

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y  
PROCESAL**



**TESIS DOCTORAL**

**LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA**

**MARÍA JOSÉ ORTIZ SAMAYOA**

**Directores:**

**Prof. Dra. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ**

**Prof. Dr. FERNANDO MARTÍN DIZ**

**Salamanca, 2013**



*A Adriana y Alejandro*

*Algunos sueños se hacen realidad*



## **Agradecimientos**

A la Fundación Ford y el Instituto de Estudios Internacionales, porque sin la beca otorgada no hubiera podido alcanzar esta meta.

A mis seres queridos, por el tiempo que me cedieron.



***“La justicia es como las serpientes, sólo muerde a los descalzos”***

***Eduardo Galeano***





## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	7
--------------------	---

### CAPÍTULO I LA REPARACIÓN Y EL DERECHO PENAL

1. El contenido de la reparación.....	19
1.1 La restitución .....	26
1.2 La rehabilitación.....	28
1.3 La indemnización.....	30
1.3.1 Daño emergente .....	43
1.3.2 Lucro cesante.....	44
1.3.3 Daño moral.....	47
1.3.4 Daño al proyecto de vida.....	54
2. Las garantías de no repetición .....	58
2.1 Procedimientos alternativos de reproche social .....	58
3. Naturaleza Jurídica de la Reparación.....	66
3.1 Improcedencia del término “responsabilidad civil” .....	66
3.2 Distintas obligaciones, distintas pretensiones. ....	72
3.3 Elementos de la obligación de reparar .....	77
3.3.1 La acción u omisión.....	77
3.3.2 La producción de un daño.....	79
3.3.3 La tipicidad .....	84
3.3.4 La Culpabilidad .....	85
3.3.5 La antijuridicidad .....	91
4. Crítica a las posturas que afirman que la reparación tiene una naturaleza civil ....	<b>92</b>
4.1 La reparación se somete al régimen de las obligaciones civiles .....	92
4.2 La reparación se auxilia de instituciones del derecho civil .....	95
4.3 Toma de postura respecto a la naturaleza jurídica de la reparación .....	97
5. La Reparación y los Fines del Derecho Penal.....	<b>102</b>
5.1 Antecedentes .....	102
6. Las dos vías del Derecho Penal: penas y medidas de seguridad.....	107
7. La reparación y la pena .....	111
7.1 La reparación no es una pena.....	111
7.2 Similitudes de la reparación con la pena en el marco de las sanciones penales .....	113

7.2.1 La reparación se gradúa de acuerdo al daño producido y a la culpabilidad de la persona, como el resto de penas .....	113
7.2.2 La reparación tutela el interés público.....	116
7.2.3 La reparación no depende de la víctima .....	117
7.2.4 La reparación busca cumplir con los fines de la pena.....	118
8. La reparación y su compatibilidad con los fines de la pena .....	119
8.1 Teorías absolutas sobre el fin de la pena.....	119
8.1.1 La Retribución .....	121
8.1.2 Críticas a esta teoría .....	122
8.1.3 La reparación y su compatibilidad con la retribución.....	123
8.2 Teorías relativas sobre los fines de la pena.....	124
8.2.1 La Teoría de la Prevención General .....	128
8.2.2 Prevención General Positiva o Integradora.....	128
8.2.3 Compatibilidad de la reparación con la prevención general positiva .....	131
8.2.4 Prevención General Negativa .....	133
8.2.5 Críticas a esta teoría .....	134
8.2.6 La compatibilidad de la reparación con la prevención general negativa .....	138
8.3 La Teoría de la Prevención Especial.....	140
8.3.1 La inocuización del infractor habitual o incorregible .....	141
8.3.2 La intimidación del infractor ocasional .....	143
8.3.3 La resocialización o corrección del autoror corregible .....	144
8.4 Críticas a la teoría de la prevención especial .....	147
8.4.1 Afecta la autonomía .....	147
8.4.2 La pena privativa de libertad desocializa al sujeto .....	149
8.4.3 No proporciona límite a la pena .....	150
8.5 La reparación y la prevención especial.....	151

## **CAPÍTULO II**

### **LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA**

1. Crisis del Sistema Penal.....	159
1.1 El fracaso del sistema penal debido a los problemas sociales.....	159
2. Crisis de la pena privativa de libertad .....	166
2.1 Efectos colaterales de la privación de libertad .....	172
3. Crisis del Sistema Judicial.....	176
4. Tendencias .....	180
4.1 Tendencia hacia el abolicionismo .....	180
4.2 Tendencia hacia un derecho penal de alternativas .....	184

4.2.1 Surgimiento a partir de las corrientes victimológicas .....	184
4.2.2 Las encuestas y datos sobre victimización .....	185
4.2.3 La posición de la víctima en el derecho penal.....	186
4.2.4 Las necesidades de la víctima .....	194
5. ¿Tienen las víctimas necesidad de venganza?.....	197
6. Alternativas procesales: La justicia restaurativa o justicia negociada .....	205
6.1 Elementos de la justicia restaurativa.....	211
6.1.1 Cambio de planteamiento: El rol de la comunidad .....	211
6.1.2 Mecanismo: diálogo y consenso .....	219
6.1.3 Finalidad: resolver el conflicto en vez de castigar .....	225
6.2 Modelos de negociación: Mediación y conciliación .....	230
6.2.1 Definiciones.....	232
6.2.2 Tipos de mediación .....	234
6.2.3 Principios que rigen la mediación .....	235
6.2.3.1 Voluntariedad .....	235
6.2.3.2 Igualdad .....	239
6.2.3.3 Confidencialidad.....	243
6.2.3.4 Responsabilidad o Buena Fe .....	246
6.3 Ventajas .....	248
6.4 Formalidades (Homologación) .....	251
6.5 Procedencia.....	253
6.6 Experiencias.....	254
6.6.1 Experiencias en el Derecho Anglosajón.....	255
6.6.2 Experiencias en el Derecho Continental .....	257
7. Modelos de suspensión o conmutación del proceso penal formal.....	260
7.1 Durante el proceso .....	260
7.2 En el momento de la determinación judicial.....	270
7.3 Durante la ejecución penitenciaria.....	273
7.4 Reparación como atenuante de la pena.....	276
7.5 La reparación como alternativa a la pena .....	279
8. ¿Por qué la oposición a la reparación?.....	282
8.1 La eficacia de la reparación respecto a la prevención del delito .....	285
8.2 La privatización del conflicto .....	294
8.3 La despenalización de las conductas .....	300
8.4 Disminución de límites entre el derecho y la moral .....	303
8.5 Equilibrio e igualdad dentro del proceso .....	305
9. La Reparación como Tercera Vía .....	308

9.1 Experiencias .....	315
9.2 Sanción autónoma .....	317
9.3 La legitimación político jurídica de la reparación como una tercera vía del sistema de sanciones .....	319
9.3.1 Intervención mínima .....	319
9.3.2 No necesidad .....	321
9.3.3 Principio de Oportunidad.....	324
9.3.4 ¿Existe alguna contradicción con principios del Derecho y del Proceso Penal?.....	326
10. Ámbito objetivo de la reparación.....	334
10.1 La reparación atendiendo a la gravedad de los delitos .....	334
10.2 La reparación en delitos leves .....	336
10.3 La reparación en delitos graves.....	338
10.4 La reparación atendiendo a la tipología criminal.....	340
11. Ámbito subjetivo de la reparación.....	342
11.1 La reparación respecto a la víctima .....	342
11.2 La reparación respecto al delincuente .....	344
11.2.1 Las necesidades particulares de prevención especial .....	344
11.2.2 La capacidad para cumplir la reparación.....	346
12. Toma de postura en cuanto a los casos en que procede la reparación.....	349
13. Necesidad de desarrollo legislativo .....	352
14. Rompiendo el paradigma de la prevención y la retribución: la reparación como fin del derecho penal .....	357
14.1 ¿Es el restablecimiento de la convivencia un fin del derecho penal? .....	357
14.2 Fines del derecho penal en la justicia de transición .....	360
15. La reparación y la reprobación social del hecho .....	369
15.1 El proceso penal en sí mismo .....	369
16. La verdad.....	373
17. La reconciliación o restablecimiento del orden social .....	375
17.1 ¿Cómo se rompe el orden social?.....	378
17.2 ¿Cómo se repara el orden social? .....	386

### **CAPÍTULO III**

#### **PRESENTACIÓN DE CASO: LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INDÍGENA**

1. Cuando los iguales son diferentes.....	397
2. Definiciones .....	398
3. Pueblos Indígenas.....	400
4. Antecedentes históricos.....	402

4.1 La época colonial.....	402
4.2 Época Republicana o Liberalismo .....	412
5. Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.....	421
6. Hacia la reivindicación de las diferencias .....	429
7. Tensiones implícitas en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas .....	434
7.1 Superación del paradigma clásico de derechos individuales del derecho internacional de los derechos humanos .....	434
7.2 Acerca de la universalidad de los derechos humanos .....	436
7.3 La autodeterminación de los pueblos .....	440
7.4 La fragmentación de los Estados.....	443
7.5 La vulneración del derecho a la propiedad .....	451
8. Dificultades prácticas de la implementación del pluralismo jurídico.....	457
9. ¿Por qué aplicar el derecho indígena? Validez del derecho indígena .....	458
9.1 La necesidad de identificación con los valores protegidos por la justicia .....	460
9.2 La motivación de la norma .....	463
9.3 Prácticas diferenciadas .....	466
9.4 Razones de política criminal.....	469
10. ¿Es un sistema jurídico? .....	472
10.1 Naturaleza jurídica .....	474
10.2 Diferencias en cuanto a los principios del derecho penal .....	475
10.2.1 El principio de legalidad .....	476
10.2.3 El principio de culpabilidad.....	487
10.2.4 Amplio margen de discrecionalidad y falta de respuestas homogéneas (Principio de Igualdad) .....	489
11. Autoridades en el sistema jurídico indígena .....	491
12. Pluralismo Jurídico .....	500
13. Conflictos de jurisdicción y prevalencia de normas .....	502
14. Conflictos en cuanto a la tipicidad de conductas .....	512
15. Fines de la pena en el derecho indígena .....	517
15.1 Retribución en el derecho indígena.....	517
15.2 Prevención general positiva en el derecho indígena.....	518
15.3 Prevención general negativa en el derecho indígena .....	520
15.4 Prevención especial en el derecho indígena .....	521
16. La reparación como un fin autónomo.....	525
17. Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho indígena .....	527
17.1 La reparación .....	529
17.3 Advertencia .....	532

17.3 Sanciones purificadoras .....	533
17.3.1 Las sanciones purificadoras y la humanidad de las penas .....	540
17.4 Expulsión de la comunidad .....	543
17.5 Privación de libertad .....	545
CONCLUSIONES.....	547
BIBLIOGRAFÍA.....	555

## INTRODUCCIÓN

Como parte de la problemática del acceso a la justicia, se encuentra que el sistema penal no da una respuesta adecuada a las necesidades de las víctimas. Éstas, como usuarias, además de enfrentarse a las consecuencias del delito, deben enfrentarse a una segunda victimización provocada por el sistema, donde se le expropia de su conflicto y no se le reconocen derechos, donde solamente es tomada en cuenta como testigo del hecho y abandonada a su suerte.

