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Volumen III, 1986, p. 290.

Este concepto nos muestra las diferentes formas que puede revestir la reparación, ya sea, en especie o pagando la cantidad de dinero acordada por las partes y homologada por el juez, el cual va a tener como parámetros los hechos y las pruebas sobre los daños y perjuicios causados. La reparación no es solo la restitución de la situación al estado anterior, también comprende la indemnización subsidiaria de los daños y perjuicios; al decir daños se refiere tanto a los materiales como a los morales.

El C.P.P califica la reparación como *integral*¹ dicho elemento puede ser analizados en dos sentidos: en *sentido estricto*, implica que cuando el daño se encuentre estimado debe ser reparado en forma total y absoluta (pagar lo que se pueda pagar y reponer las cosas a su estado original cuando las circunstancias lo permitan). Este sentido que se le da al concepto de integral puede dejar de lado otras oportunidades que le pueden interesar a la víctima como la compensación y el acuerdo. En *sentido amplio*, la reparación integral podría comprenderse como todo pago, compensación, o acuerdo que deje satisfecha a la parte que la exige.²

¹ De acuerdo con Llobet: " El concepto de *integral* hace referencia a *total*, ello a diferencia a la reparación simbólica que se autoriza en la suspensión del proceso a prueba (Art. 25 párrafo 2). LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1.998; p 193.

² Ver ISSA EL KHOURY, op.cit., p 203.

De acuerdo con las ideas que rigen el C.P.P., el sentido amplio es el más correcto sobre todo para evitar roces con la Constitución Política, en específico con el principio de igualdad; si consideramos que la reparación comprende la restitución o reposición a la víctima del daño causado, en la mayoría de los casos se presentaría como obstáculo la capacidad económica del imputado.

En este sentido, se propone una interpretación amplia de la reparación integral del daño, así se dice: “(...) el término reparación se utiliza para abarcar aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutorio, compensatorio o indemnizatorio), o material (prestación de un servicio) a favor de la víctima (individual o colectiva)”.¹

Pese a que se propone una interpretación amplia, El gran peligro que se corre con la reparación del daño en los delitos patrimoniales es que se cambia la reparación por una especie de pecuniarización del daño, todo se reduce a dinero.

El Lic. Alfredo Chirino, al preguntarle si en la reparación integral como esta contemplada en nuestro C.P.P, cabe otro tipo

¹ LARRAURI citada por GATGENS, *op.cit.*, p 66.

de arreglo que no sea en dinero, atendiendo al sentido amplio de reparación integral, expreso: “Lo que pasa es que la formula legal es muy amplia pero para evitar complicaciones se reduce a lo económico, es menos complicado. Entonces cabe preguntarse: ¿qué es reparación integral? Implicará daño moral, daño directo, lucro cesante; realmente es muy insustancial la formula y por esto los tribunales y las partes prefieren irse a los más fácil, que es pecuniarizar el conflicto, y allí esta el peligro”¹.

Una vez definidos los conceptos que comprende la reparación integral, se llega a un punto donde se puede poner en tela de duda si la reparación que debe ser *integral*; en la práctica es realmente efectiva o no lo es. Tomando en cuenta lo que enuncia Javier Llobet: “Por reparación del daño se comprende no sólo la restitución al estado anterior, sino también la indemnización subsidiaria de los daños y perjuicios, comprendiendo tanto los daños materiales como los morales”.²

Se observa como dicho concepto tiene un sentido amplio; sobre todo en el caso del daño moral, se debe analizar si efectivamente se cumple con la reparación integral del daño a la

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de septiembre del 2002.

² Ver LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1.998; p 193.

víctima del delito, o si por el contrario, ve vulnerado su derecho resarcitorio, el cual es reconocido tanto por nuestra legislación, como por la normativa internacional que rige la materia. Este aspecto es uno de los que llevará a comprobar una de las hipótesis secundarias, por lo que en el capítulo segundo se analizará la relación de la reparación integral del daño y el daño moral.

Con la reforma introducida al instituto en estudio, se le agrego la frase que indica: “a entera satisfacción de la víctima”, en este sentido, podría decirse que desde la óptica de la víctima si se da la reparación integral, al aceptar su aplicación significa que se encuentra satisfecha con el acuerdo logrado.

Sin embargo, no se pueden dejar de lado, casos en los cuales la víctima se encuentra en una situación de inferioridad económica y que por su necesidad acepta un acuerdo aunque realmente no sea justo; también se pueden presentar casos en los que median amenazas por parte del imputado (**a lo externo del proceso**) presionando a la víctima para que acepte la reparación. Estos son casos en los que en definitiva se estaría llegando a una reparación forzada sin reparar efectivamente el daño causado a la víctima y menos el daño moral. Es necesario

acotar, que durante todo el proceso, **el juez y el Fiscal deben tener una labor de control.**

Seguidamente, se procede a analizar el daño como uno de los conceptos en torno al cual gira la reparación.

2. Daño

El daño es definido como: “(...) lesión, menoscabo, mengua, agravio, de un derecho subjetivo, que genera responsabilidad. En la esfera contractual el daño es presupuesto del resarcimiento”.¹

El daño es uno de los elementos fundamentales que tiene la reparación integral del daño, es a partir del momento en que se cometió el delito y el daño se produce, que se presenta la obligación de reparar a cargo del imputado. El juez debe determinar si existe o no un daño, y que tipo es. Se evidencia una omisión en nuestra legislación, porque, el legislador no determina el tipo de daño que es objeto de la reparación integral.

¹ Ver GARRONE *op.cit.* p. 609.

No obstante lo anterior, en atención a una interpretación integrada del ordenamiento se debe precisar que de acuerdo con la legislación vigente¹, se admite la posibilidad de solicitar la reparación del daño, el cual según los arts. 123,124,125 y 126 del Código Penal de 1971 se refieren a la violación del bien jurídico tutelado por el ordenamiento, y además, a las consecuencias de orden moral y material, es decir, el pago de daño, perjuicios, daño moral y su correspondiente indemnización.

En primer lugar, tenemos el *daño material*, el cual es: “También llamado “daño patrimonial”. Comprende tanto la pérdida sufrida (que como ya se señaló constituye el daño emergente), como la ganancia que se haya dejado de obtener (lucro cesante)”.²

El daño material, sería aquel que repercute en el patrimonio de una persona, ya sea, en forma directa o indirecta, o que afecte un bien jurídico tutelado por la legislación y que posea valor pecuniario.

¹ Reglas vigentes de Responsabilidad Civil, Ley número 4891 del 8 de noviembre de 1971 que deja vigente el título IV, Libro Primero del Código Penal de 1941

² Ver VARELA, *op.cit.*, p. 124.

En segundo lugar, la reparación integral del daño, comprende el *daño moral*, el cual es de difícil valoración. Los daños que abarca, podrían ser más profundos y tener mayores secuelas en la víctima; ya que, comprende entre otros aspectos: los sentimientos, el decoro, la tranquilidad, el honor, la reputación, el buen nombre, la fama, la intimidad, etc.; de una persona. Que se pueden ver afectados por un delito que ocasione un daño sobre estos bienes de carácter extrapatrimonial.

Luis Rodríguez Manzanera nos dice: “Aunque las pérdidas materiales y económicas son más difíciles de calcular, y quizá por esto son las que generalmente se ocupa el juzgador, no pueden olvidarse los daños morales, pues los menoscabos psicológicos y sociales son en ocasiones más graves, y producen efectos más profundos y duraderos en las víctimas”.¹

Es por lo citado anteriormente, que se le debe dar un tratamiento más profundo al daño moral, relacionándolo con la reparación integral del daño, lo cual se hará en el siguiente capítulo; es allí donde se determinará si la reparación integral del daño es o no efectiva para reparar éste tipo de daños.

¹ RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis) *La Reparación del Daño. Víctima y Proceso Penal Costarricense*, San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2000, p. 412.

Es preciso determinar que se entiende por *daños y perjuicios*, en este sentido, Brenes Córdoba expone: “El daño es la pérdida sufrida; el perjuicio es la ganancia que deja de producirse”.¹

En este sentido podría decirse que en un delito de contenido patrimonial (tipo de delitos al que se le aplica la reparación integral del daño), por ejemplo: el hurto, el robo, la defraudación fiscal, etc. El daño sería la pérdida de bienes o dinero y el perjuicio la ganancia que no se percibió por no tener dichos bienes a nuestro alcance.

Por último, debemos indicar que se entiende por *daño resarcible*, que es el que va a ser objeto de la reparación integral del daño, Roberto Brebbia, nos dice: “(...) debe entenderse por daño resarcible la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto, producida por un hecho voluntario de otro, que engendra a favor de la persona agraviada la facultad de obtener una reparación de parte del sujeto a quien la norma le imputa el referido hecho dañoso”.²

¹ BRENES CÓRDOBA (Alberto), Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, Editorial INS, 1984, P. 146.

² BREBBIA (Roberto), El Daño Moral: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, Argentina, Ediciones Jurídicas Orbir, Segunda Edición, 1967, pp.41-42.

Se concluye, que el daño al que se refiere la reparación integral debe interpretarse en sentido amplio tomando en cuenta las normas vigentes del Código Penal de 1971 y la jurisprudencia, comprendiendo así tanto el daño material, perjuicios y el daño moral.

De seguido se mencionan los sujetos que pueden sufrir el daño, el legislador indica: “la reparación integral del daño particular o social causado”.

3- Reparación Particular o Social

El legislador estableció dos tipos de sujetos susceptibles, víctimas del daño: el daño particular o social. Al indicar daño particular se refiere al sufrido por el damnificado del hecho ilícito; que se trata del sujeto que sufrió el daño.

La Sala Tercera analizando el concepto de damnificado ha expresado: “*Damnificado es la persona a la que el hecho delictivo le ha causado de manera directa un perjuicio sujeto a restitución, reposición o indemnización*”.¹

¹ Sala Tercera, N° 267 de 9 H del 14 de junio de 1991.

La legislación costarricense menciona al damnificado en su art. 37 C.P.P. como legitimado para interponer la acción civil resarcitoria. Dicho concepto debe diferenciarse del sujeto pasivo del delito y de la víctima, debido a que, es más amplio que los dos anteriores.

Analizando los sujetos legitimados para interponer la acción civil resarcitoria, Juan Marcos Rivero expresa: “Lo correcto es estimar que el concepto de damnificado tiene un sentido amplio y se refiere a todo aquel que haya sido perjudicado en sus derechos e intereses legítimos por la acción dañosa. Por otra parte, es evidente que damnificado puede ser también una persona jurídica, colectiva o moral, pues éstas también pueden sufrir un daño material o incluso moral, derivado éste último por el daño al “honor objetivo”, “imagen” o “crédito mercantil” que tenga la entidad en la sociedad”.¹

El daño particular no presenta ningún problema en la práctica, se trata del sujeto o los sujetos que sufrieron daño en sus derechos e intereses legítimos tutelados por el ordenamiento jurídico y que merecen reparación de acuerdo con el art. 41 de nuestra Constitución Política.

¹ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos), Los sujetos de la Acción Civil Resarcitoria.. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, p. 381.

En cuanto al daño social, éste se refiere al daño producido por delitos que afecten intereses colectivos o difusos (además de la figura en estudio, también se establecen en el art. 38. y 70 del C.P.P. En este orden de ideas, Henry Issa expresa: “En cuanto al daño social pueden existir dos posibilidades: que se refiera a bienes jurídicos de los llamados colectivos, o que se refiera a la violación de bienes jurídicos individuales con repercusiones sociales o de impacto social”.¹

Además, el art. 38 C.P.P. establece la acción civil por daño social, nuestro C.P.P. regula los intereses colectivos y difusos en el art. 70 que dispone: “Se considera víctima: d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses”.²

Nuestros tribunales también han tratado el tema de los intereses difusos, el Tribunal de Casación Penal en uno de sus fallos indicó: *“El concepto que ofrecería mayor dificultad es el de «daño social», porque podría considerarse que se trata de la lesión al patrimonio estatal; sin embargo, el art. 38 del c.p.p. define el daño social como la afectación de un interés colectivo o difuso. Ahora bien, el interés colectivo surge como consecuencia de la*

¹ Ver ISSA EL KHOURY, *op. cit.*, p 204.

² Código Procesal Penal, art 70.

lesión de bienes jurídicos que afectan un grupo humano determinado y sin representación, no se trata de una entidad oficial o estatal y por lo mismo se consideran víctimas las asociaciones ligadas a esos intereses (art. 70.d, c.p.p.) que asuman ese rol para la constitución como actor civil o querellante; se descarta como daño social, en consecuencia, la lesión a entidades oficiales y entre ellas las municipalidades... el interés difuso lo tiene una persona individual o un grupo indeterminado de personas, por ser cada una de ellas lesionada directamente por el hecho delictivo; al igual que en el caso del interés colectivo, la representación de los intereses difusos corresponde a las organizaciones privadas ligadas a ese interés y deseen figurar como querellante o actor civil (art. 70.d c.p.p.)... los hecho (sic) atribuidos a Ch. y A. no son susceptibles de resolver por la reparación integral del daño, igual que no puede aplicarse esta alternativa del proceso penal a delitos cometidos contra las instituciones públicas. Dos son los criterios para tal aseveración: (i) la naturaleza del sujeto pasivo (daño particular o social [interés colectivo o difuso]) y (ii) el bien jurídico tutelado por los delitos de contenido patrimonial¹.

¹ Tribunal de Casación Penal, Nº 243 del 25 junio de 1999.

En este fallo se descarta como daño social la lesión a entidades oficiales, entre ellas las municipalidades, ya que, el interés difuso lo va a tener una persona individual o un grupo indeterminado de personas, por ser cada una de ellas lesionada directamente por el hecho delictivo.

Cuando el artículo 30 inciso j) del C.P.P establece daño particular o social se refiere al daño sufrido por él o los sujetos que sufrieron daño en sus derechos e intereses legítimos y también a los casos de intereses colectivos o difusos.

4- Tiempo Procesal

El C.P.P establece que la reparación integral del daño debe **realizarse antes del juicio oral** y no hay excepción a esta regla, excepto los casos de transición al código procesal penal de 1996.¹

En este sentido, nuestra Sala Constitucional en el Voto N° 4983 de las 14:51 horas del 28 de junio del 2000, indico: “(...) *En esta decisión(...) se consideró que los institutos establecidos o*

¹ Cf. Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia, N° 00178 de las 9 H.15 del 16 de febrero del 2001. Dicha resolución establece: “ Esto significa, que en estos casos excepcionales (de transición al nuevo régimen procesal), aunque lo normal es que el Tribunal se constituya para realizar el debate y ahí, al inicio las partes propongan alguna solución alternativa, nada obsta para que, estando la causa en conocimiento del Tribunal, alguna gestione la aplicación de aquellos institutos, antes y en lugar del debate...”

incorporados como una salida u opción alternativa al procedimiento ordinario, solo podían ser gestionados (solicitados) en la etapa procesal respectiva, es decir en el momento previsto normativamente para ello, y nunca tiempo después. (...) como todo instituto procesal, el de las medidas alternas no puede quedar librado de regulaciones para ser utilizado por las partes a discreción; esta última idea resulta extraña a la propia noción de un sistema procesal ordenado y posiblemente tiene su origen cuando se otorga a la búsqueda de la resolución del conflicto entre las partes, en cuanto fin del proceso, una relevancia mayor a la que le corresponde dentro del sistema. Desde tal perspectiva no resulta irrazonable establecer plazos finales para el cumplimiento de las diferentes actuaciones y etapas con tal de que ellas no perjudiquen lo constituye el interés principal del proceso ni sus ritualidades esenciales”.¹

De esta forma, durante el transcurso del proceso, concretamente desde el momento en que se interpone la acusación o la querrela incluso hasta el momento en que el imputado realice la declaración en juicio se puede plantear la reparación integral del daño. Así se desprende del extracto de la circular N° 20 de la Fiscalía General de la República: “(...)en aplicación de los Principios de Interpretación Restrictiva y

¹ Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia. N° 489 de las 9 H. 40 del 25 de mayo del 2001.

Solución del Conflicto contenidos en los artículos 2 y 7 del citado cuerpo normativo, los cuales llevan a concluir que antes de la realización del juicio oral, las partes tienen amplia libertad para producir y aceptar la reparación integral del daño, todo en procura de restaurar la armonía social; ya sea mediante escrito presentado al tribunal, mediante manifestación recibida en el despacho, mediante una audiencia oral celebrada con ese fin, mediante una acta realizada ante el Ministerio público o mediante cualquier otro medio que el tribunal estime pertinente”.¹

La etapa procesal para solicitar la reparación es la siguiente:

a) Procedimiento Ordinario:

El art. 303 del C.P.P establece: “Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio”.² Relacionando éste artículo con el 316 del mismo cuerpo legal, se observa que el tribunal tiene el deber de notificar a las partes las actuaciones y

¹ Fiscalía General de la República, Circular 20 del 2002: Procedencia de la Reparación Integral del Daño en etapa de juicio.

² Código Procesal Penal, art 303

evidencias recabadas durante la investigación, lo anterior es de importancia porque garantiza el derecho de defensa de las partes, al tener un plazo de cinco días para examinar los resultados de la investigación, y así solicitar la salida alternativa que este acorde son su situación y que le sea más ventajosa. En este sentido, el imputado podría solicitar la reparación integral del daño y el momento oportuno para dicha solicitud incluso hasta antes de efectuarse la declaración del imputado en el juicio oral.

b) Querella:

Regulada en el art. 380 y sgts., el tiempo procesal comprende el período transcurrido entre la presentación de la querella y la declaración del imputado en el juicio.

c) Procedimiento para juzgar contravenciones

El art 404 C.P.P, presenta la siguiente interrogante: ¿se puede o no aplicar ésta salida alterna en las contravenciones? Henry Issa llega a la conclusión de que si se puede aplicar, porque la contravención es violatoria y hace peligrar en forma significativa el bien jurídico tutelado dando lugar al daño. Por lo tanto, el momento para reparar el daño se inicia una vez

intentado el acuerdo de conciliación sin llegar a producirse. (Art. 404).

No obstante, en una consulta realizada al Lic. Daniel Hernández éste considera que habría que analizar el tipo de contravención, porque la sanción que generalmente se impone es la condena de multa y la imposición de daños y perjuicios. Se tiene como consecuencia que en muchas oportunidades ni la multa es cancelada, por lo que la reparación integral del daño vendría a ser inoperante. Sería importante la aplicación de este instituto en el art. 386 inc. 6 del C.P.: abandono dañino de animales. Como por ejemplo: si se encuentra un animal en la carretera y un vehículo choca con él; o bien, cuando se ha sembrado algún producto y un animal destruye la plantación, ello generaría pérdidas cuantiosas, que pueden ser susceptible de reparación integral del daño¹.

A continuación se exponen que tipo de delito en específico es en los que se permite utilizar la reparación integral del daño.

¹ Consulta con el Lic. Daniel Hernández, Juez Contravencional de Menor Cuantía de San Ramón, el 15 de octubre de 2002.

5- Hecho Generador

El C.P.P al regular la figura de la reparación integral del daño establece que se puede presentar en: "(...)delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las persona o en delitos culposos(...)"¹

En primer lugar, en el caso de los *delitos de contenido patrimonial* es preciso determinar que se entiende por patrimonio y por delito de contenido patrimonial; en éste sentido, la Sala Tercera ha analizado estos conceptos como se desprende de los extractos de su voto número 816-98 que a continuación se exponen: " según consigna el *Diccionario de la Real Academia Española*, el término "patrimonio" en una de sus acepciones, constituye: "Bienes propios adquiridos por cualquier título", mientras que en sentido amplio, la voz "patrimonio" se define: "... como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero" (Muñoz Conde, *Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 9a. edición; 1.993, pág. 214*); sin embargo: "A los fines del Derecho Penal, forman parte del patrimonio no sólo los derechos reales, sino también las obligaciones. También es

¹ Código Procesal Penal, art. 30 inciso j)

elemento integrante del patrimonio, al menos en sentido jurídico penal, la posesión, que es una relación fáctica que liga al sujeto con una cosa"(Muñoz Conde, Francisco. *Op. cit.*, pág. 213). *"Por delito de contenido patrimonial se entiende aquél cuyo dolo directo de primer grado está dirigido a afectar (sic) patrimonio particular o estatal, comprendiendo no solamente los delitos de la delincuencia tradicional en contra de la propiedad (por ejemplo el hurto), sino también delitos como el de peculado y de defraudación fiscal(...)"*.¹

Nuestros tribunales, adoptan un concepto amplio de patrimonio, abarca tanto los derechos reales, su posesión y las obligaciones. También incluye, delitos cometidos contra la hacienda pública como: contrabando, malversación de fondos, peculado, fraudes, defraudación fiscal, etc.

Aunque nuestros tribunales reconozcan que se puede aplicar la reparación integral del daño en este tipo de delitos; en el Consejo de Gobierno realizado el martes 9 de julio del 2002 se emitió una directriz que le prohíbe a la Procuraduría General de la República llegar a arreglos judiciales en delitos contra el patrimonio estatal, en este sentido, Abel Pacheco, Presidente de la República expresó: "(...)se evitará que los imputados puedan

¹ Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 816 de las 9 H 5 m del 28 de agosto de 1998.

solucionar su situación con convenios económicos que, en muchas ocasiones, no corresponden a la magnitud del daño cometido contra el Estado. Se detecta un contrabando por \$1.000 millones y el asunto se arregla por un millón”.¹

Por su parte el Ministro de Justicia, José Miguel Villalobos manifestó: “(...) la administración estatal no debe recurrir a los arreglos porque los bienes afectados son públicos. El Estado no es dueño de los bienes, como para decir que perdona el ilícito si se le indemniza con una suma de dinero.(....) en estos arreglos lo que esta en juego no es dinero, sino valores de mayor trascendencia, como la decencia estatal”.²

Se evidencia el juego de poder económico de grandes empresarios, como por ejemplo: un caso en el que el Estado admitió el pago de \$200 millones como un arreglo en un asunto de defraudación con CAT por una suma de \$1.085 millones, dicho arreglo parece ridículo y una burla para el Estado y para el Poder Judicial, ya que, es desproporcionado con el daño causado y en este mismo sentido se podrían mencionar otros caso cuestionados como el caso Marshall o el caso Castro³. En este punto, cabe preguntarse ¿Cómo es posible que los

¹ *La Nación* (periódico), miércoles 10 de julio del 2002, p.10 A.

² *Ibid.*

³ *Al Día* (periódico), domingo 21 de julio del 2002, p.8.

abogados del Estado acepten acuerdos desproporcionados, que van en contra de la Hacienda Pública, sobre todo con una situación económica como la de nuestro país, donde actualmente se esta analizando la forma de hacerle frente al déficit fiscal?

En entrevista realizada al Lic. José Enrique Castro Marín¹, coordinador del área penal de la Procuraduría General de la República, explicó la situación que se presentaba con anterioridad a la directriz supra mencionada e indicó: que la Procuraduría se encuentra facultada para intervenir en los procesos conciliatorios y demás medidas alternativas al proceso penal, en cuenta la reparación integral del daño. Sin embargo, anteriormente para poder participar se necesitaba la autorización previa del Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido en el art. 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley N °6815 del 27 de septiembre de 1982; pero es con el Decreto N° 27514-J que reglamenta éste artículo 20 que se elimina la autorización.

En dicho Decreto, su art. 3 estableció: “Para posibilitar la concreción de acuerdos conciliatorios adecuados y demás

¹ Entrevista con el Lic. José Enrique Castro Marín, Coordinador del área penal de la Procuraduría General de la República, 26 de julio del 2002.

medidas alternativas, la Procuraduría General de la República contará con la colaboración del personal técnico especializado de la administración activa, designado por el Órgano involucrado. Para efectos de la Procuraduría General de la República, en todos los casos, el arreglo conciliatorio y demás medidas alternativas que se aprueben, en el proceso respectivo, deberán ser avaladas por el asesor técnico designado”.¹

Esta fue una medida muy acertada, ya que al solicitar autorización al Poder Ejecutivo, los asuntos penales se atrasaban aún más en espera de dicha autorización, situación que no se presenta con el asesor técnico, el cual, además, cuenta con conocimientos en el área específica involucrada en el proceso sujeto a una salida alterna.

Es por la existencia de éste decreto, que reglamenta la facultad de la Procuraduría General de la República para participar en conciliaciones y salidas alternas al proceso, que los abogados del gobierno opinan que la directriz o acuerdo del Consejo de Gobierno es insuficiente para introducir la limitación propuesta, porque, sería necesario derogar dicho reglamento²

¹ Decreto N° 27514-J, de 30 de noviembre de 1998.

² Al Día (periódico), domingo 21 de julio del 2002, p. 8.

Se estima, que dicho criterio es acertado, para derogar algún precepto legal debe ser con una disposición de igual rango y no como se pretende al querer dejar sin efecto un decreto por medio de una directriz. Por lo tanto, se debe esperar para saber que rumbo toma dicha situación, sobre todo por la divergencia de criterios que implica.

Siguiendo con el análisis de los delitos de contenido patrimonial, el Tribunal de Casación Penal expreso: *“Por su parte, los «delitos de contenido patrimonial» tutelan el bien jurídico propiedad, entre ellos el hurto, robo, extorsión, secuestro, estafa, fraude de simulación, apropiación indebida, administración fraudulenta, usurpación y daños p.e. Pero el peculado y el uso de documento falso, se ubican entre los «delitos contra los deberes de la función pública» el primero y entre los «delitos contra la fe pública» el segundo, esto es el bien jurídico tutelado por la figura del peculado no es el patrimonio o la propiedad, sino el adecuado cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, y el que tutela el uso de documento falso es la confianza pública representada por un documento”*.¹

En los supuestos donde el delito afectó varios bienes jurídicos, y no se tiene claro si es un delito de contenido

¹ Tribunal de Casación Penal, N° 243 del 25 junio de 1999.

patrimonial o no, éste mismo tribunal expreso: *“Hay delitos que tutelan varios bienes jurídicos, pero uno de ellos predomina sobre los otros y es su rector, así p.e. el libramiento de cheque sin fondos (art. 243, c.p.) protege el patrimonio del tomador del título y la confianza y buena fe de los negocios, pero predomina este último, de donde no se clasifica como un delito de carácter patrimonial. En el caso del peculado, además de tutelar los deberes de la función pública protege el patrimonio estatal, pero el rector es el primero por lo que no podría clasificarse como delito de carácter patrimonial”*.¹

De éste fallo se desprende que en éstos casos, el principio rector es el bien jurídico que prevalece sobre el otro, dicho bien vendrá a establecer la naturaleza del delito. De esta forma, se podrá determinar si es patrimonial y, por consiguiente, si se puede aplicar la reparación integral del daño, una vez analizado si cumple o no con los otros requisitos de la figura.

Por su parte Henry Issa² analizando el C.P propone la siguiente lista de delitos patrimoniales sin grave violencia sobre las personas:

- Hurtos (arts 208-211)

¹ Ibid.

² Ver ISSA EL KHOURY, op.cit., p 206.

- Robo con fuerza sobre las cosas (arts 212-213)
- Estafas y estelionatos (arts 216-217 y 220-221)
- Administración fraudulenta (arts 22-224)
- usurpaciones (arts 225-227)
- Daños (arts 228-229)

También se deben tomar en consideración otros delitos creados por leyes especiales a efectos de evaluar si cumplen con el requisito de contenido patrimonial que dispone el art. 30 inciso j) del C.P.P.

Otro de los requisitos que el tribunal se encuentra en la obligación de analizar, es el que establece el C.P.P al indicar que la reparación procede en delitos de contenido patrimonial **sin grave violencia sobre las personas.**

Éste concepto presenta poca claridad, debido a que es indeterminado por lo que lleva a una inseguridad jurídica. Sin embargo, nuestros tribunales han emitido ciertas pautas para determinar en que casos la violencia se puede calificar como grave.

En éste sentido, la Sala Tercera ha dicho: *“Nótese que por "grave" se entiende "grande, de mucha entidad o importancia"*

(Real Academia Española. Diccionario..., I.I, p.1.057). El asunto debe ser resuelto caso por caso. Sin embargo pueden darse ciertos parámetros generales. Es claro que quedarían comprendidos los supuestos de arrebató, puesto que la misma legislación penal los considera como de violencia sobre las personas de poca gravedad siempre que la incapacidad producida no sea superior a diez días (Art. 212 inciso 3) C.P. de 1.970¹.

En algunos supuestos como el anterior, se recurre a la incapacidad que produce la violencia para determinar si ésta es grave o no. En los casos de robos con utilización de armas también se ha considerado que existe violencia grave sobre las personas.

Para tener más claro en que casos se presenta la violencia grave sobre las personas, se deben tomar en cuenta una serie de elementos (presentes en cada caso específico), como la ha indicado la Sala Tercera al señalar: *“La medida en cuestión está reservada, efectivamente, para delitos en que el sujeto activo no haya empleado “grave violencia sobre las personas” (art. 30.j ibídem). Claro está que esta circunstancia tendrá que ser apreciada en cada caso concreto. A esos efectos deberá tomarse*

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 816 de las 9H 5m del 28 de agosto de 1998.

en cuenta las condiciones personales de la víctima (niño o anciano, adulta o joven, valetudinaria, entre otras) y las particulares características del ofensor que pudieran determinar una diferencia física importante con respecto a aquélla; si el hecho fue cometido con armas o sin ellas; si se dio en condiciones ventajosas para el autor o partícipe (ataque sorpresivo, al acecho o en despoblado); la utilización de drogas o sustancias facilitadoras para la ejecución del plan delictivo; el tipo de lesión causada al ofendido; el número de intervinientes y cantidad de víctimas; la importancia de la lesión patrimonial inferida. Estas y otras circunstancias podrían objetivamente emerger en un suceso de la naturaleza como el investigado, de manera que permita al juzgador establecer un marco referencial de importancia a los fines de ponderar la gravedad de la violencia empleada sobre las personas, y de ese modo valorar si resultaría procedente acoger o no la propuesta reparatoria”.¹

Es sumamente importante que en los despachos judiciales se tomen en cuenta cada uno de los elementos citados anteriormente, hacerlo de otra forma daría lugar a una errónea apreciación de la violencia grave sobre las personas; lo cual vendría a tener consecuencias negativas para la víctima porque se utilizaría la reparación integral del daño, la que

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 1350 de las 8 H 45 m del 29 de octubre de 1999.

podría ser desproporcional en relación con el daño (material y moral) sufrido por la misma, producto de la violencia ejercida por el imputado.

En relación con el daño moral es relevante el criterio emitido por la Sala Tercera, que ha expresado: *“En cuanto a la pretensión de que se declare la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño, no es atendible, pues esta Sala ya ha señalado que grave violencia sobre las personas no sólo es la física, sino también la intimidación o violencia moral (cfr. Sala Tercera, N° 990-98 de las 8:55 hrs. del 16 de octubre)”*.¹

En el fallo citado, se nota la presencia de la tendencia a abarcar el aspecto moral, al igual que lo hace la legislación al incluir la reparación del daño moral.

Otro punto que no puede quedar por fuera son los casos en los que la violencia no se llega a materializar. En relación con éste aspecto Javier Llobet expone: “Criterio importante, aunque insuficiente, es el propuesto por Henry Issa, cuando dice que deben estimarse como de violencia grave, cuando en la ejecución del delito patrimonial se produjeren lesiones graves (o gravísimas) al ofendido (Arts. 123-124 C.P. de 1.970). Es claro

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 178 de las 10 H 41 m del 12 de febrero de 1999.

que en tales supuestos se excluye la posibilidad del sobreseimiento por reparación integral del daño. Sin embargo, el criterio resulta insuficiente, puesto que parte de los parámetros del delito de lesiones consumadas, pero la violencia física en los delitos de contenido patrimonial no necesariamente se expresa a través de la realización material de lesiones. Téngase en cuenta por ejemplo los supuestos del robo con intimidación, en el que la violencia moral no lleva a la producción de lesiones. En esos supuestos, la gravedad debe apreciarse en relación con la gravedad del mal amenazado”.¹

Aunque el término de grave violencia sobre las personas es indeterminado, nuestros tribunales² se han esmerado en establecer los aspectos a tomar en consideración a la hora de analizar cada caso y ver si procede o no la reparación integral del daño, lo que viene a llenar el vacío existente en nuestra legislación con respecto a éste elemento.

“ Otro de los supuestos establecidos en la norma en estudio es el caso de los **delitos culposos**. Por delito culposo se entiende, aquellos: “en los que la finalidad del autor no se dirige

¹ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1.998; p. 197.

²La Sala Tercera ha expresado: “ (...) debe entenderse esa "grave violencia", como una acción importante que afecta física, moral o psicológicamente al ofendido, lo cual debe apreciar el criterio razonado y razonable de quien resuelva, empleando las reglas del correcto entendimiento humano.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 816 de las 9H 5m del 28 de agosto de 1998.

a la realización del tipo, pero ésta se cumple como consecuencia de la negligencia, es decir, la falta de cuidado observada por el autor”.¹

Javier Llobet dice. “Se admite ello en todos los delitos culposos y no solamente en los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas”.²

Del análisis del C.P se pueden extraer los siguientes delitos culposos:

- Homicidio Culposo (art 117)
- Aborto Culposo (art 122)
- Lesiones Culposas (art 128)
- Responsabilidad del Funcionario Público (art 179 párrafo final)
- Quiebra Culposa (art 232)
- Desastre Culposo (art 247)
- Desastre por Culpa (art 252)
- Peligro de accidente Culposo (art 253)
- Responsabilidad por Culpa (art 263)
- Caso Culposo, en delitos contra la salud pública(art 270)

¹ BACIGALUPO (Enrique). Lineamientos de la Teoría del Delito, San José, Editorial Juricentro, 2^{da} Edición, p. 129.

² LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p198.

- Revelación por Culpa (art 285)
- Facilitación Culposa, en delitos contra la autoridad pública (art 312)
- Evasión por Culpa (art 326)
- Facilitación Culposa de sustracciones (art 353)
- Delitos Culposos creados por leyes especiales.

Una vez analizados los tipos de delitos en los que se puede emplear la reparación integral del daño, se debe examinar la frase del C.P.P. que dice: “(...) siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso”.¹ A continuación se exponen los criterios jurisprudenciales, normativos y doctrinarios con respecto a éste punto.

6- Aceptación de la Víctima o el Ministerio Público

Al considerar éste requisito, la Sala Tercera ha indicado: “(...) *esta última frase exige la necesidad de hacer una distinción entre los supuestos en los que sólo existe una víctima plenamente identificada e individualizada, cuya voluntad será suficiente para perfeccionar la extinción de la acción penal por reparación integral del daño, de aquellos que afectan bienes colectivos o*

¹ Código Procesal Penal, art 30 inciso j

difusos, en los que debe concurrir necesariamente la voluntad del Ministerio Público; e incluso también, debe agregarse una tercera categoría referida a casos como el presente, cuando el delito es pluriofensivo y afecta tanto bienes individuales y personalizados, como también otros de interés general y colectivo. Cabe agregar además, que cuando los bienes son de carácter estatal corresponde exigir incluso la voluntad de la Procuraduría General de la República, en su carácter de representante legal de la parte ofendida”.¹

Cuando se trata de casos donde la víctima se encuentra identificada e individualizada, le corresponde a ésta admitir o no la aplicación de la reparación integral del daño. Se considera que el legislador debió utilizar el término víctima o damnificado en lugar de utilizar solo víctima, ya que, se podría prestar a confusiones, porque, establece el término daño social, que como anteriormente se expuso, se refiere al damnificado (concepto más amplio que el de víctima), y se podrían dejar por fuera otros sujetos que si comprende el término damnificado.

En los casos donde le corresponde al M.P admitir la reparación integral del daño es en los que se afectan bienes

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1293 de las 9 H 25 m del 15 de octubre de 1999, C.S.J contra Banco Nacional de Costa Rica. Ver en sentido similar la Resolución N°1083 10H 30M del 26 de agosto de 1999 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

colectivos o difusos. Se presenta otro caso más cuando el delito es pluriofensivo y afecta bienes individuales y otros de interés general y colectivo. Y según estableció la Sala Tercera en el fallo supra citado, cuando los bienes son de carácter estatal corresponde exigir incluso la voluntad de la Procuraduría General de la República por ser la representante legal del Estado.

En éste punto, se presentan diferentes opiniones, como la de Javier Llobet que formula: “Lo anterior a pesar de que el código mencione al Ministerio Público y no a la Procuraduría como al que le corresponde admitir la reparación. Sin embargo, dicha interpretación en definitiva va en contra del texto de la ley, la que le otorga al Ministerio Público la admisión de la reparación (Art 2 C.P.P). Por otro lado, no debe olvidarse que tanto el M.P. como la Procuraduría son representantes del Estado, y que la reparación aceptada tienen por efecto la extinción de la acción penal, resultando que es el M.P. al que le corresponde fundamentalmente lo relativo a la promoción y ejercicio de la acción penal (Art.16 C.P.P). Por ello no es ilógico que sea el M.P. y no la Procuraduría quien admita la reparación”.¹

¹ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p 199.

Se considera equívoca la opinión de Llobet, porque no obstante que el C.P.P establece en su art. 16 que es al M.P. al que le corresponde fundamentalmente lo relativo a la promoción y ejercicio de la acción penal, en el párrafo final de éste artículo dispone: “En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre y la hacienda pública, la Procuraduría General de la Republica también podrá ejercer directamente esa acción, sin estar subordinada a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que se inicien por acción de esa Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que este Código le concede al Ministerio Público”.¹

Del análisis del anterior artículo se puede extraer que la Procuraduría General de la Republica esta legitimada para ejercer la acción cuando se trate de bienes de carácter estatal sin estar subordinada a actuaciones o decisiones del M.P por lo tanto no se podría pretender que la Procuraduría admita que sea el M.P el que ocupando su lugar consienta la aplicación de la reparación.

¹ Código Procesal Penal, art 16.

En este sentido, y realizando una interpretación armónica de la legislación y la jurisprudencia, con respecto a la posibilidad de que la Procuraduría se encuentre legitimada o no para admitir la reparación, y en atención a lo dispuesto en el artículo 16 supra citado, el art.2 que establece la interpretación restrictiva de las disposiciones legales que limiten el ejercicio de un poder de algún sujeto del proceso; y el art. 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que faculta a esta entidad a participar en éste tipo de salida alterna al proceso; se debe indicar que sí es posible que la Procuraduría como parte en el proceso admita la reparación integral del daño.

El consentimiento de la víctima debe reunir ciertos requisitos, la Sala Tercera en el voto N° 1350 expreso: “(...) *la necesaria concurrencia de la víctima para otorgar el consentimiento, libre y voluntario, sobre el pago integral del daño como medida alternativa para solucionar el conflicto*”.¹

No puede ser un consentimiento viciado, ya sea, con error, fuerza o miedo grave, intimidación, etc. No debe existir ninguna presión del imputado o de las otras partes que intervienen en el proceso, debido a que la víctima se encuentra en una posición

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1350 de las 8 H 45 m del 29 de octubre de 1999.

más vulnerable por el daño sufrido y la victimización secundaria de la que es objeto. Además, el consentimiento de la víctima trae importantes consecuencias porque al admitir la reparación esta renunciando a cualquier reclamo posterior en la vía civil.

En los casos en los cuales por alguna razón de peso la víctima no se pueda hacer presente, la Sala tercera en el fallo citado exteriorizó que le corresponde al M.P. admitir la reparación integral del daño, en éste sentido indicó: “(...) *de no ser posible contar con la participación de la víctima a esos efectos, ese ente le sustituiría a los fines de asentir la reparación integral, si procediera*”.¹

Otro de los aspectos importantes ha analizar es el que establecía el art. 30 inciso j del C.P.P en su párrafo final (agregado por Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997), al decir: “Esta causal solamente se puede aplicar a una persona por una sola vez. Para ello el Registro Judicial llevará un registro de los beneficiados con esta norma. Una vez que pasen diez años sin cometer un hecho delictivo, se cancela el asiento correspondiente”. Dicho Plazo fue reducido a cinco años por medio de la reforma introducida por la Ley N° 8146 del 16 de octubre del 2001

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1350 de las 8 H 45 m del 29 de octubre de 1999.

Con respecto a éste asunto, Javier Llobet expone: “Se trata de una norma de dudosa constitucionalidad, siendo absolutamente inaceptable, máxime que basta el acuerdo entre imputado y víctima, sin que se tenga siquiera que hacer una valoración sobre la situación probatoria del asunto, resultando que inclusive ni siquiera el acuerdo implica un reconocimiento de la autoría por el imputado en cuanto a su responsabilidad. Sin embargo, debe hacerse la observación que si el imputado y la víctima se pusieron de acuerdo con respecto a la reparación integral del daño conforme a las reglas de la conciliación (Art. 36 C.P.P.), no rige la limitación que se establece en el artículo en comentario”.¹

Por último debemos indicar que el efecto principal que tiene éste instituto es el de extinguir la acción penal, así lo ha indicado la Sala Tercera al sostener: “(...) *La disposición de tipo general sobre la posibilidad de reparar íntegramente el daño patrimonial causado para generar como consecuencia la extinción de la acción penal(...)*”.²

De seguido se procede a analizar la relación de la reparación integral del daño con la Suspensión del

¹ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 199.

² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 1521 de las 9 H 20 m del 26 de noviembre de 1999.

Procedimiento a Prueba, la Conciliación, la Pena de
Compensación Pecuniaria y la Acción Civil Resarcitoria.

SECCION TERCERA

RELACIÓN DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO CON OTROS INSTITUTOS.

Es primordial analizar las diferencias y semejanzas que presenta la reparación integral del daño con otras salidas alternas al proceso.

A. Suspensión del Procedimiento a Prueba

La suspensión del procedimiento a prueba es una salida alterna al proceso, que lo suspende durante un plazo de tiempo determinado, concedido por el tribunal, durante el cual el imputado deberá cumplir con ciertas condiciones (art. 26 del C.P.P), entre éstas se destaca: la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Vencido el plazo si el imputado ha cumplido las condiciones satisfactoriamente, se dicta el sobreseimiento en su favor produciéndose la extinción

de la acción penal. En caso contrario o si el imputado comete un nuevo delito la persecución penal continúa.

Se encuentra regulada en el art. 25 del C.P.P, el cual fue reformado mediante Ley N° 7594, del 10 de abril de 1996; que establece: “Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la Suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida o con la extinción de la acción penal por reparación del daño(...)”.¹

De éste párrafo se desprende la primera diferencia con la reparación integral del daño. La procedencia o no de la suspensión del procedimiento a prueba se orienta a la pena y no a la clase de delito como lo hace la reparación. Además, éste instituto le permite a la víctima acudir a la vía civil a plantear sus pretensiones reparatorias, contrario a la reparación integral del daño la cual no deja abierta esa posibilidad.

En segundo lugar, cabe resaltar que una semejanza entre la suspensión del procedimiento a prueba y el sobreseimiento

¹ Código Procesal Penal, art 25.

por reparación integral del daño (Art. 30 inciso j), es que este último exige que la víctima acepte la reparación, de modo que sin ésta no es posible dictar dicho sobreseimiento. Y en la Suspensión del procedimiento a prueba, con la reforma introducida se establece que el plan de reparación debe ser a entera satisfacción de la víctima.

Por otra parte, éste último tiene por objetivo evitar la imposición de una pena mediante la aplicación de un criterio de oportunidad y también extingue la acción penal al igual que la reparación. Algunos autores afirman que la Suspensión del Procedimiento a Prueba puede cumplir funciones de prevención especial; debido a que la amenaza de imponer una pena, en caso de que se incumpla con el plan, tiene los mismos efectos de la prevención especial favoreciendo el fin resocializador que tiene la pena.

Se acota que su aplicación no configura una pena porque el proceso se suspende y no se llega a un pronunciamiento de culpabilidad, no obstante el imputado tiene que aceptar el hecho que se le atribuye (requisito que no se establece en la reparación integral del daño).

La relación presente entre las dos figuras se encuentra en el plan reparador del daño, el cual pretende reparar el daño en la medida de lo posible.¹ Sin embargo, aun en la reparación se encuentran diferencias, se habla de reparación integral y reparación como un requisito para que proceda la suspensión del procedimiento a prueba.

En este orden de ideas y resumiendo algunos de los puntos expuestos líneas atrás, Juan Marcos Rivero expone: “(...) la reparación a que se refiere el artículo 30, inciso j), se diferencia de la del artículo 25 en los siguientes aspectos. Primero: La reparación es por sí sola condición suficiente para la extinción de la acción penal. Segundo: La reparación ha de ser integral. Tercero: No se requiere, por lo menos de manera formal, que el imputado admita el hecho que se le atribuye (aunque es claro que el cumplir con la reparación equivalente, para efectos prácticos a un reconocimiento tácito de la culpabilidad). Cuarto: Se requiere el consentimiento de la víctima, o en su caso, del Ministerio Público. Quinto: Aunque no lo diga expresamente el artículo de comentario, es evidente que

¹ En este sentido, Henry Issa expresa: “Al mencionar el legislador la necesidad de la reparación del daño o, por lo menos, la necesidad de un plan de reparación y un detalle de las condiciones que el imputado cumplirá, nos marca una cercanía y una relación con el instituto procesal objeto de nuestro trabajo. En este sentido, esta norma es lógico antecedente y paso anterior a la reparación del daño como causal de extinción de la acción penal (...)” Ver ISSA EL KHOURY, *op. cit.*, p 209.

la reparación integral impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales comunes”.¹

Otra de las diferencias que presenta la reparación en ambos institutos, es el hecho de que en la suspensión del procedimiento a prueba, la reparación puede cumplirse a plazos, contrario a lo que sucede en la reparación integral, como su nombre lo indica debe ser *integral*, completa, total; es decir, no puede ser a plazos.