La atención se centra únicamente en el delincuente, lo cual no contribuye a la reconciliación, ni al restablecimiento del orden social conculcado por el delito. Mientras no se le dé una atención adecuada a la víctima, no se logrará reafirmar la vigencia de la norma y del Estado de Derecho.

La respuesta penal ha sido insuficiente para atender la gran cantidad de casos que se presentan, y el uso de la pena privativa de libertad, como respuesta reina al delito, no ha sido capaz de prevenir la comisión de futuros delitos mediante la prevención general y especial; así como tampoco el sistema penitenciario es capaz de corregir al sujeto y debe conformarse con tratar de inocuizarlo, no obstante el derecho y deber constitucional de la rehabilitación del infractor.

Ante los escasos resultados alcanzados por el derecho penal, cabe preguntarnos si realmente será capaz de cumplir con los fines para los cuales fue creado, pues si se analiza su desarrollo a través de la historia, todo parece indicar que no ha sido capaz de lograrlos. ¿Son los fines que busca el derecho penal irrealizables?

El simple fracaso del sistema penal debería ser suficiente para buscar otra respuesta al delito. Sin embargo, la tendencia apunta hacia el otro lado, hacia crear más derecho penal, con penas más severas, con mayores limitaciones a las garantías.

Existe una renuencia a aceptar que la delincuencia tiene causas profundas y de difícil tratamiento, por lo que la intervención penal no es suficiente para contrarrestarla. Pareciera que la tendencia dominante se inclina a pensar que el

delito es cuestión de que se presente la oportunidad, cuando en realidad es todo lo contrario, es cuestión de exclusión. Una solución de raíz requiere de encontrar un vínculo y un sentido entre el sujeto “excluido” y la comunidad.

También existe la tendencia a restar importancia al papel que desempeña la comunidad en el control del delito. La prevención del delito no es cuestión de intimidación, es cuestión de aceptar e interiorizar los valores que son importantes para la sociedad, mismos que deben reforzarse con mecanismos primarios de control social, como la familia, la escuela y la misma comunidad.

El ser humano promedio no deja de delinquir porque le teme a la amenaza de la pena, no delinque porque respeta los valores sociales que se traducen en bienes jurídicos.

Por ello es que la respuesta al delito debe buscarse por medio de mecanismos que provoquen la interiorización del respeto a los valores representados por bienes jurídicos por medio de una respuesta que integre al individuo a la sociedad y restablezca la paz social.

Este estudio se orienta hacia las corrientes victimológicas, que propugnan por una justicia restaurativa, que devuelva el conflicto a sus legítimos intervinientes: el infractor y la víctima. En este sentido se plantea a la reparación como una respuesta al delito, que logra restablecer el orden social de mejor manera que la pena, considerando que el delito no sólo lesiona un bien jurídico, sino los valores que representan el consenso de una comunidad, por lo que la comunidad misma se ve dañada.

También se abordan experiencias que contemplan medidas de reparación, tanto a partir de procesos de mediación y conciliación, como por medio de figuras que permiten una respuesta diversa a la pena, en aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan el principio de oportunidad.

En particular, se expone el modelo de reparación de los sistemas de justicia indígena, como modelo originario de resolución de conflictos, mismo que aún



conserva validez en algunas sociedades y que busca su coexistencia con el sistema de justicia oficial.

Este recorrido lleva a preguntarnos si el derecho penal debe cumplir un fin adicional a la prevención del delito: ¿debe el derecho penal restablecer la convivencia? ¿debe el derecho penal reconciliar a la sociedad? Se plantean estas preguntas porque, si se analizan las experiencias de justicia de transición en sociedades post-conflicto, nos encontramos una problemática que va más allá de la demanda de responsabilidades penales, pues incluye interrogantes acerca de cómo sanar las heridas en una sociedad entera, e incorporar diversos valores de un Estado de Derecho, tales como la democracia, la paz y la reconciliación, para la reconstrucción de una Nación. Los mecanismos de justicia de transición adoptan de manera unánime la reparación a la víctima y del tejido social, como la vía para intentar devolver las cosas al estado en original.

¿Qué finalidad puede atribuirse a la sanción penal para legitimar la justicia retroactiva sobre delitos de lesa humanidad? La pena no puede tener fines disuasivos ni resocializadores sobre un grupo de fanáticos, que actuaron en condiciones históricas que no volverán a repetirse; tampoco puede alegarse como finalidad la de reforzar la confianza pública en el sistema de justicia y el derecho, cuando fue el propio sistema de justicia el que permitió abusos tales como la tortura y la muerte, en aras de salvaguardar el derecho del grupo dominante. Un verdadero Estado democrático de derecho se reafirma al no dejar impunes los crímenes de lesa humanidad.

Es debatible que establecer responsabilidades criminales a nivel internacional contribuya a una mayor disuasión. Visto con retrospectiva histórica, es bastante claro que los juicios nacionales luego de la Primera Guerra Mundial no previnieron la Segunda.

Si el derecho penal estuviera únicamente orientado a castigar a los responsables a cualquier precio, de acuerdo a los principios de la justicia retributiva, dejaría de ser una justicia que reconoce a los derechos de las víctimas y se convertiría en venganza. Por eso es importante que por medio de la justicia se reafirmen los

valores reconocidos socialmente, que se reafirme lo que está bien y lo que está mal. El fin del derecho penal no es el castigo vacío de significado, sino que es reconstruir la convivencia social.

El interés por este trabajo se basa en el auge de mecanismos de justicia restaurativa alrededor del mundo. En América Latina se transita hacia la diversidad de respuestas penales, tanto por el auge de las medidas restaurativas, como por el reconocimiento de los mecanismos contemplados dentro del derecho indígena, como parte de la instauración de procesos de pluralismo jurídico por medio del diálogo intercultural.

En Europa, existe gran avance en algunos ordenamientos jurídicos que progresivamente introducen elementos restaurativos en la solución del conflicto, partiendo principalmente del reconocimiento del principio de oportunidad. Las reflexiones que se aportarán en este estudio, pueden servir para abonar la discusión que se da en España, para reconocer este tipo de mecanismos dentro del derecho penal, particularmente en cuanto a la inclusión de la mediación penal.

La propuesta de este estudio es voltear la vista a una respuesta diferente de la pena, con un contenido reparador, ante el fracaso de la pena intimidatoria o resocializadora, en consonancia con el desarrollo universal del derecho penal, que actualmente se preocupa nuevamente por la víctima y sus necesidades, y busca encontrar otra respuesta al delito, una respuesta que utilizada conjuntamente con la pena o de manera autónoma, ofrezca una solución menos dañina, que tome en cuenta las necesidades surgidas en la víctima como consecuencia de la lesión recibida y cumpla con los fines de prevención general y prevención especial, siendo en todo momento, coherente con los principios que rigen el derecho penal.

Al iniciar este estudio, el objetivo primario fue aportar argumentos a favor de la inclusión de la reparación como tercera vía del derecho penal, particularmente, a partir del éxito logrado en diversos ordenamientos jurídicos, donde se han aplicado soluciones basadas en el principio de oportunidad; y tomando en cuenta particularidades respecto al delincuente, en el sentido de considerar que la respuesta penal que requiere cada delincuente debe ir acorde a las necesidades

particulares de prevención especial de ese sujeto, lo que no se traduce en la graduación de la pena, sino en la inclusión de elementos restaurativos en la consecuencia jurídica del delito.

La hipótesis preliminar planteada fue que la reparación podía ser una consecuencia jurídica del delito adecuada, porque considero que incluso puede cumplir de mejor manera que la pena los fines de prevención general y prevención especial.

Creo que además de la conveniencia de encontrar alternativas al castigo, deben buscarse también alternativas al proceso penal, involucrando a la comunidad en la gestión de la conflictividad, para lograr mejores resultados en la prevención del delito, pues la cohesión social y la internalización de los valores considerados valiosos por la sociedad, puede ser más efectivo que la amenaza de la pena.

Otro aspecto que confirma este estudio y que considero importante, es la comprobación de que, además del fin de prevención del delito del derecho penal, la pacificación social y restauración de las relaciones comunitarias, son un objetivo que debe lograrse.

La metodología utilizada para abordar el tema es de carácter analítico e inductivo, a partir de la exploración de los datos de la realidad. Como consecuencia de su naturaleza exploratoria, la investigación es eminentemente cualitativa. Las fuentes utilizadas son bibliografía, jurisprudencia, derecho comparado, instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos, y la experiencia acumulada como ex Directora del Programa Nacional de Resarcimiento de Guatemala y como abogada penalista, pues aprender a conocer los conflictos desde la perspectiva de las víctimas, aporta un matiz diferente en la forma de percibir la justicia.

El trabajo se realizó siguiendo la propuesta planteada por el Proyecto Alternativo Alemán, donde se hizo especialmente referencia a la reparación como tercera vía; y como consecuencia de esto, se tomará una gran referencia de la doctrina alemana.

El tema de reparación no está suficientemente desarrollado en la doctrina continental, por lo que se tomarán muchas ideas de instituciones del sistema criminal anglosajón.

Para la realización de este estudio, los temas fueron sistematizados en tres capítulos: 1. La Reparación y el Derecho Penal; 2. La Reparación como Tercera Vía; y 3. Presentación de Caso: la Reparación en el Derecho Indígena.

En el capítulo 1, "*La Reparación y el Derecho Penal*", se parte de abordar un concepto de reparación, su contenido y sus alcances. La definición de reparación adoptada en este estudio incluye la restitución del derecho conculcado y de los daños materiales cuando esto es posible; la rehabilitación de la víctima, la indemnización y las garantías de no repetición. Dentro de estos contenidos, se incluyen las reparaciones simbólicas, que pueden contribuir a reparar el daño moral y el daño al proyecto de vida.

El siguiente punto que se aborda en el primer capítulo, es la cuestión de la naturaleza jurídica de la reparación, pues las críticas más simplistas a la misma, aseguran que su naturaleza es civil y no penal. Muchos autores afirman que no debe estudiarse dentro del derecho penal, sino en el derecho civil, por considerar que la reparación se refiere a la responsabilidad civil derivada del delito, la cual en realidad, no se deriva del delito, sino del daño. En este estudio se intentará brindar elementos para tomar postura respecto a esa controversia, que surge en gran parte, debido a que la doctrina y la jurisprudencia existente en materia de reparación se ha desarrollado a partir de analogías con el derecho civil.