A manera de conclusión, aunque los dos institutos buscan como fin la solución del conflicto y la reparación del daño causado a la víctima; se presentan una serie de diferencias en cuanto a las exigencias o requisitos para su aplicación, el tipo de delitos en los cuales se puede utilizar, el tipo de reparación, etc.

Otro instituto que presenta una relación con la reparación integral del daño es la Conciliación, por lo tanto, se procederá a analizar las diferencias y semejanzas entre las dos figuras.

¹ Ver RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos) ¿Penalización del derecho civil o civilización del derecho penal?. Nuevo Proceso Penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas S.A, 1998, pp. 109.

B. Conciliación

La Conciliación se establece en el art. 36 del C.P.P. que expresa: “En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad(...)”.¹

El momento procesal para solicitar esta medida es una de las diferencias con la reparación integral del daño, es hasta antes de acordarse la apertura a juicio. Y en la reparación Integral del daño se puede plantear hasta la declaración del imputado en juicio. En los casos en los que procede se presenta otra diferencia, se puede aplicar en faltas o contravenciones y, además, se basa en el tipo de delito y en la pena y no en las características como se hace en la reparación integral del daño (delito de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas).

¹ Código Procesal Penal, art 36.

Una de las semejanzas entre las salidas alternas al proceso, la apreciamos en el acuerdo entre víctima e imputado, el que pretende la reparación del daño, al respecto se dice: "(...)aunque con finalidades medias distintas, se cumple una misma finalidad esencial que ya hemos mencionado: la importancia de que la solución del conflicto se dé realmente. Así, uno de los elementos que se traslapan entre conciliación y la causal de extinción de la acción que estudiamos es, precisamente, la reparación del daño. El deseo de reparar el daño y el necesario asentimiento de la víctima son una negociación que si bien no presenta las formalidades exigidas para el instituto de la conciliación, tienen el mismo punto de partida, la misma filosofía e igual finalidad".¹

Es decir, una vez llegado a un acuerdo entre la víctima y el imputado, y siempre que se dé la reparación del daño se extingue la acción penal al igual que en la reparación integral del daño, sin embargo, se debe indicar que divergen en el procedimiento a seguir.

A continuación se refiere la relación de la reparación integral del daño con la pena de compensación pecuniaria.

¹ Ver ISSA EL KHOURY, *op.cit.*, p 209.

C. Pena de Compensación Pecuniaria

La Pena de Compensación Pecuniaria se encuentra contemplada en el Proyecto de Código Penal¹ como una pena alternativa a la prisión, se regula en la Sección tercera art. 60: “La pena de compensación pecuniaria obliga a la persona condenada a pagar al ofendido o a su familia una suma de dinero que fijará el juez y que no podrá exceder de la cuantía del daño y los perjuicios ocasionados por el hecho.

En los casos en que haya acción civil resarcitoria, se descontará el monto de la compensación pecuniaria ya pagada.

Para su aplicación el juez deberá contemplar la capacidad de pago de la persona condenada. Si cumplidos quince días de notificada la pena impuesta el condenado no la cumple, quedará sin efecto el reemplazo”

En éste caso, no se establecen restricciones en cuanto al tipo de delito pero si se hace con respecto al monto a pagar que no puede exceder de la estimación los daños y perjuicios. En cuanto al monto este es en dinero y no se regulan otras posibilidades que podrían tener un contenido simbólico (presentación de disculpas) o material (prestación de un

¹ Proyecto Código Penal, Asamblea Legislativa, Expediente N° 11871, 14 de abril de 1998, p 14.

servicio), como se ha interpretado en la reparación integral del daño.

Con respecto a la finalidad de los dos institutos, Henry Issa expresa: “(...)la idea es la misma y el fin es el mismo. Es posible pensar que la figura es la misma, solamente que el Código del 96 la observa como un punto anterior a la celebración del debate, es decir, una forma de terminar el proceso. Puede pensarse que de ocurrir obstáculos que impidan la aplicación de esta causal de extinción de la acción penal, podría perfectamente, si las condiciones están dadas, recurrirse a la alternativa de compensación pecuniaria”.¹

El autor se refiere a la reparación integral del daño, se debe recordar que ésta pretende evitar el pronunciamiento condenatorio contrario a la pena de compensación pecuniaria, la cual es una pena por lo que debe existir un pronunciamiento del juez, que se traduce en una sentencia que obliga al imputado a pagar a la víctima.

En el siguiente punto se expone la relación de la reparación integral del daño con la acción civil resarcitoria.

¹ ISSA EL KHOURY (Henry), Reparación del Daño. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, 1996, p 210.

D. Acción Civil Resarcitoria.

Este instituto se regula en el art.37 del C.P.P. que establece: “La acción civil para restituir el objeto material del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable”.¹

La acción civil resarcitoria no es una salida alterna al proceso, sino un medio que tiene el damnificado para obtener la reparación de los daños y perjuicios que se fijarán en la condena civil. Es decir, en una sentencia condenatoria en la que se fija el monto de tal reparación y la forma de hacerla efectiva. Esta es una de las diferencias que se presenta con respecto a la reparación integral del daño, en ésta se evita todo el procedimiento dándose por extinguida la acción penal.

Entre los fines que tienen ambas figuras podemos encontrar una semejanza: la reparación o resarcimiento del daño causado a la víctima del delito. También, al igual que la

¹ Código Procesal Penal, San José, Ley N° 7594 de 1996, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., quinta edición, 2002, art 37.

reparación, éste instituto encuentra su base constitucional en el artículo 41 de nuestra Constitución Política, además, de responder a la tendencia internacional de proteger los derechos de la víctima, no obstante, no debemos olvidar que son figuras de diversa naturaleza.

Con la introducción de la reparación integral del daño, se advierte la necesidad de analizar detenidamente la posibilidad de incorporarla como una tercera vía en el derecho penal y la eficacia que pudiera tener esta medida en la práctica. En este sentido: “En la determinación de la posibilidad y conveniencia de introducir nuevas alternativas a las penas privativas de libertad-y entre ellas la institución de la reparación del daño-entran en juego, según las orientaciones más recientes de la doctrina, no sólo consideraciones técnico-jurídicas y político-criminales, sino también, entre otras, económicas y sociales. En ello se asienta, por ejemplo, la idea de que la reparación del daño a la víctima por parte del culpable pueda constituir, en los delitos leves o de gravedad mediana-leve, la reacción-jurídico-penal- necesaria y a la vez suficiente para la prevención de la delincuencia de esas características”.¹

¹ DE VICENTE REMESAL (Javier), La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro, Política criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, José María Bosch editor, 1997, p.173

Al mencionar esta incorporación de la reparación integral del daño entre las penas y las medidas de seguridad, se presenta la necesidad de analizarla a la luz de los fines de la pena, su relación con la reparación del daño moral y las ventajas y desventajas que traería esto a nuestro sistema procesal penal y penal.

Una vez analizada a fondo la Reparación Integral del daño y su relación con otras salidas alternas es importante remitirse al anexo presente en este trabajo el cual contiene un estudio estadístico sobre el circulante que termina con la aplicación de dichos institutos

CAPITULO SEGUNDO

SURGIMIENTO DE LA REPARACIÓN COMO TERCERA VIA EN EL DERECHO PENAL

Se pretenden analizar algunas consideraciones innegables político criminales, que se encuentran en la incorporación de la víctima como agente activo en el proceso penal, principalmente lo concerniente a la conclusión de éste por medio de la reparación integral del daño.

La reparación integral del daño en el ámbito penal, importa una omisión sustantiva de los criterios que admitieron “el surgimiento del Derecho Penal liberal en el contexto de la Ilustración, cuya consecuencia fundamental consiste en la negación del carácter público del conflicto que el delito supone y, por ende, en el desconocimiento de la justificación material estándar para la intervención punitiva del Estado”.¹

¹MAÑALICH, (Juan Pablo), Víctima y reparación en el derecho penal en <http://www.acccso.uct.cl/congreso/ponencias.htm>.

Como se ha mencionado líneas atrás la reaparición de la víctima comprende un fenómeno de importancia en el Sistema Penal, el cual se manifiesta en los artículos 70 y 71 del Código Procesal Penal, además de todos sus derechos, los cuales se encuentran difuminados en todo el Código y otras normativas.

Con ello se demuestra el surgimiento del Derecho Penal liberal, ya que, operaba sobre la base de la neutralización de la víctima y de la venganza privada. A partir de este antecedente y con la influencia de las “teorías relativas o preventivas de la pena, el sistema penal opta por prescindir de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial”.¹

Lo antepuesto tiene relación con la teoría del bien jurídico, debido a que se distingue entre bien jurídico y objeto de la acción, la víctima resulta objetivada en el bien jurídico.² Por ejemplo, al autor de un crimen no se le sanciona por atentar contra la vida del sujeto pasivo, sino por lesionar el bien jurídico vida.

Por lo que, el problema al transgredir la norma no se produce entre el autor y la víctima, sino entre el autor y el

¹ SILVA SÁNCHEZ (Jesús María), Sobre la relevancia jurídico penal de realización de actos de reparación, en Estudios de derecho Penal, p. 219, citado por MAÑALICH, Ibid.

² PÉREZ SANZBERRO (Guadalupe), Reparación y conciliación en el sistema penal, Granada, editorial Comares, 1999, p.332, citada por MAÑALICH, Ibid.

Estado, el cual sólo se encuentra legitimado para intervenir por el interés público que posee el bien jurídico.¹

La intervención de la víctima vuelve significativo el concepto ligado a este proceso de reorientación: reparación integral del daño.

Ahora bien, para el desarrollo de esta temática es necesario establecer, las dos maneras de observar el derecho penal:

Como poder del Estado

El derecho penal como lo concebimos hoy “no existió siempre o, cuando menos, no existió en toda organización social y en la forma básica hoy conocida”.² Con lo que se intenta ubicar el origen de la pena estatal, desde el momento en que se utilizó para aplacar la violencia y ejercer control sobre los súbditos, sea, con la aparición del poder político centralizado, del Estado nacional moderno.³

¹ “Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes de los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales” Cf. JAKOBS (Günther), citado por MAÑALICH, *op.cit.*

² “Esto es básicamente aquello que propone la escuela de los llamados abolicionistas”. MAIER (Julio B J), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino. *El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.27.

³ MAIER (Julio B J), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, *El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 27,28.

Pena es “sinónimo de entranamiento de la voluntad particular como condición de la reacción jurídica en ciertos conflictos sociales, por tanto de persecución penal pública o estatal”.¹ Consecuentemente, el derecho es autoritario, sea, no le interesa “la voluntad particular”, ni siquiera la del portador del bien jurídico protegido.²

En otras palabras, la pena, en un principio, fue un instituto puramente político y no jurídico, o sea, era la forma de reacción de una nueva forma de organización social en contra de las personas que atentaban contra ella. Como por ejemplo en la época de Enrique VIII, el único delito que existía era el de “lesa majestad”. Además, la inquisición nunca condenó en masa como se efectúa hoy en día, sino que era un aparato político que reaccionaba contra aquellos que de alguna manera atentaban contra el régimen, únicamente. Con la entrada del iluminismo, el Derecho Penal se extendió significativamente a lo que hoy se llama bienes jurídicos individuales (la propiedad individual, el honor, la honestidad, la libertad sexual). Con lo cual se prueba que concurren una serie de bienes jurídicos individuales que el Derecho Penal pretende amparar. Al mismo tiempo, hay una ampliación del aparato judicial con la llegada de la ilustración y

¹MAIER (Julio B J), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.28.

² Ibid. p.29

luego, con la llegada del Estado de Derecho (el Estado Napoleónico), se agranda considerablemente lo que hoy llamamos la justicia.¹

Esta tesis ha sido refutada por quienes le otorgan existencia a la pena como instituto básico, mucho antes de la aparición del poder político centralizado, lo argumentaban diciendo que “una cuota de “pena autoritaria”, es decir, aplicada sin más por algún titular del poder soberano, siempre hubo, pero, seguramente, esos cortes no podrían demostrar, genéricamente, el predominio de esta forma de ejercicio del poder por sobre —o, tan siquiera, la “existencia al lado de”— otra menos autoritaria, en la cual el poder político centralizado no reemplazara drásticamente a la voluntad de los particulares o a su interés expresado”.²

Como forma de solución de conflictos sociales.

Todo problema penal tiene como base un conflicto social a solucionar, el cual se puede definir:

¹ Ver MAIER, El derecho penal está en crisis, en <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/715/article-3639.html>

² Ver MAIER, El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 30

- Formalmente como la afirmación de la voluntad de quien lo genera, que prioriza su propia regla de actuación frente a la norma estatal que le indica cómo conducirse en la ocasión.
- Materialmente, es un conflicto social entre un agresor u ofensor, quien delinque, y un agredido u ofendido, quien soporta la agresión y es portador del interés o bien jurídico que la norma protege, y ello sucede aun en los casos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos considerados colectivos, supraindividuales o universales, por difícil que sea la determinación particular de las víctimas.¹

En la historia del Derecho penal, la solución de conflictos también se vislumbra desde antes del nacimiento del Estado moderno (antes de la estatalización plena de la pena). Se podía presentar una denuncia por parte del acusador privado o popular, o bien se efectuaba el sistema de la composición.²

¹ Ver MAIER, El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 32

² "...consistía en un contrato reparatorio negociado entre ofendido y ofensor, constituía la meta ideal del sistema, que pretendía, de esa manera, el regreso de ambos al orden pacífico comunitario, esto es, terminar la guerra, declarada por la acción ilícita, mediante un acuerdo de paz pactado por los protagonistas". Ver MAIER, El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.34

Cabe mencionar que el ordenamiento jurídico internacional le acogió como método de solución de conflictos entre Estados, o sea, los sujetos de derechos en ésta sociedad.

Con el nuevo proceso penal, en los delitos privados, dependientes de la voluntad del ofendido, se sigue respetando el principio de autonomía de la voluntad como principal modo de solucionarlo, con prerrogativa sobre la pena y el procedimiento estatal, y a la reparación natural o simbólica como contenido del acuerdo; lo cual se observa con la incorporación del inciso j) artículo 30 del C.P.P.

Por lo que el Derecho penal pasa a ser una aplicación meramente accesoria al asunto beligerante dado, “su utilización como ultima ratio del sistema jurídico, sólo en el caso de que las partes o ciertas instancias que los sustituyen no puedan, por sí mismos, componer el conflicto y arribar así a una solución pacífica, que deje de lado o, por lo menos, aminore la respuesta violenta en la que consiste la pena estatal”.¹

¹ Ver MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.35,36.

SECCIÓN PRIMERA

REPARACIÓN DEL DAÑO COMO TERCERA VÍA EN EL DERECHO PENAL.

La reparación y la pena no son las únicas soluciones materiales de un conflicto individual o grupal. Existen soluciones conciliatorias, terapéuticas o educativas obtenidas por expresión de voluntad del propio autor, o por consenso entre víctima y victimario. Además, la reparación (natural o simbólica), comprende las demás soluciones sustitutivas de la pena, incluso las que no radican en una prestación directa a la víctima.

Como se expuso líneas atrás, la reparación se encontraba en la organización social primitiva sin un poder político centralizado, se utilizaba la composición, la cual surge hoy como preocupación hacia la víctima individual sobre quien

² Cf. GAROFALO, Indemnización a las víctimas de delito, Madrid, Editorial La España Moderna, p. 60 sgts.

³ Ver MAÑALICH, op.cit.

recae el daño proveniente de un delito. Fue el positivismo¹ criminológico quien retomó el tema al circunscribir a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal, la pena integral comprendía para esta corriente la reparación de los daños.²

La doctrina alemana creó una polémica en la relación que existe entre pena y compensación del daño. Von Liszt y Merkel admitieron ambos conceptos como modos de “reacción a lo injusto”, sin perjuicio de diferencias. Para Binding, contrariamente, pena y compensación persiguen fines diversos e inconfundibles, la pena, constituye un daño, pero no pretende eliminar un estado que se opone al Derecho, lo que es propio de la compensación. Además, Binding se adhiere a una concepción retributiva de la pena, en tanto que para von Liszt, ésta correspondían a funciones de prevención especial.³

Como vemos, la diferenciación es objeto de estudio en la dogmática penal alemana contemporánea, acerca del papel de la

¹ Esta manera autoritaria del regreso de la reparación al Derecho penal, (...) parece haberse frustrado en razón del empecinamiento de esa corriente de ideas por estatalizar al extremo las instituciones sociales, por transformarlas en instituciones estatales(sic) sin advertir los intereses privados en juego, el derecho de la decisión particular a su respecto y, en su caso, la justicia de su defensa personal. No obstante, no fue escasa la influencia de esa corriente de ideas, ni aquello que quedó de ella en las legislaciones positivas, una vez que el positivismo criminológico abandonó, derrotado, la escena cultural y política del Derecho penal. Todavía hoy existen países en los cuales la reparación del daño representa una función obligatoria de la persecución penal estatal. Ver en igual sentido, MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino *El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.39..

² Cf. GARÓFALO, *Indemnización a las víctimas de delito*, Madrid, Editorial La España Moderna, p.60 sgts.

³ Ver MAÑALICH, *op.cit.*

reparación en el Sistema Penal, y en relación con los fines de la pena o del Derecho Penal.

Se presentan tres perspectivas esenciales sobre el tema:

- La reparación como fin autónomo del Derecho Penal, sus representantes son Seelman y Rössner.
- Otorga a la reparación autonomía como sanción penal, concibiéndola como una tercera vía (unido a la pena y a las medidas de seguridad), funcional a consideraciones de prevención general positiva, su exponente es Roxin.
- Limita la reparación a una situación de dependencia dentro del sistema de la reacción penal. Su máximo gestor es Hirsch.¹

En síntesis, la reparación, como forma de solucionar conflictos sociales, “consiste en el retorno, (...) de la composición, del consenso y, en fin, del principio de la autonomía de la voluntad individual al centro de la escena penal, mediante el efecto de desplazar, total o parcialmente, su instrumento característico, la pena estatal y, con ello, toda o parte de la aplicación del sistema penal en su conjunto.(...) Este retorno elimina, por principio, la mayor acumulación de poder estatal tras las normas de Derecho penal e inclina la balanza

¹ Ver PÉREZ SANZBERRO, p.210 sgts. citada por MAÑALICH, Ibid.

hacia un sistema que contemple también al Derecho penal, aun parcialmente, como un regulador de conflictos sociales que busca su solución por intermedio de acuerdos racionales sobre la paz social, cuando ella resulta alterada por acción u omisión de uno de los integrantes de esa sociedad”.¹

Por parte de la doctrina, se considera el regreso de la reparación del daño al sistema penal como una “tercera vía” de reacción frente al ilícito penal culpable. La pena y las medidas de seguridad, comprenden la primera y segunda vía respectivamente. Pero esa incorporación va más allá por parte de la doctrina, al querer sustituirla por la pena en la esfera de los delitos leves o de mediana gravedad, y como atenuante de la pena o determinante de la concesión de beneficios en los delitos graves².

La definición amplia de reparación es colocar a la víctima en el estado en el que estaría de no haber emprendido el autor la obra antijurídica o de no haber omitido, antijurídicamente, aquella acción que le era debida. Pero este axioma comprende únicamente la reparación natural.

¹ Ver MAIER (Julio) , El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.41.

² Verbigracia, en la ejecución condicional de la pena o la libertad condicional.

Mientras que la tesis de la tercera vía, incluye la reparación simbólica, la reparación in genere del patrimonio de la víctima, y soluciones similares, como la novación de la obligación por otra que la víctima decida o una prestación que contemple el interés público, alternativamente a la obligación a favor de la víctima o conjuntamente con ella, según los casos. ¹

Además, el concepto de víctima, se ha extendido a las asociaciones, fundaciones u otros entes. Al Estado se le ve también como víctima de acciones u omisiones, de los bienes jurídicos tradicionales y de bienes jurídicos relacionados con su actividad directiva en torno a la misión de lograr el bien común.²

1. Justificación de la inserción de la reparación como tercera vía del Derecho penal³:

a) **Especulativos**: utilizados para justificar la pena estatal o para explicar los fines que ella debe perseguir. Consideran que la reparación del daño por voluntad del autor, es más eficiente que la pena, ya que, se puede solucionar el conflicto social y en

¹Ver MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.43.

²ibid, p.43, 44.

³ Ver MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.44-46

algunas oportunidades un regreso a la paz jurídica. Ello beneficia el alcance de fines relativos a la prevención general positiva, de la cual se hablará más adelante.

b) **Otros:** luchan por incluir a la víctima como agente importante del sistema penal. Debido a que la pena ya no es un estorbo para la reparación, siendo esto un ya anunciado regreso a la retribución y a la venganza privada.

c) **Empíricos:** extraños a la ciencia normativa, pero que elaboran políticas criminales concretas. Frente al fracaso de la pena privativa de libertad y del ideal de la pena tratamiento, para la resocialización. Se buscan nuevas soluciones para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor¹

Retomando el punto b), la incorporación y expansión de la reparación se ha dirigido hacia la víctima por ser sujeto relevante en el proceso de atribución de responsabilidad penal. Por lo que, “la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable, (...) la reparación del daño sustituiría como “tercera vía” a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y

¹ MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp.43-44

las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada”.¹

La reparación puede producir secuelas en la restricción de la imposición de la pena y en la pena privativa de libertad. Centrándose en el interés de la víctima como titular de una pretensión punitiva, resultado de su calidad de sujeto ofendido por la conducta que infringe la norma. Haciéndose ver que el fin de la intervención del Estado debe constituir la satisfacción de intereses individuales, como un instrumento estabilizador desde el punto de vista del sistema social. Demostrándose con ello, que la actividad jurisdiccional por parte de la víctima es un medio que busca única y exclusivamente su propia satisfacción, lo que resulta trascendente en la responsabilidad civil del daño.²

Silva Sánchez propone tres opciones para la satisfacción por medio de la reparación:

1. Que la orientación del Derecho Penal a la víctima pase a preponderar sobre la clásica orientación por la víctima potencial;

¹ ROXIN (Claus) Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997, pp. 109 y 110.

² Ver MAÑALICH, op.cit.

2. Que tenga lugar una combinación o ensamblaje;
3. Que tal orientación se inserte en el contexto clásico de orientación a la víctima potencial. ¹

2. Fundamento jurídico de la incorporación de la reparación como tercera vía del derecho penal:

La justificación se encuentra en el principio de subsidiariedad² o principio de última ratio, la reparación dirige el ámbito de aplicación del principio al momento de la decisión judicial. En este sentido, Roxin apunta: “Es conocido que el castigo es la última ratio de la política criminal. El principio de subsidiariedad que se expresa con ello, únicamente se prolonga de forma consecuente desde el punto de la política jurídica al caso individual, más allá de la promulgación del precepto penal,

¹ “la opción asumible –y que además, la que, según creo, en mayor o menor medida se está asumiendo- es la tercera”. Ver SILVA p. 223 y 224, citado por MAÑALICH, *Ibid.*

² “La subsidiariedad es una de las características - al lado del carácter fragmentario- que se atribuye al Derecho penal. (...) Regularmente esta característica se ha centrado en el reclamo político de que la imputación penal sea utilizada por el legislador mesuradamente, solo en el caso de que otros instrumentos jurídicos de la política social no resulten suficientes para prevenir comportamientos desviados(última ratio). El reclamo no parece haber tenido mayor suerte, pues asistimos, universalmente, a una verdadera “inflación penal”, en el sentido de autorizaciones crecientes de la ley que conceden, cada vez en mayor medida, poder penal a los organismos estatales operantes del sistema punitivo, relación que hoy se puede observar desde atalayas diversos: se suman las relaciones jurídicas en las cuales operan normas de prohibición o de mandato, al punto de que casi no existen ya relaciones para las cuales, tras de ellas, no exista alguna norma penal; y, peor aún, con penas “anticipadas”, de aplicación durante el procedimiento tendente a comprobar si existe un hecho punible, al punto de que ya se habla de la “pena de proceso” o del “proceso como pena”. “De la característica de subsidiariedad se habla aquí pero en un sentido diferente en el sentido de que la ley prefiere – y manda consecuentemente a los funcionarios que deben aplicarla- que, en el caso concreto, se conceda prioridad a la solución del conflicto por vía distinta de la penal, cuando ella se posible” MAIER (Julio), *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp.43.

a la cual viene referido de forma única las más de las veces, cuando se recurre a la reparación como sustitutivo de una pena o para su atenuación en aquellos casos en los que puede operar con la misma o mayor efectividad”.¹

Este principio: “caracteriza al Derecho penal (...) en un Estado de Derecho, para el ejercicio de la coacción estatal, como ultima ratio de la política social”.² Posteriormente, cuando la teoría del Derecho penal infructuosamente pretendió actuar sobre la legislación para que la pena estatal (ultima ratio) fuera la única vía jurídica, al presentarse la “inflación penal” esta encontró por medio de la incorporación de la reparación como tercera vía, “un mecanismo posible y efectivo para imponer al Estado, en los casos concretos que deben juzgar sus tribunales y perseguir sus fiscales, la subsidiariedad de la pena estatal, que cede frente a la reparación del daño ocasionado por el autor”.³

En síntesis, la utilización de la pena siendo elemento esencial, legitimada por el Derecho para resolver los conflictos

¹ ROXIN (Claus), La parte general del derecho penal sustantivo. Introducción al derecho penal y derecho procesal penal. Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 242.

² Ibid., p. 35.

³ ROXIN (Claus), La parte general del derecho penal sustantivo. Introducción al derecho penal y derecho procesal penal. Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 47

sociales aunado a los mecanismos procesales de realización¹, y a la persecución penal asumida de manera subsidiaria, conformará en el sistema penal, una transformación de la “tercera vía”, en una instancia para encontrar una solución al conflicto con intervención de las partes, aunque no pierda su carácter coactivo, siendo este su principal problema.²

La propuesta de la Reparación del Daño como una tercera vía en Derecho Penal, se presenta por la necesidad de buscar otras salidas al Proceso Penal y, por ende, una forma de descongestionarlo; al mismo tiempo que se hace lo mismo con el Sistema Penitenciario.

Tal necesidad, se hace evidente por la creciente cantidad de delitos que se crean por medio de leyes; los legisladores han tomado como una práctica más, en el ámbito de la Asamblea Legislativa, crear nuevos delitos para responder a los problemas que se presenta en nuestro país. Con esta situación, en lugar de resolver el problema de fondo lo que hacen es congestionar más el Sistema Penal.

¹ “...como el enfrentamiento regulado del autor con su víctima para lograr la compensación o la misma conciliación”. MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.47.

² Ibid.

No se deben crear tipos penales sin tomar en cuenta: “El carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuya virtud, la pena sólo ha de aplicarse a aquellas acciones u omisiones que por su peligrosidad y responsabilidad lo merezcan en interés de la protección social, constituye, sin duda, uno de los fundamentos político-criminales más importantes de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva, que degrada la verdadera función de la pena”¹

Es decir, el derecho penal sólo debe emplearse ante una concreta y reducida cantidad de ataques, sobre todo los que representan mayor gravedad, no debe criminalizarse indiscriminadamente. Sólo se deben tipificar como delito, aquellas acciones que importen un atentado grave contra los bienes jurídicos² esenciales para la convivencia.

Es por ello que: “la intervención penal sólo está justificada cuando así lo reclame la peculiar estructura normativa del Estado social y democrático de Derecho, basado en el «principio de la necesidad de la intervención», bien entendida esta última,

¹ MARTOS NUÑEZ (Juan Antonio) El principio de intervención penal mínimo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1987, p 107.

² “La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas” HASSEMER (Winfried) Rasgos y crisis del Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1992, p. 239.

no como la consecuencia lógica de un derecho subjetivo del Estado a castigar, «per se», sino como la «asunción de una potestad legitimada democráticamente». El Derecho Penal, por tanto, ha de concebirse como «última ratio», esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informales, pues, como afirma BUSTOS, «la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia»¹

Una vez planteadas las consideraciones anteriores, se exponen los diferentes puntos de vista desde los que se estudia la figura del delito, para llegar a una conclusión sobre este aspecto, ya que, el delito es uno de los conceptos fundamentales sobre el cual gira el Sistema Penal.

A. Concepto de Delito.

Desde los inicios, la sociedad conoce ciertas acciones como delitos²; su estudio es un tema de gran interés, por lo que ha sido objeto de análisis de diferentes disciplinas que tratan de

¹ Ver MARTOS, *op.cit.*, p. 111.

² En ese sentido se dice: “ El delito es, según todas las concepciones, un fenómeno social necesario, ligado ineludiblemente a la vida comunitaria, lo mismo que la enfermedad y la muerte en la vida del individuo” EXNER (F) *Biología Criminal*, texto poligráfico antología de Criminología, p. 25.

definirlo y dar una explicación del ¿por qué? se presenta en nuestra sociedad.

Diversos autores, han elaborado diferentes conceptos de delito, poniendo énfasis en distintos factores, por lo que se dice: “ Lo que “hoy y aquí es delito, tal vez mañana y en otro lugar no lo sea; y al contrario”¹

La criminología, desde sus inicios ha tratado de explicar el delito, ha elaborado una serie de teorías². A continuación se exponen algunas de éstas:

Desorganización Social: Esta teoría considera al delito como un producto de la falta de una organización adecuada de la sociedad, implicando que si la sociedad estuviera mejor organizada, el delito disminuye, y si su organización fuera perfecta el delito dejaría de existir. La crítica a esta teoría, es que no pasa de ser un postulado general con escaso fundamento, tanto desde el punto de vista: político, económico, y criminológico.

Patología Social y crimen: Considera la criminalidad como un fenómeno patológico social, porque considera como

¹ MEZGER citado por GÜNTHER (Koyser). *Criminología*, texto poligrafiado antología de Criminología, p. 75

² LOPEZ REY (Manuel), *Criminología*, texto poligrafiado antología de Criminología, pp 91 y sigs.

patológico todo acto, condición o problema que, por su frecuencia y sus efectos sociales nocivos, demanda una inmediata y continua acción oficial con el fin de contrarrestarlo o suprimir dicha frecuencia y efectos. Esta posición tampoco se puede sostener criminológicamente porque es algo conceptual y, frecuencia y extensión no necesariamente significan patología social.

Cultura, Subcultura y Crimen: Se encuentra relacionada con la teoría de la desorganización social; estima que el delito es consecuencia de un conflicto cultural o como expresión de una subcultura. El delito sería la infracción de la "norma de cultura". Esta teoría carece de fundamento tanto histórico como científico; y políticamente es peligrosa ya que de manera sutil implica una discriminación.

Condiciones Económicas: La relación entre relaciones económicas y delito se mira desde dos puntos de vista: uno, referido al mejoramiento general de dichas condiciones (reduce la cantidad de delitos), y el otro referido a la concepción socialista de la sociedad (establece una relación entre socialismo, régimen económico y delito). Aunque se reconoce cierta influencia del aspecto económico en los delitos, se dice que éste no se origina exclusivamente en el campo económico.

Como se observa se han desarrollado un sinnúmero de teorías, sin embargo, se han presentado una serie de críticas que hacen que las mismas no se puedan mantener.

Por otra parte, también se podría decir que el delito obedece al Principio de Protección de bienes jurídicos, que le es encomendado al derecho penal; en este sentido, Hans Jescheck expone: “En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactiva del Estado representado por la pena pública”¹

No obstante, en una entrevista realizada al Lic, Alfredo Chirino, al preguntarle si dicho principio se tomaba en cuenta al crear un tipo penal, expreso: “El gran problema que tiene el principio de protección de bienes jurídicos, es que sigue siendo la base de cualquier derecho penal democrático, lo que pasa es que ponérselo como exigencia al legislador parece paradójico, pero es cierto. Si yo le exijo al legislador que solo va a ser constitucional un tipo penal que contenga un bien jurídico, el legislador se va a encontrar bienes jurídicos hasta debajo de las piedras; el legislador siempre se va a encontrar un bien jurídico

¹ JESCHECK (Hans), Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Volumen I, Casa Editorial Bosch S.A., 1981, p 9-10.

para justificar. Entonces, no parece ser esa la función del principio de protección de bienes jurídicos, hoy en día el principio de protección de bienes jurídicos tiene otras consecuencias dogmáticas; sigue siendo un límite para el legislador, pero un límite relativo, es más interesante observarlo como un límite para el juzgador desde el punto de vista de: la lesión, del principio de insignificancia, del principio de proporcionalidad. Desde el punto de vista de esos subprincipios, que también derivan del principio de legalidad, el juzgador o la persona que tiene que aplicar la ley penal va a tener mayores restricciones a la hora de ampliar la cobertura del tipo penal”¹

Es interesante lo expuesto por el Lic. Chirino; ya que en un momento histórico como el presente, en el que el sistema penal se encuentra saturado, por la gran cantidad de delitos que se han creado (inflación del derecho penal), se presenta la imperiosa necesidad de dejar el derecho penal como respuesta a aquellas conductas que realmente lo ameritan.²

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino, Director Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de setiembre del 2002.

² “(...) las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera, en relación con esto último, que si para llevar a cabo el control social que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquéllos y desechar éstos” OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (Emilio) *Función y Límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1990, p. 9.

Las tendencias más modernas de la criminología tratan el tema del delito desde diferentes puntos de vista, es así como: “La Criminología de la Reacción Social engloba la Criminología Interaccionista (que se interesa en cómo reacciona la sociedad ante las conductas, bien creando normas penales o reprimiendo los hechos punibles, bien estigmatizando- “señalando” o “etiquetando”-los delincuentes)y a la Criminología Crítica o Radial, por cuanto esta es una criminología que se interesa más por la reacción social (creación de normas penales) que por el paso al acto delictivo. En efecto, si es la ley quien crea la delincuencia, el delincuente interesa sólo en forma muy secundaria. Para ésta, la resocialización no interesa sino en la medida en que el sistema para el cual el individuo debe ser resocializado, es bueno, es valioso, lo merece”¹.

Se debe llegar a la conclusión de que el delito en definitiva es una creación legal, pero no se puede olvidar que el legislador tienen que tener presente en la labor de legislar ciertos límites con el fin de tener un derecho penal eficaz y no saturar el sistema.

Entre estos límites debe tener presente: el respeto a los derechos fundamentales, el principio de legalidad y el principio

¹ ANIYAR DE CASTRO (Lola), Criminología de la Reacción Social, Maracaibo, Instituto de criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, 1976, p 66 poligrafiadas.

de reserva de ley como uno de sus subprincipios, el principio de legalidad se encuentra estipulado en el art. 11 de la Constitución Política, por su parte el art. 28 iusdem regula la reserva de ley, sus alcances fueron estudiados por la Sala Constitucional, en la sentencia N°3550-92, que expone: “(...) *a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales- todo, por su puesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables(...)*”¹

En este orden de ideas, el Lic. Alfredo Chirino, nos dice: “Realmente el derecho penal, el delito y la pena son una trágica necesidad para una sociedad, que sin el delito y la pena vería comprometida las posibilidades de seguir subsistiendo como tal. Es una desgraciada necesidad porque nos hemos dado cuenta que el delito no satisface la protección de bienes jurídicos, porque la pena hace mucho tiempo deja de cumplir las funciones que nosotros creíamos que cumplía. De manera que el delito viene siendo una forma de que el Estado responda, si bien a veces más nociva que efectiva, con usuales efectos

¹ Sala Constitucional, sentencia N° 3550 de las 16 H del 24 de noviembre de 1992.

simbólicos, sobre todo frente a éste fenómeno moderno de la inflación del derecho penal, que es un fenómeno de usar el derecho penal para todas las cosas: problemas económicos, familiares, civiles, políticos, hasta de moral. Ahora se quiere penalizar la violencia doméstica, se quiere penalizar el acoso sexual en el trabajo, quieren penalizarlo todo. Es decir, estamos tratando de construir una moral social, una moral del trabajo, una moral de familia, vía al derecho penal. Ahora, el delito como delito es obviamente una construcción legal, porque es el legislador el que decide que conductas de las que están en la realidad va a incriminar y es el legislador el que decide cuando usa una incriminación legal para proteger un bien jurídico. Y esto es una amarga realidad, sobre todo cuando nos damos cuenta de que la violación existe porque el legislador la estableció en el código penal; pero si desapareciera del código, la única diferencia es que yo puedo seguir violando, o injuriando, o robando. Pero la conducta como tal, en la sociedad dentro de la sociedad seguiría teniendo un valor, ese valor social es el que nos interesa porque hay un fuerte componente social en la descripción de los delitos, de impacto de las conductas desviadas, que la sociedad rechaza, en el sentido de justicia, de victimización de la sociedad; independientemente de la descripción legal, si yo hago desaparecer la descripción legal; lo único que hago es dejar de perseguir la pena, pero no en

términos generales hacerla desaparecer de la sociedad, como tampoco la hago desaparecer como conducta si la incrimino, porque paradójicamente a pesar de que subo las penas para los delitos éstos se siguen cometiendo”.¹

A continuación se expone la relación de la reparación y la víctima.

B. Reparación y Víctima.

El presente estudio comprenderá el análisis de la reparación, la cual es concebida como una respuesta estatal diferente al proceso penal y aplicación de la pena, privilegiando en ellas la solución del conflicto generado por el ilícito en cuestión y racionalizando la persecución penal, evitando las condenas penales, esta es, la “reparación integral del daño”.

Anteriormente se definió a la víctima como la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en sus bienes por otra. Con este juicio la víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión a la que es sometida.

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino, Director Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de setiembre del 2002

La reparación por su parte se entiende como una especie de sanción autónoma o tercera vía independiente de penas y medidas de seguridad. Que tiene como imperativo el adoptar iniciativas de negociación en el ámbito penal, lo anterior consecuente con la tendencia de cierta doctrina inspiradora de sistemas penales como el alemán, que plantea la conveniencia que se configuren no sólo como un sistema penal mínimo, sino también como un sistema penal de alternativas.

Se considera que el fundamento para la creación de la reparación dentro del nuevo proceso penal, responde a varias razones:

- a) Necesidad de racionalizar la persecución penal pública por los escasos recursos disponibles, descongestionando el sistema penal, encargándose únicamente de los delitos de mayor gravedad.
- b) Las penas privativas de libertad, resultan socialmente inconvenientes, generalmente porque los problemas asociados a ellas son mayores que sus eventuales beneficios.
- c) Busca eliminar los efectos de estigmatización de los imputados por un delito y contacto con el sistema

carcelario, para lograr una efectiva resocialización del individuo.

- d) De reconocimiento de la víctima como sujeto activo dentro del proceso y la consecuente protección de sus intereses, dirigidos primordialmente a la reparación del daño causados por el ilícito.

En nuestra legislación la reparación está incorporada como una salida alternativa al proceso penal¹, como un mecanismo que puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos. Ahora bien, es una alternativa para no efectuar un debate en el sentido que se haga pago íntegro previo al inicio del mismo, de lo cual incluso tiene que levantarse el acta correspondiente para el sobreseimiento. No es una pena como tal, por que:

- No es principal ni accesoria, porque el C.P no lo establece.
- El único efecto negativo para el imputado es que no puede usar los beneficios del instituto, en los próximos 5 años; pero sí queda el inculpatado con acceso a la Suspensión del Proceso a Prueba y la conciliación. Si tuviera un antecedente no es posible que lo solicite.

¹ Cf. Código Procesal Penal Chileno.

- No tiene efecto sobre la reincidencia para efectuar ejecución de la pena ni queda la persona privada de libertad.
- No se puede conmutar.
- El pago íntegro no está sujeto al art. 71 C.P., que fija las penas, y que además es de análisis obligatorio para una sentencia promulgada por un juez.
- No entra dentro de la culpabilidad, porque en el pago íntegro no se cuestiona que la persona sea o no culpable, sino que está dispuesta a un pago con la única condición de quedar en el registro judicial. Cuando sea solicitado por un juez para el único efecto de verificación ante la posibilidad de que no se repitan cinco años.

La reparación se configura sobre la base del acuerdo alcanzado por las partes. Lo cual presupone un convenio entre víctima e imputado, claro está no garantiza la equivalencia de fuerzas que cualquier negociación requiere para la legitimación. Ya que, la víctima posee un instrumento poderoso en dicha negociación: el elemento agravante.

Ahora bien, la igualdad entre las partes resulta quebrantada debido a que: “en tanto una (la víctima) se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad

para generar asentimiento que deriva de su status, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad; lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensua y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes”.¹

Lo más difícil de superar para el autor del delito es la inmensa diferencia socioeconómica existente al interior de la sociedad y la intensa selectividad con que consecuentemente opera el Sistema Penal. El debilitamiento del principio de oficialidad en sentido amplio comprende una sutil explicación de cómo el procedimiento penal opera de hecho al servicio de determinados grupos amparados por la impunidad.

La introducción de la reparación en el Sistema Penal constituye un argumento controvertido, y se promueve de tal manera, que debería subordinarse a razones preventivo-especiales. Con lo cual se debe determinar cuáles son las prestaciones idóneas para que la reparación sea funcional a la

¹ POTT (Christine), citada por MAÑALICH, *op.cit.*

orientación de la víctima eventual que ha de caracterizar al Derecho Penal.¹

Por lo tanto, la reparación al ser compensación tiene como fin restablecer la armonía judicial entre las partes. En ese sentido, la regulación del C.P.P a saber, art. 30 inciso j), pone de manifiesto que lo que cabe entender por reparación es todo pago, compensación, o acuerdo que deje satisfecha a la parte que la exige.

Como corolario, la reparación integral del daño constituye uno de los fundamentos teórico-prácticos más importantes de la reforma procesal penal, pues pone de relieve como fin del proceso penal la solución del conflicto planteado por el ilícito cometido, colocando a las partes involucradas en el verdadero sitio que le corresponde dentro del mismo, al otorgarle a uno la posibilidad de reparar el mal causado por su actuar y al otro la posibilidad de resarcir los daños que se le han causado. Asimismo, otorga la oportunidad de racionalizar la persecución penal y limitarla a los casos más lesivos a los bienes jurídicos que se protegen por el ordenamiento, dejando la aplicación de penas supeditada al principio de la *ultima ratio*.

¹ Ver MAÑALICH, *op.cit.*

Lo principal de este beneficio es saber utilizarla efectivamente, por medio de criterios amplios para determinar la procedencia de la reparación, a objeto de que estos puedan ser desarrollados por la jurisprudencia de una manera progresiva, con altura de miras y dejando de lado la paralizada concepción inquisitiva, es decir, del Estado que persigue alucinadamente a quien ha vulnerado sus normas, dejando de lado la solución efectiva del conflicto generado y la racionalización de la persecución penal.

La consecuencia jurídica del delito son: la pena, las medidas de seguridad y la reparación. Por lo que se considera pertinente exponer a continuación, rasgos sobre la teoría de la pena, delimitando específicamente los fines de la pena.

C. Teoría de la pena.

La imposición de las penas y medidas de seguridad durante la vida de la humanidad, ha tenido diversidad de aplicaciones, en los tiempos primitivos se imponían con tanta barbarie, que esta se inicia con la venganza privada, después la ley del Tali3n, posteriormente en el per3odo humanitario, encontramos que se trata de eliminar la dureza

de la pena, tratando de hacer un estudio del delincuente para saber el porque del crimen y de esta forma llevarlo a su readaptación.

No es suficiente con tener un estudio pormenorizado sobre las circunstancias que llevaron al sujeto a delinquir también es preponderante que el juzgador haga una justa y adecuada valoración de las pruebas, al momento de individualizar la pena, para que la medida de seguridad o pena que se imponga sea la más acorde al caso concreto.

No pueden existir penas indeterminadas toda vez que el juez, debe de precisar la duración de la misma. La pena tiene diversas características que permiten a la sociedad vivir en armonía, segregando a los delincuentes en penitenciarias y reformatorios.

Las penas y medidas de seguridad se extinguen con el transcurso del tiempo, es decir cesa el ejercicio de la acción penal o la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad. La readaptación del delincuente es sin duda, la finalidad última de la aplicación de la norma, para que el delincuente, pueda reincorporarse nuevamente a la sociedad.

1. Antecedentes.

Desde que la sociedad existe, el hombre conoce el fenómeno de la criminalidad. Esta se manifiesta en todas las sociedades. Constituye uno de los aspectos constantes de la vida social, como algo connatural a toda sociedad organizada, siendo sólo lo anormal los bruscos crecimientos o decrecimientos de las tasas de delito. Con base a ello, se han señalado como características del fenómeno criminal su permanencia y su actualidad.

La guía que en forma usual han propagado los juristas de la historia del Derecho Penal es la siguiente: Venganza Privada; Venganza Divina; Venganza Pública; Defensa del Poder Absoluto; Período Humanitario y Etapa Científica¹.

Las penas² han tenido múltiples etapas, en sus orígenes surge como "venganza", donde el ofendido encuentra satisfacción mediante un acto violento. Este mecanismo de resarcimiento se va ajustando a diversos caracteres y objetivos, de acuerdo a las necesidades de la sociedad y al pensamiento de

¹ ROJAS ACOSTA (Santos), Teoría de la pena en <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/R/Rojas/>

² "El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable" El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad". DAL BELLO (Paola E) , Teorías de la pena, en www.monografias.com.

cada época. El derecho penal nace con el propósito de regular la conducta del hombre en la sociedad, debido a que desde sus orígenes este siempre ha manifestado conductas que afectaban a los demás.

Posteriormente surgen dentro de la etapa de venganza privada¹ fases como:

- La Ley del Tali3n: el agraviado se hace justicia por su propia mano, teniéndose que el afectado le causa a su agresor un da3o similar o igual al da3o que se le ocasiono(ojo por ojo y diente por diente).
- La venganza familiar: un familiar del afectado le causa al activo un da3o como un acto de justicia.
- La venganza divina: al lado del per3odo conocido como venganza privada, se gest3 dentro de organizaciones m3s cultas, el principio teocr3tico, el cual vino a convertirse en fundamento del derecho penal, pues no se castigaba al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que aquel expiase la ofensa causada a Dios con su delito, o

¹ En esta etapa fue el impulso de la defensa o la venganza ratio essendi (raz3n de ser) de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Durante esta 3poca, la funci3n punitiva la ejercian los particulares, pues cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por s3 mismo, sin embargo, debido a los excesos cometidos por los ofendidos al realizar su "venganza", surgi3 lo que se conoce como la ley del tali3n, que no fue otra cosa, sino una medida moderadora, pues s3lo se le reconoc3 al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Fue poco despu3 que naci3 la compensaci3n, mediante la cual se autorizaba para que ofendido y ofensor, nombrasen representantes que moderaran los reclamos rec3procos y acordaran la cantidad del castigo.

sea, en ella todos los problemas se dirigen a una divinidad, por medio de los rituales y hechiceros. Los que imponen el castigo son los representantes de los dioses.

- Venganza pública: represión por medios públicos implicando la distinción de delitos públicos y delitos privados, según lesionaran los intereses de particulares o de la colectividad. Es entonces cuando aparece la etapa llamada “venganza pública” o “concepción política”, en ella los tribunales reputan en nombre de la colectividad e imponen penas crueles e inhumanas. Se les dio potestad a los jueces para incriminar hechos no previstos por la ley como delitos, estando este tipo de justicia represiva al servicio de los tiranos. Esta fue una etapa de propósitos retributivos, y a lo sumo intimidaciones, con fines de prevención general, en que se aspiraba usar al delincuente en beneficio del Estado, como por ejemplo en las minas, galeras, etc.

Aparece la defensa del Poder Absoluto: en esta fase, el motivo para prohibir o para castigar no fue ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad; fue la ofensa a la majestad soberana, y la voluntad soberana, que imponía el castigo, al tornarse autócrata, encontró su razón en sí misma, mediante un círculo vicioso. Las penas no tuvieron otra medida que el

capricho o el temor de los gobernantes, o la necesidad de consolidar con sangre un cetro empleado como azote de la nación.

Posteriormente, emerge la etapa humanitaria, que nació como reacción a la excesiva crueldad imperante en la aplicación de penas. Dentro de esta corriente, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas. Surgen pensadores como César Beccaria, quien expuso una concepción de la actividad represiva y John Howard, el cual constituye la base de los nuevos sistemas penitenciarios, y además, describe con objetividad el aterrador estado de las prisiones de Europa¹.

La etapa científica, se interesa por saber el porqué del crimen, y busca el tratamiento apropiado para readaptar al sujeto, complementándolo con la pena. Esta corrección es el eje sobre el cual gira este nuevo período. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin. Las ciencias criminológicas vinieron a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo período en el que la

¹ Material Poligrafiado del Lic. Luis Alberto Viquez, profesor de Derecho Penal I.

personalidad compleja del sujeto es lo que se destaca en el primer término del panorama penal.¹

Para tener un panorama más claro sobre la teoría de la pena, es necesario buscar una definición acorde con la temática que se trata, al igual que plantear las características que presenta, para avocarse al tratamiento de los fines de la pena y así analizar cual se cumplen dentro de nuestro sistema penal.

a) Definición de pena.

Se ha pretendido elaborar el concepto material de pena, tanto en la doctrina nacional como extranjera, a partir de las diversas posturas en torno a sus fines, las denominadas "teorías de las penas". Como estas posturas distan mucho de ser pacíficas, es lógico que el concepto de pena sea diverso según las distintas corrientes doctrinarias en disputa. La célebre contienda conocida como lucha de las escuelas –"clásicos vs. Positivistas"- desnudaba en su seno una discusión sobre el sentido de la pena: Retribución o prevención. Se considera que la discusión sobre los fines de la pena ha contribuido muy poco a discutir su materialidad, es decir, sobre el "que" de la pena,

¹ "(...) no basta con tener un estudio pormenorizado sobre las circunstancias que llevaron al sujeto a delinquir también es preponderante que el juzgador haga una justa y adecuada valoración de las pruebas, al momento de individualizar la pena, para que la medida de seguridad o pena que se imponga sea la más acorde al caso concreto". Ver ROJAS, op.cit.

limitándose casi exclusivamente a la discusión sobre el "para qué " de ésta.

Es por eso que se ha decidido buscar una definición que sea complemento del presente trabajo, así, Heiko Lesch la define diciendo que "es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche".¹

En otras palabras, es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito. Es la pérdida de un bien del delincuente (Valores jurídicos: vida, libertad, propiedad, fama, etc.). el sólo hecho de perder los bienes como retribución por el mal causado por el delito cometido es una pena. Por lo tanto, la pena es retributiva a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad, es intransferible, con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales.

¹ LESCH(Heiko), citado por RODRÍGUEZ MORALES(Alejandro), Anotaciones teóricas sobre Política Criminal y reforma de la Ley de Régimen Penitenciario, en <http://www.geocities.com/cienciaspenales/Anotaciones.html>

b. Características de las penas.

A continuación se expondrán características definitorias de las penas, las cuales se dividen de la siguiente manera:

b.1.) Característica generales.

- No pueden existir penas indeterminadas, ya que el juez determina su duración.
- Las penas se extinguen con el transcurso del tiempo, es decir cesa el ejercicio de la acción penal o la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.

b.2.) Característica específicas¹:

1. **Intimidatoria:** evita la delincuencia por el temor de su aplicación.
2. **Aflictiva:** debe recaer especialmente sobre la libertad, lo cual explica la gran difusión de las penas privativas y restrictivas de la libertad en los códigos que se inspiran en este principio.
3. **Ejemplar:** sirve de ejemplo a los demás y al delincuente, y así se advierte la efectividad de la amenaza estatal.

¹ Ver ROJAS, *op.cit.*

4. **Legal:** se encuentra establecida en la ley y se aplica de acuerdo a sus prescripciones. ¹
5. **Correctiva:** debe producir en el proscrito la readaptación en la sociedad, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia.
6. **Justa:** debe ser la que el caso amerita, no debiendo ser excesiva en dureza o duración, ni menor sino la justa. Lo cual será determinado por el juez dentro de los límites de punibilidad del delito.

Como observamos la pena tiene diversas características que permiten a la sociedad vivir en armonía, separando a los delincuentes en penitenciarias y reformatorios. Pero no solamente ello sino que la pena persigue un determinado fin. Tema que se tratará a continuación.

¹ “Esta legalidad se limita al dogma, “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”, no se puede castigar un hecho no prohibido, por su semejanza con uno prohibido; ni admitir una agravación específica no enumerada, por su semejanza con una enumerada, ni imponer una pena extra legal por su analogía con otra legal” Ver ROJAS, *op.cit.*

2. Fines de la pena.¹

Las consecuencias jurídicas del delito, en el moderno Derecho penal, son:

- La Pena. La más antigua e importante.
- Las Medidas de seguridad.
- La Reparación.

Antes de ingresar a las teorías que delimitan el fin de la pena y su fundamento se considera que hay fines que persigue la pena de manera general, como lo son²:

- De corrección: la pena para quien se aplica debe ser un medio para corregir, así los centros penitenciarios deben avocarse a readaptar al delincuente para que no vuelvan a delinquir.³

¹“Ha sido criterio tradicional de la pena estimar que la misión fundamental del Derecho penal consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, a fin de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad. Algunos autores se oponen al exclusivismo de esta función que reduciría el Derecho Penal al papel de gendarme, con la sola tarea de mantener el orden público. En este sentido Antolisei le añadió también una misión organizadora y propulsora, en una nueva concepción en la que además de tutor del orden público es y quiere ser maestro y educador del pueblo. Welzel por su parte atribuyó una doble función al Derecho Penal: una de protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético- sociales, dirigida a ciudadanos capaces de vínculos permanentes con la comunidad, es decir, aptos para una relación ético- social, y una función preventiva referida a hombre refractario en un amplio margen de vinculación a normas ético- sociales, como son los delincuentes por estado” MORILLAS CUEVA (Lorenzo), Reflexiones sobre el derecho penal del futuro, Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminológica en <http://criminet.ugr.es/recpe>.

² Ver ROJAS, *op.cit*.

³ Esta finalidad es de difícil concreción, porque los centros penitenciarios no cuentan con recurso económicos y humanos suficientes, lo que produce que al reingresar a la sociedad, generalmente vuelven a delinquir.

- De protección: de la sociedad, así como el mantenimiento del orden social y jurídico, por medio de las leyes penales, las cuales se utilizarán con fines intimidatorios, desde el punto de vista de la pena, porque si se sobrepasa esta esfera será necesario aplicarle la pena con que se sancione el mismo.
- De intimidación mediante la conminación y ejecución de la pena se pretende que no se comentan ilícitos.
- Ejemplar: la pena debe servir de ejemplo a quien la sufre como a la colectividad.

En la teoría de la pena existe una polémica sobre su fundamento y fines, existiendo tres grandes grupos de teorías principales: Absolutas, Relativas y Unitarias o Eclécticas:

2.1. Teoría Absoluta de la pena¹: Teoría de la retribución.

Tiene como fundamento “que el mal no debe quedar sin castigo² y el culpable debe encontrar en él su merecido”³. En otras palabras, es la retribución del daño producido, o sea, es

¹ “Las teorías absolutas se reducen a la expresión latina “quia peccatum est”, o sea que la pena corresponde porque pecó, porque se cometió la falta, o sea que la pena tiene un fin en sí mismo, no tiene un objetivo trascendente. Se castiga porque se delinquirió, porque se violó la ley, la pena es justa más allá de si es útil o no; constituye una retribución del delito, un pago de mal con mal”NIRICH (Pablo Enrique), Fundamentos de la pena: ¿Qui peccatum est, ne peccetur o...? en <http://www.revistalote.com.ar/nro018/nirich.htm>.

² “La compensación de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad... Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente.” Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 82.

³ PUIG MIR (Santiago) Derecho penal. Parte general, Barcelona, 5ta. Edición, TECFOTOS. SL, 1998.p 46.

compensar ese daño con el fin de reparar la lesión jurídica y así extinguir la culpa del autor del ilícito. Cuando el infractor de la norma haya cumplido con su culpabilidad, podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre.¹

Exponen que la pena encuentra su justificación en sí misma, sin que pueda ser utilizada como un medio para fines futuros. Es "absoluta"², porque el sentido de la pena es independiente de su efecto social, o sea, se separa de toda finalidad preventiva.

Para su fundamentación se han definido tres perspectivas "La Teoría de la Retribución Divina"; "La Teoría de la Retribución Ética" y "La Teoría de la Retribución Jurídica".

a) Punto de vista religioso: consideran que hay una paridad entre el mandato religioso de Justicia divina y la función de la pena, "la infracción al orden divino, genera una

1 ROXIN (Claus). La parte general del derecho penal sustantivo. Introducción al derecho penal y derecho procesal penal. Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p.54 sgts.

2 "(...) ve el sentido de la pena en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea, que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden -no matarás- que precede a la descripción legal -al que matare a otro...se le impondrá una pena de(...), cuya existencia es independiente de la sanción". Ver DAL BELLO, op.cit.,

pena impuesta por Dios, quien delega a jueces o funcionarios el derecho de aplicarla”¹.

b) Punto de vista ético: es la tesis seguida por Kant, en su texto “La metafísica de las costumbres” (1798), considera que “el hombre es un *“fin en sí mismo”* que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la ley penal se presenta como *“imperativo categórico”*, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad y otras”². En otras palabras, la pena es la retribución de la culpabilidad. La imposición de un castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, éste no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines.³

c) Punto de vista jurídico: argumento planteado por Hegel en sus “Líneas fundamentales de la filosofía del derecho” (1821), explica que “el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de establecer la vigencia de la

¹ Ver NIRICH, *op.cit.*

² Ver MIR PUIG *op.cit.*, p. 46, 47.

³ BELOFF (Mary Ana), *Teorías de la pena: la justificación imposible. Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.53 sgts.

“voluntad general”, es negada por la “voluntad especial” del delincuente”¹

En síntesis, las teorías de la justa retribución ética y jurídica presentan dos parámetros a desarrollar: la primera tesis dada por Kant, quien considera la pena como el “debe ser” aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y la segunda tesis expuesta por Hegel, quien dice que la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito². Concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación³, como anulación del delito, como reestablecimiento del derecho, entiende que la superación del delito es el castigo. Además, no reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena.

Como resultado final, estas corrientes fundamentan el derecho de castigar en las pretensiones de la justicia absoluta, se castiga porque la pena es justa en sí misma, como retribución del delito, y esta se considera como un mal, el cual

¹ Ver MIR PUIG *op.cit.*, p.47

² Construida a partir de la teoría de las normas de Binding.

³ “(...) la fórmula de la pena como “negación de la negación” del Derecho, que ha menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel “Líneas fundamentales”. Sólo se encuentra en el “Apéndice al § 97”, que fue extraído de unos apuntes de clase de Otto por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto”. Ver ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, Madrid, 1997, p 82.

debe extinguir la culpabilidad del autor o partícipe de la misma. Por lo tanto, el autor debe sufrir la expiación de dicho mal. El castigo lleva en sí mismo su propio fin.

El delito es el presupuesto y fundamento absoluto de la pena, es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse; la sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito, es la retribución, la expiación del delito cometido. Con base en estas teorías se castiga "*quia peccatur est*", es decir, porque se ha delinquido.¹

La pena se impone contra el encausado, porque ha violado una norma; y el considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Cabe agregar, que "la concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en sus términos estrictos ni por la ciencia penal ni por las legislaciones, que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la Justicia en sí misma".²

¹ Ver NIRICH, *op.cit*

² Ver MIR PUIG, *op.cit* p.48

**Los argumentos en favor de la teoría retribucionista,
son:**

La influencia psicológico social y el proporcionar una medición de la magnitud de la pena, o sea, la pena debe corresponder con el delito que se produce. La idea retributiva o expiatoria, marca pues un límite al poder punitivo del Estado y tiene, esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. La pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, por lo que, una penalización drástica en caso de culpabilidad mínima no se encuentra dentro de los parámetros de la retribución.

Pero ¿cómo se logra eso? Roxin, lo soluciona “con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científica perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables”.¹

Por otra parte, describen el desarrollo de la pena en forma total y absolutamente correcta, incluso desde el punto de vista histórico, puesto que el desarrollo del curso cultural social ha

¹ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 84.

desligado la pena estatal de la venganza privada, así como de las diferencias entre familias y tribus.

Las críticas que se formulan a la teoría de la retribución son:

Las críticas enunciadas a esta teoría explican su paulatino descenso al ser desistida por la doctrina penal contemporánea. En cuanto al fundamento y límite del “ius puniendi”, la crítica va dirigida a que no explica cuando el Estado debe efectuar el castigo, a pesar de que realiza una fundamentación del “para que” del castigo. Y además, no fija un límite estatal en cuanto al contenido.

Se dice, que reconoce la necesidad de la pena, pero lo que debería hacer en realidad es justificarla. La corriente más extremista concluye que debe castigarse al delincuente aunque ello no sea necesario en el caso concreto.

Otra crítica que se plantea, es la imposibilidad de verificación del libre albedrío, ya que, se admite la libertad de voluntad, pero es incongruente basar el derecho del Estado a imputar penas justificadas en la culpabilidad, ya que, la

libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.¹

En relación con la retribución como compensación, se manifiesta que, si con la pena se ejerce una retribución fáctica, ello se justificará únicamente si ella impide los actos de justicia por propia mano. El criterio retributivo no puede ser absoluto porque no toda culpabilidad debe ser castigada, debido a que la pena, en un caso concreto, puede producir efectos contraproducentes.

Lo anterior se demuestra porque el concepto de retribución compensadora es vulnerable, la pena no elimina el daño producido por el delito, sino que agrega un resentimiento, debido a que la víctima no volverá al estado en que se encontraba antes de producirse el perjuicio.²

Manifiestamente Roxin expone que, “la teoría de la retribución ya no se puede sostener científicamente. Pues, si, (...) la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de

¹ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p84.

² Ver DAL BELLO, op.cit.

forma expresa prescindida de todos los fines sociales”¹. En otras palabras, “el Estado, como institución humana no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. (...) La idea de que se puede compensar o suprimir un mal(el delito) causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo”.²

Otro punto débil se presenta cuando: “una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia”.³

Se considera, que esta teoría no pretende corregir problemas sociales que afligen la convivencia en sociedad, lo cual hace discutible su esterilidad en el ámbito político criminal. Además, si la sanción procedió contra el infractor, la censura de la condena pierde toda función, como se explicó en el acápite anterior.

¹ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general. Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p.84.

² Ibid.

³ Ibid.

2.2. Teoría relativa de la pena ¹.

Prevención, significa: disponer, preparar con anticipación, prever un daño o peligro, precaver, evitar, impedir, advertir, informar o avizorar; en suma, la prevención es el antídoto para el tratamiento de la inseguridad por la comisión de delitos, prevenir es adelantarse a los hechos, para evitar que las amenazas o riesgos propicien daños.²

Dentro de las Teorías relativas existen "Las de la Coacción Psíquica"; "Las de la Advertencia"; "Las de la Prevención" (general y/o especial), "Las de la Legítima Defensa del Estado" y "Teorías de la Corrección"

Estas doctrinas consideran que el fin de la pena no es retribuir al delincuente un mal por el mal que hizo, es decir, no debe atormentarse al delincuente, sino impedir que realice nuevos daños a la sociedad y evitar que otros hagan lo mismo. El sentido de la pena reside, bajo estas teorías, no en la realización de la justicia absoluta, sino en la protección de la sociedad, en la función de evitar acciones punibles en el futuro

¹ Reciben el nombre de relativas por que "las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales" Ver MIR, *op.cit.* p. 50

² BRIGAS FLORES (Sandra Maribel), La función preventiva en el Derecho penal, Revista jurídica Cajamarca, en <http://galeon.hispavista.com/donaires/REVISTA5/prevenit.htm>

En otras palabras, entienden la pena como un medio para la obtención de posteriores objetivos, “no son un fin en sí mismo, sino que son un medio para el mejoramiento de las personas o de la sociedad”¹. Además, para explicar su utilidad, la prevención de la criminalidad busca apoyo científico.

En palabras de Santiago Mir, “las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria, que (...) se funda(...) en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena (...) se justificaría (...) como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros”.²

Esta teoría, es una reacción a las teorías racionalistas de Kant y Hegel. Encuentran su fundamentación en la teoría del pacto social de Rousseau, cuando afirma que “todo malhechor, al atacar el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la de él, es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a un enemigo que como a un ciudadano”, y

¹ Ver NARICH, *op.cit.*

² Ver MIR PUIG, *op.cit.*, 49,50.

agrega: "la frecuencia de suplicios es siempre un signo de debilidad o de desidia en el gobierno. No hay malvado a quien no se pueda utilizar para algo".¹

Las teorías relativas sobre la pena son numerosas, de importancia para la exposición se ubican la prevención general y la prevención especial, las cuales se bifurcaron gracias al aporte realizado por el jurista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach

2.2.1. Teoría de la Prevención General.

Esta teoría distingue entre la prevención general negativa y prevención general positiva o integradora

2.2.1.1 Prevención general negativa.

Este concepto se refiere a la "prevención *frente a la colectividad*. Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad"². En otras palabras, el fin de la pena es intimidar a la mayoría de los ciudadanos, disuadiéndolos

¹ ROUSSEAU (Jean Jacques), El contrato social o principios de derecho político: clásicos del pensamiento , bogotá, Tecnos, 1987.

² Ver MIR PUIG, op.cit., pp. 49-50.

para que no obren contrariando las normas legales, y en la medida que lo logre se legitima el uso del *ius puniendi*.¹

Para esta corriente el delincuente es un sujeto que atenta contra el sistema adoptado por la generalidad, y dicho acto merece ser reprimido para que sirva de lección a los miembros de la sociedad, intimidándolos con la imposición de penas afines, si reproducen la conducta del castigado.

La idea de la prevención general, se utiliza en sentido estricto como la intimidación general, mediante la amenaza de la pena en virtud de la sanción individual. En un sentido más amplio, es la verificación del derecho como orden ético, y sólo en forma secundaria es intimidación, ya sea mediante ejecución ejemplificadora de la pena o a través de graves conminaciones de penas; en este sentido, la teoría de la coacción psicológica.

Su máximo exponente es Feuerbach², menciona que cuando no se encuentran los elementos para internar a los sujetos dentro de los intereses del grupo hegemónico, “la pena sirve como

¹ “...ve el fin de la pena (...) en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. (...) tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general” Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 89..

² Es considerado el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán (1775-1833).

amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan”¹. O sea, “opera como “coacción psicológica”² en el momento abstracto de la criminalidad legal”³. Debe haber amenaza ideal y amenaza real.

El fundamentos a favor de la Prevención general negativa, vislúmbrale hecho de que no es necesario recurrir al criterio clásico de la culpabilidad, sino al de motivación del autor. Por lo tanto, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida, y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se efectúe.

Las críticas a la Prevención general negativa son:.

Roxin critica esta posición, cuando explica que ella no define frente a qué comportamiento el Estado puede intimidar legítimamente, por lo que de la intimidación se termina en el terror⁴; una segunda objeción, igualmente discutible es el efecto

¹ Ver MIR PUIG, *op.cit.*, 51.

² “Todas las infracciones tienen fundamento psicológico de su origen en la sensualidad hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”. Ver FEURBACH, citado por ROXIN, Derecho penal. Parte general, *op.cit.*, p.90.

³ Ver MIR PUIG, *op.cit.*, 51.

⁴ La idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio, ha sido la demostración más frecuente para incrementar una pena. Lo que consecuentemente produce mayor impresión en la colectividad.

intimidador, ya que, el delincuente¹ (por lo general) actúa con la seguridad de no ser atrapado, lo que comprueba que no se deja influir por la amenaza estatal, lo que le lleva a afirmar que cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general; y por último, ¿cómo se justifica el que a un individuo se le ponga un mal para que otros omitan cometer un delito?, Esto puede atentar contra la dignidad humana consagrada como fundamento del Estado social de derecho.²

A esta teoría se le puede refutar que evalúa el beneficio eventual del delincuente, mediante el aumento de la pena intimidatoria, pero relega el daño o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pudiendo llegar a la arbitrariedad en la punibilidad, lo que produce una pena injusta.

Otro problema que se presenta, es el hecho de que el juez apenas puede evaluar adecuadamente el valor intimidatorio de las penas ya que desconoce cómo son apreciadas por la comunidad³.

¹ Se considera que sólo una parte de las personas con predisposición al delito, cometen el mismo con el previo conocimiento de su consecuencia jurídica. A esas personas, no les intimida la magnitud de la pena, sino el riesgo de ser atrapado, prueba de ello son los que cometen los delitos contra la salud con el tráfico de estupefacientes.

² ROXIN (Claus), *Problemas Básicos del Derecho penal*. Madrid, editorial Reus, Traducido por LUZÓN PEÑA (Diego Manuel), 1976, pp. 17-19.

³ Esto puede conducir a muchos jueces a plantear consideraciones de orden preventivo general de manera indiferente. Lo que genera una nueva problemática jurídico constitucional, ya que, para seguir los lineamientos de la prevención general los magistrados pueden llegar a abandonar el criterio de la culpabilidad.

Por último, obvia del todo al individuo, al ser humano que ha delinquido, pues sólo ve a la sociedad. Y, en segundo lugar, no establece límites al ius puniendi del Estado, pues, basándose en esa coacción a la generalidad pueden pensarse delitos leves con penas graves, para que esa amenaza cohíba a los demás de cometer ese delito. Y desde su concepción más pura, no le interesan los efectos que la pena pueda producir sobre el autor del delito.

Se considera que para implantar una prevención general segura por medio de las penas, estas no deberían ser prolongadas, puesto que como lo expone la doctrina de los límites del derecho penal, la pena tiene justificación únicamente si se reduce al mínimo necesario, pues si la política criminal se dirige a sancionar con penas rígidas, como por ejemplo la pena de muerte, los procedimientos antigarantistas como la tortura; no logran la prevención general que persiguen.¹

Para un análisis específico la prevención general se ha dividido en dos vertientes, la prevención general negativa denominada también prevención intimidatoria, de la cual se

¹ MIR PUIG (Santiago), Tratado de derecho penal, 1985, p. 40

habló en los párrafos anteriores; y la prevención general positiva llamada estabilizadora o integradora.¹

2.2.1.2. Prevención General Positiva o Integradora.

Para la doctrina penalista es uno de los conceptos de mayor interés en relación con los fines de la pena. Su máximo seguidor ha sido el profesor Claus Roxin, quien ha contribuido a su “caracterización, delimitación y ensamblaje en la teoría del fundamento y fines de la pena”.²

La prevención general positiva, en cuanto a la finalidad de la pena tiene como función el reforzamiento de la conciencia colectiva³, ya que, esta servirá como instructivo de la sociedad para formular criterios jurídicos, con el fin de que no se cometan hechos punibles.

En otras palabras, la función de la pena radica en ejercitar el reconocimiento de la norma por medio de su aplicación, o sea, la confianza que se origina en la sociedad por la acción de la justicia penal; la consecuencia de tranquilidad que se

¹ Ver MIR PUIG, *op.cit.*, 51

² PEREZ MANZANO(Mercedes), Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. Política Criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, José maría Bosch editor, 1997, p.73.

³ “...la pena tiene misión de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p.91.

provoca cuando la conciencia jurídica general se satisface por la coacción por medio de la pena, logra que el conflicto que produjo el autor se soluciona de esa forma.

Sus objetivos son:

1. Escrutar una justificación fuera de los arraigados fines, como lo son el retributivo, el preventivo especial y el preventivo general negativo.
2. Intenta combinar el dilema de imputar una pena *quia peccatum est o ne peccetur*, con la que se enuncia el antagonismo entre teorías absolutas y relativas, que ha hecho patente los parámetros de la discusión tradicional sobre los fines de la pena.¹

A esta corriente se le atribuyen tres fines que ayudan a poner en circulación la actividad social:

- a) Informan lo que está prohibido y lo que se debe hacer.
- b) Reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse.

¹ Ver PEREZ MANZANO, *op.cit.*, pp. 73-74.

- c) Crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho, por medio de la sanción.¹

Este último punto es el que justifica la prevención integradora. El antecedente de la prevención general positiva o integradora es la prevención general negativa o intimidatoria.

Bajo el amparo de estas teorías se castiga "*ut ne peccetur*", es decir, para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

A partir de los primeros años de la década del setenta, principalmente en Alemania, aparece una corriente de pensamiento, denominada "teoría de la prevención-integración" o de la "prevención positiva". Parten de la idea de que es insostenible lograr una explicación de la culpabilidad penal, a partir de criterios puramente individuales o de posibilidades reales del individuo, introducen consideraciones de política criminal en su concepto para determinarlo recurriendo a las teorías preventivas de los fines de la pena²

¹ Ver KAUFMANN, citado por MIR PUIG, *op.cit.*, p.51.

² Ver PEREZ MANZANO, *op.cit.*, p. 75.

La introducción de dicho concepto le ha servido a Roxin para “ensamblar sin traumatismos los fines de la pena en el marco de su teoría dialéctica de la unión. Prevención de integración es para Roxin el efecto de pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente de manera que el conflicto social se soluciona a pesar de la infracción normativa. Este efecto de pacificación se consigue con la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad porque se corresponde con el sentimiento jurídico de la generalidad”.¹

Limitando el análisis de la teoría de la prevención integradora y su incidencia sobre la base del principio de culpabilidad y la pena. Se considera, que es imposible aceptar en nuestro ordenamiento jurídico un fundamento del principio de subjetividad distinto que el antropológico. “El principio de culpabilidad debe asentarse sobre una concepción del hombre como persona, o sea, como un sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta a seguir”.²

Circunscribiendo el estudio de la prevención en la reparación del daño, la opinión de Roxin es de importancia, ya que, “la prevención de integración le sirve a Roxin para dar

¹ Ver PEREZ MANZANO, *op.cit.*, p. 76.

² ZAFFARONI (Eugenio Raúl), En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Bogotá, Temis, 1993.

entrada a la reparación del daño en el sistema de reacciones penales al delito sin que ello produzca distorsiones. Pues no se trata solo de que la reparación del daño tenga efectos resocializadores en el delincuente, sino que también tiene eficacia preventivo- integradora ya que «presta una significativa contribución a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando el daño se repare, la víctima y la colectividad considerarán suprimidas las molestias sociales originadas por el hecho»¹.

La crítica que se le plantea a esta teoría es que se le confunde con la retribución jurídica de Hegel², ya que le asigna a la pena el fin de afianzamiento del Derecho, y por lo tanto, que la sociedad aprehenda que el sistema jurídico-penal es realmente sostenible, por lo que se basa en elementos puramente psicológicos, que no pueden verificarse empíricamente³.

¹ Ver PERZ MANZANO, *op.cit.*, pp. 76-77.

² Otros autores seguidores de la teoría retribucionista: Kolh-Rausch, Binding, Welzel, H. Mayer.

³ «si no se consigue fundamentar empíricamente que la culpabilidad tiene ses efecto integrador, la argumentación pierde «su dignidad científica» y «su legitimidad práctico- normativa». Pues bien, entiendo que por el momento ni la prevención general clásica ni los efectos que se incluyen en la prevención general positiva están suficientemente probados» HASSEMER, citado por PEREZ MANZANO, *op.cit.* p.79.

2.2.2. Teoría de la Prevención especial:

Existe una segunda noción de las puniciones que afrontan los fundamentos de la teoría absoluta de la pena, ella propone como fin de la misma, el de desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.

La teoría de la prevención especial “tiende a prevenir los delitos que puedan proceder *de una persona determinada*”.¹ El cometido de la pena reside únicamente en “hacer desistir al autor de futuros delitos”².

Implica una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la doctrina moderna, significa la readaptación o reinserción social del delincuente y la separación cuando sea de corrección prácticamente imposible. Es una concepción práctica de la pena.

Esta teoría afirma que la sanción penal actúa sobre el penado: reformando, procurando su re-individualización para una efectiva readaptación social, imposibilitándolo dentro de cierto plazo para delinquir; destinándosele un procedimiento

¹ Ver MIR PUIG, *op.cit.*, p. 53.

² Ver Ver ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 85

técnico gradual que lo rehabilite y le elimine su deseo de delinquir.

En consecuencia, “la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; “sólo la pena necesaria es justa”. Se habla de “relativa” porque su finalidad está referida a la “evitación del delito”.¹ Esta teoría influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, y además, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena².

El mayor exponente de esta tesis fue Franz von Liszt (1851-1919), considera que la prevención especial se subdivide en tres fines de la pena:

La intimidación y la corrección son concebidas como objetivos positivos, porque buscan reincorporar al autor en la comunidad. El aseguramiento da expresión al aspecto negativo de la resignación, en la recuperación del autor para la comunidad.

¹ Ver DAL BELLO, *op.cit.*

² *Ibid.*

2.2.2.1. Teoría de la prevención especial negativa.

Denominada también de aseguramiento, tiene como objeto asegurar “a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro”¹. En otras palabras, el fin de la pena es paralizar al autor del delito, encerrándolo para que no pueda cometer delitos

Dentro de las críticas que se le formulan a la teoría de la prevención especial negativa, tenemos: .

- “No puede considerarse legítimo reducir el ser humano a objeto de manipulación por el Estado”².
- La defensa de los peligros es un cometido más que todo policial, que no puede ordenarse al Derecho Penal, pues ello supondría una quiebra del sistema”³.
- Por último, se critica que “siempre habrán delincuentes que no se hallen tras las rejas, sumado a que en nuestro país no se permite la cadena perpetua, y que la cifra negra de la criminalidad se ha estimado en un 90%”⁴.

¹ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 86

² Ver BARATTA (Alessandro) citado por RODRÍGUEZ MORALES, op.cit.

³ Ver LESCH citado por RODRÍGUEZ MORALES, op.cit.

⁴ Ver RODRÍGUEZ MORALES, op.cit.

2.2.2.2. Teoría de la intimidación.

Está dirigida a prevenir individualmente al “autor mediante la pena, para que no cometa futuros delitos”¹. Concibe el fin de la pena como un actuar coactivo para que no vuelva a infringir la ley.

La crítica que se le hace “es el alto índice de reincidencia que se observa en el sistema penal, por lo que la intimidación supuestamente ejercida, no ha surtido ni el menor efecto”².

2.2.2.3. Teoría de la prevención especial positiva.

Llamada técnicamente de resocialización (enmienda o corrección), en ella se preserva al delincuente de la “reincidencia mediante su corrección”³. Esta es la tendencia seguida por nuestro ordenamiento jurídico, como veremos más adelante⁴.

Solamente cuando la influencia resocializadora sobre el autor no sea positiva, la medida de la pena se dirige según la necesidad del aseguramiento de la colectividad, donde se termina toda posibilidad de corrección.

¹ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general. Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 85

² Ver RODRÍGUEZ MORALES, op.cit

³ Ver ROXIN, Derecho penal. Parte general. Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997 p. 86

⁴ La pena es la resocialización del criminal, esto es, la rehabilitación y reinserción en la sociedad de la persona que ha transgredido la ley.

Von Liszt afirmaba que sólo la pena necesaria es justa. El castigo era necesario cuando, desde el punto de vista preventivo especial, impedía la reincidencia del autor en el delito. En este orden de ideas, adoptando los lineamientos de la prevención especial, la culpabilidad carece de toda función en la determinación judicial de la pena.¹

La teoría correccionalista, “atribuye a la pena la función de mejorar a la persona que delinquirió, para que sea útil para sí y para la sociedad. El pecado es la ponzoña y la pena es la medicina, dicen, considerando que el castigo es “en favor del reo”.²

El Estado tiene el derecho de impedir cualquier hecho atribuible al ser humano, cuando proviene de su voluntad premeditada, ilícita o bien por no actuar correctamente, ello lo puede efectuar inclusive por medio de la coacción corporal, aun sin el propósito de dañar. Además, se le concede al Estado el derecho de restringir la libertad del culpable por medio del encarcelamiento, hasta que sea notoria la rehabilitación del sujeto.³

¹ STRATENWERTH (Gunter), Derecho Penal. Parte General, Madrid, II Volumen, 2^a edición, 1982, p.15sgts.

² “La política penal norteamericana, se alineó durante mucho tiempo en esta corriente (salvo donde aceptan la pena de muerte, que implica “suprimir” al delincuente), igualmente inspiró a la política penal de menores en Argentina y en Occidente”. Ver NIRICH, op.cit.

³ GERMAN R. (Jorge W.), Fundamentos del derecho de reprimir en
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.penal.8.html>

La pena tiene efecto “*quia peccatum est et ne peccetur*”, o sea, “la justa pena debe mirar tanto a lo pasado como a lo futuro, por necesidad, al origen de la oposición al derecho - voluntad injusta- para obrar en el porvenir con constancia y circunspección convirtiendo hacia el bien un estado presente del mal”.¹

La crítica a esta teoría es que “la resocialización es, en sentido kantiano, reductora de la persona al derecho de cosas, pues se obliga al condenado a someterse a un tratamiento para su reinserción social². Además, es difícil imaginar que se pueda preparar a una persona para su vida en libertad si se encuentra privada de la misma”³, ello significa, que las medidas reeducativas asignadas en forma coactiva no son eficientes. La resocialización impuesta la pena privativa de la libertad, lo único que hace es acentuar y tornar tajante el detrimento del penado.

A la par de lo anterior se presenta el problema del presupuesto que se dirige a estos establecimientos, ya que, es

¹ Ver GERMAN, *op.cit.*

² “Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.” En igual sentido Dal Bello, *op.cit.*

³ Ver RODRÍGUEZ MORALES, *op.cit.*

muy elevado para el Estado el mantenerlos, lo cual es sumamente difícil en nuestros países tercermundistas.

Se critica el que la teoría no suministre una medida de la pena, lo que podría producir serias injusticias. En otras palabras, no pone un límite fijo a la pena; el término de ella queda condicionado a la confirmación de un eventual resultado reeducativo. Porque “en la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad”¹.

Desde un punto de vista preventivo especial sería factible proponer la privación de la libertad de una persona que, aunque “resocializable” no haya cometido ningún ilícito².

Se presenta una insuficiente distinción entre penas y medidas de seguridad. Exponen explicaciones sobre una teoría de

¹ “Delinquentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir, Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición, Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir, Delinquentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.

Delinquentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza” Ver DAL BELLO, *op.cit.*

² Ver ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997, p. 45 sgts.

las medidas de seguridad, pero fallan ampliamente en la interpretación de la pena. Debido a que toman como medida para la pena la peligrosidad social del autor, muy especialmente la probabilidad de reincidencia¹. Por lo tanto, el hecho perpetrado tiene sólo el valor de síntoma, no pueden dar una medida para la pena: no se puede determinar en ningún hombre qué efecto va a tener la pena² y cuán grande es el peligro de reincidencia; por eso, llegan a resultados injustos e incluso inauditos³.

Por último se presenta la ilegitimidad de la resocialización coactiva, ya que, el Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar en forma coactiva, al autor de un delito determinado.⁴ Además, No se puede, extinguir el fin de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.

Esta teoría no tuvo gran desarrollo por cuanto no logró franquear las críticas, y además, se apartó de manera prematura de los conocimientos de las ciencias sociales y de la

¹ No toman en consideración la gravedad del juicio de culpabilidad.

² “En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal)”. Ver DAL BELLO, *op.cit.*,

³ WELZEL (Hans), *Derecho Penal Alemán*, Parte General, Chile, traducción castellana de los Drs. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 286

⁴ Ver DAL BELLO, *op.cit.*

investigación empírica que servían para construir las categorías de autor que se utilizarían como base del sistema.

2.3. Teorías Mixtas o Eclécticas.

Se denominan teorías mixtas o unificadoras o de la unión, porque se encuentran entre los postulados absolutos y los relativos. En otras palabras “Estas toman alguna justificación en las teorías absolutas y aceptan al mismo tiempo la utilidad de la pena. Combinan la retribución de culpabilidad mediante pena, con la influencia rehabilitadora, intimidatoria, de aseguramiento (individual o social)”.¹ Es decir, la pena será legítima para estas teorías, en la medida que sea a la vez justa y útil.

Son las teorías más aceptadas “fueron absolutamente dominantes y todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia”.² Sus máximos exponentes son Francesco Carrara, Carlos Binding, Anselm Merkel, Sebastián Soler.

Afirman que ni la teoría de la retribución, ni las teorías de la prevención -por sí solas-, son capaces de establecer

¹ Ver NIRICH, *op.cit.*

² Ver ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Madrid, Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas. SA, 1997. p. 93.

adecuadamente el objetivo y límite de la pena¹. La pena es un instrumento del Derecho, para su defensa o su preservación; en el Derecho Penal, la pena es la consecuencia preestablecida y directa del delito. La culpabilidad, al dar la medida de la pena, es una forma de limitación al poder coactivo del Estado.²

Esta teoría comprende como puntos de partida la prevención especial y general, cuando ambos objetivos se oponen, el fin de resocialización preventivo especial asume el primer lugar; en compensación, la prevención general se supedita en el ámbito de las amenazas penales y justifica la pena por sí sola, en caso de ausencia o fracaso de los fines de prevención especial, mientras que no puede darse una pena preventivo especial, sin ninguna intención de prevención general, a pesar del dominio absoluto del objetivo de socialización en la ejecución.³

El criterio unificador se resume en la afirmación de que cada concepción tiene proyección heterogénea según el momento en que se la considere. Así, la teoría preventiva general es la que tiene más impacto en el ámbito legislativo, o sea, cuando se ratifica la norma que contiene la sanción para

¹ Ver ROXIN, Fin y justificación de la pena. Determinación Judicial de la pena, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.30 sgts.

² Ver NIRICH, op.cit.

³ Ver ROXIN, Fin y justificación de la pena en Determinación Judicial de la pena, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.35 sgts.

los individuos que realicen una determinada conducta. La corriente retributiva estaría en primer lugar durante el proceso, y especialmente en la individualización judicial de la pena, debido a que la sentencia debe instaurarse atendiendo preferiblemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. En segundo término, pasaría la tendencia preventiva especial, la que estaría supeditada a la personalidad del autor o a la manifestación de reincidencia, circunscribiéndose la prevención general a una función de evitar la imposición de una pena mínima que produzca efectos contrarios para el control social. La teoría de la prevención especial tendría mayor incidencia durante la ejecución, porque, el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En otras palabras, sólo estas teorías al combinar la compensación de la culpabilidad como función limitadora del Estado, atañen al Estado Social de Derecho, pues tratar de fundamentar la consecuencia jurídica del delito, o sea, la pena, en la retribución o en la prevención especial significaría eliminar para el Derecho Penal valores propios estipulados en la Constitución. Ello significa que una pena entendida como pura retribución, sin ningún fin, desecharía la finalidad social de la pena preventiva, la cual es por si sola insuficiente para

garantizar la limitación de la pena y limitar el poder de la intervención estatal en el ámbito del individuo. Se debe completar externamente por medio de criterios limitadores, entre ellos la culpabilidad, ya que es el que responde de manera más favorable a la idea de que la pena no debe superar la gravedad del hecho cometido por el autor.

Consideran que la pena puede cumplir con la totalidad de sus funciones y; puesto que la ley no prescribe ni prohíbe ninguna de las teorías, la aplicación preferencial de una de ellas - según cuál sea el caso concreto a resolver- no encuentra ningún obstáculo legal.¹

La pena, debe ser impuesta atendiendo a los fines:

- De la prevención general positiva, con el objeto de originar confianza en la sociedad por la actividad de la justicia penal, y la tranquilidad que se ocasiona a la conciencia jurídica general cuando se impone la sanción, con lo que se considera solucionado el conflicto con su autor.

¹ Ver ROXIN, Fin y justificación de la pena. Determinación Judicial de la pena. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.30 sgts.

- De la prevención especial, para así asegurar a la colectividad frente a los delincuentes, por medio del encarcelamiento de éstos, con el objetivo de que su autor se intimide y no perpetre futuros delitos, a la vez de que se le apoya de la reincidencia mediante su corrección.

2.3.1. Teoría Unificadora Dialéctica.

La teoría preventiva de la unión es una variedad de las teorías mixtas¹. Su justificación es que ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena, acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales.

Estas teorías resultan eclécticas porque, “queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie”², ya que, la sencilla amalgama de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica³.

¹ ROXIN, (Claus), Fin y justificación de la pena. Determinación Judicial de la pena. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.36 sgts.

² MUÑOZ CONDE (Francisco). Introducción al Derecho Penal. Barcelona, Casa Editorial Bosh, 1975, p.35.

³ ROXIN, (Claus), Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid, Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Reus, 1976, p.19,20.

Claus Roxin intenta responder la pregunta sobre el fundamento de la pena, el cómo y el porqué de su uso, lo contesta diciendo que: "El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado".¹

Muñoz Conde nos expone la teoría en sus tres fases, la primera reside "en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general (...) pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial".²

Los problemas de cada teoría serán superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres circuitos del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal.

¹ Ver ROXIN, (Claus), Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid, Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Reus, 1976, p.20.

² Ver MUÑOZ, op.cit., p.36.