Esto tiene como consecuencias que se mantenga la confusión en cuanto a la naturaleza penal de la institución de la reparación, pues fortalece el concepto de que se trata de una responsabilidad civil, determinada por un contenido patrimonial; cuando la realidad es que, contrario de lo que pretende la concepción materialista, el ser humano no se reduce a un mero agente económico, sino que tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica.

El último punto del primer capítulo aborda la compatibilidad de la reparación con los fines de la pena, por ser un punto en el que la doctrina afirma que, la única forma de dar cabida a la reparación como consecuencia jurídica del delito, es que la misma sea capaz de cumplir de igual, o mejor forma, con los fines de la pena.

En el segundo capítulo, *“La Reparación como Tercera Vía”*, se analiza si el derecho penal es el mecanismo idóneo para resolver los conflictos sociales, sin dejar de reflexionar sobre los problemas que en sí mismo genera. Es aquí donde se plantea la cuestión central de este estudio. Se hace un recorrido a partir de las corrientes victimológicas que pretenden devolver el papel protagónico de la víctima, el rol de la comunidad como parte activa de la gestión de la conflictividad, y la consideración del infractor como un sujeto responsable, capaz de asumir las consecuencias de sus hechos.

Estos planteamientos a primera vista pueden parecer utópicos, pero la experiencia de derecho comparado de países que contemplan en sus ordenamientos jurídicos el principio de oportunidad, y que aplican mecanismos alternativos para la solución de las controversias, como la mediación y conciliación, demuestran que es posible aplicar una forma distinta de abordar los conflictos.

Dentro del derecho continental, se incluyen algunas instituciones que poseen elementos restaurativos, y que demuestran que, en la práctica, la reparación sí juega un papel dentro del derecho penal, pues está presente en mecanismos de suspensión o conmutación del proceso penal formal, ya sea antes o durante el proceso, o en el momento de la determinación judicial.

Si se acepta la reparación como modificativa de algunas instituciones penales ya existentes, como por ejemplo, al considerarla como atenuante de la pena o como condición para suspender el proceso penal o la ejecución de la pena, ¿por qué existe tanta oposición para aceptarla como una consecuencia autónoma del delito? Se procura exponer los principales argumentos en contra de la inclusión de la reparación como tercera vía del derecho penal, y también se exponen algunas legitimaciones político-jurídicas de la reparación como tercera vía en el sistema de sanciones.

En la última sección de este capítulo, se presentan algunas apreciaciones sobre el ámbito objetivo y subjetivo de la reparación y la necesidad de desarrollo legislativo para que la reparación pueda realmente pasar a ser una tercera vía del derecho penal, junto a las penas y las medidas de seguridad.

El tercer capítulo *“Estudio de Caso: La Reparación en el Derecho Indígena”*, pretende plantear que la reparación no es algo nuevo, sino que ha sido, durante siglos, el mecanismo mediante el cual las sociedades indígenas han resuelto sus conflictos. Para comprender adecuadamente este punto, se describen las circunstancias adversas en las cuales se han desarrollado los pueblos indígenas y hace un análisis del relativismo cultural, pues el derecho y el modelo social, han sido contruidos con el sistema de valores del poder hegemónico de los vencedores, los conquistadores, pero ello no quiere decir que no existan otros valores, igual de válidos y de legítimos, en otras culturas.

Se adopta el término “derecho indígena” para agrupar los sistemas jurídicos de todos los pueblos indígenas, pues su esencia eminentemente reparadora, es la misma alrededor del mundo, y aunque difieran en procedimientos específicos, permite ilustrar cómo operan los mecanismo reparadores de resolución de conflictos, con la participación de la víctima, el infractor y la comunidad, y cómo logran restablecer la armonía social y brindar soluciones de raíz.

El presentar como ejemplo la aplicación de la reparación como consecuencia del delito para los pueblos indígenas, es una forma de reivindicar la validez del sistema jurídico de los pueblos que tradicionalmente han sido excluidos del modelo de Estado, y probablemente, una reivindicación de mi propio mestizaje.

Estoy convencida de que el modelo de justicia para América Latina transitará necesariamente hacia el diálogo intercultural, y pudiera ser que este mundo de migraciones, debamos abrimos al relativismo cultural.

De la misma forma, estoy convencida de que, la inclusión en todos los ordenamientos jurídicos de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, al tenor del principio de oportunidad, es sólo cuestión de tiempo.





**CAPÍTULO I**  
**LA REPARACIÓN Y EL DERECHO PENAL**



## CAPÍTULO I

### LA REPARACIÓN Y EL DERECHO PENAL

#### 1. El contenido de la reparación

¿Puede repararse el daño que un delito produce? ¿Podría el sufrimiento tornarse gradualmente menos doloroso a través de alguna acción del infractor durante días, meses o años?<sup>1</sup>

Los intentos de valorar el daño no son nuevos y las formas de reparación han ido evolucionando al mismo tiempo que la civilización. En el *Código Ur-Nammu*, primer código jurídico conocido que rigió en la época del primer rey de la *III Dinastía de UR* (2129 al 2107 a. C) o las *Tablas de Nippur*, ambas sumerios, encontramos los primeros baremos de incapacidades, que buscan homologar la reparación proporcionalmente al valor perdido. El primer cuerpo normativo completo que contiene un baremo para los daños, es algo posterior y está en el *Código de Hammurabi* (1792 al 1750 a. C.), que se basa en la *Ley del Talión* y menciona, entre otros aspectos, la reparación del daño físico y la indemnización que le corresponde, según se trate de un hombre libre o de un esclavo. En la Biblia, hay evaluaciones de daños y sus respectivas indemnizaciones, particularmente el libro del Éxodo, donde se hace toda una regulación de los golpes y heridas, sus valores y sus penas. Otro ejemplo lo constituye *La Mishná* (judía), que comprende seis tratados básicos que abarcan la vida judía, entre ellos el *Seder Nezikim*, donde *Nezikim* significa precisamente, daños y perjuicios, de la misma forma que el Tratado de Nezikim, de Babilonia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CHRISTIE reflexiona sobre estos extremos. Ver CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 174.

<sup>2</sup> El Tratado de Nezikim, de Babilonia tenía cinco capítulos: 1. El daño propiamente dicho (*nezek*); 2. El dolor (*tsaar*); 3. La curación (*rippoui*) que establece la obligación de reparar por parte del responsable; 4. El desempleo (*chever*); 5. La humillación (*bochet*) que correspondería al daño afectivo. Sobre los antecedentes históricos ver BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 421.

Como puede observarse, la reparación fue concebida en sus orígenes como algo meramente moral, ligado a la idea de venganza y el daño recibido. En Roma, la reparación del daño pierde el sentido de venganza y pasa a adoptar el sentido de valoración económica del daño causado<sup>3</sup>. A partir de ese momento empieza a hacerse de uso común, que el concepto de reparación se perciba como una indemnización por daños y perjuicios, tendencia que llega hasta nuestros días y que es la razón principal de la controversia actual respecto a la naturaleza jurídica de la reparación, aunque como se verá la misma es una institución con un contenido que excede a una indemnización económica, y que puede aplicarse aún en bienes jurídicos que carecen de traducción pecuniaria<sup>4</sup>.

Reparar es, básicamente, deshacer lo hecho, procurar llevar las cosas al estado en el cual se encontraban antes del delito o en el estado en que previsiblemente se encontrarían de no haberse producido el delito<sup>5</sup>; es decir, volver al *status quo ante*. El principio de *restitutio in integrum* se ha aplicado históricamente respecto a la reparación, e implica la plena restitución, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior al delito y la reparación de las consecuencias que se produjeron, incluyendo los daños no materiales, como el daño moral<sup>6</sup>. Sobre este punto no existe uniformidad en la doctrina, pues autores como BARRIENTOS ZAMORANO, estiman que el principio de la *restitutio in integrum*, rige sólo para las indemnizaciones por daños patrimoniales, y es un principio que ha sido superado en materia de daño moral<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 142; también ZOIDO ÁLVARES, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en la misma compilación, Op Cit, página 168.

<sup>4</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 37.

<sup>5</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 212. Se busca liberar a la víctima del perjuicio que se le haya producido y en lo posible dejarla en la situación anterior al daño y por lo menos, compensarla por lo injustamente tolerado. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 33.

<sup>6</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, Número 7, párrafo 26; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Paéz, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 43, párrafo 48; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la convención Americana)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No.42, párrafo 85.

<sup>7</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Op Cit, página 42.

Es necesario re-conceptualizar la idea de “reparación”, de forma que se entienda que no equivale a una compensación monetaria. En el sentido aquí planteado, no estamos hablando de una indemnización por daños y perjuicios, sino de una institución que tiene otros alcances y fundamentos.

Respecto al infractor, la reparación posee un elemento subjetivo, que es el arrepentimiento en el sentido moral, valorando el remordimiento, dolor, pesar que el culpable siente por motivos morales o religiosos, ante su comportamiento criminal, y puede constituir un verdadero acto de constrictión, porque se reconoce que se ha actuado mal. Posee también un elemento objetivo, pues la reparación pretende dejar las cosas como estaban antes de la situación del delito, restablecer la situación alterada, por lo que se dirige a las consecuencias del delito, debiéndose valorar el esfuerzo llevado a cabo por el culpable y fijar su intensidad y proporcionalidad frente a dichos efectos<sup>8</sup>.

Respecto al daño, la reparación no debe vincularse exclusivamente con su entidad patrimonial, sino con la gravedad de la infracción, realizada desde la perspectiva de la dañosidad social, atendiendo para ello a la función del derecho penal y a los criterios de merecimiento y de necesidad de la pena<sup>9</sup>. La naturaleza y monto de la reparación debe guardar una proporción o una relación con del daño ocasionado, tanto en los planos material como inmaterial, pues su objetivo es hacer desaparecer los efectos de los hechos lesivos<sup>10</sup>, y reafirmar en el infractor el valor del bien jurídico lesionado. Puede comprender varios rubros, entre otros, como se verá en lo sucesivo, los daños morales, los gastos de tratamiento médico y rehabilitación física y mental por el dolor y sufrimientos causados a la víctima<sup>11</sup>.

Para LARRAURI PIJOAN, la reparación abarca aquellas medidas de contenido simbólico que realiza el infractor, tales como la prestación de disculpas; medidas

---

<sup>8</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 509- 511.

<sup>9</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 5.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Las Palmeras, Reparaciones (Art. 63.I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, Número 96, párrafo 39.

<sup>11</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 269.

económicas, como la restitución, compensación o indemnización; y medidas materiales, como la prestación de un servicio a favor de la víctima<sup>12</sup>.