Una crítica general es el hecho de basarse en un conjunto de ilusiones: que no es posible armonizar tantos fundamentos, que la retribución de la culpa choca con el libre albedrío, que no hay prueba de un efecto preventivo individual de la pena, que la realidad demuestra la ineficacia de la pena como prevención general, etc.¹

3. Posición Costarricense.

Nuestro ordenamiento punitivo vigente, recepta la teoría de la prevención general positiva y la prevención especial, ya que erige como garantía penal, en el Código de la Materia, art. 51: “La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción

¹ “Se pregunta Jakobs(...): “cuál es la razón por la que algo tan problemático como la pena pública pueda seguir existiendo”. Responde,(...), “que la pena pública existe para definir al delito, considerando que el delito es una herramienta, para afirmar no al Derecho Penal, sino a la existencia del Derecho en general. Si se considera válido el Derecho, como elemento esencial de la Sociedad; o, figurativamente, como contrato para pasar de un estado natural a un estado de civilización, la pena se justifica como afirmación del Derecho, como una necesidad de la Civilización. Lo que se previene con la pena, no es algún delito en particular, se previene la erosión del Derecho como instrumento de la Sociedad. Cierra luego Jakobs su teoría, exponiendo que “persona” es aquél cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma, al derecho, de donde surgen dos condiciones: el comportamiento debe estar regido por normas y ha de resultar adecuado a la norma. La infracción a la norma crea una situación ambigua: por un lado, es un comportamiento regido por las normas, pues el Derecho prevé la posibilidad de las conductas delictivas; pero por el otro, el derecho cuestiona el sentido de ese comportamiento, ataca su orientación, pues el infractor pone en duda la idea de conveniencia o de aceptación del Derecho. Lo interesante de esta interpretación, es que el delincuente no deja de ser persona, no se sale del derecho (no es “ganado”, “naturaleza”), no se expulsa a sí mismo de la sociedad, o sea, que no se entiende la conducta del infractor como fuera del derecho, sino como conducta contradictoria con los intereses del Derecho, pero “prevista” por el mismo. La pena confirma la identidad normativa de una sociedad, entonces quien sea miembro de la misma puede ser penado, la pena es un proceso dentro de ella, el infractor no es un enemigo. La pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones, es decir la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones. En realidad la pena es conservadora y tiende a consolidar lo que se llama la paz y el orden social”. Ver NIRICH, op.cit.,

rehabilitadora” principio que es reiterado en el art. 70 de dicho ordenamiento al afirmar: "(...) Para que se pueda conceder la rehabilitación es necesario que quien lo solicite haya observado buena conducta y satisfecho la responsabilidad civil, salvo que justifique la imposibilidad de hacerlo”.

Consecuentemente el fin de la pena en el Estado Costarricense será, de *lege data*, que el delincuente específicamente se reforme (prevención especial; ya que, la prevención general negativa queda limitada exclusivamente a la punibilidad, es decir, la individualización legislativa de la sanción), procurando su resocialización para una efectiva readaptación social, con lo cual se ejercita el reconocimiento de la norma, originando confianza en la población por la actividad de la justicia penal, y el efecto de pacificación que se produce en la colectividad, tranquilizada por la imposición de la consecuencia jurídica del delito, que así considera solucionado el conflicto con su autor (prevención general positiva).

En razón de lo expresado, se admite que si en la normativa costarricense, la punición se impone porque se constató la existencia de un delito y hay responsabilidad penal; debemos asentir ahora, que esa responsabilidad penal tiene como presupuesto: el merecimiento de pena (existencia de delito), es

decir conducta, típica, antijurídica y culpable y la necesidad de pena.

Claro está se concuerda con una gran mayoría que considera que la pena no resuelve conflictos y mucho menos le produce un bien a quien es seleccionado a los fines de su aplicación. Por lo tanto, el concepto de pena que se plantee debe ser necesariamente negativo.

En una entrevista realizada al Lic. Alfredo Chirino al preguntarle su posición con respecto al cumplimiento de los fines de la pena, éste indico: “ Realmente, lo que tienen que hacer el legislador en un Estado de derecho democrático, es replantearse para que va a usar el derecho penal; si lo va a usar como lo esta usando ahora, el derecho penal sólo va a tener efectos simbólicos porque lo que hacen es tranquilizar a la sociedad pero no logra nada. Entonces lo que se debe hacer con el derecho penal es usarlo para lo que si puede ser útil, tratando de alcanzar al mismo tiempo fines que si sean realmente constatables en la sociedad, y esto no es fácil; porque el derecho penal en éste momento, ni cumple las funciones dichas ni cumple las otras funciones no dichas. Las dichas son básicamente: de protección de bienes jurídicos, de resocialización, de rehabilitación, de reintegración social; y no

cumple ninguna. Y las no dichas que son de represión y de contención social, ninguna de esas esta justificable constitucionalmente; porque si el derecho penal funciona para eso es un instrumento de terror, no es un instrumento de un Estado de derecho por lo tanto se deslegitima”.¹

A manera de conclusión, la pena estatal se definirá como una limitación que atribuye una privación de derechos, que no resarce ni restaura y mucho menos resocializa. Y en definitiva coincidimos con la opinión del Lic. Alfredo Chirino al indicar que en este momento histórico la pena de prisión no cumple con los fines que se propone.

Las teorías de la pena cumplen la función de explicar, el para qué de la pena y la legitimación del poder del Estado para castigar. Pero el ser de la pena es más que eso, es la privación de bienes jurídicos por parte del infractor de una norma. En donde el Derecho Penal tiene una función de delimitación del actuar incorrecto -lo que no debe confundirse con la estigmatización de la persona del delincuente- de lo no aceptable en el marco social, por lo que esto último se considera un aspecto que se relaciona con la teoría preventivo general de la pena, pero que es autónoma de ella y no necesita, como si lo

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino, Director Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de setiembre del 2002.

exige esa teoría, de una mayor fundamentación práctica en relación con las consecuencias sobre los no infractores. El Derecho Penal no es un gendarme, o sea no le interesa el aseguramiento de bienes o personas en casos de peligro comunitario.¹ Así como a la reparación de daños, ya sean materiales o morales.² Ello implica que, donde se produzca la privación de bienes jurídicos, existirá materialmente una pena.³

El sistema penal no opera del modo en el que el penalismo idealista lo ha sustentado. Se explicará primeramente cuál es la naturaleza y función de la pena. A continuación se intenta esquematizar desde esta perspectiva cuál sería la dinámica real del poder punitivo, desde dos tendencias radicales, el abolicionismo del derecho penal y la reparación del daño como tercera vía del proceso penal.

A continuación se expone la tendencia que sigue en la práctica la aplicación de la reparación integral del daño con respecto a las penas.

¹ Verbigracia: Problemas de salubridad o de seguridad: clausura de establecimientos con mercancía en mal estado, internamiento a un nosocomio de enfermos mentales peligrosos, etc.

² Destrucción de objetos, la imagen de la administración pública.

³ Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de agosto del 2002.

4. Relación de la Reparación Integral del daño con los fines de la pena.

La pena en el derecho costarricense se propone seguir los fines de la teoría de la prevención general positiva y la prevención especial, como se apuntó líneas atrás; pretendiendo que el delincuente se reforme, buscando su reeducación y rehabilitación. Es decir, se prefiere trabajar con la persona que ha trasgredido el derecho, en lugar de estar advirtiéndole a la sociedad que si comete delitos va a sufrir una pena muy fuerte.

Al realizar el análisis de la reparación integral del daño como una salida alterna al proceso, se puede decir que no cumple con los fines de la teoría general positiva, en el sentido de reforzar la conciencia colectiva (aplicándose una pena y demostrando la inviolabilidad del ordenamiento). Lo anterior, por cuanto la reparación integral del daño no es una pena, sino que se trata de una causa de extinción de la acción penal por medio de la cual se llega aun acuerdo de contenido meramente económico.

Por otra parte, si cumple con la función de prevención especial. No obstante, se requieren ciertas reformas en la

aplicación de éste instituto para lograr un mayor efecto de reeducación y rehabilitación

Con respecto al fin retributivo de la pena, la Sala Constitucional lo ha enmarcado dentro de los fines de la pena, en este sentido se ha manifestado: “ (...) *La pena es la justa retribución del mal ocasionado por el ilícito penal, proporcional a la culpabilidad del imputable. Sin negar la posible finalidad resocializadora y en alguna manera preventiva de la pena, su esencia radica en la retribución, retribución que no se traduce en reproche o venganza; sus fines son más amplios y elevados: mantener el orden y el equilibrio, fundamento de la vida moral y social, para protegerlos y restaurarlos en caso de quebranto.*”¹

No obstante, la reparación integral del daño no cumple con el fin retributivo de la pena, ya que como se ésta aplicando en la práctica, sólo se llega a acuerdos de contenido económico, y el fin retributivo debe ir más allá, porque con la comisión del delito además del daño material se produce un daño social. Y se quiebran las expectativas de la sociedad, porque es una realidad que todos pretendemos: que se respeten nuestra propiedad

¹ Sala Constitucional, sentencia N° 2586-93 de las 15H 36M del 8 de junio de 1993.

A continuación se exponen las diferentes tendencias planteadas en torno al derecho penal.

D. Tendencias.

Desde tiempos primitivos el derecho penal ha operado en el terreno del deber ser. Es decir, construyó su teoría con base a categorías cerradas, en las cuales los datos empíricos resultantes de las ciencias sociales no tenían cabida alguna. Constituyó un mundo autónomo, separado de las situaciones sociales imperantes, lo que ha contribuido sin duda a la creación de arquetipos válidos únicamente en el campo del deber ser, es decir, de lo meramente ideal, sin constatación alguna en el campo empírico.

El idealismo ha sido la guía teórica que lo ha informado. Sus estructuras analíticas impedían la penetración de otras ciencias. Con el objetivo de interrelacionar lo empírico con la teoría, y así fundarse sobre bases reales.

La incorporación de elementos provenientes de otras ciencias sociales¹ ha generado que se cimienten sus construcciones dogmáticas y la sistemática del delito sobre

¹ Por ejemplo: criminología, filosofía, sicología, ciencias políticas, entre otras.

referencias precisas por medio de las cuales surge el funcionamiento real del ejercicio del poder punitivo.

Son muchos los autores que han escrito e insistido sobre el futuro del derecho penal.¹ Ello se debe a la crisis que está viviendo, a las transformaciones en el campo social y político² (cambio de leyes punitivas), lo cual influye en el Derecho penal punitivo actual.³

El Derecho Penal moderno radicado en la ideología de los más destacados ilustrados y reformadores, presume como propósito impedir que continuaran los vicios que las leyes penales presentaban en el siglo XVIII.⁴

Lo que se percibe es que el Derecho penal debe ir buscando medios distintos de los que hoy se dan. Ello se observa en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵, considera que se han ignorado y

¹ ROXIN (Claus), El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, en Dogmática penal y política criminal, Lima, 1998, p. 434 sgts.

² La política criminal es parte de la política general del Estado y utiliza al derecho penal como un instrumento político.

³ "El sistema penal esta en auténtica emergencia, transitando los límites del colapso. Prueba cabal de ello son las diarias afirmaciones de sus protagonistas: tanto víctima, como procesado, policía y Justicia viven manifestando su insatisfacción. Esta es la realidad y debe ser reconocida, legitimemos o no el sistema". COSIA (Alberto), Es posible mediar en el conflicto penal, en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/articulo5-3.htm>.

⁴ Impulsado por las ideas de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Servan, Jean Paul Marat, se estructura con los aportes de Bentham, Filangieri, Feuerbach, Romagnosi, y con la Escuela Clásica se produce una proyección liberal. Ver MORILLAS, op.cit..

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

relegado los derechos humanos, se han producido actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, además considera la tiranía y la opresión en tal grado que el hombre se vea compelido al supremo recurso de la rebelión.

En los últimos tiempos se han manifestado dos tendencias a saber, el abolicionismo del derecho penal y la reparación integral del daño como tercera vía del derecho penal. Como opciones a los castigos, como alternativa a la política criminal.¹

Estas tendencias, tienen como punto fundamental, cambiar las políticas para combatir las dificultades que ocasiona todo lo relativo a las penas y el procedimiento penal. Debe recurrirse a medios de control que produzcan menos violencia, de manera tal, que no se perjudique la situación de las víctimas. La prisión aparte de que ha sido un verdadero fracaso, no responde a nuestra realidad. La solución no está en aumentar el número de cárceles. El dinero que se invierten en políticas de este tipo, debería ser aprovechado de manera inteligente en medidas efectivas. Si lo que se quiere es realmente dar una solución al problema de la prisión se debe recurrir a la prevención y a programas terapéutico-

¹ BOVINO, (Alberto), La víctima como preocupación del abolicionismo penal en De los delitos y de las Víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 268-269.

asistenciales. Se necesita tomar conciencia y dar respuestas de política criminal alternativa.

Es importante recalcar que la solución a un sistema alternativo es realista, busca aprender a convivir con los problemas, disminuyendo las nefastas consecuencias de la política represiva, que debería ser un problema igualmente preocupante, al menos si nuestra sociedad pretende un cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

1) Abolicionismo del Derecho Penal.

Escribir sobre el abolicionismo en el proceso penal, en nuestra actualidad no es una tarea sencilla. Si a ello le aditamos la gran cantidad de opiniones que se han vertido en los últimos años, cualquier punto de vista puede adolecer de originalidad. Por lo tanto, solo se limitará a enunciar las tesis básicas que se han presentado.

1.1. Derecho Penal Mínimo.

La corriente descrita como el Derecho Penal Mínimo, nace en Europa y es la que mayor acogida ha tenido en América Latina. Expone como premisa principal la reducción de la pena

con intención de abolirla. Las clases desamparadas son las más criminalizadas y las más victimizadas; lo que genera críticas al sistema penal, por lo que plantean su abolición, para unos de la cárcel¹-abolicionismo institucional- y para otros del sistema penal total - llamado abolicionismo penal radical-.

Se trata de reconocer las causas del delito desde dos aspectos esenciales:

- El conocimiento de los procesos de criminalización.
- La identificación de los comportamientos socialmente negativos².

Es de importancia la necesidad de variedad de disciplinas internas –relativo a la sociología jurídico-penal- y externas. La eficiencia político criminal necesita de hondas transformaciones sociales e institucionales que garanticen la igualdad y la democracia.

¹ “Al amparo de los planteamientos abolicionistas se han desarrollado diversas organizaciones, especialmente en Escandinavia, así por ejemplo el KRUM (Suecia, 1966); KRIM (Dinamarca, 1967); KROM (Noruega, 1968). Estas organizaciones declaran como objetivo estratégico la abolición del sistema carcelario(...) Se han desarrollado organizaciones como RAP (Alternativas Radicales a la Prisión) en Inglaterra e incluso en EE.UU. hay defensores de un modelo “atricionista” que propone la abolición de las cárceles” LARRAURI (Elena), Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Vol X, N° 8, 1^{er} semestre 1988, Editorial Lealon, Cali, Colombia, p.101

²Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, El Sistema carcelario Latinoamericano, serie de estudios de derechos humanos N° 4, caracas, en <http://cladehlt.org/estudio4.capIV.htm>.

En ésta corriente de pensamiento se encuentran Baratta, Ferrajoli, Melosi, Bergalli, Aniyar de Castro, Raúl Zaffaroni, Fernández Carrasquilla y Sandoval entre otros.

1.2. Abolicionismo del Derecho Penal.

Es la corriente que pertenece a la criminología crítica, que tiene como objetivo final la abolición del sistema penal actual. Es una posición crítica frente a los conflictos del control social, que busca la extinción del sistema penal, por ficticio y arbitrario, para reemplazarlo por medidas basadas en el diálogo, la armonía, la apertura y la concordia, en otras palabras, busca que se produzca una verdadera participación de las partes en la solución de sus conflictos.¹

Los orígenes de esta corriente se ubican en el siglo XVIII, en este período se discutía la prisión como pena. Los que estaban en favor de ella lo hacían con el deseo de eliminar los castigos físicos característicos de la época. Pero es hasta 1983 cuando se presenta como movimiento en el Congreso Mundial de Criminología oficiado en la ciudad de Viena.²

¹ SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y otro, Abolicionismo y democracia en Revista de Ciencias Penales, N° 11, año 8, 1996.

² Ver Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, op.cit.

El movimiento abolicionista son “todos aquellos autores cuya propuesta es eliminar el sistema de justicia penal. Cada uno de los autores esboza distintas justificaciones para abolir el aparato punitivo estatal, y propone distintas estrategias para alcanzar dicho resultado. También las alternativas que ofrecen presentan diferencias, sin embargo se les denomina a todos ellos abolicionistas por compartir un mismo objetivo que los distancia de quienes, estudiando el sistema criminal, encuentran soluciones manteniendo su existencia. Para un abolicionista, entonces, el sistema penal en su conjunto es considerado como un problema social en sí mismo y, por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada”.¹

Representantes de esta corriente entre otros son Bianchi, Mathiesen, Christie, Louk Hulsman (Holanda), Steinert y Schereer (Austria y Alemania) Quienes plantean alternativas al sistema penal, entre ellas.²

1. Utilización de nuevos términos tales como implicados, situaciones-problemas, penitencia y deuda entre otros.

¹ FOLTER citado por BOVINO, (Alberto), La víctima como preocupación del abolicionismo penal en De los delitos y de las Víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 263.

² Ver Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, op.cit

2. Proponen la justicia consensual, en ella se reivindican valores propios de las sociedades primitivas.
3. Procedimiento que garantice la igualdad de condiciones en el proceso donde las decisiones dependen de los implicados.
4. Sugieren la justicia conciliatoria para evitar las causas que reproducen la violencia.

Pero este debate dado en la Criminología crítica, no es nuevo, ya desde hace muchos años la Ley y el delito, eran temas de interés de destacados filósofos y pensadores de la historia. Platón consideraba al delincuente como un enfermo, y a la pena como una necesidad para su erradicación y salud social. Otros como Tomás de Aquino (1225-1274), Hobbes y Beccaria (1774) también emitieron juicios en torno a estos términos. Al igual que Durkheim y Marx; el primero consideraba que la Ley era el reflejo de la conciencia social de una sociedad; por el contrario para Marx era el instrumento de la burguesía para controlar el poder. Por su parte, Dahrendorff (1959) señalaba que la coherencia y el orden en la sociedad se fundamentan en la fuerza y la coerción, en la dominación de algunos y el sometimiento de otros ¹

¹ Ver Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, *op.cit*

El fundamento ideológico de la corriente abolicionista, comprende elementos del cristianismo, neoliberalismo, anarquismo, materialismo marxista y algunas nociones funcionalistas de Durkheim, según el análisis de Pérez Pinzón.

De importancia es que la posición de los abolicionistas no pretende sustituir o cambiar el sistema penal por otro. Pero tiene como debilidad que no expone un modelo que permita enfrentar y solucionar radicalmente las situaciones-problemas.

1.2.1. Argumentes para abolir el sistema penal.

Los abolicionistas consideran que el sistema penal en su totalidad está basado en los postulados de la inquisición, donde la institución eclesiástica juzgaba y castigaba lo que consideraba delito, contra la fe católica. Con este sistema, era casi imposible que una pena legítima saliera del sistema penal. Para su justificación utilizan cualquier mecanismo de persuasión “especialmente de la reflexión criminológica de derivación psicológica”.¹

¹ Ver BOVINO, (Alberto), La víctima como preocupación del abolicionismo penal en De los delitos y de las Víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, p.267.

Las críticas fundamentales¹ podrían resumirse de la siguiente forma:

1. El sistema es anémico. Sus normas no cumplen las funciones esperadas.
2. Degrada al ser humano, lo estigmatiza y lo conduce a perder la dignidad.
3. Se apoya en un consenso irreal; la sociedad es falsamente concebida como una totalidad consensual donde el acto desviado es la excepción.
4. Reprime las necesidades humanas, al ser los delitos o conflictos expresión de necesidades humanas frustradas, la respuesta punitiva es sólo la represión de éstas.
5. Concibe al hombre como un enemigo de guerra. La lucha contra la "criminalidad" es presentada como una guerra interior, guerra contra la maldad, la atrocidad que es el hombre. El sistema penal es peor que el aparato militar, actúa permanente y soterradamente.
6. El sistema penal, lejos de funcionar para todos los casos en los que tendría competencia, funciona a "ritmo apagado", como lo demuestran las investigaciones sobre la cifra oscura.

¹ LARRAURI (Elena), Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Vol X, N° 8, 1^{er} semestre 1988, Editorial Lealon, Cali, Colombia, p.101.

7. Un sistema que interviene marginalmente, que solo se ocupa de lo excepcional, no es normal, falsea todos los principios o valores sobre los que reposa, pues en el mejor de los casos, serían observados en un pequeño número de situaciones, sea, en los casos registrados.
8. Defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales. Actúa con los mismos valores que predica combatir, tiene mecanismos como la cárcel con los que valora la violencia y la degradación como método para someter al hombre y resolver los conflictos, en la prisión prevalecen las relaciones de pasividad, agresividad, dependencia-administración, se fomenta el desprecio por la persona, se incrementa el odio, etc.
9. El concepto culpabilidad que utiliza es una noción grave, compleja, ambigua, metafísica.
10. El sistema fabrica culpables y los escogidos como tales continúan siéndolo toda la vida.
11. Estigmatiza. El procesado o condenado sigue siendo socialmente procesado, rechazado, excluido; el estigmatizado se autopercibe como un desviado y es impulsado a vivir y comportarse conforme a dicha imagen.
12. La pena impuesta por el sistema penal es ilegítima; la imposición vertical de la pena, con independencia del

querer del procesado y sin el reconocimiento de éste hacia la autoridad que la impone, hace que la sanción carezca de legitimidad.

13. La prisión no es solo privación de libertad. Implica un cambio radical en la vida del condenado, se le priva del hogar, del trabajo, la familia, amigos, identidad, relaciones sexuales, del aire, del sol, etc.
14. El sistema penal está específicamente concebido para hacer daño. Es una máquina para producir dolor inútilmente. La ejecución de la pena resulta estéril, pues no transforma al individuo sino que lo destruye, lo aniquila, produciéndole efectos irreparables. Se trata de un dolor inútil, de “penas perdidas”.
15. Crea y refuerza las desigualdades sociales.
16. Cuando conoce un caso lo mira a través de un espejo deformante que lo reduce a un momento, a un acto.
17. Al sistema no le interesa la víctima. Los intereses de ésta se encuentran en un lugar secundario o no ocupan ninguno, se utiliza el sofisma de que a la víctima también le interesa el castigo porque el hombre por naturaleza es vengativo, mientras que los sistemas punitivos se han cerrado y aislado del público porque éstos rechazan esa crueldad. Algunas investigaciones sobre víctimas han demostrado que éstas, si están de acuerdo en seguir un

proceso les resulta indiferente que sea penal o civil, pues lo que les interesa es recuperar lo perdido o cesar la situación negativa que experimentan. Al sistema lo que le interesa es buscar un culpable.

18. Los políticos que hacen las leyes, actúan en planos abstractos, y en la mayoría de los casos nunca han visitado una prisión.
19. Las leyes son confeccionadas y reformadas precipitadamente.
20. Es en el ámbito legislativo donde las personas comienzan a ser seleccionadas para luego llegar a ser reclusas.
21. En el contexto del sistema penal el acusado no tiene ocasión de expresarse como quisiera y el policía, el juez, aunque quisieran, no siempre pueden hacerlo, y de aquí proviene en parte la inhumanidad del sistema.
22. El uso común de imágenes dentro del sistema penal nos muestra al policía, al juez, al carcelero, como representantes del orden y del bien, y al delincuente como persona aparte, mala, socialmente anormal.
23. Los jueces de carrera, al igual que los políticos, están psicológicamente lejos de los hombres a quienes condenan, pues pertenecen a una categoría social diversa; la incomunicación es difícil de vencer, el papel

- que el sistema concede al juez lo impermeabiliza contra toda proximidad humana.
24. Dentro del sistema no se escucha verdaderamente a las personas implicadas; no siempre las actas consignan lo que éstos dicen, con sus propias palabras, y buena parte del trámite procesal se adelanta en formularios, frases o preguntas prefabricadas.
25. Las garantías y derechos individuales están sujetos a ambigüedades nacidas de la doble función que se entrega al juez: proteger el orden y al ciudadano.
26. Los efectos del sistema penal son totalmente contrarios a lo que quisiera el discurso oficial, que pretende favorecer la enmienda del condenado. En realidad, el sistema endurece al reo en sus relaciones con el orden social al cual se le quiere incorporar, haciendo de él una nueva víctima.
27. A la cárcel van siempre los mismos: los más débiles, los desamparados.
28. Los sistemas penales actuales no representan un avance respecto de la crueldad de los castigos de la época anterior a las reformas planteadas por el iluminismo.¹
29. Se oponen a la utilización de los términos “delito”¹ y “peligrosidad”, ya que, se hace en función de una

¹ Ver BOVINO, (Alberto), La víctima como preocupación del abolicionismo penal en De los delitos y de las Víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 268.

concepción que considera estos hechos como algo natural; y conforme a los intereses de clase y de quienes detentan el poder.

Como se ha visto, los abolicionistas tienen un uso irreverente de toda herramienta teórica como estrategia de persuasión que permita poner en cuestionamiento el sistema de justicia penal. Demostrando que la intervención penal es ineficiente para resolver los conflictos que se generen

Manifiestan que el sistema penal, es un problema social en sí mismo, ello debido a que la actividad punitiva disminuye el problema con el que debe enfrentarse.

Con respecto a la víctima, los abolicionistas al defenderla dicen que pierden, “primero frente al autor del hecho, y luego frente al estado, que le expropia su conflicto, sacándola de la escena, para imponer una consecuencia (la pena), que en nada contempla sus intereses concretos”². Por lo que no debe

¹ No se define como delito a los hechos más graves. “(...) el delito “no existe” más allá de la definición legal, esto es, que el delito no tiene existencia ontológica, sino que se trata sólo de un problema de definiciones. Nada hay en el comportamiento mismo que permita vincularlo con la respuesta punitiva. Sólo una decisión política, tan discutible como cualquier otro. Estas definiciones presentan dos niveles diferentes. En un primer nivel la definición en abstracto, en el texto legal, de un comportamiento como merecedor de una sanción penal (criminalización primaria) y, en un segundo nivel, la definición del comportamiento de un individuo concreto como delictivo (criminalización secundaria)”. Ver BOVINO, (Alberto), El manual del buen abolicionista en Revista de la asociación de ciencias penales, N° 16, año 11, mayo 1999.

² Ver BOVINO, (Alberto), El manual del buen abolicionista en Revista de la asociación de ciencias penales, N° 16, año 11, mayo 1999.

utilizarse la argumentación de la venganza privada de la víctima.¹ Generalmente a “la víctima sólo le interesa una reparación del daño, al estilo del derecho privado. La víctima vengadora no es nada más que un estereotipo, de escasa base real, que sirve a la consolidación de las prácticas punitivas del estado”².

La pregunta que los abolicionistas no responden de manera concreta y exacta es ¿qué hacer frente al delito? Ellos responden que cualquier instancia estatal que intervenga no debe tener poder para imponer a las partes una decisión que ponga fin al conflicto, pero sí puede participar evitando que se impongan ciertas soluciones.

Se señalaran algunas recomendaciones que plantea el movimiento abolicionista³:

- Observar críticamente los sistemas actuales, pues situarse de ese modo ante ellos permite evitar el conformismo y la reiteración de "soluciones" agotadas que siempre conducirán a los mismos defectos.

¹ Lo justifica el hecho de que históricamente las penas han producido más daño que el propio autor del ilícito. Además el delito no origina ninguna venganza privada.

² Ver BOVINO, (Alberto), El manual del buen abolicionista en Revista de la asociación de ciencias penales, N° 16, año 11, mayo 1999

³ Ver SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y otro, Abolicionismo y democracia en Revista de Ciencias Penales, N° 11, año 8, 1996.

- Disposición al diálogo, ya que el mantenerse atento, e intercambiar ideas por medio de una conversación abierta y actuar solidariamente, permite desarrollar mejores canales de comunicación y, eventualmente, encontrar aspectos conciliatorios de diversos intereses.
- Si el delito ontológicamente no existe y por tanto no es operacional, se hace necesario desinstitucionalizar ("desmitificar") las diferencias artificiales que han establecido los sistemas entre buenos y malos, guardianes del orden y delincuentes, etc., (en este sentido se estima que la descriminalización sería un buen punto de partida), así como modificar el propio lenguaje utilizado por el "sistema": Crimen, autor, criminal, criminalidad, etc., se dice que pertenecen al dialecto penal y reflejan los a priori de aquél.
- Por eso se propone utilizar nuevos conceptos como "actos lamentables", "comportamientos no deseables" "personas implicadas" "situaciones-problema", etc., que se considera una terminología no estigmatizante ni peyorativa.
- Acudir a formas privadas (acuerdos, mediaciones y decisiones particulares, especialmente entre los propios interesados) en procura de encontrar pacíficamente solución a los conflictos, lo cual hoy día tampoco es

desconocido como vía de conciliación a pesar de la existencia del sistema.

- Otorgar a las personas involucradas la potestad o la posibilidad de manejar sus propios conflictos (por ejemplo mediante la relación "cara a cara").
- Debe aprenderse a negociar las situaciones de conflictos, a vivir las tensiones y superarlas.
- Privatizar, en definitiva, la búsqueda de soluciones (por ejemplo sustituir la ley penal por la civil, utilizando la transacción, la compensación, la reparación, etc., en que a la víctima se le da la importancia que merece) puede eliminarse factores de tensión, de enfrentamiento, y, por qué no, de violencia, que hoy día propicia -según se afirma- el sistema y el derecho penal que le respalda.

La mayoría de las proposiciones por parte de esta corriente, serían volver al sistema de la composición -del cual se habló en capítulos anteriores-, y de algunos sistemas jurídicos como el derecho germánico de principios de la Edad Media, dejados de lado desde que se introduce la Inquisición. La composición involucra ineludiblemente la participación de las personas directamente involucradas en el conflicto.

En otras palabras, la tendencia del derecho penal mínimo, se dirige a utilizar la reparación como un medio por el cual las partes solucionen su conflicto, lo que evita la utilización del sistema penal.

Pero como lo explica acertadamente Alberto Bovino, “abolir el sistema de justicia penal puede ser una paradoja, una utopía¹, un snobismo central o una moda local. También puede ser un sueño, un proyecto, una descripción nihilista que paralice, o un programa milenario. O una apuesta más de trabajo cotidiano”.²

Lo citado explica las razones por las cuales el sistema penal es ineficaz, pero también que una abolición del mismo es imposible, hasta tanto no seamos un mundo que viva en armonía con sus semejantes. Nuestro C. P. es imagen de la sociedad y de la facultad de entender las nuevas realidades; de su voluntad de determinar sus medios y modernizar las instituciones que hagan posible operar los cambios orientados a una justicia social y garantista de la dignidad humana.

¹Al respecto el Director de la Escuela Judicial, manifiesta: "La abolición del derecho penal es una utopía, a la cual todos los penalistas tendemos, es decir, desde Von Litz se dice que el trabajo más consistente del penalista es tratar de llegar algún día a hacer desaparecer el derecho penal. Lo que pasa es que ese día no se ve cercano, nosotros tenemos que seguir tendiendo a ir reducir el derecho penal a los campos donde realmente sea trascendental, pero sigue necesitándose el derecho penal. Lo abolición del derecho penal no se alcanzará por lo menos en las próximas generaciones". Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino, Director Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de setiembre del 2002.

² Ver BOVINO, (Alberto), El manual del buen abolicionista en Revista de la asociación de ciencias penales, N° 16, año 11, mayo 1999

Es fundamental cambiar las políticas para combatir las dificultades que ocasiona todo lo relacionado con las penas y el procedimiento penal. Debe recurrirse a medios de control que produzcan menos violencia, de manera tal, que no se perjudique la situación de las víctimas. La prisión aparte de que ha sido un verdadero fracaso, no responde a nuestra realidad. La solución no está en aumentar el número de cárceles. El dinero que se invierten en políticas de este tipo, deberían ser aprovechadas de manera inteligente en medidas efectivas. Si lo que se quiere es realmente dar una solución al problema de la prisión se debe recurrir a la prevención y a programas terapéutico-asistenciales. Se necesita tomar conciencia y dar respuestas de política criminal alternativa.

La política alternativa es realista: más que evitar el delito parte de que éstas siempre han acompañado a la humanidad, y que posiblemente siempre la acompañarán. No se trata de resistirse a la realidad sino de aprender a convivir con ella, disminuyendo al menos las nefastas consecuencias de la política represiva, que debería ser un problema igualmente preocupante, al menos si nuestra sociedad pretende un cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

Es importante recalcar que producir cambios -sea en el ámbito jurídico o en cualesquier otro- no es una tarea sencilla. Es más, es sumamente compleja. Lo que conlleva a que a continuación expliquemos la tendencia a incorporar la reparación del daño junto a las penas y medidas de seguridad.

2) La Reparación hace innecesaria la pena, surgiendo como tercera vía al lado de las penas y las medidas de seguridad.

No debemos olvidar que el sistema penal actual, tiene como fuentes directas a cuatro ordenamientos jurídicos de añeja data. Ellos son: el código criminal francés de 1808, el código de Córdoba de 1939, la legislación inquisitiva española anterior a 1882 y finalmente la propuesta del Código Latinoamericano.

Si a lo dicho le agregamos la resistencia al cambio que tienen muchos de nuestros juristas, jueces y operadores jurídicos, dicha transformación deviene poco menos que en abrumadora.

Se debe aseverar que nuestro sistema procesal penal conforma hoy un modelo caduco, arcaico y peligroso, ya que, las

garantías de los individuos que en él intervienen se encuentran limitadas y en muchas ocasiones suprimidas.

El proceso penal, no es más que un medio a través del cual se resuelven conflictos suscitadas entre dos partes contrapuestas. Y no debe ser utilizado con fines politiqueros. Las medidas de política criminal deben adoptarse *ex ante delito* y no *ex post delito*, como ocurre en nuestro país. Ello se debe solucionar por medio de acciones positivas cuyo fin sea reducir los índices de criminalidad.

En relación con la reparación, el que infringe un daño a otro debe repararlo. Esta máxima deriva del brocárdico latino "*alterum non laedere*", principio por el cual queda consagrada la obligación genérica de no dañar.¹ La misma encuentra sustento Constitucional en nuestro país por imperio de lo dispuesto en el art. 41 de la C.P.

Lo que se interpreta, "*a fortiori*", como el que con sus accionares perjudique a un tercero está sujeto a la autoridad de los tribunales, y por consiguiente debe reparar dicho acto dañoso que menoscaba los derechos de otro sujeto.

¹ Principio general del Derecho

Si bien, esta máxima es utilizada en el derecho civil, como fundamento de la obligación de responder por los daños que se produzcan en la órbita extracontractual (responsabilidad civil aquiliana), no se percibe ningún problema en ubicarla en el ámbito del derecho penal y el procesal penal.

La temática que se abordará, es una discusión de corte bizantino, inacabable e inagotable dentro de la dogmática penal. Como se estudió, es conocido por todos la deslegitimación que la pena de prisión viene sufriendo-merecidamente, incluso desde su génesis.

El encarcelar al autor de un delito, por la comisión de un acto delictual mínimo, denota esta finalidad vindicativa y persecutoria que tanto la pena como el proceso penal portan hoy día. El conflicto se traba entre el disidente y la organización estatal toda.

Pero, qué papel juega frente a esta satisfacción vindicativa del Estado, la víctima. Tanto el derecho penal como el procesal penal toman puntos de partida falsos.

Ambos, tienen como objeto de su conocimiento al victimario y no a la víctima. Sus finalidades están dirigidas al

castigo y no a reparar un daño acaecido. La víctima debiera ser el sujeto principal de ambas ciencias.

Aunque, nuestro sistema penal ha hecho méritos para la incorporación de la víctima en el mismo, todavía hoy existen fallas. En una entrevista realizada al Director de la Escuela Judicial, al preguntarle como miraba el papel de la víctima frente a la función vindicativa del Estado, expreso: “Un papel menor, cuando no un papel inútil porque en el momento vindicativo el que realmente se venga es el Estado y no la víctima, la víctima quisiera darle unos “leñatazos” pero no la dejan porque el que da los “leñatazos” es el Estado. Hay que ver quien tiene la venganza y quien es el titular de los bienes jurídicos violados, generalmente no es la víctima, es el Estado. La víctima no podría vénganse porque sería un volver a la venganza sería un retroceso. Parte de la razón para fundar una segunda república social fue seguir sometiendo la venganza privada a su absoluta no utilización y trasladarle la posibilidad de reaccionar frente al delito al Estado para que lo haga con límites: principio de legalidad, principio de protección de bienes jurídicos y principio de culpabilidad; esos van a seguir siendo los límites del Estado para esa función de reacción al delito”¹.

¹ Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, Poder Judicial, el 27 de setiembre del 2002.

Por consiguiente, si bien es cierto hay intereses políticos y económicos, que no desean eliminar la pena de prisión y de los cuales nadie querrá dimitir, sí se puede proponer un sistema opuesto a las penas privativas de la libertad por otras en los que la víctima vea satisfechos sus legítimas aspiraciones reparatorias. Como por ejemplo:

- Utilizar la pena de multa en otros supuestos, donde el acreedor del débito sea el sujeto pasivo de la violación y no el Estado.
- Aplicar de manera más efectiva la pena de inhabilitación y la pecuniaria para los delitos cometidos por funcionarios públicos

Claro está, respetando el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad. O sea, no estableciendo penalidades pecuniarias exorbitantes.

Como se observa hay múltiples formas de penalizar alternas a la prisión, y por medio de las cuales la víctima ve efectivamente reparado el daño que le han infringido con la comisión del delito.

Surgen algunas ideas que intentan fusionar los principios de la ciencia penal y los de la reparación integral del daño como tercera vía del derecho penal.

En primer lugar, la idea de la preeminencia de la víctima. Lo cual se relaciona con la expropiación del conflicto¹, que se encuentra dirigida esencialmente a los eventuales conflictos de interés entre el Estado y la víctima, ya que, numerosas veces sus derechos no son tomados en consideración y además, en algunas oportunidades se oponen a los determinados por el Estado.

En ese orden de ideas pueden situarse los procesos de revictimización y aquellos en que los autores de hechos delictivos insolventes o de escasos recursos no pueden enfrentar la reparación. En otras palabras, circunstancias en las que, quien es encarcelado, no puede satisfacer o reparar el daño causado a su víctima.

En segundo lugar, surge el tema de los objetivos del sistema penal, los cuales resaltan dos ideas:

¹ “La intervención que el sistema penal realiza ante un hecho que puede ser considerado delito implica la expropiación del conflicto a las personas originariamente involucradas en el.” Ver BOVINO, (Alberto), El manual del buen abolicionista en Revista de la asociación de ciencias penales, N° 16, año 11, mayo 1999, p. 272..

- La reparación del daño, y
- Las medidas de seguridad, junto a la pena.

Ello comprende un derecho penal cuyos objetivos abarcan la retribución o la prevención, así como la reparación del daño causado, con lo cual el derecho penal ya no sólo retribuye ni previene, sino que también repara.

Lo anterior manifiesta un derecho penal que no se confronta con el derecho civil y que intenta un replanteamiento punitivo de conductas vulnerantes de bienes jurídicos. Al decir "punitivo" se refiere a que la reparación del daño en esta posición viene a conformar una medida menos punitiva de respuesta penal.

Así, Roxin y Hirsch tienen planteamientos muy diferentes, el primero se refiere a la reparación del daño como "tercera vía" del derecho penal, que reemplace a la pena en los supuestos de delincuencia leve y media y, además, que la acompañe, aligerando la severidad de la pena, en los casos de ofensas de mayor gravedad.

Por su parte, Claus Roxin considera que debe mantenerse la distinción entre las naturalezas civil y penal, aunque lo que la

víctima busca es satisfacerse con el justo castigo a su agresor.¹ Hirsch cuestiona a Roxin, argumentando que sólo se llegaría a soluciones fidedignamente preferibles si se tuviera la posibilidad de perseguir penalmente, la concreción de la reparación, lo que conduciría a la “prisión por deudas”. Además, esta “tercera vía” resulta una forma de “abolucionismo encubierto” y la juzga una “consecuencia jurídica ajena al derecho penal”.

Otra crítica que se le plantea a la reparación como tercera vía propuesta por Roxin, es que “La objetivación del contenido de la reparación penal que se diferencia de la reparación civil no solo por el proceso de determinación de su contenido sino, además, por su forma de ejecución y control dependiente de un tribunal penal, vuelve a objetivar el interés de la víctima individual. No se trata de una reparación que satisfaga a la víctima, sino de una reparación que sirva a los fines que el Estado atribuye a la pena”²

¹ “Se ha indicado así que la víctima en lo que generalmente está interesada es en una reparación y no en la imposición de una pena al imputado. Por ello algunos han propugnado por la abolición del Derecho Penal, dando lugar a un derecho reparatorio, como forma más realista de “solucionar el conflicto” Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y litografía Mundo gráfico, 1998, p.87.

² SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia), Sistemas penales y derechos humanos, San José, CONAMAJ, 1997, p. 233, 234.

Se ha comparado el contenido de esta reparación como tercera vía al contenido de la pena de multa¹, sólo que destinada a la víctima. Se dice que si fuera una verdadera reparación, el papel que el tribunal debería desempeñar en la cuantificación de la reparación, sería únicamente el de establecer límites para impedir pretensiones excesivas² o de contenido ilegítimo³. Pero si no se presentan ninguno de estos supuestos, el tribunal no debería tener poder para rechazarla en contra de los legítimos deseos de las partes.

Uno de los cuestionamientos planteados al sistema penal es la expropiación del conflicto, donde la pena estatal despoja a la víctima de sus derechos, ello se demuestra en el desarrollo que se ha producido desde la venganza privada hasta la pena estatal, lo que demuestra que el sistema se desentendió de la víctima.

Verbigracia, frente a un ofensor que lesiona un bien jurídico, el sistema generalmente se ha limitado a imponer una pena con un significado retributivo o de prevención general y cuando tal pena se aplica esto sirve al Estado como control

¹ “Se trata de una pena pecuniaria; afecta el patrimonio del condenado pues impone la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el juez en su resolución, conforme a los parámetros que la ley indica” TERRAGNI (Marco Antonio), La pena de multa en <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/libros/pmulta.htm>.

² Pagar una cantidad monetaria mayor que la que se debía pagar.

³ Obligar al autor a trabajar gratuitamente a favor de la víctima en condiciones inhumanas.

social de la conducta de los ofensores. Mientras que la víctima, se limitaba a observar; ello cuando conocía el procedimiento de las actividades judiciales.

Este tópico se incorpora en el desarrollo histórico de la pena estatal, primero con la Inquisición y posteriormente con la llegada de los Estados Modernos.¹ La posición de la víctima era su olvido en el sistema penal, situación que sólo parece querer revertirse en las últimas décadas.

Como se expuso en el primer título, en los primeros tiempos se desarrolló una corriente de victimología (Mendelshon, Von Hentig), incluyendo a la víctima como “responsable”, y analizando cuál ha sido su desempeño como eventual complaciente o aún propiciadora del delito. Se buscaba atenuar la responsabilidad del autor, implantando a la victimodogmática. Por otra parte, en los años 80’s especialmente en Alemania se ha planteado la reivindicación de la víctima desde dos ángulos:

¹ Se presentan el contrato social, abolición de la venganza privada, delegación del ius puniendi en el Estado.

- Exigir la responsabilidad de la víctima por su participación en el hecho que condujo a su lesión, posiblemente disminuyendo la reprochabilidad del autor.
- Resaltando la figura de la víctima y sus intereses olvidados, lo que eventualmente puede conducir a mayor punición.

El juez no resuelve ningún conflicto. Su función se orienta a determinar si la conducta del justiciable se perfila en un tipo penal y si es culpable aplicará una pena. Ahora bien, si el conflicto que subyace continúa y peor aún se dilata. Por lo tanto, es víctima del autor, de la dogmática y del proceso penal.

Lo anterior hace que nos apartemos de la concepción más tradicional en cuanto a los fines de la pena, como lo es la retribución (prevención general) y en los últimos tiempos la prevención general positiva y negativa.

Roxin, no considera la reparación como un nuevo fin del sistema penal. Desde su óptica la reparación del daño como tercera vía, no es un fin diferente sino que lo incorpora dentro de la prevención general positiva o prevención de integración. Pero, la reparación sí puede, encarar al autor con su víctima, percibir su problemática y anular el conflicto causado.

Desde el momento en que la reparación integral del daño garantiza la preeminencia de la víctima se manifiesta que:

- La reparación favorece la prevención de integración, ya que, el encausado acepta la legalidad y con ello se evita la imputación, la estigmatización y la marginalización.
- La introducción y utilización de la reparación integral del daño se dirige a hacer más eficiente el sistema penal. Porque al ser un instituto que se puede acordar en la audiencia preliminar sustituye el procedimiento jurisdiccional, produciendo la extinción de la acción penal.
- En el campo económico la reparación genera que por los limitados recursos del sistema penal estos se empleen con mayor justificación en los supuestos de delincuencia graves.

Para los que se oponen a la reparación, o sea, quienes justifican la pena y su aplicación, se considera que la retribución es lógica y que un Estado no debería trazarse sobre la voluntad de castigar.

No se avala la abolición del sistema penal, pero sí que nuestro sistema actual es acentuadamente selectivo y desigual. Lo que hace necesario acudir a prototipos menos punitivos, que le den predominio a la víctima y que comprendan una ayuda social al ofensor, quienes generalmente son de condiciones sociales limitadas. Lo cual genera la aplicación de la pena exclusivamente a casos en que la protección de los bienes jurídicos no sea posible por otros medios menores.