La medida de reparación más común la es la indemnización de tipo pecuniaria<sup>13</sup>. La reparación pecuniaria es fuente de críticas, como por ejemplo, en Argentina, Hebe de Bonafini, de la Asociación Madres de Plaza de Mayo, expresa que “*no soy yo quien tiene que reconocer. Si agarro la muerte y agarro la reparación económica y agarro al muerto, estoy reconociendo que lo mataron, ¿y dónde está el asesino? Yo me quedo con el muerto ¿y el asesino entrega qué?*”<sup>14</sup>; y Celia Prósperi de la Asociación Madres de Plaza de Mayo, narra que “*estamos en contra de cobrar por la desaparición o presunta muerte de nuestros hijos, porque para cobrar hay que darlos por muertos*”<sup>15</sup>.

Es importante mantener cierto vínculo entre la reparación material y el reconocimiento de responsabilidad. En experiencias de justicia transicional, se tiende a reducir la reparación a las compensaciones económicas, que son tanto más bajas cuanto más amplio es el universo de víctimas. La reparación tiene que estar ligada a la verdad y a la justicia, pues si la indemnización se usa solamente para comprar el silencio de las víctimas, la rehabilitación no será posible<sup>16</sup>.

No se ocultan las dificultades de admitir una compensación inmaterial, pero aún así, no debe descartarse la validez de algunas de las formas de reparación propuestas

<sup>12</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 171.

<sup>13</sup> CANCADO TRINDADE cita que para 1993, la Corte Europea de Derechos Humanos había otorgado reparaciones de naturaleza invariablemente pecuniaria en más de 100 casos. El autor hace una completa valoración del sufrimiento humano y como la indemnización económica no es capaz de mitigarlo. CANCADO TRINDADE, ANTONIO, Voto razonado del Caso de los “Niños de la Calle”, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafos 29 y 37.

<sup>14</sup> TUMINI, MARÍA CARINA; GARAY, LUCÍA SOLEDAD; BANCHEIERI, CARLA MARÍA, *Procesos de exhumaciones: un espacio posible, Caso Argentina*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 158.

<sup>15</sup> ÍDEM, página 159.

<sup>16</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 45.

en la doctrina comparada, adecuadas a la naturaleza de cada delito<sup>17</sup>. La tendencia actual es buscar una reparación más adaptada a la situación de la víctima, adoptando multiplicidad de formas, basándose en la consideración de víctima como ser humano integral<sup>18</sup>.

En el derecho internacional de los derechos humanos se han aprobado una serie de instrumentos y resoluciones que reconocen la obligación general de los Estados de enjuiciar y castigar a los autores de crímenes internacionales, pero deja a su discreción la elección de los medios para la reparación a las víctimas<sup>19</sup>.

La reparación es una de las respuestas que tradicionalmente se aplica ante violaciones a los derechos humanos, otorgándosele un sentido mucho más amplio que el de una compensación civil, pues es una forma de restaurar el orden social y de atender a las víctimas. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que, dado que no es posible la reparación de daños inmateriales, para efectos de procurar una reparación integral, los mismos pueden compensarse tanto por medio de un pago pecuniario, como mediante la realización de actos y obras de repercusión pública, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos, la transmisión de un mensaje de reprobación de los hechos, y de un compromiso para que no hechos vuelvan a ocurrir<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> TAMARIT SUMALLA cita varios ejemplos entre ellos, el caso de delitos de autor, en los cuales una adecuada reparación puede estar constituida por la retractación o la declaración pública. Ver TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 207.

<sup>18</sup> CASCADO TRINDADE cita que para 1993, la Corte Europea de Derechos Humanos había otorgado reparaciones de naturaleza invariablemente pecuniaria en más de 100 casos. El autor hace una completa valoración del sufrimiento humano y como la indemnización económica no es capaz de mitigarlo. CASCADO TRINDADE, ANTONIO, Voto razonado del Caso de los "Niños de la Calle", CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafos 29 y 37.

<sup>19</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 37.

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95, párrafo 94. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 84. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 22 de febrero de 2002, Serie C, Número 91, párrafo 56. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C, Número 92, párrafo 77.

Para el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias de las Naciones Unidas, el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada, equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos, y es una expresión de respeto hacia el ser humano. El pago de una compensación monetaria o de otro tipo a las víctimas o sus familiares antes de finalizar las investigaciones de violaciones a los derechos humanos, no exime a los gobiernos de la obligación de llevarlas a término y procesar a los autores de ellas<sup>21</sup>.

La Organización de las Naciones Unidas se ha ocupado de estudiar el tema y de buscar una correcta interpretación del contenido de la reparación, concluyendo que, una reparación integral debe incluir medidas tales como la restitución, la rehabilitación, la indemnización y la satisfacción y garantías de no repetición<sup>22</sup>. En el *Common Law* del derecho anglosajón también existe el principio de reparación integral, principio denominado *fairness*<sup>23</sup>.

El concepto de reparación es relativamente desconocido. Es introducido por el derecho internacional y codificado en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y confirmados en la jurisprudencia del caso de la Fabrica Chorzów (Chorzow Factory Case) de 1928<sup>24</sup>.

El antecedente más cercano es el Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal alemán *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM)<sup>25</sup>, el cual define la

---

<sup>21</sup> WALY NDIAYE, BACRE, *Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes*, Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/1884/7, párrafo 711.

<sup>22</sup> VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/8, del 2 de julio de 1993, párrafo 23 in fine.

<sup>23</sup> BARRIENTOS se refiere a instituciones relacionadas con daños y perjuicios, que comprende el *pain and suffering* y *loss of amenities of life*. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 424.

<sup>24</sup> Serie A, No 17 PCIJ N.8. DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 208.

<sup>25</sup> El *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM) es un proyecto alternativo elaborado en 1992 por un grupo de profesores de derecho Penal de Alemania, Austria y Suiza, el cual ha sido la base de la reforma penal alemana.



reparación como “la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Su objeto es servir al restablecimiento de la paz jurídica. La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficientes, cabría admitir una reparación a favor de la generalidad o reparación simbólica”<sup>26</sup>. Según el proyecto en mención, la reparación podría adoptar diferentes formas, estableciendo el siguiente orden de prelación: en primer lugar se intentaría el restablecimiento del estado originario o resarcimiento *en natura*; si esto no fuera posible, el segundo nivel sería la indemnización por el equivalente de daños materiales o morales, incluyendo el *pecunia doloris*; si por la índole del delito no es posible realizar prestaciones a favor del agraviado, en un tercer nivel, deben considerarse de modo subsidiario formas de reparación simbólica<sup>27</sup>, tales como trabajos en beneficio de la comunidad, el pago de una cantidad de dinero a instituciones de utilidad pública o actos de contenido inmaterial, como la prestación de servicios u otra actividad simbólica para instituciones de interés general<sup>28</sup>.

La reparación puede manifestarse mediante de diferentes mecanismos, tales como la restitución, la indemnización, la rehabilitación u otras. Estos distintos modos de cumplimiento no constituyen distintas obligaciones, sino una sola<sup>29</sup>. Las prestaciones pueden combinarse entre sí, siempre que no sean desproporcionadas o irracionales<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Citado por MARTÍNEZ IRIGOITIA, MARÍA DE LA PAZ, *La reparación en el marco de las consecuencias jurídicas del delito*, Trabajo de Grado, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Penal, Salamanca, 2004, página 13.

<sup>27</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 66-80.

<sup>28</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 29.

<sup>29</sup> Esto se resalta porque ALASTUEY DOBÓN, considera que puede darse una confusión en cuanto a los deberes que pueden surgir con la reparación, entendiéndose erróneamente que surgen tres deberes, uno de restituir, otro de reparar y otro de indemnizar. Esto debido a que no se tiene una definición clara del contenido de la reparación. En ALASTUEY DOBÓN, M. CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 405. El Código Penal Español en el artículo 110 prescribe que el contenido de la reparación (a la que llama responsabilidad civil) comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

<sup>30</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 66-80.

Para efectos de este estudio, diremos que la reparación es el conjunto de medidas materiales e inmateriales, incluidas las simbólicas, que buscan devolver las cosas al estado en que probablemente se encontrarían de no haberse producido el delito, que puede comprender todas o algunas de las siguientes medidas:

- a. la restitución
- b. la rehabilitación
- c. la indemnización
  - daño emergente
  - lucro cesante
  - daño moral
  - daño al proyecto de vida
- d. garantías de no repetición

## 1.1 La restitución

Como hemos apuntado, el objetivo de la restitución es lograr que la víctima recupere la situación en la cual se encontraba antes de la vulneración de sus derechos<sup>31</sup>, es decir, en la medida de lo posible, se debería devolver a la víctima a la situación anterior al delito. Comprende el restablecimiento de la situación, bienes o derechos conculcados, ya sea mediante la restitución la situación social, la vida familiar, el retorno a su lugar de residencia, ciudadanía, la reintegración en su empleo, la devolución de sus propiedades y similares<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página159.

<sup>32</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, principio 19.

Históricamente surge de la necesidad de apaciguar el deseo reprimido en todos los miembros de la sociedad de “*privar al infractor del fruto de su atrevimiento*”<sup>33</sup>. El concepto tradicional de restitución es adoptado del derecho civil, en el cual la restitución supone la entrega al legítimo poseedor o propietario de la cosa de la que ha sido privado, en virtud de la infracción<sup>34</sup>. Implica que el objeto de restitución debe ser el mismo bien que ha sido objeto de desplazamiento patrimonial, pues en otro caso, no se trata de una acción restitutoria, sino de una resarcitoria, aunque se trate de un bien de igual naturaleza y calidad<sup>35</sup>.

En este sentido, la restitución sólo será posible cuando el *status quo ante* sea restituible<sup>36</sup>, por ejemplo, cuando se trate de bienes fungibles. Por ello la restitución es perfectamente posible cuando el bien jurídico lesionado es el patrimonio. Esta concepción, desarrollada dentro del derecho civil, puede no ser la más afortunada, si se aborda en el marco de los efectos del delito.

En casos de daños materiales al patrimonio, la legítima aspiración de las víctimas es restablecer lo perdido, que le sea devuelto lo sustraído, recuperar el objeto. Más allá de cualquier sentimiento de venganza o de castigo, la víctima desea recuperar sus bienes, sobre todo en aquellos casos en que además de soportar la pérdida en sí misma, la víctima tiene que soportar otra serie de daños colaterales a la pérdida de un bien material, tales como la incapacidad de satisfacer las necesidades básicas de su familia y similares. Por ello, cuando el delito haya consistido en la sustracción de un bien, la restitución consistirá primariamente en su devolución, y en los casos en que proceda, deberá otorgarse además el abono de los deterioros y menoscabos que haya sufrido el bien sustraído, junto a otras posibles medidas, pues si los efectos del hecho lesivo se agotaran con la simple restitución, podría perfectamente resolverse dentro del derecho civil.

---

<sup>33</sup> ROXIN cita a FREUD en la afirmación. Ver ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91.