Al preguntarle al Lic. Alfredo Chirino sobre las posibilidades que hay en el país de plantear la reparación como una tercera vía, indicó: “La tercera vía la plantea Roxin por los años ochenta, planteando la necesidad de que nosotros tuviéramos en esto un mayor efecto de prevención especial, se trata de devolver el conflicto a las partes para que exista una cierta satisfacción en la entrega de algo. Roxin la ve como una especie de pena que tiene un efecto más de prevención especial que de prevención general, ésta idea fue muy importante en el desarrollo del pensamiento penal porque inmediatamente empezaron los legisladores a tratar de buscar formas para que la reparación del daño fuera un elemento más en la reforma penal, el primer efecto fue a través de la reparación del daño como una consecuencia jurídica del hecho punible; para nosotros fue muchos años una consecuencia civil del hecho

punible. Hoy en la mayor parte de los códigos se introduce la reparación del daño como una medida alterna en el proceso para no continuar con el proceso, de modo que cuando hay una reparación del daño, que nos queda por ver cuando es integral y cuando es completa, ¿por qué como se podría dar una reparación del daño en una violación?. Porque en teoría se plantearía para todo tipo de delitos, como lo hace Roxin. El primer problema que se presenta, es como se hace con bienes jurídicos que son muy tangibles, pero su daño es insustancial en el sentido de que no lo puedo tocar: ¿como puedo tocar la virginidad perdida, el dolor, como se puede integralmente reparar la desconfianza que ha generado mi acto en los trabajos notariales, etc?, es algo muy difícil. La reparación integral del daño viene a ser una figura que se instaura en los Códigos Procesales y trata de darle a los ciudadanos una vía más para salir del proceso penal, obviamente que Roxin lo planteo como una propuesta político criminal de derecho sustantivo, pero hay que reconocer que en los códigos procesales es donde ha tenido mayor trascendencia”.

De acuerdo a la sociedad en que vivimos actualmente ésta se encuentra regulada por nuestro derecho positivo, el cual está encaminado a proteger la persona humana y sus bienes dentro de las múltiples relaciones sociales (civiles, penales, laborales,

etc.), de esta manera lograr la armonía social en el hombre. Por lo que a continuación que remite a las implicaciones del daño dentro de la reparación.

SECCIÓN TERCERA

EL DAÑO MORAL Y SUS IMPLICACIONES EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.

En nuestro sistema penal el delito es considerado como fuente de obligaciones, penales o de responsabilidad civil. Hay un compendio de intereses públicos y privados en los que participan el Estado y la víctima u ofendido respectivamente

Entre los derechos de la víctima el de mayor envergadura es la reparación por los daños, materiales y morales, que el delito le cause.

Hay diferentes forma para obtener la reparación, entre ellas:

- La acción civil resarcitoria o “action civile”.
- La reparación integral del daño.

Nuestro país optó por el modelo de la reparación de los daños, del sistema romano de derecho. Similares al del derecho penal material y formal de Italia, Francia y España.

Actualmente, es más ventajoso ejercer los derechos en la jurisdicción penal que en la civil, las razones se esgrimen de la siguiente manera:

- El acceso a la justicia civil es más costoso para las partes en el campo económico. Mientras que en la vía penal cualquiera puede reclamar sus derechos sin mayor inversión económicos.
- El proceso penal dura menos tiempo que el civil.
- Los medios de prueba y de investigación son más efectivos en el proceso penal que en la vía civil. Por lo que, las posibilidades de lograr una reparación por los daños son mayores.

El fin del perjudicado al asumir la vía penal para su reclamo es alcanzar la reparación-indemnización económica por el daño sufrido con el delito. Para lo cual tiene múltiples derechos.

Los antecedentes de la reparación del daño producido por una conducta ilícita se remontan hasta el Derecho Antiguo; por ejemplo en el derecho Babilonio el Código de Hammurabi (1728-1686 A. C.)¹, en el derecho Hindú las Leyes de Manú (Siglo VI A. C.)² y en el derecho romano las XII Tablas (Siglo V A. C.)³.

En cuanto al daño moral en el Derecho Romano, el antecedente más antiguo fue la injuria (iniura)⁴, considerada como lesión física infligida a una persona libre, esclava o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa.

Este tipo de acción era utilizado para la protección del individuo, no sólo los posibles daños ocasionados a los sentimientos del sujeto, sino los daños pecuniarios que la ofensa acarrea.

Fisher expone que "... entre las acciones penales del Derecho Romano merece especial estudio la actio injuriarum, por la

¹ Se obliga al endilgado a compensar a su víctima; en casos de robo o daño debía restituir 30 veces el valor de la cosa; cuando el delincuente era insolvente, el Estado se hace cargo de la reparación del daño a la víctima o a su familia, en los casos de homicidio. RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis), *Victimología*, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 340,341..

² La compensación es considerada como penitencia, y se extiende a los familiares en caso de desaparición de la víctima *Ibid.*

³ El ofensor está obligado, en todos los casos de delito y cuasidelito al pago de daños y perjuicios. Así en el robo se paga el doble de lo robado en los casos in fraganti, en los demás será el triple. En otros delitos se toma en cuenta la calidad de la víctima y las circunstancias del hecho. *Ibid.*

⁴ En la injuria, existían dos acciones de tipo privado, la Ley Cornelia y la estimatoria del Edicto del Prétor. La primera era una acción perpetua, y su titular era sólo la persona que había sido víctima del hecho injurioso, la acción concedida era de tipo penal y el importe de la sanción la determinaba el juez. Mientras que la acción nacida del Prétor también podía corresponder a las personas que se encontraban bajo su poder o protección, en ella el que reclamaba no estaba sujeto al arbitrio judicial, sino que hacía su propia evaluación para estimar el monto de la sanción. Material Poligrafiado de Derecho Romano I.

posición primordial que ocupa y que conserva en derecho común. La actio injuriarum tiene por misión proteger la personalidad contra actos intencionados y antijurídicos (lo que llamaríamos hoy daños morales). La acción de injurias versaba sobre el pago de una suma de dinero. El demandante, además de detallar la acción causada por la injuria, debía deducir como base de su denuncia, una cantidad determinada de dinero (certa pecunia) (...) la actio injuriarum tenía por primordial función indemnizar el daño no patrimonial, ofreciendo una satisfacción al perjudicado, por los disgustos sufridos...”¹

Los daños y perjuicios tienen su origen en el Derecho Romano, el cual establecía como principio la reparación integral del daño; se hacía la distinción entre el daño previsto del imprevisto, excluyendo al deudor de responder por el segundo.^{2,3}.

En la legislación francesa en el siglo XIX, y en el fuero alemán en el siglo XX, se regula la responsabilidad en cuanto a la reparación de daños y perjuicios. El código francés mitiga la

¹ FISCHER citado por BORREL, (Antonio); Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil Barcelona, BOSCH casa editorial, 2^{da} edición, p.188.

² ACO MIXNAHUATL (José Leonardo), El daño moral económico causado a los particulares , por publicaciones sin fundamento de la prensa de la ciudad de Puebla. Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de las Américas-Puebla, 1999, en http://milweb.udlap.mx/~tesis/ldel/aco_m_jl.html.

³ “(...)en caso de dolo del deudor, éste debe indemnizar los perjuicios que se deriven conocidamente del incumplimiento, aunque no sean consecuencia directa, inmediata e inevitable, todo ello a juicio del juez. Dicho en otras palabras: si existía culpa, el deudor respondía de los perjuicios previstos, pero no de los imprevistos”. SÁNCHEZ ROMAN, citado por ACO MIXNAHUATL Ibid.

regla de la reparación integral del daño producido objetivamente, tomando en cuenta la naturaleza de los motivos de incumplimiento por parte del deudor, culpa o dolo. La reglamentación alemana dictamina reparar el total del daño.¹

A. Generalidades del Daño Moral.

El concepto de daño moral ha sido objeto de cambio en cuanto a su perspectiva, ya no se ve desde el punto de vista meramente material, sino que se torna como de mayor importancia el ámbito espiritual.

El artículo 41 constitucional, se integra con la evolución histórica del concepto del daño, que en el Derecho Privado ofrece un avance fundamental con el reconocimiento de que no solo el hombre sufre daños patrimoniales (materiales), sino también extrapatrimoniales (espirituales o morales).

Este avance en el derecho costarricense se pone plenamente de manifiesto en el Código Penal de 1941, con una tímida pero clara regulación en los artículos. 124 y 125. Pero el derecho sigue avanzando, y no es solo la ley positiva la que tiene la palabra. También la experiencia jurisprudencial y la

¹ Enciclopedia jurídica Omeba. Buenos Aires, Tomo V., Driskill S. A., 1986. p. 604.

doctrina nacional e internacional, van tejiendo poco a poco una rica trama teórico-práctica en torno al daño moral, que encuentra su expresión positiva en los instrumentos internacionales destinados justamente a la protección de los derechos humanos. Instrumentos que, como el Tratado de San José de Costa Rica, son asumidos con jerarquía constitucional. Con lo que tenemos que la situación hoy no es idéntica a la de 1941. Y el daño moral no aparece como reparable solo sobre la base de lo dispuesto por el Código Civil, sino también por lo establecido en la Constitución. De un lejano pasado de negación, hemos ido a otro cercano de tímida regulación, hasta un presente que revela plenamente el contenido de un derecho humano y constitucional.

Para que nazca la exigencia de pagar daños y perjuicios, no es necesario que se genere un daño a un bien económico; puede ser un bien jurídico extra-económico, por ejemplo el honor.

Se produce una interrelación entre lo económico y lo extraeconómico, que produce consecuencias económicas.¹ Ejemplo de ello es el caso de una calumnia, la cual ofende la

¹ “(...)junto al daño patrimonial que consiste en la pérdida, destrucción o daño de un bien patrimonial, en la pérdida de ganancias o en la necesidad sobrevenida de realizar ciertos gastos, se habla de un daño no patrimonial, o daño moral...” PEREZ (Víctor), Derecho privado, San José, Publitex, 1988, p.420

persona moral del calumniado, haciendo que este tenga pérdidas económicas; o en el caso de un daño físico, el cual contraviene el ámbito biológico y espiritual de la persona afectada. Esos daños que se producen deben ser indemnizados, aunque su valoración no cubra el daño producido por la magnitud de su afección psicológica en la víctima.¹

Para los efectos de esta exposición se debe recalcar que nuestra Constitución Política ni otras leyes, efectúan una definición de lo que se debe entender por daño; y desde el punto de vista de la doctrina hay variedad de definiciones lo cual hace difícil su utilización.

El daño desde una definición lexicográfica proviene del latín *damnum*, daño de deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien. Como principio general de derecho, todo aquel que cause un daño a otro, tiene obligación de repararlo. Y como lo dice el apotegma romano: causa daño el que hace lo que no le está permitido hacer.

Se considera que daño es la obligación de resarcir íntegramente, la pérdida que tiene un sujeto en sus bienes

¹ Ver Enciclopedia jurídica Omeba. op.cit. pp.600- 601.

jurídicos, como el patrimonio, la integridad corporal, la vida, la salud, el honor, la profesión, la imagen, el estado familiar o social, y sus expectativas futuras.

En cuanto al término de moral¹, se ha dicho que está totalmente extraviado del derecho. Desde un punto de vista espiritual es definido “(...)como un concepto abstracto, lo relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia. Que pertenece al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición entonces a lo jurídico”.²

1) Concepto.

Borrel, define los daños morales como los que “... afectan a la personalidad física o moral del hombre o a ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana. Puede decirse que lo es, todo atentado que prive al hombre de algún miembro o facultad; toda mutilación, sea más o menos esencial; todo dolor físico o moral, producido por la pérdida de una persona, objeto o prestigio que

¹ En el derecho antiguo, moral y derecho eran términos que se confundían. Platón aseguraba que la justicia se extiende a los actos externos e internos; Aristóteles por su parte afirmaba que lo justo le es tanto por la acción como por la intención. “...el derecho es el orden exterior de la libertad humana, cuyo postulado fundamental es obrar de modo tal que tu libertad concuerde con la de todos y cada uno, según una ley universal...” desde el punto de vista ético subjetivo “...obra de modo que puedas querer siempre que la máxima de tu acción sea siempre ley universal (...) obra de modo que emplees la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre y al mismo tiempo como fin, y nunca como medio...” KANT citado por BALMACEDA, (Henry), *Pláticas de derecho y filosofía*, Editorial Lehmann, Costa Rica, 1980, p.110. Kant manifestaba que

² Ver CABANELLAS, *op.cit.*, p. 456.

repercuta en nuestros sentimientos; todo atentado a nuestra libertad, a nuestro desarrollo, a nuestra personalidad; a la dignidad humana en toda la amplitud de esferas que pueden establecerse; a la usurpación de derechos tales como los de propiedad intelectual, etc. En cuanto exceden del perjuicio material”.¹

Es definido por Zannoni como “(...) el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso”.²

Por su parte Cabanellas, dice que es “... toda lesión que sufra una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolorosa de otra...”.³

Es común que se considere el daño moral como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se le han ocasionado a la víctima. Son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a manera de ejemplo, el dolor que experimenta la madre por la muerte violenta de su hijo; el que ha sido injuriado o calumniado públicamente, el sufrimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la víctima de un ataque a su

¹ Ver BORREL, *op.cit.*, p.188.

² ZANNONI (Eduardo), *El daño moral en la Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, p.231.

³ Ver CABANELLAS, *op.cit.* p.473.

vida privada, son situaciones contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su manera.

Estos estados del espíritu son el contenido del daño en tanto se haya establecido en qué consistió el daño sufrido por la víctima. Es importante mencionar que el Derecho no resarce cualquier dolor, aflicción o padecimiento, sino solamente aquella consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un derecho jurídicamente reconocido.

Consecuentemente, lo que delimita al daño moral no es el sufrimiento o los padecimientos, estos serán reparables cuando sean consecuencias de la lesión de un derecho de actuar que frustre el goce de intereses no patrimoniales, que son reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Estos intereses, pueden estar relacionados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

Nuestra jurisprudencia ha definido el daño moral cuando *“(...) se menoscaba el patrimonio de una persona en su existencia actual o futura, nos encontramos ante el daño material o patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza del derecho lesionado; si el daño no tiene ningún efecto sobre el patrimonio*

pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por ley, hay daño moral y no patrimonial(...).¹

Con referencia a esta definición, no se mencionan ciertos daños que producen lesión en el patrimonio moral del lesionado, que también poseen consecuencias patrimoniales. Además, se plantea una definición excluyente, lo cual no se ajusta a la realidad, ya que, generalmente no hay daño moral que no contenga un daño material, por lo tanto lo que se produce es un complemento entre ambas.

La siguiente definición dada por nuestros tribunales es más completa y considera que: “... en el transcurrir de la vida se producen muchas circunstancias que duelen, que afectan a la persona que los sufre, hay acciones dolosas o culposas de ciertos hombres, que vienen a producir en otros un dolor, y que en ciertas oportunidades supera el daño patrimonial. Lo anterior significa que el daño moral no va a incidir necesariamente en el patrimonio de la persona que se encuentra sufriendo por la acción culposa o dolosa de otra; daño que no se compensa con ninguna cantidad de dinero; los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o ambas a la vez; a integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y

¹ Tribunal Superior Primero Civil, N° 858 de las 7: 40 horas del 30 de mayo de 1986.

Marisol Alpizar Chaves

Yara Elizondo Montoya

sentimientos del alma humana; el daño moral atenta contra nuestra libertad, a nuestro desarrollo, y a nuestra personalidad.”¹

Se puede definir como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos², ³, afectos⁴, creencias⁵, decoro⁶, honor⁷, reputación, vida privada⁸, estima social, aspectos

¹ Tribunal Superior Segundo Civil, N° 48 de las 10: 35 horas del 10 de febrero de 1993.

² “Acción y efecto de sentir o sentirse. Impresión y movimiento que causan en el alma las cosas espirituales.” Diccionario Enciclopédico Quillet, Buenos Aires, Tomo VIII, Editorial Argentina Aristides Quillet, SA., p.26..

³ “El daño moral, en este punto, más bien se refiere a los sentimientos que nos causan un dolor moral. Pero también la conducta ilícita que nos prive de sentimientos de placer, puede constituir un agravio de naturaleza inmaterial, ya que lo mismo se puede afectar a una persona causándole un dolor de manera directa, como indirectamente al privarlo de los sentimientos que le causan placer; por ejemplo, en el primer caso la pérdida de un ser querido o familiar, y en el segundo podría ser la afectación que sufre un poeta, en el placer que le causa ser considerado como cabeza de una escuela de escritores.” Ver ACO, op.cit.

⁴ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el afecto de la siguiente forma: (del latín affectus) inclinado a alguna persona o cosa, pasión del ánimo. La tutela jurídica sobre este bien recaerá en la conducta ilícita de una persona que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación, la cual constituye un agravio de naturaleza extrapatrimonial que debe ser reparado.

⁵ “Firme asentimiento y conformidad con una cosa. Comprende la naturaleza más subjetiva de la persona; ésta le da completo crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá de guía en su vida diaria, por tener la certeza de que es válido. El agravio moral se constituirá cuando la agresión específica recaiga sobre estos conceptos”. Ver ACO, op.cit.

⁶ “Lo integran: el honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra, estimación. El decoro se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedor de respeto, lo cual es una regla general aceptada en el trato social. Por tanto, la conculcación de este bien se configura en el sentido negativo de que el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social donde se desenvuelve y que es donde directamente repercute el agravio. Este tipo de daño constituye un ataque directo al patrimonio moral social del individuo. La tutela se establece en el sentido de: no me siento compelido con nadie a que se cuestione mi decoro con el simple ánimo de dañar e indirectamente tampoco me encuentro obligado a sufrir un ataque de tal naturaleza en el medio social” Ibid.

⁷ “Es la cualidad moral que nos lleva a cumplir un deber. El honor de una persona es un bien objetivo que hace que ésta sea merecedora de admiración y confianza. El honor se gesta y crece en las relaciones sociales; la observancia de sus deberes jurídicos y morales lo configuran. Los ataques al honor de las personas, son los daños que más se presentan en materia de agravios extrapatrimoniales. Este bien tiene una tutela penal en el delito de calumnia y difamación (se comentarán en el capítulo de sanciones), figuras que son independientes de los ataques que sufre el honor tutelado por el daño moral”. OCHOA OLVERA (Salvador), citado por ACO, Ibid.

⁸ “Son todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto; el adjetivo privado se refiere a un hecho de familia, a la vista de pocos. Existe una obligación en principio de que se me respete; claro, siempre y cuando dicha conducta privada no lesione derechos de terceros. Asimismo, en ningún momento me encuentro obligado a soportar que cualquier persona, sin derecho, interfiera en mi vida privada; es decir, soportar una conducta ilícita que agrada mis actos particulares o de familia” Ibid.

físicos¹ o psíquicos denominados por la doctrina derechos de la personalidad, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. La noción de daño moral importa la disminución de los derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial que afectan el bien jurídico de un individuo.

Es de importancia, el que no se descarte del todo la afectación que se da mediatamente en el ámbito patrimonial. Ello se reafirma con lo expuesto por Cabanellas cuando desde el punto de vista sociológico define el daño moral como "... estrago que algún acontecimiento o doctrina causa en los ideales y costumbres de un pueblo, clase o institución (...) se declara así que las contiendas bélicas entrañan un daño moral irreparable por los hábitos de violencia que el hombre exagera, ante la desventura y abandono del hogar que para la mujer provocan y por la malicia que anticipan en la infancia, aflojados los vínculos familiares por la movilización bélica del padre y la fabril, sanitaria o de otra índole de la madre (...)”²

¹ “Este derecho es una extensión del correspondiente a la seguridad de la persona, pero también debe contemplarse en dos aspectos: el primero se refiere a la agresión de palabra u obra, referido a la figura física del individuo; el segundo se refiere a las lesiones que recibe el sujeto agraviado en su cuerpo o en su salud, que es una de las especies en que se divide el derecho a la vida que todas las personas tenemos. El daño moral en este caso se configura cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra, que supongamos deja una cicatriz perpetua, habrá infligido también un dolor moral, independientemente del delito que hubiese cometido, así como la responsabilidad civil en que incurra y por la cual se le condena a pagar por daños y perjuicios, consistentes en curaciones, hospitalización. Este dolor moral, con arreglo al artículo motivo de esta investigación, debe ser condenado y reparado. Es lo que algunos autores llaman daños estéticos, que se producen en bienes del patrimonio moral social u objetivo”. Ver ACO, *op.cit.*

² Ver CABANELLAS, *op.cit.*, p. 474.

Ejemplo de ello es el caso de un empresario que sea difamado, el se sentirá afectado en su interior y en su exterior, pues su reputación en el ámbito de los negocios ha sido enlodada. Lo cual generará pérdidas económicas serias, produciendo afectación en el campo material, o sea un daño material.

Para concluir con respecto a quien le corresponde la legitimación para ejercer el daño moral, se dice que debe existir un sujeto pasivo (agraviado), o sea, es a quien se le causa un daño, puede ser un particular o una entidad, y un sujeto activo (agraviante), es decir, quien causa el daño e igual que el anterior puede ser también un particular o una entidad, que tiene la obligación de reparar.¹

¹ "V... el daño moral es personalísimo, por lo que sólo puede solicitarlo quien resulte afectado directamente en su honra o dignidad, extinguiéndose el derecho a reclamarlo a su muerte, aunque no obstante, se admite en doctrina que interpuesta la acción y fallecido el afectado, sus herederos podrían proseguir la acción (confrontar en este sentido el voto de esta Sala V-069-F de las 9:00 horas del 8 de abril de 1.994, considerando VII.), de manera que al sustentarse su otorgamiento, debe indicarse en qué consiste la afectación moral directa causada al gestionante y no a interpósita persona, como ocurre en este asunto. Lo anterior significa, que no basta cometer un delito mediante el que se afecte moralmente a alguien, para que como consecuencia surja eventualmente la obligación de reparar o indemnizar no sólo el dolor que el hecho produce a la víctima, sino también y en forma correlativa a terceros (padres, tíos, abuelos, etcétera, del perjudicado). No debe obviarse sin embargo, aquellas situaciones en las que a consecuencia del delito fallece un individuo, supuesto en el cual un familiar cercano a él reclama el dolor moral sufrido, que emerge directamente de la aflicción que el hecho ocasionó, supuesto en el cual ejerce la acción civil resarcitoria en su condición de damnificado, por haber sufrido un daño indemnizable. Cabe agregar al respecto, que sin embargo: "... la condición de damnificado se determina analizando la conducta ilícita, para saber sobre qué persona (física o jurídica) recaen sus efectos dañinos ..." (en ese sentido, Sala Tercera, V-540-F de las 9:35 horas del 20 de setiembre de 1.996)" Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 493 de las 10 horas 20 minutos del 22 de mayo de 1998..

2)Tipos.

El daño moral tiene múltiples clasificaciones, en la doctrina francesa se distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Dividen los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral, que alcanzan al individuo en sus afectos, se trata, por ejemplo, del dolor experimentado por el hecho de la muerte de una persona querida.¹

La jurisprudencia española menciona el daño moral puro, o sea, los que se identifican con la angustia injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.²

También la doctrina hace la distinción partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados, entre daño moral directo si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial y daño moral indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial. Dicha distinción surge de la teoría general del daño.³

¹ MAZEAUD (Henri) y otros, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Ediciones jurídicas Europa América, 1961, p.268,377.

²VIELMA MENDOZA (Yoleida), Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual, en civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm.

³ Ver ACO, *op.cit.*

A continuación se esbozará la distinción que se hace entre daño moral objetivo y daño moral subjetivo, la cual es clásica de la doctrina italiana.

Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrinase mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación.

Cabe resaltar que, la doctrina ha clasificado el daño moral en dos categorías; la primera de ellas es la parte social del patrimonio, aquí hay un menoscabo económico; la segunda que no tiene consecuencias materiales, y que se refiere al llamado patrimonio de afección, como podría ser la muerte de un ser querido, la angustia, etc., que siente la víctima ante el agravio.

De lo anterior se desprende que existen dos clases de daño moral, el primero el objetivado, el que tiene repercusiones de carácter patrimonial o pecuniario y el segundo el daño moral subjetivo, que afecta al patrimonio de afección, al primero de estos, sea el daño moral objetivo, debe demostrarse el menoscabo económico; con relación al segundo; daño moral subjetivo, no puede demostrarse su cuantía, es donde el juez

debe hacer una fijación prudencial, teniendo presente el caso en concreto, y más que todo bajo principios de seguridad ¹

a) Daño Moral Subjetivo.

El daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. En otras palabras, cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial sin repercutir en el patrimonio. Se supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto. Ejemplo de ello serían las heridas u ofensas físicas, el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el daño a la vida, aflicción por la muerte de un ser querido, etc.

b) Daño Moral Objetivo.

Daño moral objetivo sería el menoscabo que sufre la persona en su consideración social. O sea, es un daño extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, ello significa, que produce consecuencias económicamente valiables. Como por ejemplo, el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública.

¹ Tribunal Superior Segundo Civil, N° 48 de las 10: 35 horas del 10 de febrero de 1993.

La jurisprudencia ha determinado que esta distinción tiene como objetivos, “*deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen hombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio*”.¹

B. Función del resarcimiento del daño moral.

En el estudio del daño moral su problema principal es su reparación, o sea, admitir la indemnización de daños que como en el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. La bibliografía en torno al tema es abundante y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin.

Actualmente se acepta la indemnización del daño moral, y desde el punto de vista jurídico y sociológico se incorpora cada vez más en el campo de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado.

¹ Sala Primera, N° 102 de las 10 horas 30 minutos del 30 de septiembre de 1996.

La reparación del daño moral ha probado un curioso proceso. Anteriormente los jurisconsultos no la aceptaban, porque:

- Consideraban que los bienes morales no eran susceptibles de una valoración pecuniaria;
- De ser aceptada nunca sería suficiente o se tornaría arbitraria.
- Otros consideraban a los bienes de la personalidad tan plausibles, que rechazaban la idea de convertirlos a términos materiales.

Este tipo de justificaciones ha tenido gran acogida en los países anglosajones, que consideran los valores y la dignidad del individuo de trato superior.

En legislaciones como la alemana se sigue una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales, el Código civil alemán, admite la indemnización del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Es importante rescatar que el daño moral no excluye que el hecho generador vincule también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Claro está, los daños extrapatrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

El Código civil italiano en su artículo 2059 Danni non patrimoniale, ha resuelto el problema en la práctica, con una solución esencialmente de carácter negativo del resarcimiento de los daños no patrimoniales, establece que “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”¹ Tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, artículo 185.2° del Código penal italiano.²

En España la práctica totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial.

¹ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”

² Codice Penale Italiano, Art. 185 - Restituzioni e risarcimento del danno Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis. Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

1. El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

Esta tesis pierde toda justificación, ya que ese supuesto enriquecimiento de la víctima del daño moral se justifica por la lesión de un bien jurídico tutelado por el derecho, como lo son los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc. Los que constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países el objeto preferente de la atención del legislador.

2. Es imposible y es contra la razón y el sentimiento, reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Esta argumentación se objeta, ya que, la función del resarcimiento del daño moral es el pago de una suma monetaria por haber experimentado un daño, y se cumple con ello la

satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes, ya que, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se disminuye o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

Finalmente, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño ocasionado, pero, contribuye a esta finalidad en una doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales.

3. La reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

La necesidad de la reparación pecuniaria del daño moral, subsiste incluso, en aquellos supuestos en los que se contempla por el ordenamiento jurídico lo que buena parte de la doctrina ha calificado de reparaciones en forma específica de los daños morales, pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos

cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

Porque como muy sabiamente lo exteriorizan nuestros tribunales, *“es preferible compensarle al damnificado, de alguna forma, su dolor físico y aflicción de ánimo, que obligarlo a soportar su peso y otorgarle así un beneficio al causante del daño, dejándolo impune. Si bien el dinero, en el caso del daño material, reintegra la esfera patrimonial lesionada de la víctima al estado anterior a la acusación del mismo (“restitutio integrum”), es igualmente cierto que en los casos del daño moral cumple una función o rol de satisfacción de la aflicción o dolor padecido, operado como compensación del daño infligido, sin resultar por ello moralmente condenable, pues no se trata de pagar el dolor con placer, no de ponerle un precio al dolor. Tan solo se busca la manera de procurarle al damnificado satisfacciones equivalentes a las que se vieron afectadas”*.¹

La tesis que podemos denominar de la “satisfacción” presenta problemas para el juzgador a la hora de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado una sensación de satisfacción idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido. Por lo que el juez ha de tener en consideración el

¹ Sala Primera, resolución N° 102 de las 10 horas 30 minutos del 30 de septiembre de 1996.

dolor o afectación que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Lo que se hace con el propósito de objetivación del fallo.

Se considera, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la reparación integral del daño que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, el juez se debe colocar en la posición de cada víctima, analizando todas las circunstancias, para lograr un cálculo prudencial¹.

C. Determinación del monto de Indemnización del Daño Moral.

La reparación del daño moral es el derecho de cobro de daños y perjuicios. El patrimonio moral de una persona se puede definir como: El conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales por su naturaleza inmaterial, no son susceptibles de valoración directa en dinero y su afectación

¹ "El cálculo prudencial se define como "el que se hace a bulto, con aproximación y sin buscar la exactitud" (Diccionario de la Lengua Española [...]), exactitud que de por sí, dada la naturaleza de la cuestión es imposible de lograr en tratándose de la estimación del daño moral que pueden sufrir los sujetos a causa de un hecho ilícito [...], si bien es cierto que la fijación de una suma indemnizatoria por daño moral es discrecional o prudencial (por faltar aquí una unidad adecuada de medida para estimar la fijación de una suma determinada) y que el dinero no puede desempeñar la función de equivalencia (propia de la indemnización de los daños patrimoniales), sino tan solo la función de satisfacción, por ser la única que conviene a la reparación de los daños morales (al respecto, véase Orgaz, Alfredo: "El Daño Resarcible, Buenos Aires, ediciones de Palma, 1967, p. 188 y 189 Sala Tercera, resolución N° 467 de las 11 horas 05 minutos del 06 de septiembre de 1991..

provoca la reparación civil por equivalente y con un fin satisfactorio.

Hay delitos que al afectar solo la esfera extrapatrimonial de la víctima hace que la cuantificación del daño material como punto de referencia sea imposible. Y en otros casos el daño patrimonial puede ser cuantioso y no existir, o apenas inferirse, un daño moral.

Es importante entender que al ser el daño moral la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, que afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria no puede hacer una equivalencia, con el resarcimiento de los daños patrimoniales.

Claro está, la gravedad del delito puede, servir al juez para determinar el *quantum* indemnizatorio. Lo cual será computable si hay un factor subjetivo de responsabilidad, ya sea, por, culpa, negligencia, imprudencia o el dolo, es decir el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, pero no en los casos de responsabilidad objetiva, como el riesgo creado.

Como se mencionó en el párrafo anterior hay diferentes categorías de daños, entre ellos el daño extrapatrimonial, el cual

debe ser indemnizado de acuerdo a ciertos puntos valorados por el juez. Antes de exponer como se determina el monto de la indemnización del daño moral, referiremos los principios que rigen la reparación del daño en general, aplicables a todo tipo de daños.

1. Principios generales de la Reparación del daño¹.

a) **Reparación integral:** La víctima debe obtener la reparación integral de su daño únicamente. Por lo que, si la falta es mínima pero las consecuencias son graves, el autor del daño deberá indemnizar integralmente a la víctima; pero, aunque la falta sea grave, incluso intencional, su autor no deberá ser condenado más que a la reparación del daño.

b) **El modo de la reparación:** La manera más frecuente de reparación es con dinero. Su objetivo es dejar a la víctima en una situación similar a la que tenía antes de sufrir la lesión (el daño), y esto es lo que pretende el juez.²

c) **La prueba del daño:** La parte que reclama la reparación de un daño es la que debe aportar la prueba de la existencia de dicho daño. Además, “debe acreditarse su existencia y

¹VEGA GUTIERREZ (José), Daño extrapatrimonial, 1992, en www.med.uva.es/~mlf/areas/patologiaforen...patrimonial.htm

² Aunque esa indemnización monetaria ha sido criticada por la doctrina, ya que dicen que esa evaluación es arbitraria.

gravedad, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr por medio de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. Es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "*in re ipsa*".¹

d) **La evaluación del daño por el juez:** Es fijada por el juez, aunque, las partes del proceso pueden llegar a un acuerdo sobre el monto del daño. Cuando es una valoración fijada por el juez, se observa que:

a) La apreciación del daño debe hacerse "*in concreto*": teniendo en cuenta la situación particular de la víctima basándose en el perjuicio realmente sufrido. El juez no utiliza ninguna tabla. Su único objetivo es que la víctima vuelva a un estado equivalente al que tenía antes de sufrir el daño. Ello justifica el que la valoración sea "*in concreto*", o sea, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso.

b) El juez tiene un poder soberano de apreciación del daño, pero debe limitarse a:

1. Valorar dentro de los límites de las conclusiones de las partes, en otras palabras, no puede otorgar una

¹ Sala Primera, N° 102 de las 10 horas 30 minutos del 30 de septiembre del 1996.

reparación a un elemento no solicitado por las partes, además si rechaza una pretensión de la demanda debe justificar su decisión.

2. Motivar su decisión: cuando no es posible determinar el alcance del daño o bien las partes no aportaron las pruebas necesarias, pero existe un perjuicio cierto, el juez lo hace "*ex aequo et bono*" (con equidad).¹

e) **Fecha de evaluación del daño:** Cuando el juez juzga es cuando se estima el daño, para lo cual debe tener en cuenta:

1. Los hechos ocurridos después de la producción del daño pero anteriores a la decisión judicial y que lo han hecho variar. Como sería el caso de la mejoría de la situación de la víctima que le hace pasar de una incapacidad de 100% a otra de 20%, fallecimiento de la víctima por una causa extraña al perjuicio sufrido lo que limita el daño, etc. Pero no se toman en cuenta los acontecimientos posteriores al daño, que hayan mejorado o agravado la situación de la víctima.

¹ La apreciación "*ex aequo et bono*" no es más que un modo de estimación subsidiario. El juez sólo puede recurrir a ella si justifica el rechazo del modo de evaluación propuesto por una de las partes y si, a falta de elementos más seguros, la evaluación no puede hacerse más que de esa forma. La evaluación "*ex aequo et bono*" es el modo habitual de evaluación de ciertos tipos de perjuicios, como ocurre en el caso del daño moral.

2. Las variaciones previsibles del daño que se generarán posteriormente a su decisión; por ejemplo, la devaluación económica que se producirá después del juicio

f) **Reparación del perjuicio futuro:** El daño debe ser cierto para que sea sujeto a una reparación. El juez condenará al autor del daño a reparar “ahora” un perjuicio futuro, siempre que sea cierto y si es inmediatamente evaluable.

En cuanto al derecho de la víctima a una indemnización por el daño moral sufrido se deben de tomar en cuenta ciertos perjuicios¹ como lo son:

1. El “*quantum doloris*”, que es el sufrimiento causado por el perjuicio físico o funcional.
2. El perjuicio del ocio o del el placer o de afirmación personal, es aquél perjuicio sufrido por el impedimento de poder realizar determinados deportes, actividades sociales, trabajos manuales, etc.
3. El perjuicio afectivo, es el sentimiento de inquietud el cual se produce por la conciencia de la víctima de su invalidez física o funcional, como por ejemplo, inquietud a su supervivencia, esperanza de poder casarse, etc.

¹ La apreciación de los perjuicios expuestos se ubican en la evaluación “*ex aequo et bono*” mencionada.

4. El perjuicio estético, el que se produce cuando las lesiones dejan señales visibles, como cicatrices, deformaciones, mutilaciones, etc. Este tipo es considerado como exclusivamente moral; siempre y cuando no afecte la capacidad de trabajo de la víctima. Cuando el aspecto estético represente un papel preponderante en su actividad profesional (actor, vendedor, maniquí, etc.), el perjuicio estético constituye un daño material diferente del moral, pudiendo acumularse los dos en el mismo tipo.
5. El perjuicio sexual, es la imposibilidad total o parcial en la que se encuentra la víctima -a consecuencia de las secuelas traumáticas que presenta-, para realizar el acto sexual y procrear de una manera normal.
6. El perjuicio juvenil, se manifiesta en el caso de limitación de los juegos en el niño, que le inutilicen para poder realizar algún deporte, o escoger una profesión determinada. Es uno de los aspectos del perjuicio del ocio y de la incapacidad permanente parcial.

Para la indemnización se debe distinguir entre el daño moral objetivo y el daño moral subjetivo, en el primer caso “se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral

subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe.”¹

La indemnización, se basa en las lesiones, en la gravedad, en su duración, en las operaciones quirúrgicas, en la repercusión dolorosa y en los aspectos psíquicos, etc. Se trata de una evaluación esencialmente subjetiva. Se pueden tomar en cuenta escalas, pero son simplemente indicativas.

La Sala lo afirma al decir, que *“los parámetros o pautas que debe tener en consideración el juzgador al momento de definir el quantum indemnizatorio son de vital importancia, para no caer en reparaciones arbitrarias por su carácter exiguo, meramente simbólico, o excesivo. Así por ejemplo, el juez debe ponderar la intensidad del dolor sufrido siendo ello un factor variable y casuista por lo cual debe acudir a la equidad; la gravedad de la falta cometida por el agente sin que ese factor sea determinante para acoger o rechazar la pretensión indemnizatoria; las circunstancias personales y repercusión subjetiva del daño moral*

¹ Sala Primera, N° 102 de las 10 horas 30 minutos del 30 de septiembre de 1996.

en la víctima (estado económico patrimonial, estado civil, número de hijos y edad, posición social, nivel cultural, grado de cohesión y convivencia familiar, etc.); también debe considerarse de alguna manera, el estado patrimonial del agente, intensidad de las lesiones (v.gr. gravedad de las lesiones, tiempo de curación, secuelas temporales o permanentes, etc.). desde luego tales pautas deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez, su ciencia y experiencia.”¹

Por lo tanto, la reparación del daño contiene un doble carácter, primero de resarcimiento a la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. Con lo cual, la función de la reparación es de justicia correctiva, que fusiona la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima² y la naturaleza punitoria o sancionatoria de la reparación para el agente del daño³ si bien es cierto, la reparación del daño moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, se dirige a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

¹ Sala Primera, N° 102 de las 10 horas 30 minutos del 30 de septiembre de 1996.

² Como son su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, entre otros.

³ La previsibilidad de las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc

Ahora bien, en cuanto a la cuantificación de la indemnización del daño moral, se siguen ciertos lineamientos metodológicos de cuantificación, los cuales consideran factores que permiten identificar de manera más clara cuanto corresponde a cada víctima del daño.

La jurisprudencia en un caso específico delineo que “(...) si el menor sufrió un accidente, a consecuencia del cual actualmente se encuentra con deterioro mental franco e irreversible, la suma de quince mil colones que sugiere el perito, por concepto de daño moral, es exigua, pues no remedia nada hoy día, y por inocua reprueban el derecho y la justicia; ambos principios jurídicos aspiran a procurar al ofendido una adecuada reparación por el daño recibido que, en lo físico, compense las pérdidas sufridas, y en lo moral, le haga llegar una suma de dinero adicional que le sirva para procurarse algunas satisfacciones, llenar algunas necesidades, o le permita hacer un modesto ahorro, todo lo cual operará de modo indirecto y en parte siquiera, como un bálsamo a su aflicción; y si bien es cierto, el dinero no es la forma más pura de reparación moral, más grave sería que no se diera del todo, por lo que el Tribunal eleva aquella suma a veinticinco mil colones...”¹

¹ Tribunal Superior Civil, N° 929 de las 8 horas 30 minutos de noviembre de 1977.

Es importante rescatar que la estimación que se efectuó por parte del tribunal valora la vida, la capacidad de producción del niño, por lo cual modifica la indemnización brindada por el perito.

La prueba de la cuantía del daño o, al menos, la determinación de las bases o criterios necesarios para fijarla es decisiva. En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad y la evaluación económica de la responsabilidad, si fuera posible, acompañando cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y la proposición de prueba en el expediente que maneja la indemnización puede referirse tanto a los hechos como a la propia valoración del daño. Dichos medios de prueba podrán ser cualesquiera de los habituales en la práctica jurídica. Por tanto, es razonable presuponer que en dicha cuantificación, cobra particular relevancia la prueba pericial.

Con referencia al “*pretium doloris*”; concepto que comprende la reparación de los efectos producidos como las lesiones sufridas, los daños morales y sufrimientos psíquicos y físicos, reviste categoría independiente y sustantividad propia reconoce los daños morales y sufrimientos físicos y psíquicos padecidos e

incluso las dudas que se suscitan en la consecución o no de la plenitud física.

El perjuicio moral y afectivo debe ser reparado en la medida de lo posible. También deben incluirse derechos como los sentimientos familiares o religiosos, protegidos formalmente por la Constitución y por las Leyes.

D. ¿La indemnización del daño moral, es realmente efectiva? Conclusiones.

El principio de reparación integral implica dejar indemne la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, restituir éste en su pleno valor anterior al suceso dañoso y cubrir, por tanto, todos los daños y perjuicios sufridos, en cualquiera de sus bienes y derechos. En otras palabras, la reparación debe amparar al perjudicado de cualquier lesión consecuencia o resultado de la actuación del autor. De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente y el lucro cesante, sino comprendiendo también perjuicios que

contienen secuelas como el daño moral o, con carácter más general, el denominado “pretium doloris”.

La reparación ha de ser efectiva. Lo “efectivo”, según la Real Academia Española es lo real y lo verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal. No sería admisible una reparación que sólo tuviera en cuenta, por ejemplo, el valor del bien afectado, el valor adquisitivo y de afección o su posible depreciación. Si se siguiera un criterio puramente nominalista, no se produciría un resarcimiento total en el perjudicado, que sufriría un detrimento patrimonial o extrapatrimonial, que no estaría obligado a soportar.

Por tanto, un aspecto principal para hallar la reparación integral es, consecuentemente, concretar la indemnización con base en el valor o derecho lesionado; aunque conviene tener en cuenta su diversa naturaleza, siendo aconsejable diferenciar entre un bien patrimonial y no patrimonial y, dentro de los primeros, integrar en la reparación tanto el daño emergente como el lucro cesante, y en los segundos, tomar en consideración el detrimento de carácter personal o físico que haya experimentado el aquejado.

En este ámbito, los criterios legales de valoración despliegan su mayor efectividad, y es donde, en principio, existe una posibilidad inferior de menos problemas jurídicos, atendiendo a las reglas establecidas en las normas de referencia. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos por un perito y el juicio discrecional del juez. Estos criterios han de permitir establecer una reparación integral del daño, la cual como ya se mencionó no será totalmente satisfactoria, por los criterios ya esgrimidos, si vendrá a solventar de alguna manera el daño sufrido.

SECCION TERCERA

SURGIMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO UNA TERCERA VÍA EN EL DERECHO PENAL.

La temática que se planteará, es una discusión inacabable e inagotable dentro de la dogmática penal. La pena de prisión viene sufriendo una deslegitimación, incluso desde su génesis. Pero, ¿qué papel juega frente a esta satisfacción vindicativa del Estado la víctima? Ambos, tienen como objeto de su conocimiento al victimario y no a la víctima. Sus finalidades están encaminadas al castigo y no a reparar un daño producido. La víctima debería ser el sujeto principal de ambas ciencias.

Aunque, nuestro sistema penal ha hecho méritos para la incorporación de la víctima en el mismo todavía hoy existen fallas.

Se considera que son ilimitadas las fusiones y posibilidades de penalidades alternativas a la prisión, por medio

de las cuales la víctima ve efectivamente reparado el daño que le han infringido con la comisión del delito¹. A finales del siglo XIX, el derecho penal amplió su sistema de consecuencias. Frente al sistema Monista, en el cual se ubican las teorías absolutas de la pena, surgió un sistema de doble vía, que comprende las teorías relativas de la pena que incluye dentro de sí la prevención especial como respuesta a la insuficiencia de la pena.

Por su parte el sistema dualista², pretende reprimir el hecho punible y evitar su repetición, por medio de la pena³ y la medida de seguridad, y así sancionar la culpabilidad y prevenir la reincidencia.

En un inicio la pena y las medidas de seguridad se lograban diferenciar, hoy en día, ambas están dirigidas a la prevención especial, ello se explica porque la pena persigue fines preventivo generales y las medidas de seguridad están dirigidas a cumplir las mismas garantías que le son exigibles a la pena, como lo son el principio de legalidad y proporcionalidad. Además, para la aplicación de ambas es

¹ Extender la pena de multa a otros supuestos; instaurar la pena de inhabilitación y la pecuniaria también para los delitos cometidos por funcionarios públicos. Respetando el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad. Donde no se establezcan penalidades pecuniarias exorbitantes.

² Se reguló por primera vez en el proyecto suizo de Carl Stooss (1893- 1894).

³ La pena tiene como base la culpabilidad.

necesario que concurren los presupuestos del delito¹, por que sin estos elementos no se puede imponer ni la pena ni la medida de seguridad.