<sup>34</sup> ALASTUEY DOBÓN, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 408; en igual sentido, LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 148.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 145.

<sup>36</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 470. Por su parte, el artículo 111 del Código Penal español establece que “deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros o menoscabos”.

En caso se trate de daños a bienes jurídicos colectivos, MAIER afirma que, el interés social dañado puede repararse por medio de una acción que procure la restitución del estado deseado, de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en beneficio de la comunidad<sup>37</sup>.

Cuando la restitución no es posible, se debe recurrir a otras modalidades de resarcimiento en forma específica, es decir, obligaciones de dar, hacer o no hacer; o resarcimiento por el equivalente o indemnización<sup>38</sup>.

Entonces nos encontramos ante tres supuestos distintos: a) los casos donde el bien jurídico lesionado es de contenido material, fungible, donde la restitución puede materializarse con la devolución del objeto material del delito, lo que a la vez restituye el derecho a la propiedad sobre dicho bien; b) los casos en que se refiere a la propia restitución del derecho conculcado en sí mismo, y c) los casos donde la restitución es imposible, por el tipo de bien jurídico conculcado, que no tiene un referente material, como cuando se trata del bien jurídico vida.

## 1.2 La rehabilitación

¿Cómo se reparan los daños sin referente material? Concretamente, no es posible. Por esta dificultad, se han creado mecanismos como la rehabilitación, que busca aproximarse al *status quo ante*, aunque no pueda lograrse en la misma forma que un daño con referente material, por la naturaleza del bien, no siendo posible la restitución íntegra del menoscabo sufrido.

En el seno de las recomendaciones en materia de reparación de la Organización de las Naciones Unidas, la rehabilitación es abordada como una categoría de reparación independiente, por lo que en este estudio se cita de esa misma manera.

---

<sup>37</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 213.

<sup>38</sup> ALASTUEY DOBON, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 407.

La rehabilitación puede manifestarse por medio de atención médica, fisiológica, psicológica, psiquiátrica, servicios jurídicos y sociales, así como cualquier otra medida tendiente a acercarse al *status quo ante*. También debe incluir las medidas para restablecer la dignidad, buen nombre y reputación de las víctimas<sup>39</sup>.

La rehabilitación es una función que por lo general es asumida por el Estado, por medio de los servicios de salud pública y asistencia social, que atiende casos de lesiones físicas o mentales. Por medio de terapias, las personas pueden recuperar sus facultades físicas menoscabadas o superar los traumas emocionales adquiridos. Cuando derivado de un delito, la víctima sufre la pérdida de un miembro o de una facultad física, la rehabilitación consiste en la utilización de prótesis que suplan los miembros faltantes, o bien, en enseñar otra forma de vida prescindiendo de la facultad perdida.

La rehabilitación se encuentra muy desarrollada en el ámbito de la justicia de transición, en la que es denominada atención o apoyo psicosocial. Desde la experiencia del terrorismo de Estado de Chile y Argentina, se habla de programas de apoyo psicosocial, como espacios de grupos de profesionales que atendieron a las víctimas de las dictaduras y familiares de desaparecidos. Estos programas también se pusieron en la agenda de la ayuda humanitaria, a partir de la guerra de Bosnia, y actualmente tienen una relevancia en el contexto postconflicto, desconocido en el pasado. Estos programas ofrecen espacios grupales para enfrentar las consecuencias de la violencia, apoyo psicológico individual y medios para la reintegración social, que permiten a las víctimas mejorar su situación personal, re-articular la vida comunitaria o promover aspectos culturales, como parte de la afirmación colectiva. BERISTAIN le llama “proceso de curación” y lo define como las estrategias, procesos o actividades que proporcionan apoyo psicosocial a

---

<sup>39</sup> VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, conclusiones y recomendaciones relativas a las formas de reparación, página 64, párrafo 10. Ver también BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 160.

las personas después de conflictos violentos, orientados a la rehabilitación y reconstrucción de comunidades locales o nacionales<sup>40</sup>.

Si la reparación ingresa al catálogo de consecuencias jurídicas del delito, además de la asistencia estatal a la víctima, en la medida de lo posible debe requerirse al infractor que se responsabilice de la rehabilitación de la misma, lo que puede realizarse al costar servicios privados, o prestada por los servicios de salud públicos de forma subsidiaria, pero llegando a ser una adecuada forma de que el infractor se enfrente a las consecuencias de su delito, en toda la magnitud del daño que ha producido. La rehabilitación también puede valorarse económicamente, para cumplirse adoptando la forma de una indemnización.

### 1.3 La indemnización

Todo daño en los bienes de una persona significa un desequilibrio jurídico que la reparación debe restablecer, en todo o en parte<sup>41</sup>. El principio de general aplicación en las legislaciones es el de la restitución del *status quo ante*, que quiere decir que, cuando se ha ocasionado un menoscabo en la esfera jurídica de una persona, la reparación debida debería consistir en reintegrar la misma a su estado anterior al daño, lo cual se logrará en algunos casos con la restitución del bien jurídico lesionado; y excepcionalmente, en aquellos casos en que no sea posible esa reintegración al estado originario, la reparación no será posible mediante su restitución, sino que ha de referirse necesariamente a una compensación económica, entregando al perjudicado una equitativa indemnización, que de alguna manera compense el daño producido<sup>42</sup>. Lo anterior significa que la indemnización

---

<sup>40</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 29.

<sup>41</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 208.

<sup>42</sup> CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 142 y 143; en similar sentido MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 212, también SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 300. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Paéz, Reparaciones (Art. 63.1 de la*

cumple una función supletoria o indirecta, que se da cuando la restitución es imposible de realizar<sup>43</sup>.

A pesar de que la indemnización en dinero está concebida como excepcional frente a la restitución, es la forma de reparación más utilizada a nivel general. Consiste en una prestación pecuniaria que es entregada a la víctima a fin de cubrir los daños derivados de la lesión al bien jurídico. Es una institución que el derecho inventa para reparar abstractamente aquellos daños que por su naturaleza, sólo pueden repararse por medios inventados.

El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador, ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón de la comisión de un delito; pero no es la única alternativa, ni mucho menos, la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano; por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica<sup>44</sup>.

Son susceptibles de ser indemnizados todos aquellos daños evaluables económicamente<sup>45</sup>. Esta valoración económica es real en los bienes con referente

---

*Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 43, párrafo 41; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C, Número 29, párrafo 38; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso El Amparo, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, Número 28, párrafo 16; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ALOEBOETOE Y OTROS, *Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párrafos 46 y 50; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76, párrafo 80.

<sup>43</sup> La función propia o directa de la reparación consiste en reintegrar a la víctima aquello de lo que ha sido privada, que de acuerdo a la nomenclatura usada en este estudio, se refiere a la restitución. MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, página 172.

<sup>44</sup> El autor cita jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Colombia. Ver BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 74.

<sup>45</sup> BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 1999/33, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62 del 18 de enero del 2000. Ver también BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la*

material y una abstracción en el resto de bienes. En el caso de los bienes jurídicos que no poseen una monetización de su valor, se intenta hacer una analogía con bienes materiales para tratar de establecerla. El derecho de daños ha desarrollado esta materia. La valoración es muy compleja porque entran en juego no sólo aspectos objetivos, sino también subjetivos. Resulta evidente que el acto ilícito causante del daño material produce también un daño subjetivo que excede lo material, mismo que debe considerarse al cuantificar la indemnización, que nunca será equivalente al del daño sufrido, sino que se trata solamente de relaciones aproximadas<sup>46</sup>.

Contribuye a perfilar el concepto jurídico del daño la noción del “interés”, por el cual se entiende el daño abstracto, es decir, la diferencia de valoración que el daño representa para el patrimonio lesionado. Es el valor subjetivo que el objeto tiene para determinada persona (*pretium singulare*). Como contrapuesto a este valor se habla de daño concreto o valor objetivo, es decir, el valor que un objeto tiene en consideración a un tiempo y lugar determinados y para todos (*pretium commune*)<sup>47</sup>. Algunos autores afirman que el valor objetivo y el subjetivo, son conceptos y realidades distintas<sup>48</sup>. El alcance y las limitaciones de una justa indemnización compensatoria comprenden la reparación de los daños y perjuicios sufridos, tanto materiales como morales<sup>49</sup>.

---

*justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 159.

<sup>46</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 47.

<sup>47</sup> SANTOS BRIZ, refiriéndose a derechos reales, indica que teniendo en cuenta la idea del interés, el daño se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que presentaría si éste no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía. SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 135. Por su parte, BARRIENTOS ZAMORANO estima que la ausencia de equivalencia exacta entre la indemnización y el perjuicio impide considerarlo como una reparación propiamente tal, esto redundaría en que se fijan las indemnizaciones por la gravedad de la culpa o la situación económica de la víctima en la práctica. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 55.

<sup>48</sup> Aquí nuevamente nos encontramos ante conceptos que funcionan al hablar de derechos reales, más no cuando hablamos de intereses protegidos por el derecho o bienes jurídicos. Refiriéndose a los daños causados dentro del derecho de obligaciones, el precio o valor objetivo se refiere a la cosa en sí misma y se debe en función de la obligación; mientras que el valor subjetivo o interés se refiere a la persona y su percepción de la cosa. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 209.

<sup>49</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia del 21 de julio de 1989, (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie C, No. 7, párrafo 39. También JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión*



La doctrina y la jurisprudencia existentes en materia de reparación, se han desarrollado a partir de analogías con soluciones del derecho privado, particularmente, del derecho civil, bajo el concepto de “responsabilidad civil derivada del delito” o del derecho de daños, en el marco de los sistemas jurídicos de cada país. Las categorías jurídicas que son utilizadas para regir la determinación de las reparaciones se han visto fuertemente marcadas por tales analogías, particularmente por los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*, fuertemente determinados por un contenido e interés patrimonial, lo cual no es enteramente adecuado o suficiente cuando se utiliza en otro ámbito al margen del derecho privado, como es el caso de la reparación, en el sentido planteado en este estudio, que no puede determinarse basándose sólo en criterios que se fundamentan en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio, en su capacidad laboral, o en la proyección de estos elementos en el tiempo<sup>50</sup>.

Por estos motivos, es muy complejo dar un valor material a un bien jurídico invaluable, haciendo necesario crear categorías capaces de resolver el problema en cuanto al contenido y el alcance de las medidas de reparación, medidas que a la fecha continúan siendo imprecisas, pero que tienen como base fundamental el concepto abstracto de la *restitutio in integrum* o reparación integral ya mencionado.

Existe un acuerdo en la doctrina sobre la inclusión de los daños y perjuicios en una justa indemnización, pero la postura mayoritaria se inclina por el principio de reparación íntegra, en virtud del cual, la víctima ha de ser restituida a la situación en

---

*de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 del 2 de octubre de 1997, 49º período de sesiones, tema 9 del programa; VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/8, del 2 de julio de 1993; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 1999/33, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62 del 18 de enero del 2000.