La diferencia entre la pena y las medidas de seguridad se encuentra en su fundamento, o sea, la culpabilidad de la pena y la peligrosidad en la medida de seguridad, ya que, requiere que el sujeto realice un hecho delictivo, de lo contrario, se produce la absolución.²

Ahora bien, se plantea en el derecho penal un sistema de tercera vía. Lo que significa que aunado a las penas y las medidas de seguridad, se introduce la reparación como respuesta al delito. Este funciona como compensación del hecho delictivo generado, la cual se debe dar de manera voluntaria por parte del autor, además de ir acompañada de una indemnización. La institución de la reparación como tercera vía, se dirige a la víctima del delito o a la colectividad cuando no hay una víctima individual.

Antecedentes de este sistema es la Comisión redactora del Código Penal Tipo para Iberoamérica, que plantea el sistema de triple vía. Esta vía considera a la reparación como la que

¹Típico, antijurídico y culpable

² Entrevista realizada al Lic. Adán Campos fallas, Fiscal de San Ramón, 27 de agosto de 2002.

soluciona el conflicto social producido por el delito, la que restablece la paz jurídica, tomando en cuenta a la víctima.

Por lo que la reparación tiene como objetivo la compensación productiva de la culpabilidad, la cual se genera cuando el autor reconoce la norma que se transgredió, contrario a lo que sucede con la pena, donde el autor debe recibir una sanción por su culpabilidad.

Se afirma que la reparación no es la solución a todos nuestros males, pero si es un instrumento que adquiere cada vez más, mayor importancia en el sistema penal de consecuencias jurídicas.

En 1994, en Alemania se introdujo el § 46 a), con referencia a la reparación en el StGB¹. Consideran que la reparación opera como circunstancia atenuante y también como causa real de exclusión de la responsabilidad.

Claus Roxin, uno de los más grandes juristas contemporáneos, es el que le da fundamente académico a este

¹ Cfr. Proyecto alternativo sobre reparación penal, traducción de Beatriz de la Granada Vallejo, Fundación Honrad Adenauer, CIEDLA, Buenos Aires, 1998, p. 10 Proyecto de un grupo de trabajo de profesores de derecho penal alemanes, austriacos y suizos.

análisis. Considera a la reparación del daño como la “tercera vía” del derecho penal.

El Modelo tiene como fin sustituir a la pena en los supuestos de delincuencia leve o mediana y acompañarla (aminorándola y reduciendo sus componentes punitivos y preventivo-generales) en los casos de criminalidad grave.

Es así como diferentes legislaciones latinoamericanas, tomaron como base el Código Penal Modelo para Iberoamérica, entre ellos Paraguay, a partir de las reformas de 1998 con la ley penal 1160 y la ley procesal penal 1186, se introducen cambios significativos que reafirman el papel de la víctima, con la exigencia de su reparación a efectos de lograr suspender la aplicación de la condena y aún el proceso penal siendo indispensable el consentimiento del victimario para la aplicación de medidas restrictivas de derechos y resulta plausible la disposición que establece que: "(...) el condenado puede, por su propia iniciativa, asumir compromisos sobre su futura conducta de vida..." (artículo 46 de la ley 1160). En tal caso el juez podrá prescindir de la imposición de reglas de conducta.

En el Código Penal de la República Argentina sólo ha pensado en un medio consensual, reparatorio del daño, la nueva institución de la probation la más trascendente de la experiencia de mediación penal, evitando la pena privativa de la libertad con trabajos comunitarios. Actualmente la Ley de Ministerio Público le otorga facultades al Ministerio Público, que le permite celebrar convenios con entidades públicas y privadas para una mejor prestación del servicio de justicia (artículo 13 inciso 22 Ley de Ministerio Público).

La República Federativa del Brasil, especialmente a partir de la sanción de la ley federal número 9099 de 1995, que introduce novedades de interés: por un lado incluye un procedimiento sumarísimo para las infracciones penales consideradas de escasa entidad y por otro lado introduce la suspensión condicional del proceso. El procedimiento previsto en la ley federal de Brasil contempla la posibilidad de reparar el daño y aceptar la aplicación de una pena no privativa de la libertad, considerándose a este acuerdo una conciliación. Esta reforma deberá evaluarse dentro de un sistema de resolución de conflictos por consenso. Ello porque se cumplen con algunas modalidades que reconocen el papel fundamental de la víctima y por otro lado

Costa Rica, lo incorpora en su artículo 30 inciso j), como una causal de extinción penal, procurando la armonía mediante la solución alternativa y evitando un proceso a veces innecesario y más efectivo para la víctima y victimario.

A. Ventajas.

El establecimiento de la reparación supone una serie de ventajas, que ya se han dejado entrever en el presente análisis sucinto de la materia.

En efecto, con la reparación se consigue indemnizar o compensar el daño que ha sufrido la víctima, se suprime la pena al autor y la sociedad no ve afectada su convivencia pacífica, sumado a que se “ahorra” al Estado todo el recorrido del proceso penal (con lo que se reducen los costos del presupuesto) y se soslaya de la misma forma y, por vía de consecuencia, el problema de la acumulación de causas en tribunales y el hacinamiento en las cárceles.

Y es que, la reparación es una “conciliación” entre la víctima y el imputado, que les permite llegar a una solución por sus propios medios, sin intervención de un tercero, que es el Estado, es decir, es un medio de autocomposición procesal,

razón por la cual algunos pueden criticar esta figura, pues las “partes” pueden disponer del *ius puniendi*, al prescindir de la persecución penal, así como que ello no es un “escarmiento” para el delincuente.

Por demás, son objetivos del proceso penal, precisamente, la reparación a favor de la víctima, señalándose expresamente que el Ministerio Público está obligado a velar por ello, estando encargado expresamente de tutelar la reparación que debe cumplir el sujeto activo. Asimismo, el Juez también debe garantizar a la víctima la reparación.

Por lo tanto, entre las ventajas que se le imputan a la reparación como tercera vía se presentan:

1. Lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social.
2. Permite un arreglo rápido del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que se celebre el juicio, o sea, el proceso puede concluir mediante sobreseimiento de la causa.

3. La posibilidad de la reparación, se constituye en un mecanismo adecuado para extinguir la acción penal, como una vía alterna, que atiende a la economía procesal y de gastos, redundando en beneficio de la víctima, del inculpado y de la propia funcionabilidad del aparato punitivo del Estado, y contribuye necesariamente a la racionalización del sistema penal.
4. La reparación de daño como tercera vía, posee la virtud de asegurar en cierto modo la justicia material, porque permite el resarcimiento del daño en favor de la víctima, evita todo sufrimiento nocivo e innecesario al autor del hecho punible e impide que se le estigmatice como delincuente. En otros términos, dicho instrumento logra un equilibrio que satisface la proporcionalidad entre el resultado del ilícito y la pena con la mediación del fiscal o del juez.
5. Su ámbito de aplicación siempre se encuentra determinado a los denominados “delitos de poca gravedad”, porque sólo respecto de estos últimos resulta posible obviar la aplicación de la pena en el caso concreto por consideraciones preventivas. Puesto que: “cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de

reparación) a la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada. Esto ya pone de relieve la necesidad de limitar la “tercera vía” a delitos de poca gravedad”.¹

B. Desventajas.

La incorporación de la reparación como “tercera vía” del derecho penal, presenta algunas desventajas, entre ellas:

1. Existe la idea de que las diferentes tendencias se mezclan y que se encuentran totalmente opuestas entre sí y en muchas ocasiones no dan una protección a la víctima.²
2. El beneficio que la víctima experimenta en el derecho penal por medio de la incorporación de la reparación como tercera vía es la misma que se produce por medio de una condena de la reparación realizada en el proceso civil sobre la base de la indemnización.³
3. Dentro del planteamiento esbozado para la aplicación de la reparación como tercera vía no se justifica en ninguno de sus preceptos la aplicación de una sanción penal para

¹ Ver SILVA, citada por MAÑALICH, *op.cit.*

² Ver JOACHIM HIRSCH (Hans), La reparación del daño en el marco del Derecho penal material en De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Ad-Hoc, p-57.

³ Los que defienden esta postura lo ven desde el punto de vista económico, ya que es menos costoso para el ofendido. Lo anterior conlleva a que se acepte la adhesión del proceso civil al penal.

el que incumpla con la reparación, por lo cual, el único beneficio que se produce es hacia el autor del ilícito, no viendo la víctima satisfecha sus pretensiones.¹

4. Se discute hasta que punto la reparación como tercera vía, trunquen de manera inapropiada los objetivos de la prevención general
5. El autor o imputado, se ve sometido a una proposición compensatoria, en una sentencia eventual, y donde la absolución o condena, él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos.
6. La víctima se verá sometida a un enfrentamiento obligatorio con el presunto autor, lo cual quizás no es querido por ella.²
7. La desigualdad de poder socio-económico que existe en la realidad.³

Para Maier “No obstante todas las dificultades, la incorporación de la reparación como tercera vía del Derecho penal resalta como principal beneficio (...), el valor del principio

¹ “ La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero antológicamente se trata sólo de un abolicionismo parcial encubierto” Ver JOACHIM HIRSCH (Hans), La reparación del daño en el marco del Derecho penal material en De los delitos y de las víctimas Buenos Aires, Ad-Hoc, p-67..

² “Estos problemas, que plantea la instrumentación de la reparación como tercera vía, no son, a mi juicio, insuperables”. MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.47.

³ “Este es un problema que carece de solución (...) Sólo un sistema fundado en la solidaridad social, que conceda a quienes no pueden defenderse por sí mismos, en relativa igualdad de posiciones con su adversario, una asistencia idónea, puede pretender atenuar los efectos de la desigualdad. El problema no es, por ello, un problema específico del sistema penal, que, sin embargo, lo sufre en varias direcciones, ni es solucionable por ese sistema, internamente, pero la preocupación es legítima y debe tener una respuesta en el sistema”. Ibid

de la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos sociales, por sobre la autoridad de la decisión estatal”¹.

C. Posición de nuestro Sistema Procesal Penal y Penal.

El litigio debe ser la "*ultima ratio*" en la solución de controversias. Los Tribunales, la última instancia a la que acudir. El proceso, el último de los instrumentos con los que combatir. En consecuencia, consideramos la reparación integral del daño, como uno de los mejores sistemas de solución a los conflictos, tanto por su naturaleza consensual como por su procedimiento informal que propicia el diálogo.

Sin negar que la reparación como tercera vía, en el futuro podría cobrar protagonismo. La intención, en definitiva, es sustituir el conflicto por la equidad.

Según la reparación como tercera vía, viene a ser un método alternativo que, lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia. La Jurisdicción actuaría *prima facie* en aquellos supuestos en que se discuta acerca de hechos, actos o negocios sobre cosas *extra commercium* o de derecho imperativo,

¹ MAIER (Julio), El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 49.

o en los que la desigualdad de las partes haga necesaria la intervención del Juez para garantizar los derechos del más débil. La reparación podría funcionar como método auxiliar de la Justicia en todos aquellos supuestos en que dos partes iguales pueden disponer de tal forma sus bienes y derechos que logren poner fin a la lucha que les enfrenta.

La reparación es un método no adversarial porque nace con vocación de evitar vencedores y vencidos, de que se acabe con el litigio pero sin litigar. No se trata de que una parte triunfe y la otra sea derrotada, sino lograr que los respectivos intereses salgan a la luz permitiendo luego, a partir de su interrelación, la posibilidad de una solución satisfactoria.

Dicha reparación, en consecuencia, revestirá las siguientes características:

- Ser fruto del acuerdo de las partes. Nota distintiva de la reparación es que depende *in extremis* de la voluntad concurrente de los individuos que optan por ella y que pactan la salida más ventajosa
- Tener fuerza de ley *inter partes*.

En Costa Rica, se utiliza la Reparación Integral del Daño como causa de extinción de la acción penal en delitos de poca gravedad, especialmente en delitos patrimoniales, sin grave violencia sobre las personas, así como en delitos culposos. Lo cual se ratificará con una rápida y eficaz resolución de estos supuestos, no siendo necesaria la celebración del juicio.

El instituto cumple con los objetivos propuestos como una salida alterna, en la práctica judicial se evidencia, por ejemplo: la gran mayoría de expedientes que se tramitan en la Oficina de Defensa Civil de la Víctima concluyen con su aplicación (esto no se evidencia en el estudio estadístico de los años 1999 y 2000 ubicados en el Anexo 1, porque al realizarse, el Departamento de Planificación, Sección de Estadísticas del Poder Judicial, aún no había compilado y publicado los datos estadísticos correspondientes al año 2001-2002)¹

En Costa Rica no es necesario introducir la reparación como tercera vía, porque como se mencionó líneas atrás, cumple con los fines que se propone y por otra parte, como se concluye en el apartado titulado “*Relación de la Reparación Integral del Daño con los fines de la pena*”, no cumple con los

¹ Entrevista realizada al Lic. Max Chinchilla, Fiscal Coordinador de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, 29 de agosto de 2002.

fines de la teoría general positiva, ni con el fin retributivo, sólo cumple en cierta medida con el fin preventivo especial.

En el sistema penal costarricense, no se puede considerar como una pena, ya que, el Estado no puede obligar a los ciudadanos a reparar integralmente el daño¹. Se comparte el criterio esbozado, la reparación debe ser voluntaria como se presenta en la aplicación práctica de la reparación integral del daño

No se debe dejar de lado el principio de *ultima ratio*² en la creación de penas, adquiriendo con ello relevancia el principio de subsidiariedad, en el tanto el derecho penal sólo responderá ante aquellas conductas donde el mismo sistema resulte insuficiente para prevenir y responder ante los comportamientos desviados de mayor gravedad.

¹ Entrevista realizada al Lic. Alcides Mora Díaz, Juez de Ejecución de la Pena, 27 de septiembre de 2002.

² Con respecto al sistema penal, en el presente se está analizando en la Asamblea Legislativa la propuesta de reforma a las sanciones establecidas en el Código Penal, al respecto, Alfredo Chirino expone: "Correlativamente al uso mínimo del derecho penal, nosotros deberíamos hacer un uso mínimo de la pena estatal, usar menos la pena privativa de libertad y buscar alternativas a la prisión. Lo que trae el Proyecto de Código Penal, en esas premisas es un catalogo grande de penas alternativas: trabajo a favor de la comunidad, amonestaciones, prohibición de residencia, la multa, etc. Este proyecto le apunta al planteamiento de qué debo hacer si no tengo la pena privativa de libertad. Con las penas alternativas se trata de evitar los efectos de la prisionización (se daña a la persona, a su familia y a la sociedad), por lo que se buscan medios menos lesivos a la persona y su entorno y que garantice por lo menos un efecto más inmediato, sobre todo tomando en cuenta que lo que se ha transgredido son normas de carácter público". Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, Poder Judicial, el 27 de septiembre del 2002.

CONCLUSIONES

El estudio de la victimología alcanza trascendencia dentro de la política criminal hasta fines de la segunda guerra mundial. Es en ese momento que el dañado, tendrá mayor protagonismo y las investigaciones serán minuciosas. En su primera etapa, tuvieron como principal objetivo, determinar la responsabilidad de la víctima del delito, es decir, invierten el modelo de la criminología tradicional, el cual se encontraba centrado en el estudio de la personalidad del delincuente.

Es en la segunda etapa, denominada nueva victimología, que se presenta el resurgir de la víctima o su redescubrimiento. Encuentra su fundamento ideológico en la política de la Ley y Orden y la mayor rentabilidad política de satisfacer más al sujeto pasivo que a los delincuentes.

El rescate del papel de la víctima, no pretende un regreso a la venganza privada o las represalias; porque la respuesta al delito no se puede dejar en sus manos (la cual podría reaccionar basada en un sentimiento de venganza), sino que el *ius puniendi* debe seguir en manos del Estado, sin dejar de lado los derechos

del delincuente en aras por salvaguardar o reconocer los derechos de la víctima.

La víctima en sentido amplio, se define, como: las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

La participación de la víctima dentro del proceso penal ha oscilado entre el protagonismo y la marginación gradual. Primero fue juez y parte; luego se le redujo al silencio procesal. Ahora se le pretende restituir su papel de sujeto del proceso

El sistema inquisitivo se dio a la tarea de expropiar a la víctima del lugar que había ocupado convirtiendo en competencia exclusiva del Estado la persecución del delito. Posteriormente, le dejó al sistema mixto como herencia ciertas máximas, entre ellas: la persecución penal pública sin atención a la voluntad del particular y la averiguación de la verdad histórica como uno de los objetos del procedimiento penal. En el nuevo sistema, la persecución de los delitos sigue en manos del Estado, sin embargo, se admite la persecución privada de

ciertos delitos y en otros se requiere la autorización de la víctima.

En el sistema procesal penal costarricense, la víctima también ha ostentado diferentes posiciones, inicialmente va a ser uno de los sujetos principales en la persecución del delito, luego pasa a ser un simple testigo y por último se da su renacimiento retomando un papel protagónico.

Los factores que contribuyen al redescubrimiento de la víctima en el ámbito internacional, son: la victimología, las encuestas de victimización, los movimientos feministas, los Congresos y Simposios Internacionales, la Prevención General Positiva y el carácter retributivo de la pena y los instrumentos internacionales.

En nuestro país, los factores que dan lugar a su redescubrimiento son: el reconociendo de la colaboración que la víctima presta en el inicio del proceso y en la investigación que se lleva a cabo para esclarecer los hechos; los movimientos centrados en el aspecto compensatorio y evitar la victimización; siendo el C.P.P quien viene a instaurar este nuevo tipo de pensamiento.

La persona dañada va a sufrir, la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuente estigmatización social; y la victimización secundaria que consiste en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito. Por lo que se hacen necesarias una serie de medidas tendientes a evitar o reducir éstos procesos de victimización.

El CPP, ha reconocido, por primera vez en Costa Rica, verdaderos derechos y facultades procesales a las víctimas del delito. Éstas, habían sido tradicionalmente relegadas a un segundo plano, habiéndoseles “robado” el conflicto que les era propio, por causa del monopolio que ejercía el Estado de la persecución penal.

Mecanismos alternativos como la conciliación imputado-víctima y la reparación de daños, han encontrado sustento a nivel internacional, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca de 1992, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos de 1983, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia

para las víctimas de delitos y del abuso de poder o Declaración de las Víctimas

De conformidad con el fundamento internacional, nuestro sistema normativo en el Derecho Procesal Penal ha adoptado la obligación de resolver los conflictos que surjan como consecuencia de hechos delictivos, conforme con los contenidos de las convenciones y tratados internacionales. Aún cuando no hayan sido ratificados.

La víctima es regulada ampliamente en el artículo 70 del Código Procesal Penal, abarca variedad de sujetos a los cuales les da la oportunidad de participar en el proceso penal.

Los intereses difusos son de carácter genéricos en relación con los intereses colectivos. Están referidos a un bien jurídico indivisible y corresponden a un grupo indeterminado de personas, relacionado entre sí a través de un vínculo jurídico. En este sentido, una asociación podrá accionar en nombre de sus miembros, siempre que su estatuto lo estipule y cuando afecte bienes jurídicos indivisibles protegidos por estos intereses.

Las fundaciones poseen imposibilidad para representar intereses colectivos dentro del proceso penal. Al estar carente de miembros que la integren, no podrá representar los intereses de estos al verse afectados en un conjunto por un delito. Lo mismo se presenta con respecto a los intereses difusos, porque, no está integrada por personas que pueda representar como víctimas dentro del grupo indeterminado de sujetos afectados por un delito de esta naturaleza.

El artículo 70 inc. d) del CPP, con la mención expresa de las asociaciones y las fundaciones como legitimadas, *ex lege*, para la representación de estas víctimas, es un paso importante reafirmar su posición dentro del derecho costarricense, así como para el reconocimiento de la labor emprendida por ellas y la colaboración que prestan al Estado.

Lo anterior deberá ser regulado en una futura Ley especial. Limitando las posibilidades de representación a determinadas instituciones que hayan cumplido con ciertas condiciones específicas. Por el momento son los tribunales quienes emanan criterios jurisprudenciales que dan la línea a seguir.

La víctima tiene diferentes formas de participación dentro del proceso penal, antes no era así, debido a que el Estado monopolizaba el ejercicio de la acción penal, porque, el ofendido no poseía la facultad de promover y mantener la acusación penal.

Con la Oficina de Información y Orientación a la Víctima, adscrita al Ministerio Público, se ha querido hacer efectivo el derecho de las víctimas a ser asistidas desde el primer momento en que se presentan frente al sistema penal. La misma trabaja con la perspectiva de una atención personalizada que involucre aspectos tales como: defensa civil, información jurídica, orientación a nivel psicológico y desde el punto de vista de trabajo social.

La víctima cuenta con diferentes mecanismos para hacer efectivos sus derechos resarcitorios; sin embargo, hay situaciones en las cuales el autor del delito no puede ser identificado o bien no cuenta con los recursos económicos para hacerle frente a la obligación de indemnizarla.

En estos casos, debería surgir por parte del Estado Costarricense la obligación de indemnizar a la víctima; específicamente en el caso de delitos de criminalidad violenta y

de agresión sexual. Es viable la implementación de un Fondo de Indemnización a víctimas del delito, lo que se logrará con la eficiente recaudación de impuestos, la reducción del gasto público y los honorarios que se cobren por parte de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima. Lo anterior lleva a comprobar la tercera hipótesis planteada.

Es gracias al impulso de los diversos movimientos a favor de las víctimas de delitos, que la última década se ha caracterizado, universalmente, por el regreso de la reparación a los primeros planos de la política criminal. De igual forma se presenta en nuestra legislación procesal penal, donde encontramos la institución de la reparación del daño como causa de extinción de la acción penal, cuya necesidad, desde el punto de vista práctico y de lo innecesaria que resulta en algunos casos, la sanción tradicional, parece indiscutible.

La Reparación Integral del Daño, es un instituto inmerso en el proceso penal, como una salida distinta de la sentencia que busca solucionar el conflicto y reparar el daño causado a la víctima del delito. Su efecto principal es el de extinguir la acción penal; y encuentra su sustento jurídico en el artículo 7 del C.P.P, (solución del conflicto), y en el artículo 41 de nuestra Constitución Política.

La naturaleza jurídica de éste instituto, se ubica en nuestro Código Procesal Penal que la considera como una causa de extinción de la acción penal. Sin embargo, existe otra posición que discute si debería ser una pena impuesta en forma coactiva por un juez.

La reparación que comprende ésta salida alterna debe interpretarse en sentido amplio, es decir, la reparación integral podría comprenderse como: todo pago, compensación, o acuerdo que deje satisfecha a la parte que la exige. De acuerdo con las ideas que rigen el C.P.P., el sentido amplio es el más correcto sobre todo para evitar roces con la Constitución Política en específico con el principio de igualdad ya que si consideramos que la reparación comprende la restitución o reposición a la víctima del daño causado, en la mayoría de los casos se presentaría como obstáculo la capacidad económica del imputado. Sin embargo, en la práctica se ha centrado en acuerdos económicos para facilitar el proceso.

El daño al que se refiere la reparación integral, también se debe interpretar en sentido amplio, comprendiendo: el daño material, perjuicios y el daño moral.

El elemento *sin grave violencia sobre las personas* presenta poca claridad debido a que es indeterminado, por lo que lleva a una inseguridad jurídica. Sin embargo, nuestros tribunales han emitido ciertas pautas para determinar en que casos la violencia se puede calificar como grave. Y como grave violencia no sólo debe interpretarse la física, sino también la intimidación o violencia moral.

El consentimiento requerido para que proceda la Reparación Integral del Daño, lo dará: la víctima, en aquellos casos donde ésta se encuentre identificada e individualizada; el Ministerio Público, en los casos en los cuales se afecten bienes colectivos o difusos; y se presenta otro caso más cuando el delito es pluriofensivo y afecta bienes individuales y otros de interés general y colectivo. Y cuando los bienes son de carácter estatal corresponde exigir incluso la voluntad de la Procuraduría General de la República.

En la relación de la Reparación Integral del Daño con la Suspensión del Procedimiento a Prueba, la Conciliación, la Pena de Compensación Pecuniaria y la Acción Civil Resarcitoria; se evidencian una serie de semejanzas y diferencias.

El sistema penal se encuentra saturado, por la gran cantidad de delitos que se han creado (inflación del derecho penal), se presenta la imperiosa necesidad de dejar el derecho penal como respuesta a aquellas conductas que realmente lo ameritan.

El delito en definitiva es una creación legal, es la forma que tiene el Estado de responder a las conductas desviadas que se hacen presentes en nuestra sociedad, pero no se puede olvidar que el legislador tienen que tener presente en la labor de legislar ciertos límites con el fin de tener un derecho penal eficaz y así no saturar el sistema.

La reparación y la pena no son las únicas soluciones materiales de un conflicto. Existen soluciones conciliatorias, terapéuticas o educativas obtenidas por expresión de voluntad del propio autor, o por consenso entre víctima y victimario. Además, la reparación (natural o simbólica), comprende las demás soluciones sustitutivas de la pena, incluso las que no radican en una prestación directa a la víctima.

Para implantar una prevención general segura por medio de las penas, estas no deberían ser prolongadas, puesto que como lo expone la doctrina de los límites del derecho penal, la

pena tiene justificación únicamente si se reduce al mínimo necesario, pues si la política criminal se dirige a sancionar con penas rígidas, como por ejemplo la pena de muerte, los procedimientos antigarantistas como la tortura; no logran la prevención general que persiguen.

La pena estatal se definirá como una limitación que atribuye una privación de derechos, que no resarce ni restaura y mucho menos resocializa.

El sistema penal es ineficaz, pero una abolición del mismo es imposible, porque necesariamente se deben establecer las consecuencias del comportamiento ilícito. Lo que hace necesario acudir a prototipos menos punitivos, que le den predominio a la víctima y que comprendan una ayuda social al ofensor, quienes generalmente son de condiciones sociales limitadas. Lo cual genera la aplicación de la pena exclusivamente a casos en que la protección de los bienes jurídicos no sea posible por otros medios menores.

La reparación integral del daño es uno de los fundamentos teórico-práctico más importante de la reforma procesal penal, coloca en un primer plano la solución del conflicto planteado por el ilícito cometido, le otorga a las partes la posibilidad de

reparar el mal causado por su actuar y al otro la posibilidad de resarcir los daños que se le han causado. Al mismo tiempo, que limita la persecución penal a los casos más lesivos, dejando la aplicación de penas supeditada al principio de la *ultima ratio*. Por lo anterior se considera que la reparación integral del daño está bien ubicada en el Código Procesal Penal, cumple con los fines para los cuales fue creada: resolver el conflicto, reparar el daño y descongestionar el sistema procesal penal. Por lo tanto, no se comprueba la hipótesis principal: la Reparación Integral del Daño es factible plantearla como una Tercera Vía en el Derecho Penal.

El daño es la obligación de resarcir íntegramente, la pérdida que tiene un sujeto en sus bienes jurídicos, como el patrimonio, la integridad corporal, la vida, la salud, el honor, la profesión, la imagen, el estado familiar o social, y sus expectativas futuras.

Los criterios legales de valoración del daño moral son establecidos por un perito y el juicio discrecional del juez. Los que permiten establecer una reparación integral del daño, la cual no es totalmente satisfactoria (en el caso de daño moral), aunque si solventa en alguna medida el daño sufrido por la víctima. Por lo que, la hipótesis: El daño moral es imposible de

reparar por medio de la Reparación Integral del Daño, se comprueba en parte, debido a que el daño se resarce en la medida de lo posible, porque no se puede obviar que con el dinero no se efectúa una reparación integral, sería más grave que no se realizara ningún tipo de reparación.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ASSOCIATION DE RECHERCHES PÉNALES EUROPÉENNES
(ARPE)

Procesos Penales de Europa, Zaragoza, Editorial EDIJUS, 2000,
755 p.

BACIGALUPO (Enrique)

Lineamientos de la Teoría del Delito, San José, Editorial
Juricentro, 2^{da} Edición, 152 p.

BALMACEDA (Henry)

Pláticas de derecho y filosofía, San José, Editorial Lehmann,
1980.

BORREL, (Antonio)

Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil
Barcelona, BOSCH casa editorial, 2^{da} edición.

BREBBIA (Roberto)

El Daño Moral: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia,
Argentina, Ediciones Jurídicas Orbir, 2^{da}, 1967, 371 p.

BRENES CÓRDOBA (Alberto)

Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José,
Editorial INS, 1984, 199 p.

BUSTOS RAMÍREZ (Juan) y LARRAURI (Elena)

Victimología: Presente y Futuro, Bogotá, Editorial Temis S.A.,
2^{da} edición, 1993, 93 p.

CABANELLAS (Guillermo)

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 21^a Edición, Tomo VIII, 1989, 476p.

CABANELLAS, (Guillermo)

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Helista SRL., Argentina, 1979, p. 456.

CORTÉS COTO (Ronald)

La Etapa Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal, San José, Editorial Investigaciones jurídicas S.A., 1998, 132p.

CREUS (Carlos).

Reparación del Daño producido por el delito, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, 224p

Diccionario Hispánico Universal

México, W.M. Jackson editores 23 edición, 1979.

Enciclopedia jurídica Omeba.

Buenos Aires, Tomo V., Driskill S. A., 1986.

GARCÍA- PELAYO Y GROSS (Ramón)

Diccionario Larousse Usual, México, Ediciones Larousse, 1978

GARÓFALO

Indemnización a las víctimas de delito, Madrid, Editorial la España Moderna, 1929.

GARRONE (José Alberto)

Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Volumen I, 1986, 818 p.

GARRONE (José Alberto)

Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Volumen III, 1986.

GHERSI (Carlos Alberto)
Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires,
Editorial Astrea, 1997, 485 p.

GÜNTHER (Koyser)
Criminología, Antología de Criminología, texto poligrafiado.

HASSEMER (Winfried)
Fundamentos de Derecho Penal, Barcelona, Casa editorial Bosh
S.A., 1984, 421 p.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (María del Pilar)
Mecanismo de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos,
México, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Universidad
Nacional Autónoma de México, 1997

JIMÉNEZ VÁSQUEZ (Carlos María)
Esquemas del nuevo Proceso Penal, San José, Editorial Jurídica
Continental, 1998, 132 p.

LANDROVE DIAZ (Gerardo)
La Moderna Victimología, Valencia, Editorial Tirand lo Blanch,
1998, 287 p.

LIBSTER (M)
Delitos Ecológicos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier)
Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía
Mundo Gráfico, 1998, 923 p.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier)
Proceso Penal en la Jurisprudencia, San José, Editorial Jurídica
Continental, 1^{era} Edición, 2001, 967p.

MARCHIORI (Hilda)
La Víctima del delito, Córdoba, Editora Marcos Lerner, 1996.

MUÑOZ CONDE (Francisco)

Introducción al Derecho Penal, Barcelona, Casa Editorial Bosh, 1975.

NAVARRO SOLANO (Sonia)

Conciliación y Reparación entre víctima y delincuente: Una perspectiva para la solución alterna de conflictos en materia penal. Resolución Alternativa de Conflictos, San José, CONAMAJ, Cuadernos para el Sector judicial, N° 3, 1995.

NEUMAN (Eliás)

Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, México, Editorial Cárdenas, 1992.

OLEA LEYVA (Teófilo)

Resarcimiento del daño a las víctimas del delito, México, Primera edición, 1978.

PALACIO (Marisol)

Contribuciones de la Victimología al Sistema Penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

PALACIO LINO (Enrique)

Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 7^{ma}. Edición, volumen.II, 1998.

PEREZ (Víctor)

Derecho privado, San José, Publitex, 1988.

PUIG MIR (Santiago)

Derecho penal. Parte general, Barcelona, Editorial Tecfotos. S L, 5^{ta} Edición, 1998.

PUIG MIR (Santiago)

Tratado de derecho penal, Barcelona, 1985.

SÁNCHEZ FALLAS (Francisco)

La tramitación de los procesos penales, San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2001, 215 p.

SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y otro.

Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, CONAMAJ, 1997, 245 p.

STRATENWERTH (Gunter)

Derecho Penal. Parte General, Madrid, II Volumen, 2^{da} edición, 1982.

RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis)

Victimología: Estudio de la víctima, México, Editorial Porrúa, 2^{da} Edición, 1990, 423 p.

RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis)

Victimología, México, Editorial Porrúa, 1996.

ROUSSEAU (Jean Jacques)

El contrato social o principios de derecho político: clásicos del pensamiento, Bogotá, Editorial Tecnos, 1987.

ROXIN (Claus)

Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas, Tomo I, 1997.

ROXIN (Claus)

El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, en Dogmática penal y política criminal, Lima, 1998.

ROXIN (Claus)

Fin y justificación de la pena. Determinación Judicial de la pena, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Marisol Alpizar Chaves

Yara Elizondo Montoya

ROXIN (Claus)

Problemas Básicos del Derecho penal, Madrid, editorial Reus, Traducido por Diego Luzón Peña, 1976.

VITA (Anna de)

la Tutela Giuridionale degli Interessi Collettivi nella Prospettiva del sistema francese". Aspetti Principali del Problema e Especificación in Tema di Protezione degli Interessi dei Consumatori", La Tutela degli Interessi Difusi nel Diritto Comparato (con particolare riguardo alla protezione dell ambiente e dei consumatori), Milano, Giuffre Editore, 1976.

WELZEL (Hans)

Derecho Penal Alemán. Parte General, Chile, traducción castellana de los Drs. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZANNONI (Eduardo)

El daño moral en la Responsabilidad civil, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl)

En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico- penal, Bogotá, Temis, 1993.

MAIER (Julio)

El Sistema Penal Hoy: entre la inquisición y la composición. Derechos Fundamentales y Justicia Penal, San José, Editorial Juricentro, 1992, pp 131-150.

MAIER (Julio)

El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal Argentino, El Derecho Penal Hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 1995.

MAIER (Julio)

Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Hammurabi,
2^{da}. Edición, tomo I., 1989

REVISTAS

BAUDRID CARRILLO (Diego)

El Daño Reflejo o por Rebote. Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, N° 2, Año 2, marzo 1990, pp 36-42.

BOVINO (Alberto)

La Víctima como Sujeto Público y el Estado como sujeto sin derecho. Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de ciencia penales, N° 15, Año 10, diciembre 1998, pp. 28-34.

BOVINO (Alberto)

El manual del buen abolicionista. Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de ciencia penales, N° 16, año 11, mayo 1999.

CAMBRONERO (José Luis)

Hacia el fortalecimiento de la víctima en el Sistema Penal Costarricense. Ministerio Público y Reforma Procesal Penal, San José, Colegio de Abogados, 1^{era} Edición, 1997, pp. 92 - 116.

CUBERO PEREZ (Fernando)

La Tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense, Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de ciencia penales, N° 15, Año 10, diciembre 1998, pp. 72- 81.

GADEA NIETO (Daniel)

La Reparación del Daño Moral: aspecto penal y criminológico. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 70, setiembre-diciembre 1991.

GATGENS GÓMEZ (Erick)

El "renacimiento" del proceso penal. Notas en torno a su privatización, Revista de la Escuela Judicial, San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, N° 1, mayo 2001, pp 57-73.

GONZALEZ (Daniel)

La Reforma del Proceso Penal en Costa Rica, Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, San José, Impresos Arlito S.A., marzo 1994, pp. 10-25.

HASSEMER (Winfried)

Rasgos y crisis del Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1992, pp.235-249.

LARRAURI (Elena)

Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Vol X, N° 8, 1^{er} semestre 1988, Editorial Lealon, Cali, Colombia, p.101.

LOPEZ TAPIA (Guillermo)

Victimología y Compensación a Víctimas, Revista Criminalia, México, N° 1-12, enero- diciembre 1982, p 43.

NEUMAN (Elías)

El sistema Penal y sus Víctimas, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, N° 11, junio 1986, pp.483-500

MARTOS NUÑEZ (Juan Antonio)

El principio de intervención penal mínimo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1987, pp.99-134.

MENDELSON (Benjamín)

La Victimología y las Tendencias de la sociedad Contemporánea. Revista ILANUD, San José, N° 10, Año 4, abril 1981, pp 55-66.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (Emilio)

Función y Límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1990, pp.5-27.

SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y otro.

Abolicionismo y democracia en Revista de Ciencias Penales, N° 11, año 8, 1996.

RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis)

Victimología y Derechos Humanos Revista Criminalia, México, Editorial Porrúa S.A., N° 1-12, Año LIII, enero-diciembre 1987, pp160-172.

RODRÍGUEZ MANZANERA (Luis)

Los Simposios Internacionales de Victimología. Revista ILANUD, San José, N° 10, Año 4, abril 1981, pp 46-53.

VAZQUEZ DE FORGHANI (Ángel)

La víctima como objeto de la criminología, Revista Criminalia, México, Editorial Porrúa S.A., N° 1-12, Año XLIX, enero-diciembre 1983, pp 95-119.

TRATADOS

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Antonio)

Tratado de Criminología, Valencia, Editorial Tirand lo Blanch, 2^{da} Edición, 1999, 1186 p.

HEINRICH JESCHECK (Hans)

Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Volumen I, Casa Editorial Bosch S.A., 1981, 1258p.

MAZEAUD (Henri) y otros

Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Ediciones jurídicas Europa América, 1961.

CONVENIOS

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

CONSEJO DE EUROPA

Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, Estrasburgo 24 de noviembre de 1983.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso del poder. Aprobada mediante resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, celebrada el 29 de noviembre de 1985.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/29

CONSEJO DE EUROPA

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca, 1992

OBRA COLECTIVA

ARIAS NÚÑEZ (Carlos) y JIMÉNEZ VASQUEZ (Carlos M^a)

La Víctima en el proceso penal costarricense. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, pp. 215-250.

ARMIJO SANCHO (Gilbert)

La Tutela Constitucional del Interés Difuso. Un Estudio según el Nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología, compiladores Mauricio Gonzalo Oviedo y otro, San José, Costa Rica, UNICEF, 2001.

BELOFF (Mary Ana)

Teorías de la pena: la justificación imposible. Determinación judicial de la pena, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

BOVINO (Alberto)

La participación de la Víctima en el Procedimiento Penal. Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, CONAMAJ, 1997, 245p.

BOVINO, (Alberto)

La víctima como preocupación del abolicionismo penal. De los delitos y de las Víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, pp261-281.

DE VICENTE REMESAL (Javier)

La consideración de la Víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro. Política criminal y Nuevo derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, 439p.

ESER (Albin)

Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, pp13-53.

JOACHIM HIRSCH (Hans)

La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, pp 53-91.

ISSA EL KHOURY (Henry)

La Reparación del Daño como causal de extinción de la acción penal, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales, Corte Suprema de Justicia, 1996, pp. 191-211.

ISSA EL KHOURY (Henry) y otros.

Víctima y Proceso Penal Costarricense, San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2000, 430p.

LARRAURI (Elena)

Victimología, De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier)

Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho, Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1998.

MAIER (Julio)

La víctima y el Sistema Penal. De los Delitos y de las Víctimas, Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L., 1992, pp. 183-251.

SALAS PORRAS (Ricardo)

La querrela pública. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, pp 51-85.

RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos)

Los sujetos de la Acción Civil Resarcitoria. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 1996, pp. 379-401.

RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos)

¿Penalización del derecho civil o civilización del derecho penal?. Nuevo Proceso Penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas S.A, 1998, pp. 85-134.

TESIS

ACO MIXNAHUATL (José Leonardo)

El daño moral económico causado a los particulares, por publicaciones sin fundamento de la prensa de la ciudad de Puebla. Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de las Américas-Puebla, 1999.

Marisol Alpizar Chaves

Yara Elizondo Montoya

BALTODANO (Mónica)

Participación Ciudadano como Concepto Jurídico, Tesis de Maestría en Derecho Local, impartida por la Universidad de Barcelona y la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua

COHEN JIMÉNEZ (Vanesa)

La víctima como objeto de la criminología. Un análisis específico de la violación, San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, 280 p.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (José Humberto) y otro.

El Dividendo en las Sociedades y en algunos Contratos Asociativos, San José, Tesis para optar el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992.

MORA MONTERO (Marlen)

Estructura y función de las llamadas salidas alternas en el nuevo proceso penal. San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, 250 p.

SALAZAR FALLAS (Silvia)

Las víctimas del crimen. Un análisis de su problemática, San José, Tesis para optar el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la universidad de Costa Rica, 1989, 273 p.

SANCHO GONZALEZ (Maureen) y otra

La Intervención de la Víctima en el nuevo Proceso Penal Costarricense, San José, Tesis para optar el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la universidad de Costa Rica, 1998, 424 p.

VARELA MATA (Fabiola)

La Reparación Integral del daño como causal de extinción de la acción penal. San José, Tesis para optar el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, 234 p.

TEXTO POLIGRAFIADO.

ARIAS MEZA (Jeannette)

La víctima en el proceso penal Costarricense, San José, material poligrafiado.

EXNER (F)

Biología Criminal, Antología de Criminología, texto poligrafiado.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.

CODIGOS

Código Penal. Ley N° 4573, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., segunda edición, 1998.

Código Procesal Penal, San José, Ley N° 7594 de 1996, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., quinta edición, 2002.

Código Orgánico Procesal Penal, Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 Extraordinario de 23 de enero de 1998

Código Procesal Penal Chileno.

Codice Penale Italiano.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional, Voto.7497 de las 15 H 39 del 21 de octubre de 1998.

Sala Constitucional, Voto N° 6470 de la 14 H 36 M del 18 de agosto de 1999.

Sala Constitucional, Voto N° 1040-96 de las 9H 27M del 1° de marzo de 1996.

Sala Constitucional, Voto 5224-94 de las 14H 57M del 13 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional, Voto N° 5751-93, de las 14H 39M del 9 de noviembre de 1993.

Sala Primera, N° 102 de las 10H 30M del 30 de septiembre de 1996.

Sala Tercera, resolución N° 467 de las 11H 05M del 06 de septiembre de 1991.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 493 de las 10H 20M del 22 de mayo de 1998.

Sala Tercera, N° 1350 de las 8H 45m del 29 de octubre de 1999,
O.O.C contra H.M.M.

Sala Tercera, N° 178 de las 10H 41m del 12 de febrero de 1999.

Sala Tercera, N° 1293 de las 9H 25M del 15 de octubre de 1999,
C.S.J contra Banco Nacional de Costa Rica.

Sala Tercera, N° 1350 de las 8H 45M del 29 de octubre de 1999,
O.O.C. contra H.M.M.

Sala Tercera, N° 1521 de las 9H 20M del 26 de noviembre de
1999, F.P.C. contra M.V.C.

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, N° 00178 de las 9
H.15 del 16 de febrero del 2001

Sala Tercera, N° 489 de las 9 H. 40 del 25 de mayo del 2001.

Sala tercera, N° 816 de las 9H 5M del 28 de agosto de 1998,
G.R.S contra R.Q.G

Sala Tercera, N° 267 de 9H del 14 de junio de 1991.

Tribunal de Casación Penal, N° 243 del 25 junio de 1999.

Tribunal de Casación Penal, N° 301-2001 del 6 de abril 2001.

Tribunal Superior Segundo Civil, N° 48 de las 10H 35M del 10
de febrero de 1993.

Tribunal Superior Primero Civil, N° 858 de las 7H 40M del 30 de
mayo de 1986.

Tribunal Superior Civil, N° 929 de las 8H 30M de noviembre de
1977.

DECRETOS

Decreto N° 27514-J, de 30 de noviembre de 1998.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Expediente del Proyecto de Código Penal, Asamblea Legislativa, N° 11871, 14 de abril de 1998, p 14.

Proyecto alternativo sobre reparación penal, Buenos Aires, traducción de Beatriz de la Granada Vallejo, Fundación Honrad Adenauer, CIEDLA, 1998.

DIRECTRICES

Corte Plena

Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, San José, aprobadas en sesión IXX-01 del 6 de mayo del 2002, CONAMAJ, p 8-9.

PERIODICOS

La Nación (periódico), domingo 21 de julio del 2002, p.8

La Nación (periódico), miércoles 10 de julio del 2002, p.10 A.

LA GACETA

La Gaceta, San José, N ° 227, lunes 26 de noviembre del 2001, 80 p.

La Gaceta, San José, N ° 14, viernes 19 de enero del 2001, p.15-16.

ENTREVISTAS

Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de junio de 2002

Entrevista con la Lic. Jeannette Arias Meza, Coordinadora de la Oficina de Información y Orientación a la Víctima, 20 de julio del 2002

Entrevista con el Lic. Máximo Esquivel Carranza, Juez del Juzgado Penal de San Ramón, 26 de julio del 2002.

Entrevista con el Lic. José Enrique Castro Marín, Coordinador del área penal de la Procuraduría General de la República, 26 de julio del 2002.

Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 23 de agosto del 2002

Entrevista con el Lic. Adán Campos Fallas, Fiscal de San Ramón, 25 de agosto del 2002.

Entrevista realizada al Lic. Adán Campos fallas, Fiscal de San Ramón, 27 de agosto de 2002.

Entrevista realizada al Lic. Max Chinchilla, Fiscal Coordinador de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima, 29 de agosto de 2002

Entrevista con el Lic. Alfredo Chirino, Director Escuela Judicial, Poder Judicial, 27 de septiembre del 2002.

Entrevista con el Lic. Alcides Mora, Juez de ejecución de la pena 27 de septiembre del 2002.

Consulta telefónica con el Lic. Daniel Hernández juez Contravencional de Menor Cuantía de San Ramón, 15 de octubre del 2002.