<sup>50</sup> CANCAO TRINDADE, ANTONIO; ABREU BURELLI, ARILIO, *Voto razonado conjunto en la Sentencia sobre Reparaciones del Caso Loayza Tamayo*, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaysa Tamayo, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 42, párrafos 7 y ss.

que se encontraba con anterioridad a la producción del daño<sup>51</sup>. Para aproximarse a esta situación ideal, se necesita de un mayor desarrollo del contenido de la reparación, porque no existe unanimidad en cuanto a las categorías o directrices que sirvan para determinarla.

Los rubros o categorías mayormente reconocidas como parte de una reparación íntegra que debieran integrar una justa indemnización son:

- a. Daños materiales en sí mismos, si es posible contabilizarlos<sup>52</sup>.
- b. Gastos médicos, psicológicos y farmacéuticos, entre los que se comprenden los honorarios de los profesionales de la medicina, los gastos de estancia en un centro hospitalario, los de prótesis y material sanitario, los de ambulancia y transporte como consecuencia de la necesidad de traslado a fin de recibir asistencia de carácter ambulatorio y los gastos de rehabilitación. Se admiten los gastos futuros siempre que sean previsibles y susceptibles de evaluación en el momento en que se fije su importe<sup>53</sup>.
- c. Pérdida de oportunidades, incluidas las de estudio<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Esta postura es también la predominante en la doctrina alemana. En este sentido, ver Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, citada por CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 143 y ss. También SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, páginas 140 y ss.

<sup>52</sup> JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Op Cit, tema 9 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa.

<sup>53</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español citada por CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 145 y ss, también citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 177 y ss. Sobre gastos médicos y de rehabilitación, también, VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa. También BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 159.

<sup>54</sup> JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Op Cit, tema 9 del programa; VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa. También BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas*

- d. El hecho de que la víctima no pueda volver a efectuar el trabajo que realizaba antes de recibir el daño<sup>55</sup>;
- e. Las ganancias dejadas de percibir, categoría mejor conocida como lucro cesante, que se computa a partir del daño, debiendo tenerse en cuenta no sólo el tipo de actividad, sino también la duración probable del tiempo necesario para la curación o por el resto de la vida, según el caso; contemplando expresamente la posibilidad de que la reparación de dichas ganancias pueda hacerse mediante la asignación de una renta o por la atribución de un capital<sup>56</sup>.
- f. Las secuelas derivadas del evento dañoso, entre las que figuran la invalidez, incapacidad para el trabajo, perjuicio estético<sup>57</sup>, y perjuicio juvenil<sup>58</sup>, perjuicio sexual<sup>59</sup>.
- g. Angustia moral, miedo e inseguridad<sup>60</sup>.
- h. Los dolores físicos, que deben ser indemnizados en función de su intensidad y de su duración, sin tener en cuenta el estado de fortuna de la víctima<sup>61</sup>;

---

*internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 159.

<sup>55</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 143 y ss.

<sup>56</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 145 y ss, también citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 177 y ss; también en la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Sobre la pérdida de ingresos, también, VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa.

<sup>57</sup> Este daño se infiere de un cambio en la exterioridad en relación con el estado que imperaba antes del acto que ocasionó la lesión, específicamente estética. En SPROVIERO, JUAN H., *La víctima del delito y sus derechos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2000, página 119.

<sup>58</sup> Perjuicio juvenil ha de ser definido como una reducción, a la vez potencial y no específica, de la capacidad de trabajo de un joven. En ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 181; para YAGÜE, RICARDO DE ÁNGEL, *Valoración de la vida e integridad física. Derecho Comparado*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 238, comprende el particular dolor que provoca en un joven la conciencia de su propia degradación y la amargura que engendra la pérdida de toda esperanza de vida normal y de las alegrías propias de la existencia.

<sup>59</sup> Que incluso puede dar lugar a indemnización para la pareja estable de la víctima, de acuerdo a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del 9 de febrero de 1988, reconoce el padecimiento de la pareja por ser un importante elemento de las relaciones afectivas, citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 180.

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, Número 112, párrafo 300.

categoría conocida como *pecunia dolores*, que incluye también los sufrimientos morales, experimentados por la víctima como consecuencia de las lesiones sufridas<sup>62</sup>.

- i. Daños a la reputación o a la dignidad<sup>63</sup>.
- j. Otros sufrimientos psíquicos, que sobrevienen como secuela, entre los que se ha de comprender: malestares, angustia, insomnios, el sentimiento de inferioridad y la disminución de los placeres de la vida, causado por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras<sup>64</sup>;
- k. Los sufrimientos físicos del padre, madre, hijos o cónyuge de la víctima<sup>65</sup>, dolor relacionado con el daño moral inherente al fallecimiento de una persona para sus más próximos allegados<sup>66</sup>.
- l. El desamparo material en que quedan los familiares del difunto o las personas directamente perjudicadas con su muerte<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 143 y ss.

<sup>62</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 145 y ss, también en ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 177 y ss; VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa.

<sup>63</sup> JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Op Cit, tema 9 del programa; VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa.

<sup>64</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 143 y ss. También BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa. En igual sentido, Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español citada por CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 145 y ss; también citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 177 y ss.

<sup>65</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, página 143 y ss.

<sup>66</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 145 y ss; también en ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Op Cit, páginas 177 y ss.

- m. Gastos de asistencia jurídica incluyendo expertos que hagan viable la interposición de recursos legales<sup>68</sup>.
- n. Para el caso de fallecimiento, los gastos de sepelio y última enfermedad<sup>69</sup>.

Muchos de los daños descritos se podrán cuantificar por medio de comprobantes de pago; pero otros necesitarán de criterios de valoración para su cuantificación, como en el caso de la pérdida de oportunidades, el dolor, las secuelas emocionales, el daño a la reputación y similares.

Para valorar estos daños se utilizan diversos métodos, entre los que destaca el sistema de valoración discrecional del juez, método muy difundido debido a la pluralidad de conceptos indemnizatorios, y a la dificultad de traducir a dinero los daños no estrictamente patrimoniales, unido a la necesidad de atender las particularidades de cada caso concreto. Sus inconvenientes radican en que, origina que las valoraciones de los jueces sean divergentes, con importantes oscilaciones y disparidades en supuestos análogos. Sin embargo, este sistema es el utilizado desde la antigüedad pues dos mil años de desarrollo jurídico no han sido suficientes para fijar una fórmula unívoca para elaborar este cálculo, porque no responde a un principio formal sino valorativo<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español citada por CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 145 y ss, también citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 177 y ss.

<sup>68</sup> JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Op Cit, tema 9 del programa; VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, tema 8 del programa; BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Op Cit, tema 62 del programa. También BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 159.

<sup>69</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 143 y ss. También en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 145 y ss, también citada por ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 177 y ss.

<sup>70</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 209.

Debido a la dificultad de cuantificar monetariamente la reparación de daños inmateriales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, ha fijado un monto basado en la equidad para el resarcimiento de las víctimas, adoptando un referente para determinarlo<sup>71</sup>. En España, la jurisprudencia dispone que el juez posea plena libertad para fijar el importe de la indemnización en cada caso concreto<sup>72</sup>.

Otro sistema utilizado es el sistema de baremos o tablas<sup>73</sup>, muy utilizado por las compañías de seguros, que permite homogenizar las indemnizaciones en casos similares, pues respeta el principio de igualdad, lo que apareja una mayor seguridad jurídica y genera certidumbre beneficiosa para la víctima, que conoce de antemano la indemnización a que tienen derecho. Este sistema tiene muchas ventajas, pues es objetivo y trata de establecer una correspondencia entre un determinado daño y la indemnización procedente, a pesar de la heterogeneidad existente entre un daño físico y el dinero. Contempla además factores de corrección<sup>74</sup> para adaptar la indemnización a las circunstancias subjetivas de la víctima, pues toma en consideración para aumentar la cantidad los perjuicios económicos excepcionales y las circunstancias sociales u ocupacionales relevantes; y para su disminución, la concurrencia de culpa de la víctima y el incumplimiento de medidas de precaución<sup>75</sup>.

Las circunstancias subjetivas y únicas de la víctima es otro factor a considerar. El daño a indemnizar se determina, normalmente, según la persona que tiene derecho

---

<sup>71</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, Número 112, párrafo 299.

<sup>72</sup> Sentencia Sala 2ª Tribunal Supremo del 1 de julio de 1988, Sentencia Sala 2ª Tribunal Supremo del 25 de enero de 1990, Sentencia Sala 2ª del Tribunal Supremo del 21 de mayo de 1991, Sentencia Sala 2ª del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 1993, Sentencia Sala 2ª del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 1989, Sentencia Sala 2ª del Tribunal Supremo del 3 de diciembre de 1991 y muchas otras sentencias, en ZOIDO ÁLVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 185.

<sup>73</sup> Los autores que abordan la valoración de daños a la vida y a la integridad física hacen referencia a este sistema, ver, por todos, YAGÜE RICARDO DE ÁNGEL, *Valoración de la vida e integridad física. Derecho Comparado*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, páginas 215 y ss.

<sup>74</sup> Los factores de corrección se refieren a las circunstancias particulares del hecho causal, las personales de la víctima y las de los reclamantes y los daños morales, entre otros, que sirven para modificar la cifra base que puede adoptarse de baremos tales como la seguridad social, etc.

<sup>75</sup> ORTIZ, MARÍA JOSÉ, *El deber de resarcir*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 1998, página 31.

a indemnización y sus particulares características (personales y patrimoniales), procurando la indemnización total de los perjuicios específicos en el caso concreto, evitando en cualquier caso que la misma constituya un enriquecimiento ilícito del perjudicado<sup>76</sup>.

La tendencia general es que para la determinación del daño se tengan en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto, el interés en la existencia o integridad de la cosa destruida o deteriorada, en la realización de la actividad impedida o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta dañina<sup>77</sup>.

Respecto al cumplimiento de la reparación, algunos autores opinan que para no desnaturalizar el fundamento de la reparación, debe determinarse la obligatoriedad del pago de manera integral, no fraccionada o sometida a una obligación en cuotas, sino que el pago debe ser *in integrum*<sup>78</sup>. El cumplimiento de la reparación mediante prestaciones de tracto sucesivo, es un punto sobre el cual no existe unanimidad en la doctrina. Si bien lo conveniente sería que se indemnizara en un sólo acto la totalidad del daño recibido, la realidad es que esto muchas veces no es posible, por circunstancias de insolvencia de la persona obligada. El pago total fracasa en los casos de insolvencia, lo que ha obligado a aceptar, casi mayoritariamente, el cumplimiento de tracto sucesivo de la indemnización. Cuando la capacidad económica o situación personal del infractor no le permita indemnizar por completo, también se acepta como reparación la indemnización de parte del daño, aunque generalmente, en combinación con prestaciones inmateriales<sup>79</sup>. El criterio de cumplimiento mediante prestaciones de tracto sucesivo, como en el caso de pagos periódicos de ciertas prestaciones, rentas o similares, se ha utilizado con éxito en casos sometidos a la jurisdicción contenciosa de organismos internacionales de protección a los derechos humanos, como se observa en la jurisprudencia de la

---

<sup>76</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, páginas 140 y ss.

<sup>77</sup> PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de derecho Civil*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 469.

<sup>78</sup> SPROVIERO, JUAN H., *La víctima del delito y sus derechos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2000, página 59.

<sup>79</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 81.

Corte Interamericana de Derechos Humanos y en experiencias de justicia de transición.

Este tipo de cumplimiento presenta el problema de la inflación y los intereses que generan las indemnizaciones por el transcurso del tiempo<sup>80</sup>. En estos casos lo aconsejable es el establecimiento de medidas tendientes a garantizar el valor adquisitivo de la renta asignada<sup>81</sup>, así como su puntual cumplimiento<sup>82</sup>, tales como la fijación de una tasa de interés, debido a que uno de los efectos de las medidas de reparación debe ser conservar el valor real de la suma percibida, para que ésta pueda cumplir su finalidad compensatoria. La fluctuación puede calcularse mediante operaciones matemáticas, que consideren la inflación prevista por el período de tiempo transcurrido hasta el cumplimiento total del pago de la indemnización, de la forma que la calculan las instituciones bancarias.

Autores como SANTOS BRIZ también hacen referencia a la desvalorización y revalorización monetaria para el cálculo de las indemnizaciones; y apunta que los fenómenos económicos han conducido a que, actualmente, predomine entre los juristas la idea de que las deudas por indemnización de daños no son deudas de una determinada suma de dinero, sino deudas de valor, donde el concepto de deuda de valor, va ligado a la concurrencia de un lapso de tiempo desde que se origina la obligación hasta que la misma es liquidada, debiendo tenerse en cuenta, al fijar la suma a pagar, la devaluación monetaria acaecida con posterioridad al daño y hasta el momento de la liquidación definitiva, variaciones a las que llama modificaciones extrínsecas del daño<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 434.

<sup>81</sup> Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 143 y ss.

<sup>82</sup> La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha considerado en sus sentencias el cálculo de pagos moratorios respecto a pagos que no se cumplan en el momento estipulado, de acuerdo al interés bancario moratorio del Estado que se trate. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Las Palmeras, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, Número 96, párrafo 94.

<sup>83</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 320 y 354 y ss.



También es común establecer el *quantum* de la indemnización en una moneda de las llamadas “divisa duras”<sup>84</sup>, como el dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en la moneda local al momento del cumplimiento. Esta previsión asegurará el valor adquisitivo de los montos de la indemnización a pesar de las fluctuaciones de la moneda.

Otra fórmula utilizada que minimiza el problema de los infractores insolventes, es la creación de fondos estatales de compensación para las víctimas de determinados delitos violentos, para lograr compensar con celeridad y mediante un sólo desembolso, en algunos casos reservándose el derecho de repetición contra el infractor<sup>85</sup>. También pueden crearse fondos públicos para pagar la totalidad de la reparación a la víctima, y luego recolectar dinero del ofensor mediante amortizaciones<sup>86</sup>.

Existe acuerdo unánime sobre la conveniencia de que los Estados articulen sistemas de reparación pública a las víctimas de determinados delitos<sup>87</sup>. Los sistemas de reparación por fondos públicos se desarrollan al amparo del principio *pro damnato* y del principio de solidaridad social con las víctimas de los delitos, en el sentido de distribuir el daño en base a una responsabilidad social por el mismo<sup>88</sup>.

Muchas jurisdicciones establecen que deben priorizarse mecanismos que procuren la reparación directamente por el ofensor<sup>89</sup>, aunque el mayor problema que afrontan las víctimas es que la mayoría de delincuentes, no son identificados o son insolventes, razón por la que muchas jurisdicciones han establecido fondos

<sup>84</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafo 127. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafo 95.

<sup>85</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 161.

<sup>86</sup> WRIGHT, MARTIN, *Why should victims of crime be compensated?*, En Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 91.

<sup>87</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 11. La autora cita una interpretación del Tribunal Supremo Español con ocasión de la aplicación de una de las leyes dictadas para la atención de víctimas del terrorismo, en la que el alto tribunal justifica la medida como una forma asistencial de carácter extraordinario con la función de paliar en lo posible las graves consecuencias de los actos terroristas. ÍDEM, página 169.

<sup>88</sup> ÍDEM, páginas 14 y 175.

<sup>89</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 231.

públicos para asistir a las víctimas del delito, como por ejemplo Reino Unido y Nueva Zelanda<sup>90</sup>.

Nueva Zelanda es el primer país que incorporó en su ordenamiento un sistema de reparación pública de daños denominado "*Criminal Injuries Compensation Act*". Le siguió Inglaterra con el "*Criminal Injuries Compensation Scheme*" y la posterior "*Criminal Injuries to Persons Compensations Act*", de aplicación en Irlanda del Norte. Posteriormente varios estados norteamericanos, Canadá y Australia, aprobaron sus propios sistemas de reparación pública<sup>91</sup>.

En cualquier caso la reparación debería darse en un plazo razonable, evitando una tardanza en la resolución judicial, sin que la víctima deba meterse en el túnel judicial y pasar largo tiempo ver la luz en uno de sus extremos<sup>92</sup>.

Otro punto que debe abordarse al intentar descifrar el contenido de la reparación, se refiere a las categorías que pueden ser incluidas en la misma. La lista de daños que pueden ser susceptibles de indemnización es muy amplia y variada. La postura mayoritaria en la doctrina, contempla como categorías a ser contempladas el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha introducido también el concepto de daño al proyecto de vida, como categoría independiente al daño moral. Las mismas se revisarán a continuación.

---

<sup>90</sup> Sistemas de compensación estatal para víctimas de crímenes violentos fueron introducidos en 1964 en Nueva Zelanda y unos meses después en el Reino Unido. DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Op Cit, página 227; también WRIGHT, MARTIN, *Why should victims of crime be compensated?*, En Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 83.

<sup>91</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 167. En el sistema de justicia británico, existen excepciones al acceso a fondos de reparación estatal, en casos en los cuales la víctima no coopera plenamente con la policía; cuando la propia víctima se ha puesto en una posición de peligro, cuando los daños son menores a cierta cantidad, pues se percibe que los daños que deben ser compensados son los más grandes; o en materia de delitos contra la propiedad sin violencia, por considerarse que este tipo de consecuencias del delito son materia de seguros privados. WRIGHT, MARTIN, *Why should victims of crime be compensated?*, Op Cit, página 87.

<sup>92</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 265.

### 1.3.1 Daño emergente

De acuerdo a la doctrina civilista, es el daño *propter rem ipsam non habitam*, es decir, el valor de la prestación no realizada o del daño producido por la destrucción o deterioro de la cosa<sup>93</sup>. El daño emergente está constituido por los gastos que sobrevienen directamente de la vulneración de derechos. SANTOS BRIZ considera que son los daños directos, los que se producen inmediatamente en los bienes afectados por el evento productor del daño y que concluyen al finalizar éste<sup>94</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera incluidos en este rubro otros gastos directamente asociados con el daño, tales como gastos médicos o psicoterapéuticos ocurridos por el hecho, aunque se cumplan en el futuro<sup>95</sup>; así como los gastos efectuados con motivo de gestionar la investigación de la violación de derechos<sup>96</sup> y juicios penales<sup>97</sup>. Es decir, comprende los gastos de asistencia jurídica, tasas judiciales en la presentación de recursos legales, peritajes, viáticos y similares; así como medicinas, servicios médicos, psicológicos o psiquiátricos, gastos de inhumación o exhumación, publicación de edictos y otros; pudiendo tasarse objetivamente<sup>98</sup> mediante la presentación de comprobantes de pago.

<sup>93</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 210.

<sup>94</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 138.

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafo 51.

<sup>96</sup> La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS indica que las costas y gastos deben entenderse comprendidos dentro del concepto de reparación, puesto que la actividad desplegada por las víctimas o sus familiares para acceder a la justicia tanto nacional como internacional, implica erogaciones y compromisos de carácter económico, que deben ser compensados. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Las Palmeras, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, Número 96, párrafo 82. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafo 85. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95, párrafo 138.

<sup>97</sup> NADAL, OCTAVIO; PIROTTO, EDUARDO; ROBAINA, MARÍA CECILIA; *Acompañamiento psicosocial en procesos de exhumaciones de detenidos-desaparecidos, Caso Uruguay*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 211.

<sup>98</sup> Sobre el daño emergente pueden verse todas las sentencias sobre reparaciones de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sobre todo *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Op Cit, párrafo 42; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso*

### 1.3.2 Lucro cesante

El lucro cesante es el daño indirecto que sobreviene al daño; ya sea que se perciba permanentemente, que no se manifieste en el mismo objeto que sufrió el daño, sino en el patrimonio del perjudicado; o bien representado por las ganancias lícitas que dejan de percibirse<sup>99</sup>. Es una estimación prudente de lo que se ha dejado de recibir como consecuencia de hecho lesivo, que por lo general, consiste en una proyección de las posibles ganancias patrimoniales que se hubieran recibido si no se hubiera producido el daño. Debe incluir toda pérdida de ingresos, tales como los obtenidos de las actividades laborales<sup>100</sup> y la pérdida de oportunidades, incluida la de educación y la capacidad de ganarse la vida. La dificultad para calcular el lucro cesante radica precisamente en la apreciación del nexo causal entre esos beneficios futuros con el evento dañoso objetivamente apreciable<sup>101</sup>.

A diferencia del daño emergente, que es un daño real y efectivo, el *lucrum cessans* plantea problemas porque supone enfrentarse a un juicio de probabilidad sobre si determinados bienes hubieran entrado o no en el patrimonio de una persona, en el caso de que el delito no se hubiera cometido, cálculo que no debe llegar a propiciar un enriquecimiento injusto para quien sufrió el daño<sup>102</sup>.

Para determinar el lucro cesante, deben excluirse los daños meramente eventuales, es decir, aquellos cuya realidad y certeza no se pueden determinar; y en cambio,

---

*Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C No.15, párrafo 79.

<sup>99</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 138; también GUZMÁN CABAL, GUILLERMO, *El resarcimiento completo de los perjuicios ocasionados por el delito*, Tesis de Grado presentada para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1980, página 5.

<sup>100</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides*, *Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafos 48 y 49.

<sup>101</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 210.