CONFERENCIAS

Conferencia de la Lic. Ana Virginia Calzada y otros, Auditorio del Edificio Plaza de la Justicia, 21 de junio del 2002.

CIRCULARES

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Circular 14 del 2002:
Obligación de informar ampliamente a interesados o partes sobre medidas alternas

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Circular 20 del 2002:
Procedencia de la reparación Integral del Daño en etapa de Jucio.

OTROS

I Congreso Nacional de Victimología: “Las víctimas también tienen derechos”. Realizado en San José, 14,15 y 16 de junio, Editorial EUNED, 2001.p.

Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, 189 p. poligrafiadas.

CUBERO PEREZ (Fernando)

Neutralización de la victimización Primaria y Secundaria. Curso Taller: Víctima y Proceso Penal. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, 89-93 p. poligrafiadas.

CHINCHILLA FERNÁNDEZ (Max)

Justicia Restaurativa y Compensación de Daños no Materiales. Primer Seminario Nacional de Victimología, San José, Colegio de Abogados, realizado del 14 al 16 de junio del 2001.

GARCÍA HIDALGO (Mario)

Victimas de cara al Sistema Judicial Penal: Mecanismos Tecnológicos y Psicológicos para minimizar la revictimización en casos de abuso sexual. I Congreso Nacional de Victimología: “Las víctimas también tienen derechos”. Realizado en San José, 14,15 y 16 de junio, Editorial EUNED, 2001.

Memoria Anual del Ministerio Público, Ministerio Público, Poder Judicial, 1998

Memoria Anual del Ministerio Público, Ministerio Público, Poder Judicial, 2000

VIQUEZ (Luis Alberto),

Material Poligrafiado Curso de Derecho Procesal Penal I.

REFERENCIAS DE INTERNET

VILORIO DE LA FUENTE (José Carlos)
Criminología Parte I, en <http://members.tripod.com>

Asociación de Magistrados y Funcionamiento de la Justicia Nacional, Acceso a Justicia, en <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/materiales/documentos/>

<http://www.crnet.cr/~defensor/Protec.Esp.3.doc>.

OLIVARES GRULLÓN(Felix D.), La víctima en el proceso penal: ¿simple excusa o protagonista?, en http://www.enel.net/gacetajudicial/1999/68/procesal_penal.htm

GELBMAN(Alain), Parents of murder children en <http://www.cyberline.com/unitedworld>

MURARU (Federico)
La evolución a través del tiempo del resarcimiento a la víctima, en <http://www.angelfire.com/ar/fmuraru>

DAL MASO JARDIM (Tarciso) Movimento Nacional de Direitos Humanos, Acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional, Brasil en <http://www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm>

Centro de información de las Naciones Unidas para España, comunicado de prensa: Los delincuentes tienen derechos... pero ¿las víctimas?, 5 de abril del 2000, en malito:hass@un.org.

FINKELSTEIN NAPPI(Juan Lucas), La finalidad del proceso penal: ¿vindicación estatal o solución de conflictos humanos?, en <http://www.derechopenalonline.com/ensayos/finkelstein>.

En Boletín Bimestral del Área de Defensa Jurídica Popular, Los intereses difusos, avances recientes enero-febrero, 1997 en <http://www.derechos.org.ve/publicaciones/encontacto/encontacto35.html>

Oficina de Asistencia Integral Víctima del Delito, Argentina, en <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

En <http://www.mpf.gov.ar/defvic1.htm>

<http://www.cita.es/AEC/victimas.htm>

Organización de Naciones Unidas, Oficina de Asistencia a Víctimas de Delitos Violetos, en [http://www.cfnavarra.es/asistenciavictimas/IJURIDICA/RECOM\(85\)11.HTM](http://www.cfnavarra.es/asistenciavictimas/IJURIDICA/RECOM(85)11.HTM)

BRIGAS FLORES (Sandra Maribel), La función preventiva en el Derecho penal, Revista jurídica Cajamarca, en <http://galeon.hispavista.com/donaires/REVISTA5/prevenit.htm>

Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, El Sistema carcelario Latinoamericano, serie de estudios de derechos humanos N° 4, caracas, en <http://cladehlt.org/estudio4.capIV.htm>.

COSIA (Alberto), Es posible mediar en el conflicto penal, en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/articulo5-3.htm>.

DAL BELLO (Paola E) , Teorías de la pena, en www.monografias.com.

GERMAN R. (Jorge W.), Fundamentos del derecho de reprimir en <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.penal.8.html>

MAÑALICH, (Juan Pablo), Víctima y reparación en el derecho penal en <http://www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm>.

MAIER, El derecho penal está en crisis, en <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/715/articulo-3639.html>

MORILLAS CUEVA (Lorenzo), Reflexiones sobre el derecho penal del futuro, Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminológica en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

NIRICH (Pablo Enrique), Fundamentos de la pena: ¿Qui peccatum est, ne peccetur o...? en <http://www.revistalote.com.ar/nro018/nirich.htm>

ROJAS ACOSTA (Santos), Teoría de la pena en <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/R/Rojas/>

RODRÍGUEZ MORALES(Alejandro), Anotaciones teóricas sobre Política Criminal y reforma de la Ley de Régimen Penitenciario, en <http://www.geocities.com/cienciaspenales/Anotaciones.html>

TERRAGNI (Marco Antonio), La pena de multa en <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/libros/pmulta.htm>.

VEGA GUTIERREZ (José), Daño extrapatrimonial, 1992, en www.med.uva.es/~mlf/areas/patologiaforen...patrimonial.htm

Comisión Latinoamericana por los Derechos Humanos y Libertades de los Trabajadores, El Sistema carcelario Latinoamericano, serie de estudios de derechos humanos. Caracas, N° 4, en <http://cladehlt.org/estudio4.capIV.htm>.

ANEXO 1

ESTUDIO ESTADÍSTICO REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO Y SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL

INTRODUCCIÓN

Se ha llevado a considerar como un tema interesante la realización de un estudio empírico sobre una institución determinada; es así que en el presente trabajo se muestra como se ha implementado en la práctica la aplicación de la Reparación Integral del Daño y de salidas alternativas al procedimiento como lo son la Suspensión del Proceso a prueba y la Conciliación.

Este análisis será desarrollado en tres capítulos; en el primer capítulo se expondrán todos los antecedentes del estudio de la conciliación y de la suspensión del proceso a prueba.

En el segundo capítulo se hará un análisis de las causas según personas sentenciadas por los tribunales penales, según delito y tipo de resolución.

En el tercer capítulo se incluirá el estudio estadístico de la reparación integral del daño, comentando la información obtenida y realizando un análisis con base a los resultados.

Este estudio fue llevado a cabo por la documentación del Departamento de Planificación, Sección de Estadísticas del Poder Judicial, por lo que el resultado debe ser comprendido como una realidad que se desarrolla en todo el territorio nacional.

La metodología de investigación aplicada en este trabajo comprende primero la revisión de las actas en las que se ha decretado la Reparación Integral del Daño, la Suspensión del Proceso a Prueba y la Conciliación, así como se las personas sentenciadas según delito y tipo de resolución en los tribunales penales.

Finalmente se incluirá un capítulo de conclusiones generales, que hará posible proyectar una visión más acabada y completa de todos los antecedentes recogidos durante este estudio, acerca de cómo se realiza en la práctica la aplicación de éstos institutos.

CAPITULO PRIMERO

Estudio estadístico sobre la Suspensión del Proceso a Prueba y la Conciliación

Toda esta información se presenta a través de cuadros que serán acompañados de un párrafo explicativo y todas las conclusiones serán más claramente abordadas en un capítulo final de conclusiones generales, donde se hará un análisis en conjunto con la información del capítulo tercero sobre la Reparación Integral del Daño.

Estudio de la Conciliación y la Suspensión del Proceso a Prueba durante 1999

CUADRO N° 1

Resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los Tribunales Penales durante 1999

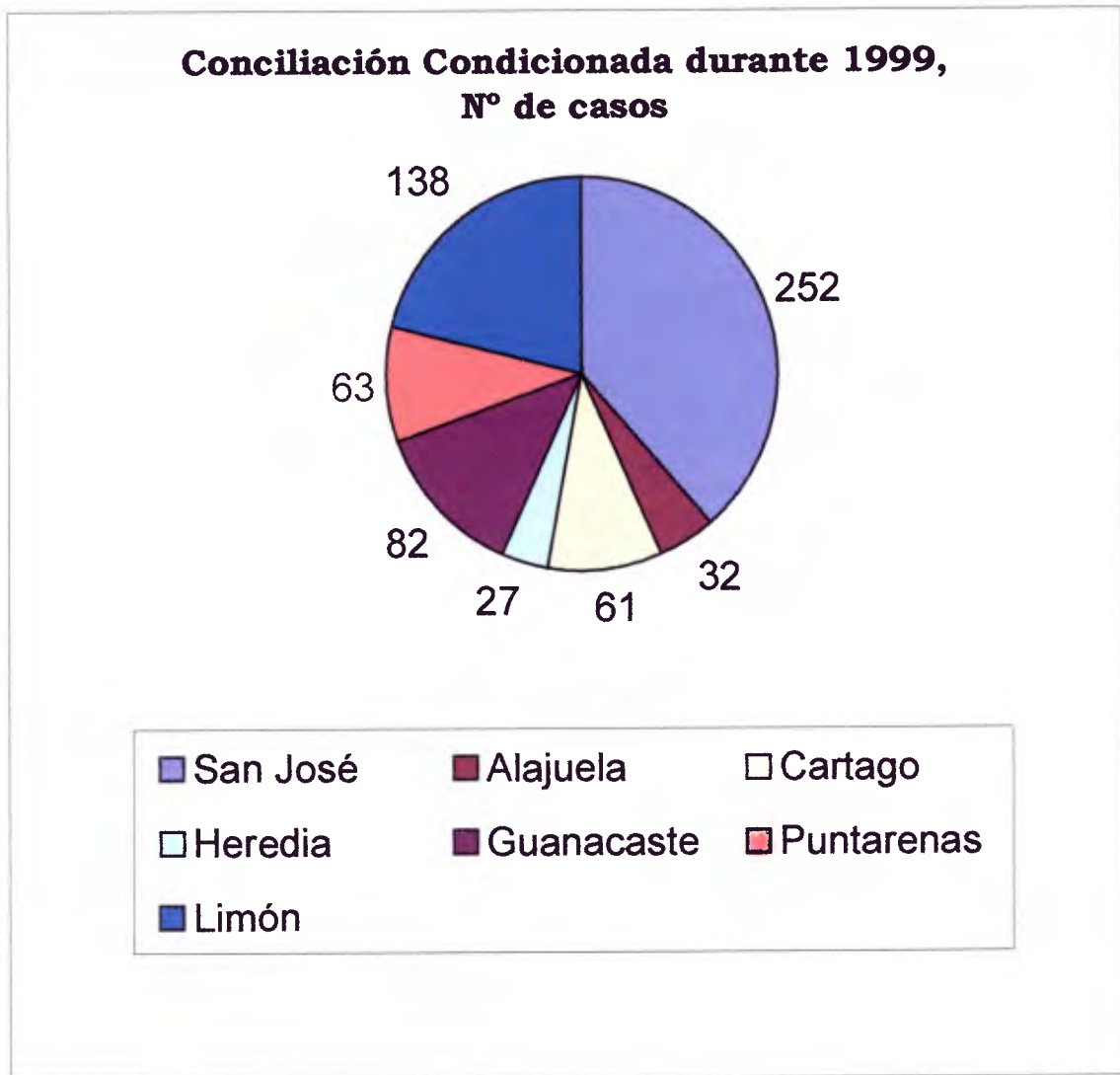
En este cuadro se analiza las resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los tribunales penales durante 1999 en la Suspensión del Proceso a Prueba y en la Conciliación Condicionada, según el número de causas en cada una de las provincias

Tribunal	Suspensión del Proceso a Prueba	Conciliación Condicionada
San José	53	252
Alajuela	0	32
Cartago	6	61
Heredia	1	27
Guanacaste	22	82
Puntarenas	2	63
Limón	72	138
Total	156	655

En los gráficos siguientes se observa que la Suspensión del Proceso a Prueba en las resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los tribunales penales durante 1999, fueron las menos utilizadas con un total de 156 causas, contrario a la conciliación que da un

total de 655 causas resueltas por medio de esta salida alternativa

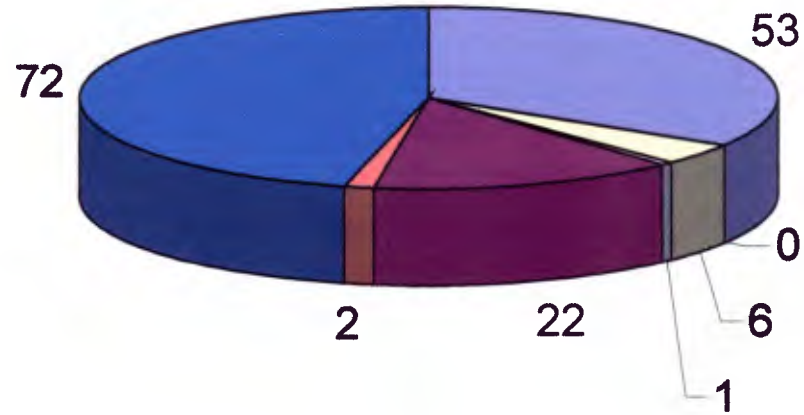
GRAFICO N° 1.1.



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N° 1.2.

Suspensión del Proceso a Prueba durante 1999 N° de casos



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

Estudio de la Conciliación y la Suspensión del Proceso a Prueba al concluir 1999

CUADRO N° 2

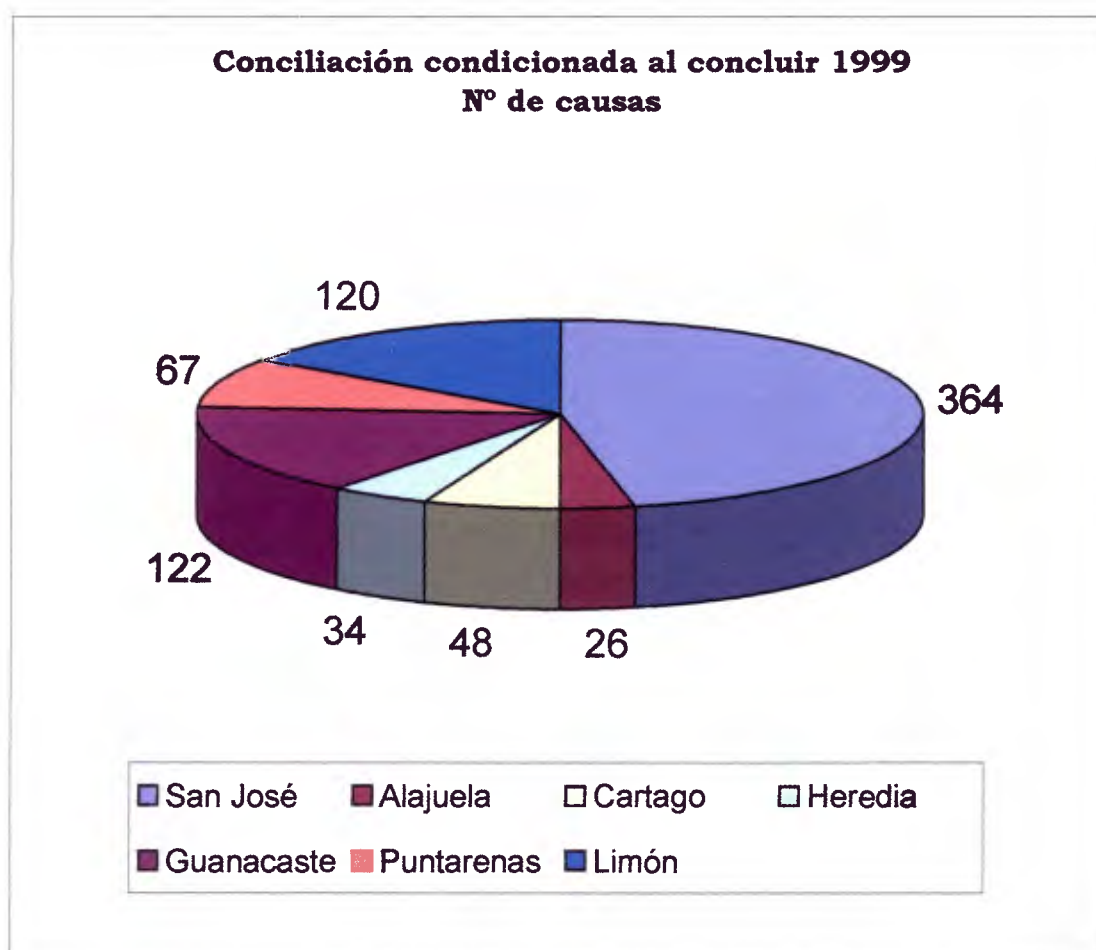
Circulante de los Tribunales Penales según estado del expediente al concluir 1999.

El número total de casos en que fue decretada circulante de los tribunales penales según estado del expediente al concluir 1999, en la conciliación fue de 781 según la columna izquierda y Suspensión Proceso a Prueba fue de 1590 según la columna derecha, y en la. En este cuadro observaremos como se distribuyen esos casos en razón de las provincias

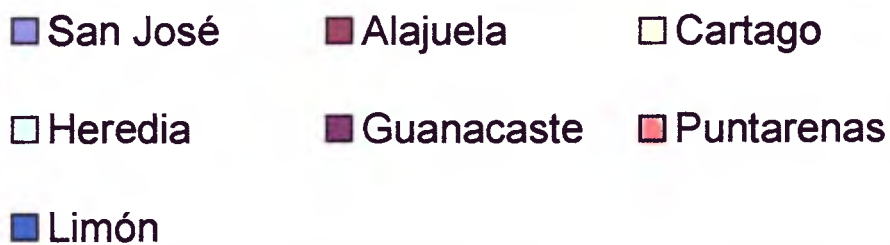
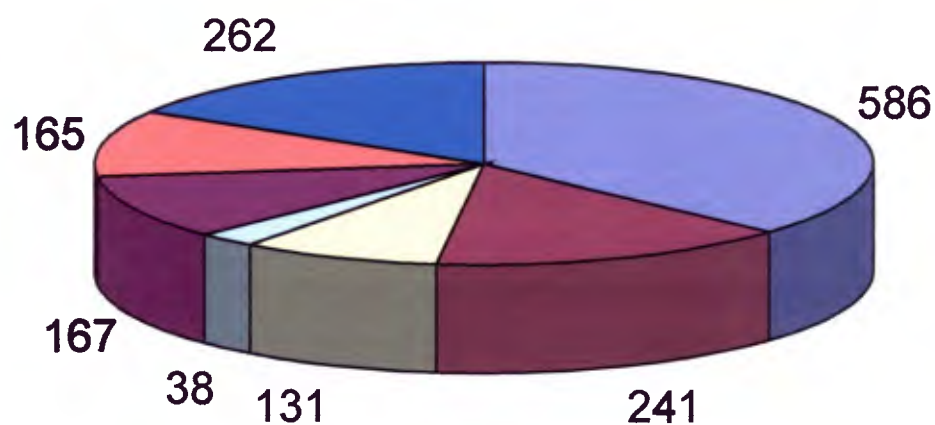
Tribunal	Conciliación Condicionada	Suspensión del Proceso a Prueba
San José	364	586
Alajuela	26	241
Cartago	48	131
Heredia	34	38
Guanacaste	122	167
Puntarenas	67	165
Limón	120	262
total	781	1590

A continuación es posible concluir que la mayoría de los casos que han sido resueltos, se presentan en la provincia de San José, con un total de 364 causas en la conciliación condicionada, seguida de la suspensión del proceso a prueba con 586. lo cual puede verse en detalle en los gráficos 2.1 y 2.2.

GRAFICO N° 2.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N° 2.2**Suspensión del Proceso a Prueba al
concluir 1999
N° de causas**

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 3

Resoluciones Intermedias o Provisionales Dictadas por los Tribunales Penales Durante 2000

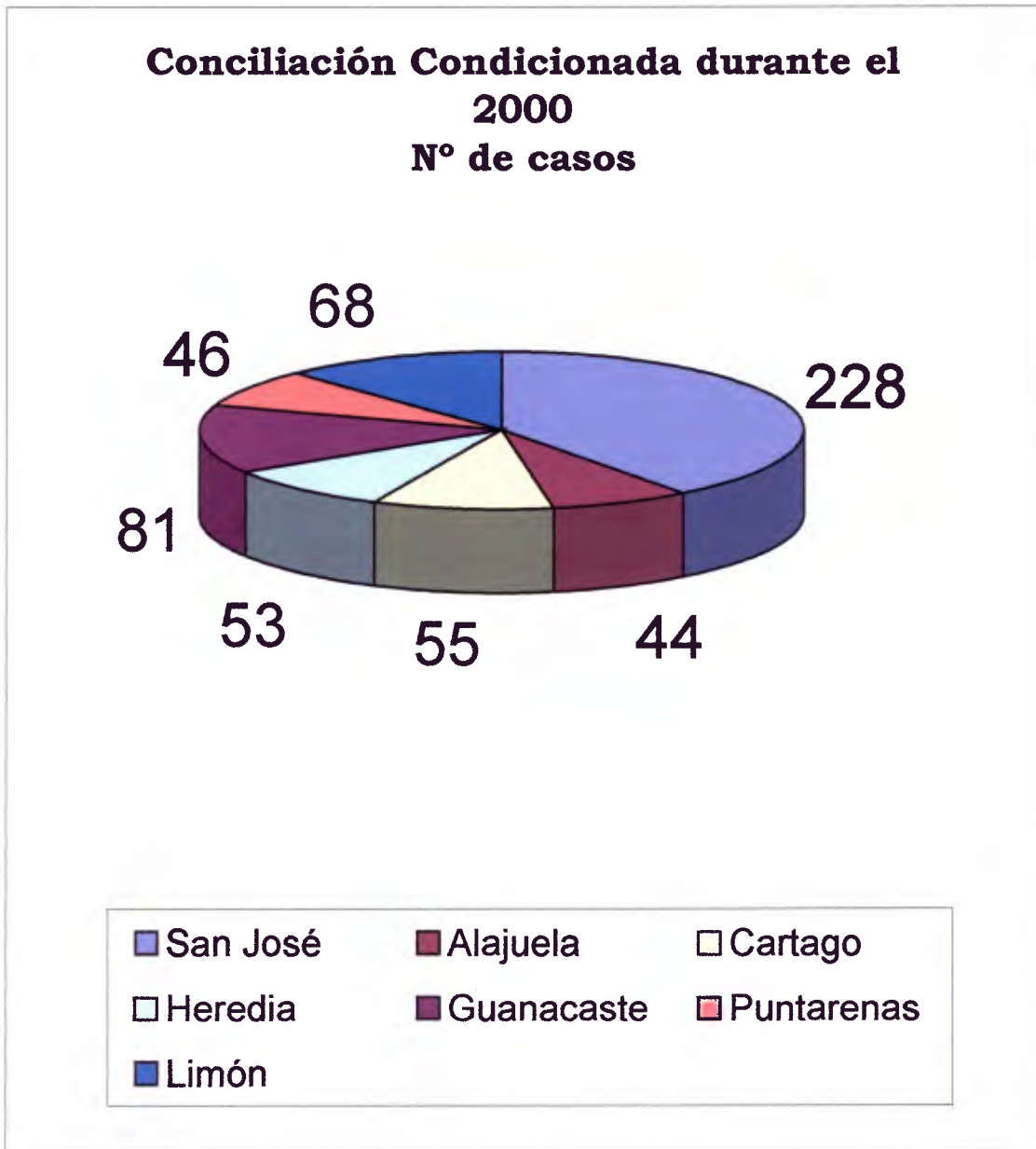
Tribunal	Conciliación Condicionada N° de casos	Suspensión del Proceso a Prueba N° de casos
San José	228	156
Alajuela	44	63
Cartago	55	37
Heredia	53	27
Guanacaste	81	60
Puntarenas	46	48
Limón	68	61
Total	575	452

Se presentan las resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los tribunales penales durante 2000 en la Conciliación condicionada y en la Suspensión del Proceso a Prueba, según el número de causas en cada una de las provincias.

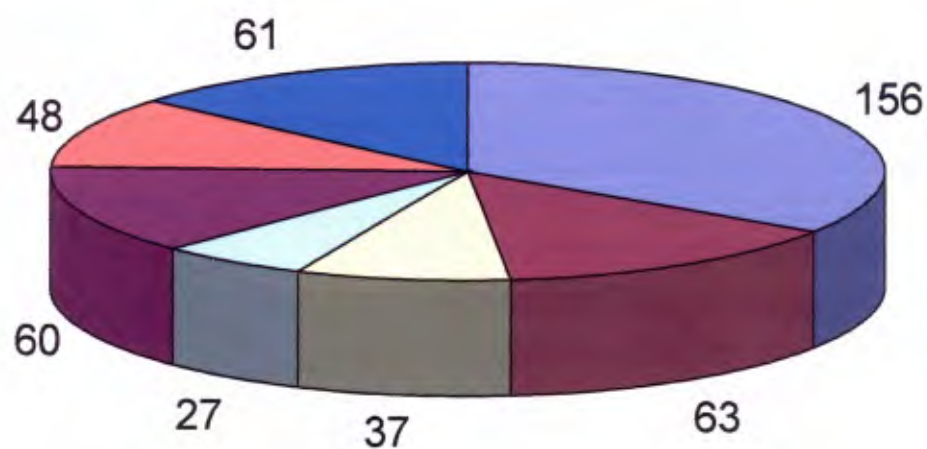
En los gráficos siguientes se observa que la conciliación condicionada presenta un total de 575 causas resueltas por medio de esta salida alternativa, y 452 causas por medio de la suspensión del proceso a prueba.,produciéndose un fenómeno interesante con

respecto al año anterior donde se presentaron más causas que utilizaron estas alternativas.

GRAFICO N° 3.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N° 3.2**Suspensión del Proceso a Prueba
durante el 2000
N° de casos**

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

Estudio de la Conciliación y la Suspensión del Proceso a Prueba al concluir el 2000

CUADRO N° 4

Circulante de los Tribunales Penales según estado del expediente al concluir el 2000.

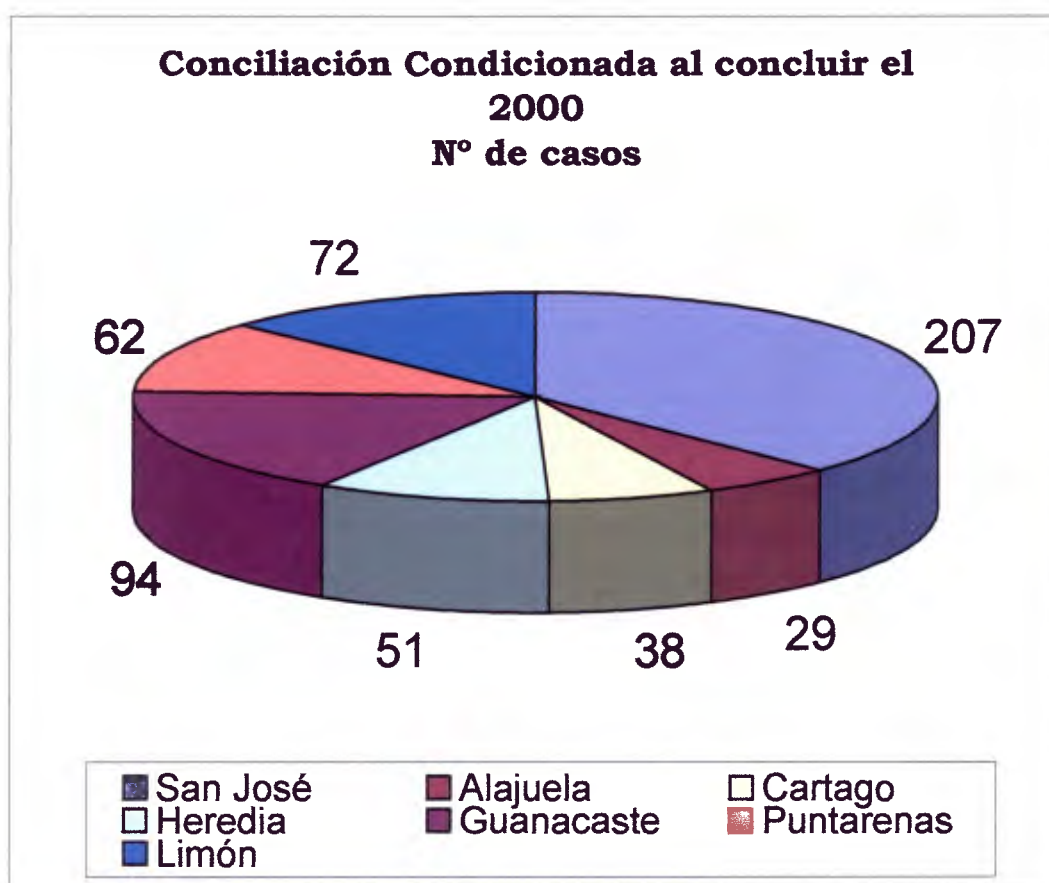
Tribunal	Conciliación Condicionada N° de casos	Suspensión del Proceso a Prueba N° de casos
San José	207	467
Alajuela	29	167
Cartago	38	107
Heredia	51	60
Guanacaste	94	155
Puntarenas	62	143
Limón	72	216
total	553	1315

El número total de casos en que fue decretado circulante de los tribunales penales según estado del expediente al concluir 1999 en la conciliación condicionada fue de 553, según columna izquierda y de la Suspensión Proceso a Prueba fue de 1315 según columna derecha. En este cuadro se observa como se distribuyen esos casos en razón de las provincias.

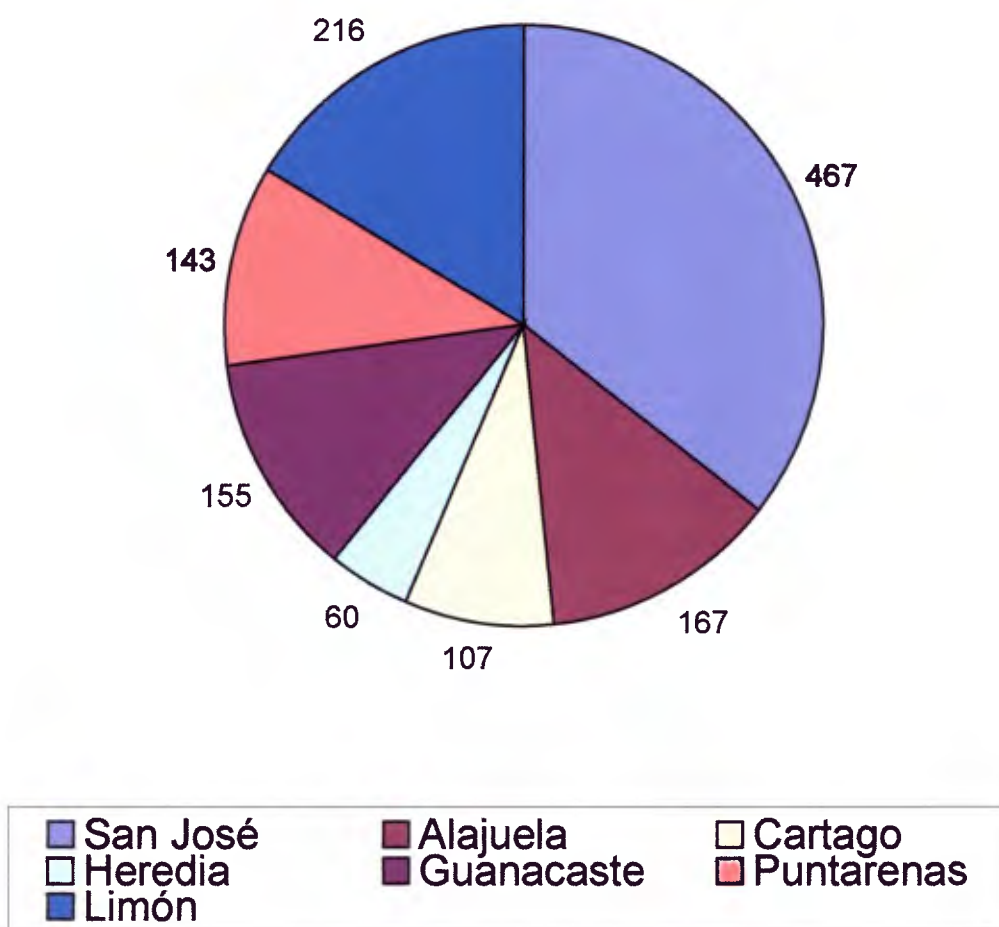
De los gráficos relacionados que a continuación se exponen es posible sugerir que la mayoría de los casos

resueltos corresponden a la suspensión del proceso a prueba en la provincia de San José, pero que ha diferencia del año 1999 ha ido en aumento la medida alterna de la suspensión del proceso a prueba. Observamos en forma comparativa los siguientes gráficos con respecto a la enumeración 2.1 y 2.2

GRAFICO N° 4.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N° 4.2**Suspensión del Proceso a Prueba
al concluir el 2000
N° de casos**

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CAPITULO SEGUNDO

Estudio estadístico sobre las personas sentenciadas por los tribunales penales según delito y tipo de resolución durante 1999 y 2000.

De conformidad con los datos manejados por el Poder Judicial, en relación con las causas penales que ingresaron en 1999, al sistema judicial, la gran mayoría correspondió a Delitos Patrimoniales. En este mismo orden de ideas y tomando como base el año 1999 se tiene que de las 5195 causas que ingresaron tipificadas como delitos contra la propiedad en general, se condenaron 3186 personas por diversos delitos, de ese total de personas condenadas por delitos contra la propiedad fueron a prisión efectiva 1228 personas condenadas en todos los delitos

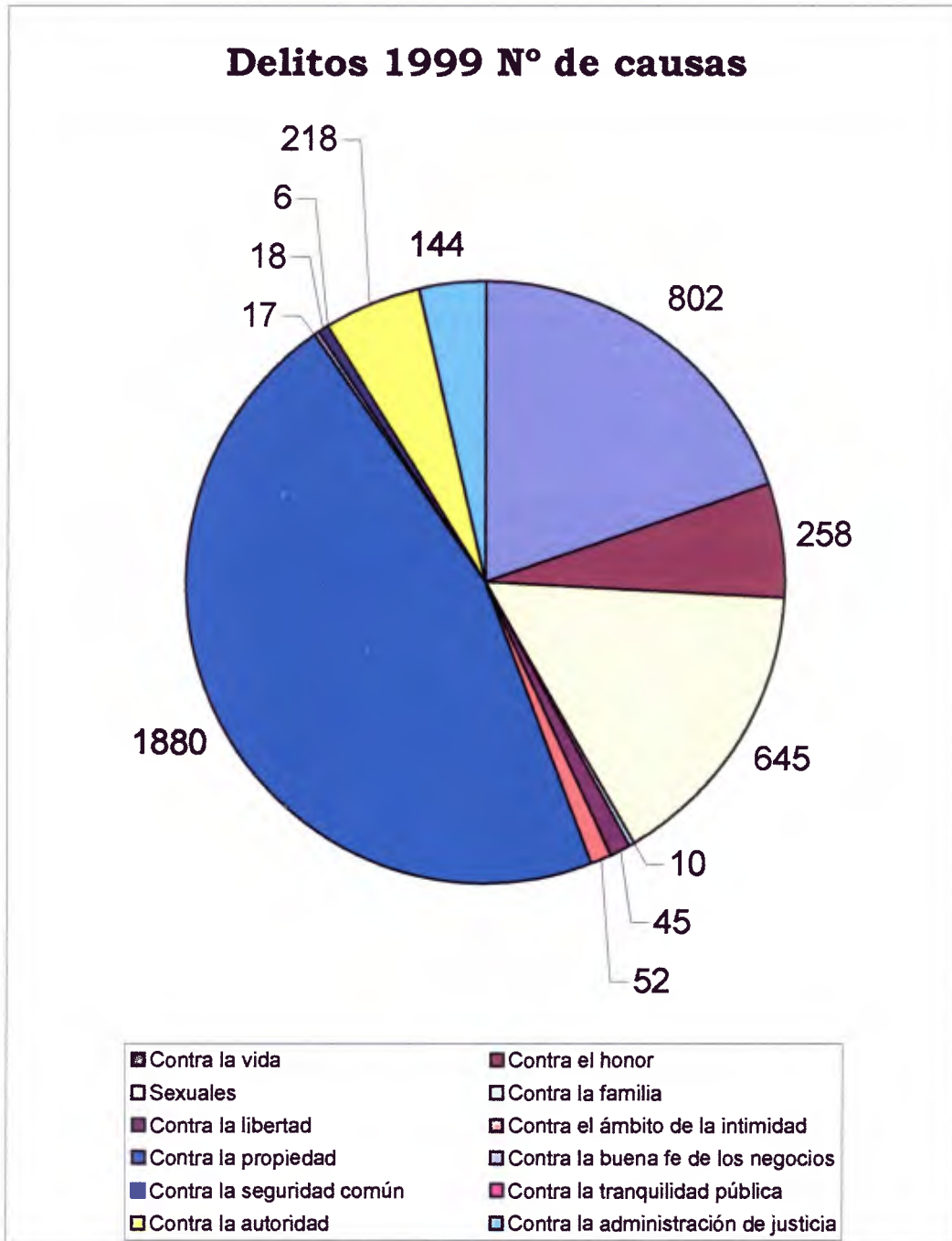
CUADRO N° 5

Personas Sentenciadas Por Los Tribunales Penales Según Delito 1999.¹

Delitos	total
Contra la vida	
Contra el honor	258
Sexuales	645
Contra la familia	10
Contra la libertad	45
Contra el ámbito de la intimidad	52
Contra la propiedad	1880
Contra la buena fe de los negocios	17
Contra la seguridad común	18
Contra la tranquilidad pública	6
Contra la autoridad	218
Contra la administración de justicia	144

¹ Los delitos faltantes no fueron suministrados.

GRAFICO N° 5.1



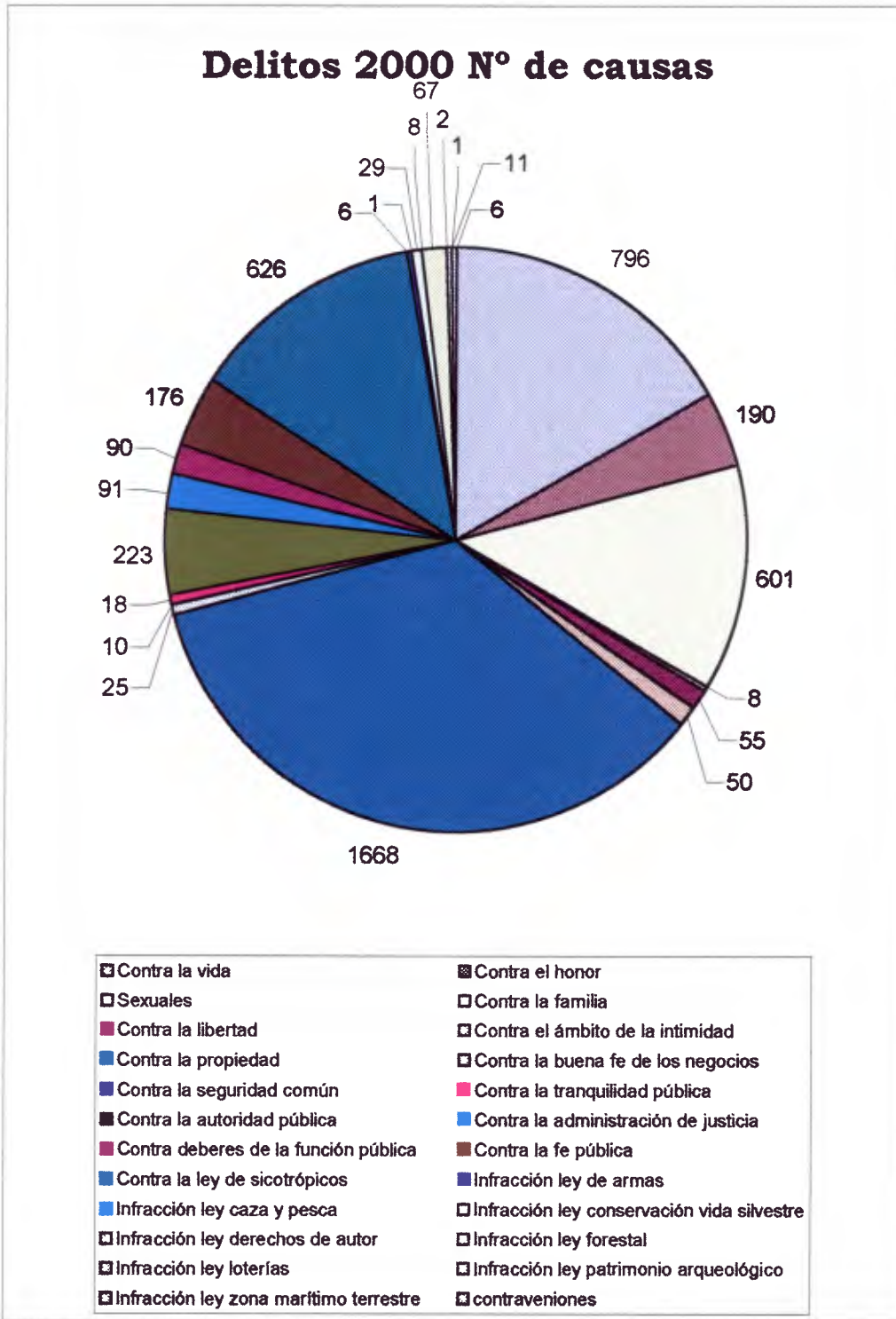
Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 6

Personas Sentenciadas Por Los Tribunales Penales Según Delito 2000.

Delitos	total
Contra la vida	796
Contra el honor	190
Sexuales	601
Contra la familia	8
Contra la libertad	55
Contra el ámbito de la intimidad	50
Contra la propiedad	1668
Contra la buena fe de los negocios	25
Contra la seguridad común	10
Contra la tranquilidad pública	18
Contra la autoridad pública	223
Contra la administración de justicia	91
Contra deberes de la función pública	90
Contra la fe pública	176
Contra la ley de sicotrópicos	626
Infracción ley de armas	6
Infracción ley caza y pesca	1
Infracción ley conservación vida silvestre	29
Infracción ley derechos de autor	8
Infracción ley forestal	67
Infracción ley loterías	2
Infracción ley patrimonio arqueológico	1
Infracción ley zona marítimo terrestre	11
contravenciones	6

GRAFICO N° 6.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 7.

Personas Sentenciadas por los Tribunales Penales en los Delitos contra la Propiedad 1999

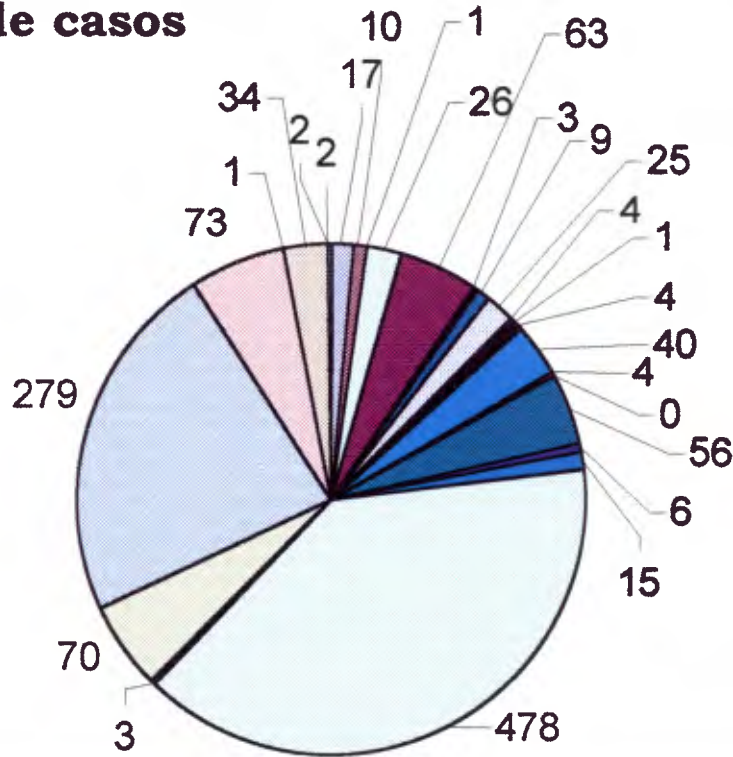
Delitos contra la propiedad	Tipo de sentencia	
	Condenatoria / Absolutoria	
Administración fraudulenta	17	10
Apropiación indebida	10	14
Apropiación irregular	1	0
Daños	26	26
Estafa	63	38
Estafa (tentativa de)	3	3
Estafa mediante cheque)	9	5
Estelionato	25	17
Extorsión	4	3
Extorsión (tentativa de)	1	0
Fraude de simulación	4	5
Hurto agravado	40	47
Hurto agravado (tentativa de)	4	4
Hurto de uso	0	3
Hurto simple	56	35
Hurto simple (tentativa de)	6	1
Retención indebida	15	20
Robo agravado	478	232
Robo agravado (cómplice de)	3	0
Robo agravado (tentativa de)	70	8
Robo simple	279	90
Robo simple (tentativa de)	73	12
Secuestro	1	0
Usurpación	34	67
Usurpación de aguas	2	2
Usurpación de bienes de dominios público	2	10

Se observa en la información que el delito que más condenatorias posee es el robo agravado.

GRÁFICO N°7.1

Condenatoria 1999

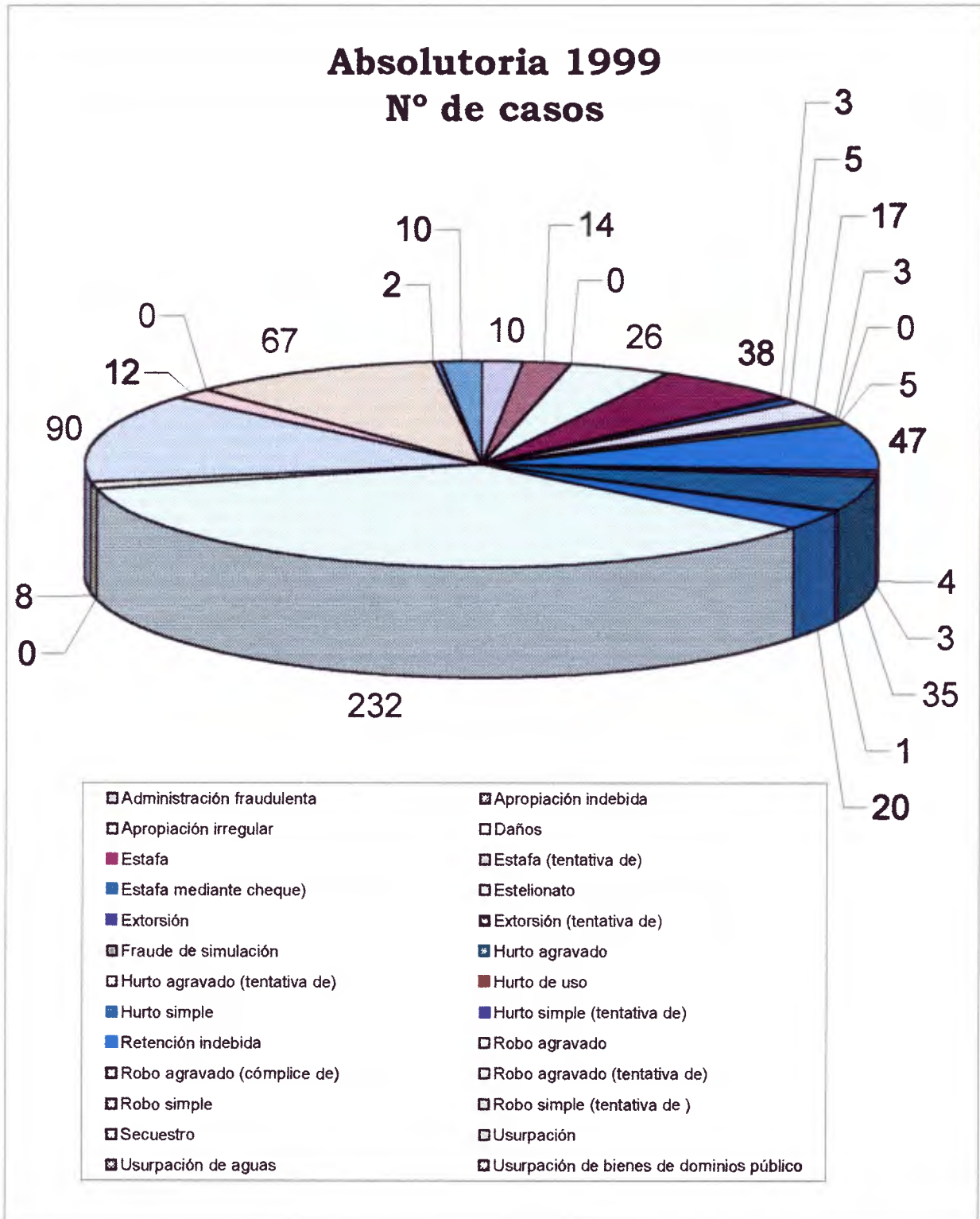
N° de casos



- | | |
|---------------------------------|--|
| ⊠ Administración fraudulenta | ⊠ Apropiación indebida |
| □ Apropiación irregular | □ Daños |
| ■ Estafa | ▣ Estafa (tentativa de) |
| ■ Estafa mediante cheque) | □ Estelionato |
| ■ Extorsión | ■ Extorsión (tentativa de) |
| ■ Fraude de simulación | ■ Hurto agravado |
| ■ Hurto agravado (tentativa de) | ■ Hurto de uso |
| ■ Hurto simple | ■ Hurto simple (tentativa de) |
| ■ Retención indebida | □ Robo agravado |
| ■ Robo agravado (cómplice de) | □ Robo agravado (tentativa de) |
| ■ Robo simple | □ Robo simple (tentativa de) |
| ■ Secuestro | ■ Usurpación |
| ■ Usurpación de aguas | ■ Usurpación de bienes de dominios público |

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N°7.2.



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

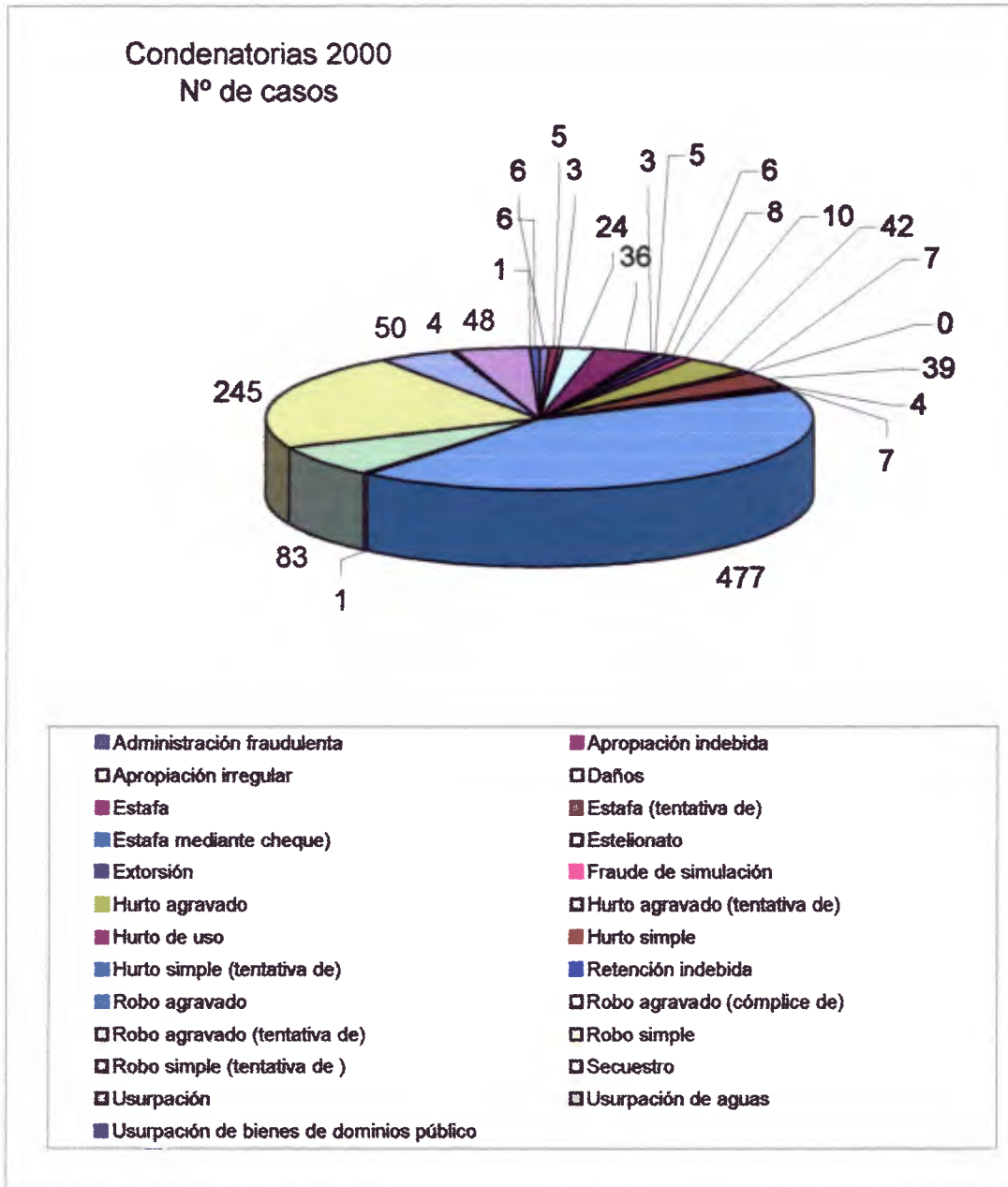
Cuadro N° 8

Personas Sentenciadas por los Tribunales Penales según delito y tipo de resolución durante el 2000

Se puede resumir en la información presentada que el delitos con más condenatorias es el robo agravado, dentro de la misma tendencia del año 1999. Obsérvese el gráfico N° 7.1 en comparación con el gráfico 8.1.

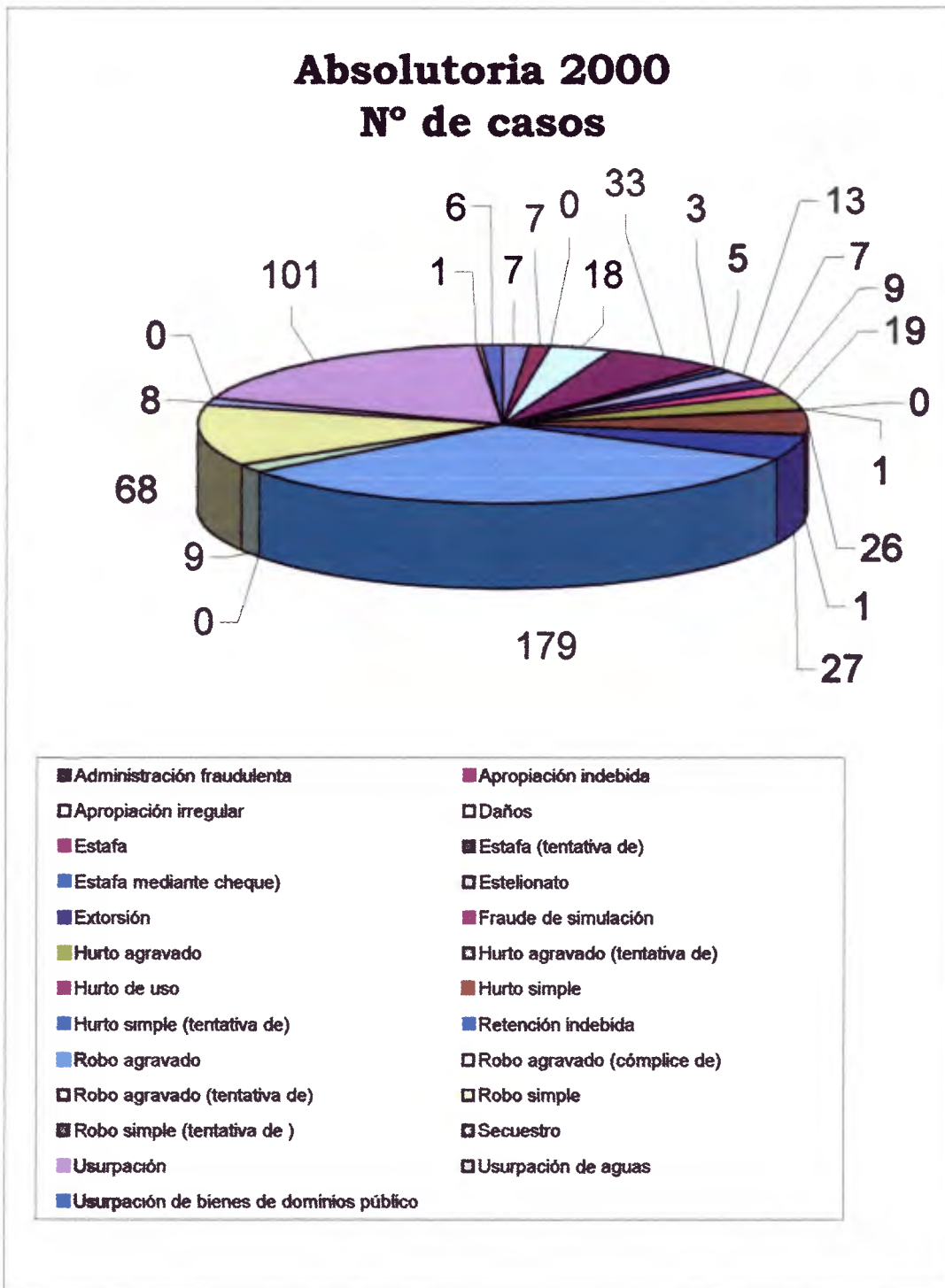
Delitos contra la propiedad	Tipo de sentencia	
	Condenatoria / Absolutoria	
Administración fraudulenta	6	7
Apropiación indebida	5	7
Apropiación irregular	3	0
Daños	24	18
Estafa	36	33
Estafa (tentativa de)	3	3
Estafa mediante cheque)	5	5
Estelionato	6	13
Extorsión	8	7
Fraude de simulación	10	9
Hurto agravado	42	19
Hurto agravado (tentativa de)	7	0
Hurto de uso	0	1
Hurto simple	39	26
Hurto simple (tentativa de)	4	1
Retención indebida	7	27
Robo agravado	477	179
Robo agravado (cómplice de)	1	0
Robo agravado (tentativa de)	83	9
Robo simple	245	68
Robo simple (tentativa de)	50	8
Secuestro	4	0
Usurpación	48	101
Usurpación de aguas	1	1
Usurpación de bienes de dominios público	6°	6

GRAFICO N° 8.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

GRAFICO N 8.2.



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CAPITULO TERCERO

Estudio estadístico de la Reparación Integral del daño en los años 1999 a 2000

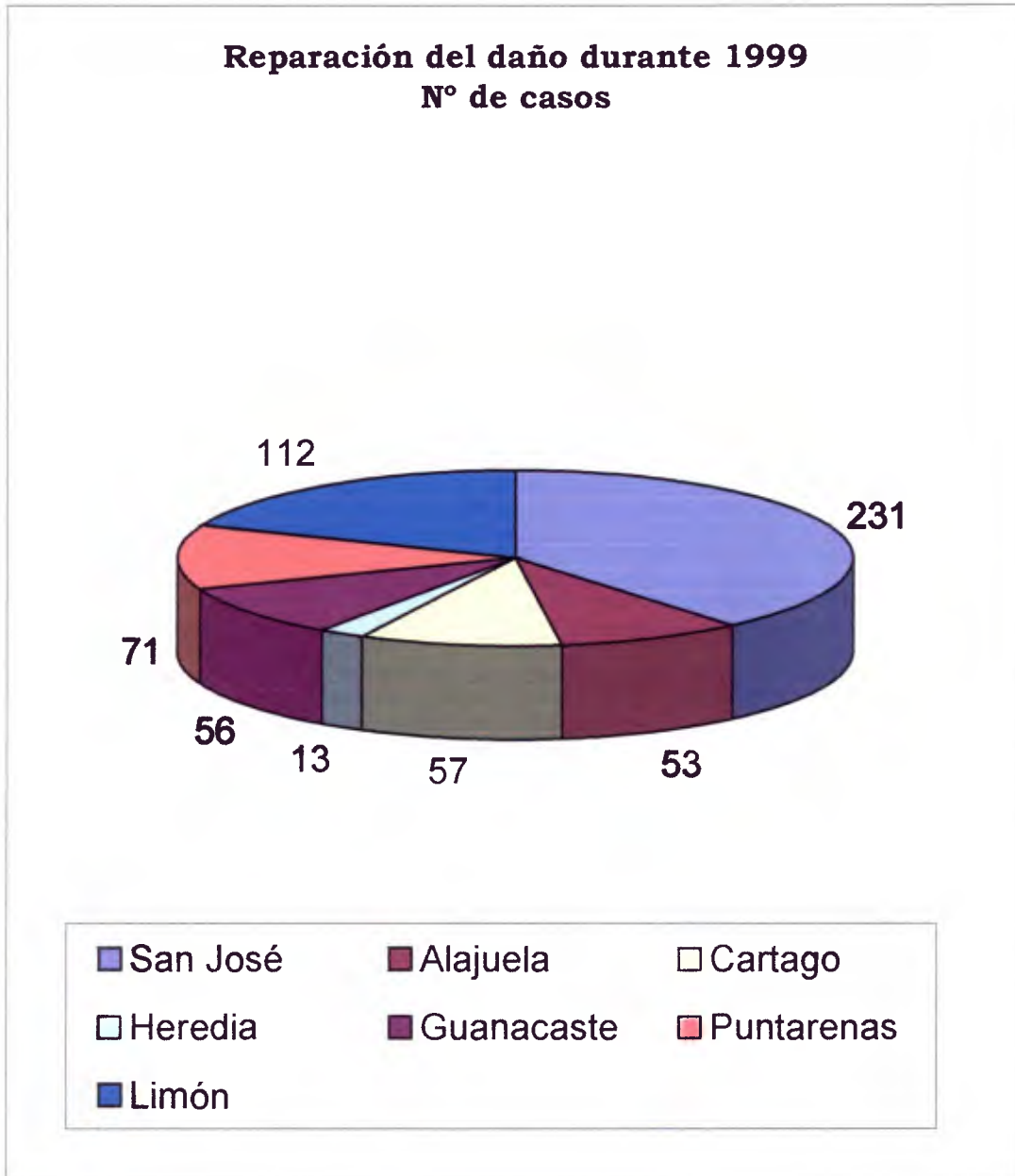
Para efectos del presente análisis es importante resaltar como ha ido en aumento la aplicación de la reparación integral del daño, aunque aún continúan en desventaja en relación con las otras figuras, sea, la conciliación y la suspensión del procedimiento a prueba

CUADRO N° 9

Resoluciones Intermedias o Provisionales Dictadas por los Tribunales Penales Durante 1999

Tribunal	Reparación del daño
San José	231
Alajuela	53
Cartago	57
Heredia	13
Guanacaste	56
Puntarenas	71
Limón	112
Total	593

GRAFICO N° 9.1



Fuente: Departamento de Planificación , sección de estadísticas, Poder Judicial.

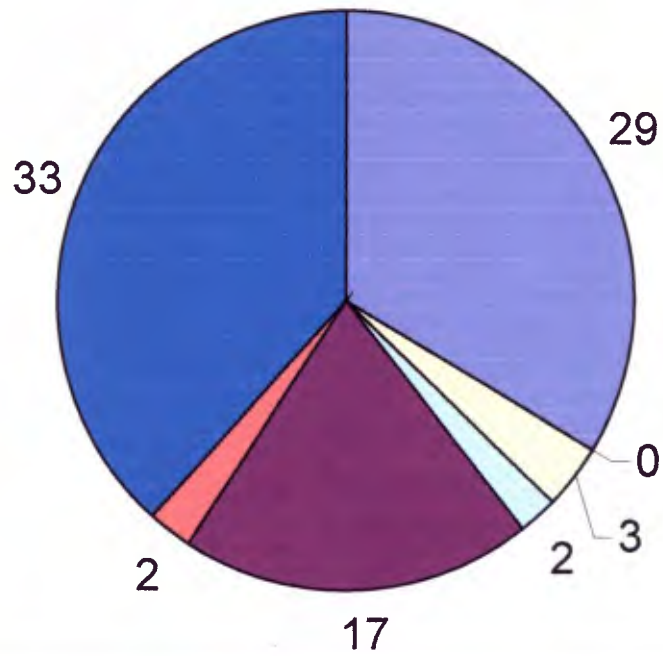
CUADRO N° 10

**Circulante de los Tribunales Penales según estado del expediente
al concluir 1999.**

Tribunal	Reparación del daño
San José	29
Alajuela	0
Cartago	3
Heredia	2
Guanacaste	17
Puntarenas	2
Limón	33
Total	86

GRAFICO N° 10.1

Reparación del daño durante 1999
N° de casos



■ San José	■ Alajuela	□ Cartago
□ Heredia	■ Guanacaste	■ Puntarenas
■ Limón		

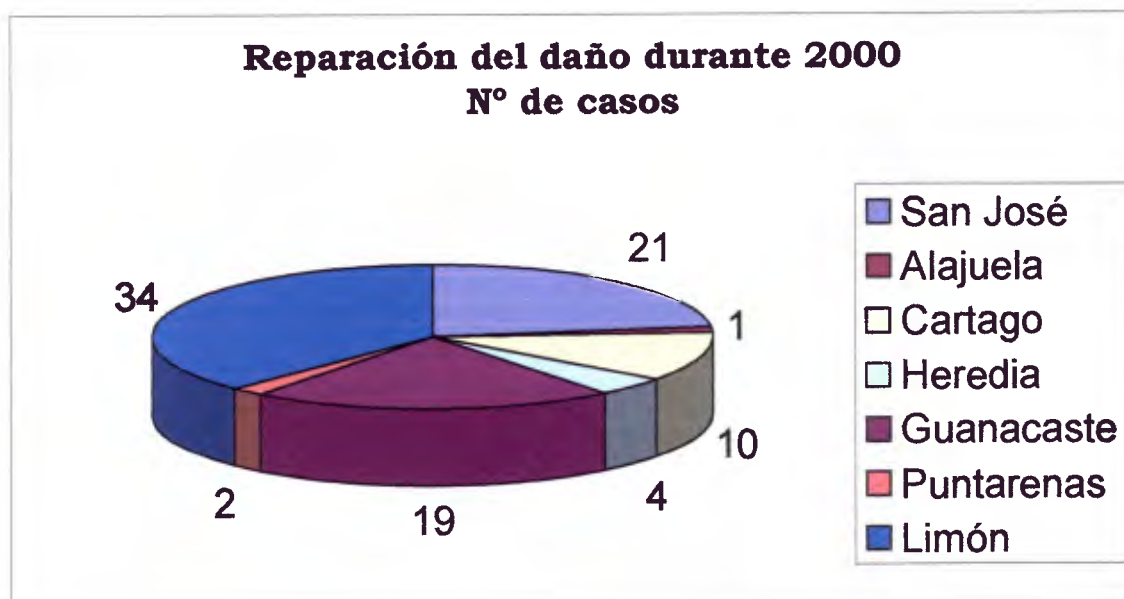
Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 11

Resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los tribunales penales durante 2000

Tribunal	Reparación del daño
San José	21
Alajuela	1
Cartago	10
Heredia	4
Guanacaste	19
Puntarenas	2
Limón	34
Total	91

GRAFICO N° 11.1



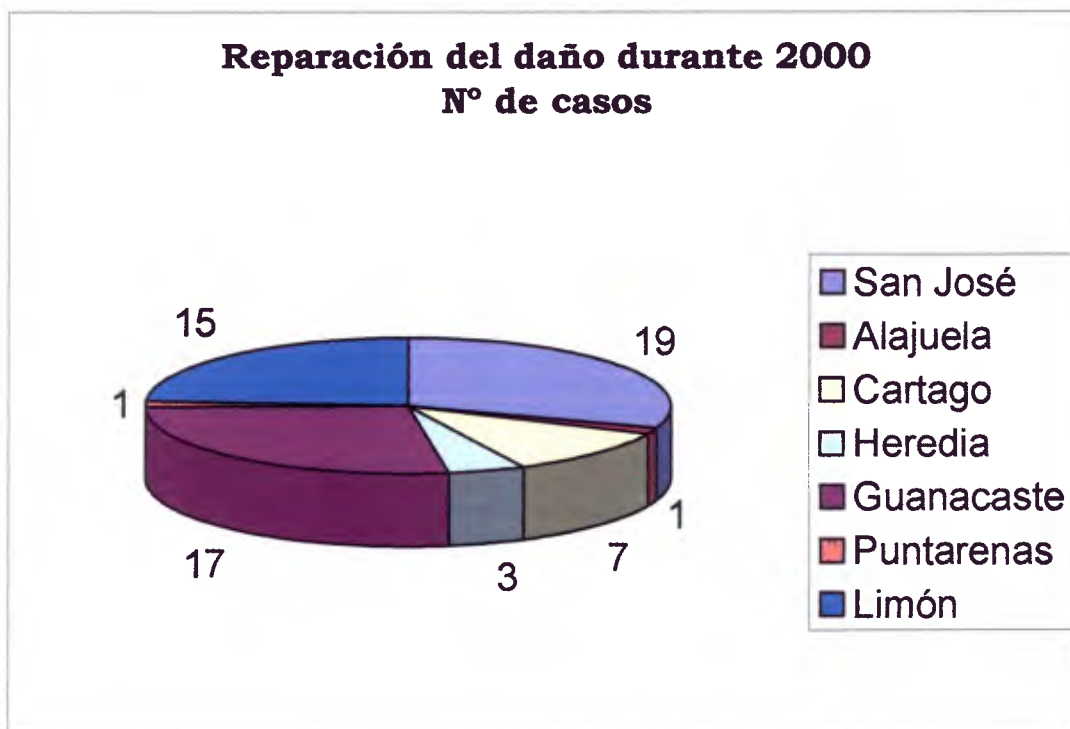
Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 12

Circulante De Los Tribunales Penales Según Estado Del Expediente Al Concluir 2000.

Tribunal	Reparación del daño
San José	19
Alajuela	1
Cartago	7
Heredia	3
Guanacaste	17
Puntarenas	1
Limón	15
Total	63

GRAFICO N° 12.1



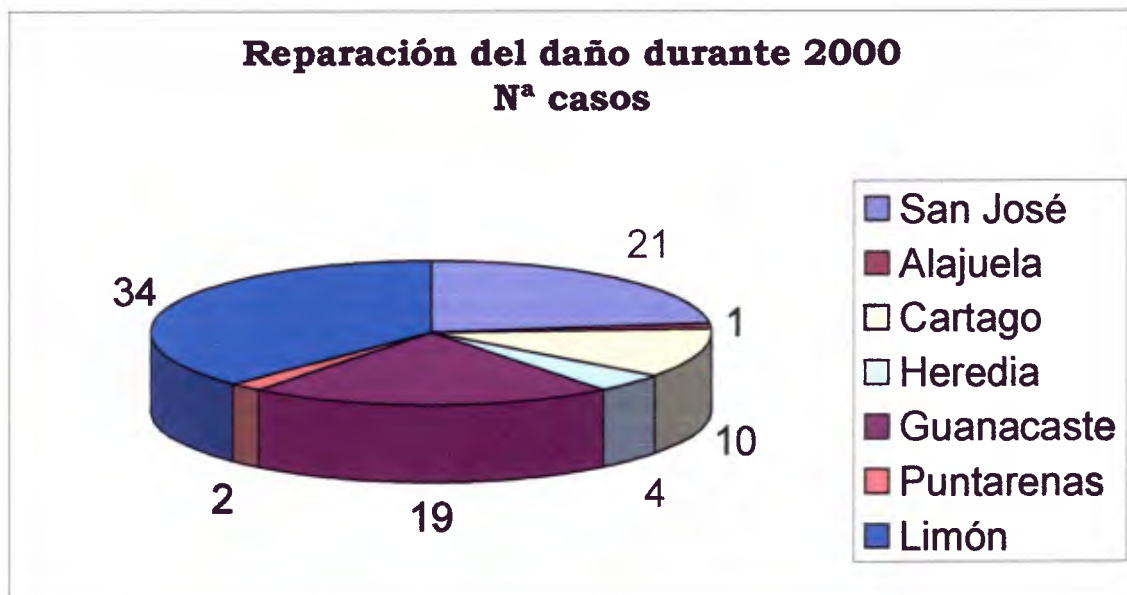
Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 13

Resoluciones Intermedias o Provisionales Dictadas por los Tribunales Penales Durante 2000

Tribunal	Reparación del daño
San José	21
Alajuela	1
Cartago	10
Heredia	4
Guanacaste	19
Puntarenas	2
Limón	34
Total	91

GRAFICO N° 13.1



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

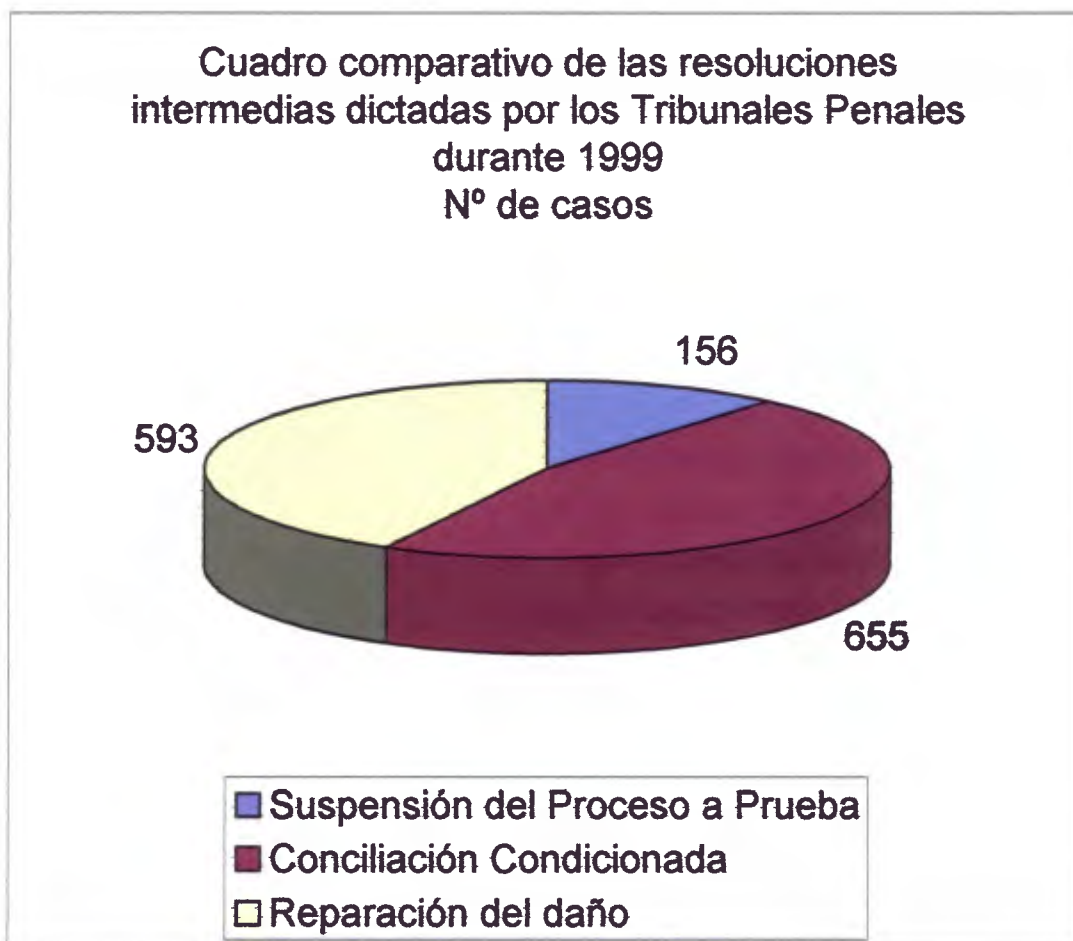
Durante la investigación se encontró un total de 86 causas en el circulante de los Tribunales Penales según estado del expediente al concluir 1999, mientras que en el 2000 fueron 63 causas, que fueron solucionadas mediante la reparación integral del daño.

En el cuadro se esquematiza el número de resoluciones intermedias o provisionales dictadas por los tribunales penales durante 1999, que da como resultado 575 causas, que pusieron fin al proceso. Mientras que para el año 2000 disminuyó a 91 causas.

CUADRO N° 14
Cuadro comparativo de las resoluciones intermedias o
provisionales dictadas por los Tribunales Penales
durante 1999

	Suspensión del Proceso a Prueba	Conciliación Condicionada	Reparación del daño
Total	156	655	593

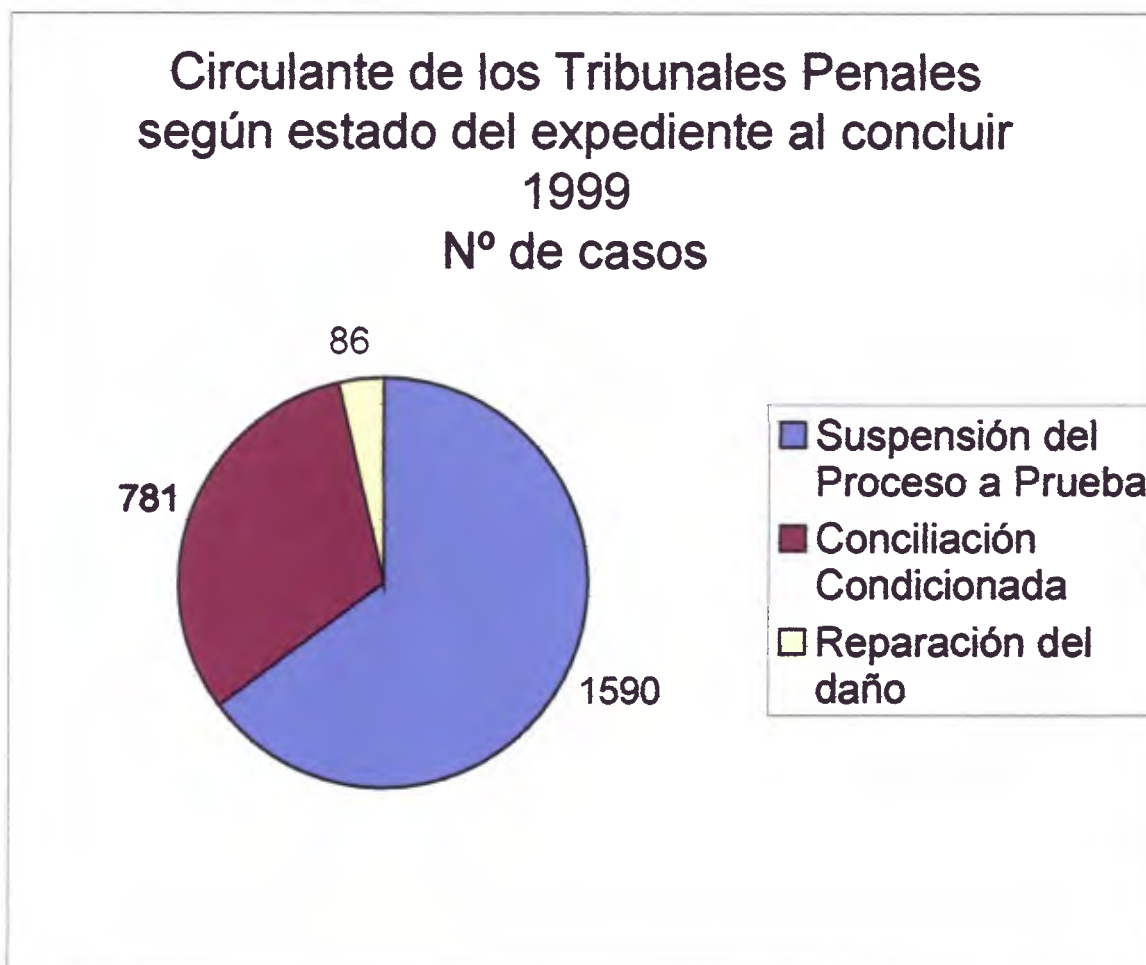
GRÁFICO N° 14.1.



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 15**Cuadro comparativo del circulante de los Tribunales Penales según el estado del expediente al concluir 1999**

	Suspensión del Proceso a Prueba	Conciliación Condicionada	Reparación del daño
Total	1590	781	86

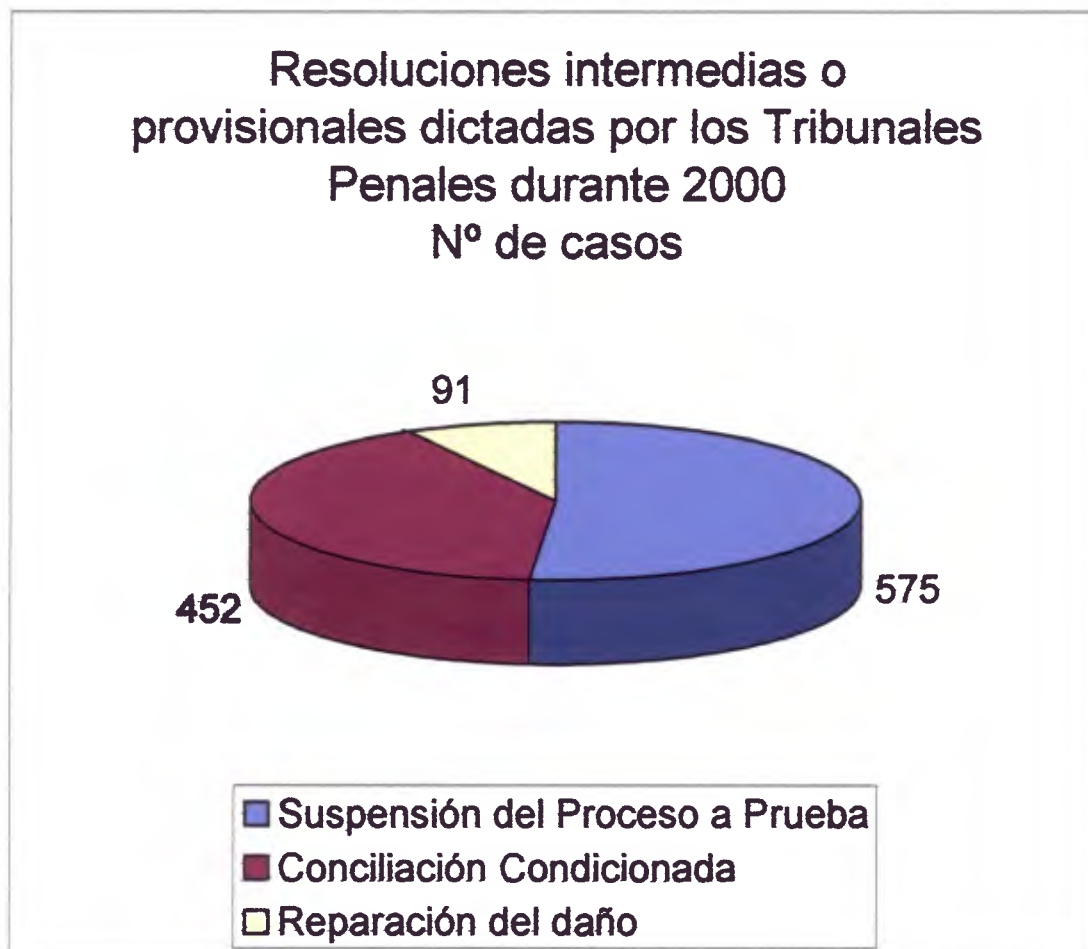
GRÁFICO N° 15.1.

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 16
Cuadro comparativo de las resoluciones intermedias o
provisionales dictadas por los Tribunales Penales
durante 2000

	Suspensión del Proceso a Prueba	Conciliación Condicionada	Reparación del daño
Total	575	452	91

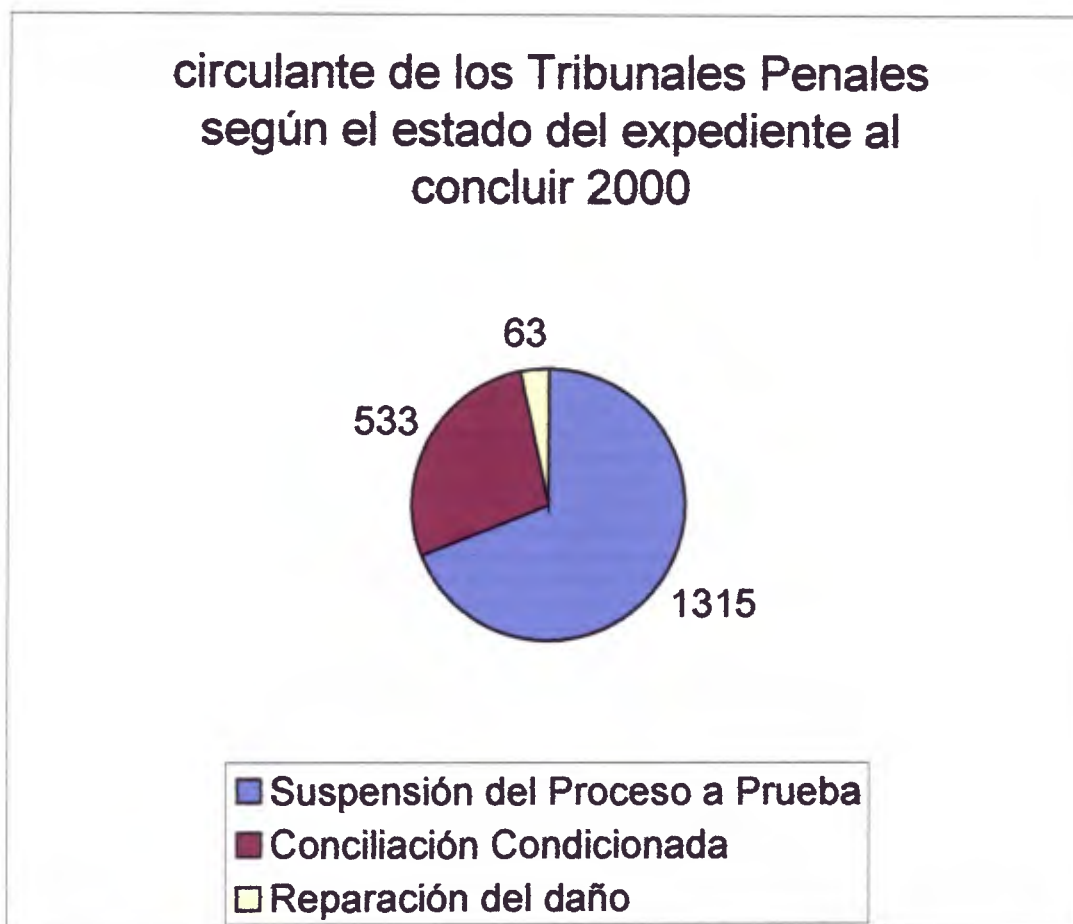
GRÁFICO N° 16.1.



Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CUADRO N° 17**Cuadro comparativo del circulante de los Tribunales Penales según el estado del expediente al concluir 2000**

	Suspensión del Proceso a Prueba	Conciliación Condicionada	Reparación del daño
Total	1315	533	63

GRÁFICO N° 17.1.

Fuente: Departamento de Planificación sección de estadísticas, Poder Judicial

CONCLUSIONES.

Una vez analizada la figura de la Reparación Integral del Daño desde el ámbito legal y la posibilidad de ser introducida como una tercera vía en el Derecho Penal, es preciso determinar en que medida sé esta aplicando en la práctica diaria de nuestros tribunales penales.

Con dicho objetivo se analizan las estadísticas correspondientes a los años 1999 y 2000, las cuales fueron recopiladas en el Departamento de Planificación, Sección de Estadísticas del Poder Judicial.

De acuerdo con los datos manejados en el Poder Judicial en 1999 ingresaron en los tribunales penales un total de 5195 casos por delitos contra la propiedad (tipo de delito en que cabe la aplicación de la Reparación Integral del Daño), y de esa cantidad 1228 personas fueron condenadas.

Por otra parte, en el año 2000 se verifico una pequeña disminución en las estadísticas brindadas por los tribunales penales con respecto a las personas condenadas por cometer delitos contra la propiedad ya que fueron condenadas 1120 personas.

Con respecto a la aplicación de la Reparación Integral del Daño en comparación con otros institutos, entre ellos la conciliación y la suspensión del procedimiento a prueba se evidencia que la Reparación se aplica en menor medida. Sin embargo, durante el año 1999 de un total de 3043 resoluciones intermedias dictadas por los tribunales penales, 655 fueron de conciliación condicionada, 156 de suspensión del procedimiento a prueba y solo 593 de Reparación Integral del Daño.

Al concluir 1999 de un total de 8418 casos circulantes en los tribunales penales, a 781 se les aplicó la conciliación condicionada, a 1590 la suspensión del procedimiento a prueba y tan solo a 86 casos se les aplicó la Reparación Integral del Daño.

Durante el año 2000 de 2638 resoluciones intermedias emitidas por los tribunales penales, 574 fueron de conciliación condicionada, 452 de suspensión del procedimiento a prueba y 91 de Reparación Integral del Daño.

Al concluir el año 2000, los tribunales penales tenían un circulante de 8544, de ese total, a 553 se les aplicó la conciliación condicionada, a 1315 la suspensión del

procedimiento a prueba y a 63 casos se les aplicó la Reparación Integral del Daño.

Una de las limitaciones que se encontraron para la realización del estudio estadístico fue la falta de acceso a la información de datos personales (acceso al número telefónico o direcciones, con el objetivo de entrevistar a las víctimas), para comprobar si están satisfechas con el acuerdo logrado en la aplicación de la reparación integral del daño.