<sup>102</sup> GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal.*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 23. Ver también SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 267.

deben incluirse los daños futuros pero ciertos, es decir, cuando se trate de una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y susceptible de estimación inmediata<sup>103</sup>. La doctrina indica que es un principio básico para la determinación del lucro cesante que éste se delimite por un juicio de probabilidad.

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español se mantiene un criterio restrictivo en cuanto a qué debe incluirse del lucro cesante, excluyendo las ganancias futuras que son simples expectativas no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre. La cuantía y existencia del lucro cesante ha de ser ponderada, ya que ha de estar fundamentada en hechos de realización posible, no imaginarios ni utópicos, o como dice la doctrina, aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos<sup>104</sup>.

Es imposible especular que hubiera ocurrido en la vida de una persona de no haberse consumado el daño, pues se trata de proyecciones sobre hechos inciertos y futuros, por lo que también deben sentarse criterios para calcularlo, tales como las actividades realizadas por la víctima, sus ingresos económicos, situación social, educativa y cultural<sup>105</sup>, expectativa de vida<sup>106</sup> y criterios similares.

<sup>103</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 359.

<sup>104</sup> Criterios del STS Sala 1ª del 8 de junio de 1996 y Sala 1ª del 16 de junio de 1993, citados por GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de a responsabilidad criminal.*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 23.

<sup>105</sup> SPROVIERO, JUAN H., *La víctima del delito y sus derechos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2000, página 118. Respecto al cálculo del lucro cesante puede encontrarse abundante jurisprudencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, empezando por la primer sentencia donde se aborda el tema de las reparaciones, en el caso Velásquez Rodríguez, donde establece algunos criterios que pueden servir de base para calcularlo. En dicho caso, los abogados del peticionario alegaron que el lucro cesante debía calcularse tomando como base el ingreso que él percibía en el momento de su secuestro, su edad de 35 años y el cálculo del resto de su vida productiva, los estudios que efectuaba para graduarse de economista, que le habrían permitido percibir ingresos como profesional y las posibles promociones, aguinaldos, bonificaciones y otros beneficios que habría recibido en el momento de su jubilación y los beneficios jubilatorios por diez años, de acuerdo con la expectativa de vida en Honduras para una persona de la condición social de la víctima; caso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos observa las circunstancias de que la muerte de la víctima no fue accidental sino el resultado de graves hechos imputables a Honduras, por lo que determina que el monto de la indemnización (lucro cesante) no puede apoyarse en prestaciones tales como un seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural, así como las pensión que con posterioridad le habría correspondido desde el momento de cesar sus actividades hasta su fallecimiento CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, Op Cit, párrafos 45 y 46. Otra sentencia rica por sus aportes en cuanto al cálculo del lucro cesante es la del *caso Aloeboetoe y otros*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó otros criterios interesantes para el cálculo del lucro

Para el cálculo del lucro cesante es preciso tener en cuenta dos situaciones distintas:

- a) Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada, se debe considerar lo que dejó de percibir; si derivado del hecho le sobreviene incapacidad total y absoluta, la indemnización debe considerar su expectativa probable de vida. Los tribunales españoles admiten dentro del lucro cesante los daños de efectos futuros, que se refieran a que, si a causa de un delito la víctima no va a poder trabajar o pierde parte de su aptitud, es evidente que se le ha causado daños de efectos futuros<sup>107</sup>.
- b) La segunda situación se da cuando los beneficiarios de la indemnización son los familiares, quienes tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. En estos casos no es procedente atenerse a criterios rígidos, más propios de la primera situación descrita, sino

---

cesante. En primer lugar, efectuó una apreciación prudente de los daños, lo que no significa que dicha Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos, En este tema, Corte Interamericana de Derechos Humanos se ajustó a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y actuó con prudencia y razonabilidad al haber verificado *in situ* las cifras que sirvieron de base en sus cálculos. Para la determinación del monto se siguió el criterio de relacionarlo con los ingresos que las víctimas habrían obtenido a lo largo de su vida laboral si no hubiera ocurrido su asesinato. Para esto, estimó los ingresos que habrían obtenido de acuerdo con las actividades económicas que cada uno desarrollaba. Para esto tomó en cuenta el proceso inflacionario en que se desenvuelve la economía del país para hacer confiables sus proyecciones a largo plazo. De esta forma, calculó el monto anual de los ingresos de cada víctima. El haber anual se utilizó para determinar los ingresos caídos en el período transcurrido entre la comisión de los hechos y la pronunciación sobre reparaciones. A la suma obtenida se le adicionó un interés con carácter resarcitorio, que está en relación con las tasas vigentes en el mercado internacional. A este monto le sumó el valor presente neto de los ingresos correspondientes al resto de la vida laboral de cada individuo. En ese caso, una de las víctimas fue un adolescente, y para el cálculo, se estimó que comenzaría a percibir ingresos a la edad de 18 años por un monto similar al de aquellos que trabajaban como obreros en la construcción, pues consideró que el joven se dedicaría a esa actividad. En CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Aloeboetoe y otros*, Op Cit, párrafos 87, 88 y 89.

<sup>106</sup> El criterio de la expectativa de vida para medir el lucro cesante tiene aplicación en los casos de muerte o desaparición forzada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con interesante jurisprudencia para considerar este aspecto. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros)*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 81; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y otros)*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76, párrafo 68; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, Número 91, párrafo 23.

<sup>107</sup> GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de a responsabilidad criminal.*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 24. La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS posee jurisprudencia donde determina diferentes montos en materia de reparaciones para víctimas sobrevivientes, dependiendo del grado de incapacidad sobrevenido luego de la violación a su integridad física. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95, párrafo 89.

hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso<sup>108</sup>.

### 1.3.3 Daño moral

Tradicionalmente, la clasificación de daños patrimoniales y daños no patrimoniales es una de las más importantes y la que más atención ha merecido a la doctrina. A los daños no patrimoniales se les conoce como daños inmateriales, no económicos o extra patrimoniales. El daño moral es comúnmente equiparado, en la concepción clásica, al llamado “daño no patrimonial”, que sigue teniendo como punto de referencia el patrimonio, marginando así lo más importante en la persona humana, que es su condición de ser espiritual. Contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo economicus*, lamentablemente prevaleciente en nuestro tiempo, el ser humano no se reduce a un mero agente de producción económica, ni debe ser considerado solamente en función de dicha producción o de su capacidad laboral, el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. En la determinación de las reparaciones debe tenerse presente la integralidad de la personalidad de la víctima y el impacto que sobre ésta ha tenido el hecho dañoso, a partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades, capacidades, necesidades, aspiraciones y reivindicaciones<sup>109</sup>.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas, familiares y allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, Op Cit, párrafos 47 y 48.

<sup>109</sup> CANCAO TRINDADE, ANTONIO; ABREU BURELLI, ARILIO, *Voto razonado conjunto en la Sentencia sobre Reparaciones del Caso Loayza Tamayo*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 42, párrafos 7 y ss.

<sup>110</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros)*, *Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 84.

El concepto del daño moral no es unánime. Hay autores que no dan concepto alguno por estimar que dentro de estos daños se incluyen los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse de una persona, y que sólo presentan de común la característica de no ser patrimoniales. Otros autores concretan el concepto al referirse, principalmente, a los daños espirituales inferidos en derechos de estricta personalidad o en valores afectivos más que económicos<sup>111</sup>.

BARRIENTOS ZAMORANO indica que el daño moral comprende la lesión a alguno de los llamados bienes de la personalidad, que son aquellos que cumplen cuatro características: 1. Su inherencia, es decir, son inherentes a la persona; 2. Son personalísimos, sólo pueden ser ejercidos por su titular; 3. Tienen eficacia *erga omnes*, es decir, que han de ser respetados por todos; 4. Son daños no patrimoniales, pues carecen de valoración económica concreta<sup>112</sup>. La característica que mayoritariamente los define es la ausencia de una valoración económica<sup>113</sup>.

El daño moral comprende todo el dolor, sufrimiento y angustia de la víctima<sup>114</sup>. El concepto es muy amplio y abarca los daños a la integridad física, el perjuicio de

<sup>111</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal* Santos Briz, Op Cit, página 150. En similar sentido se manifiesta ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 413.

<sup>112</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 43.

<sup>113</sup> La jurisprudencia italiana define a los daños morales como aquellos que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valorables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto. ORTIZ RICOL los define como lesiones producidas en los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica. Por su parte CASTÁN los especifica como aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, criterio que puede considerarse predominante. Por todos, ver SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 150.

<sup>114</sup> Sobre estos puntos, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en el caso *Aloeboetoe y otros*, estimó los padecimientos derivados de la agonía de las víctimas, y concluyó que debían indemnizarse en cantidades iguales para quienes habían sido objeto de las mismas injurias y malos tratos, y en una cantidad diferente para quien estuvo sometido a un mayor padecimiento. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafo 91. En el caso *Velásquez Rodríguez* valoró que el sólo hecho del aislamiento prolongado y la incomunicación, representa un trato cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad. Además presumió su tortura, debido a que se comprobó que su secuestro y cautiverio quedó a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a vejámenes, crueldades y torturas, lo cual inevitablemente lleva consigo un daño moral para quien lo sufre. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de fondo*, Op Cit, párrafo 187.



carácter psíquico, aflicción, ansiedad, temor, angustia, pérdida de bienestar, integridad moral, entre otros<sup>115</sup>.

Es criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el sufrimiento moral infringido a toda persona sometida a las agresiones y vejámenes, es propio de la naturaleza humana, el cual se extiende a los miembros más íntimos de la familia, por lo que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión<sup>116</sup>.

El fundamento de la reparación por el daño moral está dado por la teoría del *solatium* y la teoría de la superación.

- a. Teoría del *solatium*: El daño como lesión de un interés supone la frustración de esa posibilidad de satisfacción de una necesidad o de alcanzar un fin, afectando al bien que constituye el medio que permite la satisfacción de la necesidad; sea porque se destruye o perjudica ese objeto, sea porque se priva del bien al sujeto titular de la necesidad o del fin que dicho bien podía satisfacer. Las prestaciones tratan de conseguir un equilibrio, contrarrestando el efecto de la pérdida de aquellas satisfacciones, con el efecto de las nuevas satisfacciones que se le proporcionan<sup>117</sup>. Si bien se ha producido una pérdida irreparable, se coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada, que

<sup>115</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 39.

<sup>116</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Aloeboetoe y otro, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafo 52; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76, párrafo 106; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Paéz, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 43, párrafo 8; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 42, párrafo 138; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C, Número 29, párrafo 57; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso El Amparo, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, Número 28, párrafo 36.

<sup>117</sup> Con la reparación se busca también la mera compensación o satisfacción, la cual consiste en proporcionar al perjudicado los medios equivalentes como objetivo de que pueda alcanzar los mismos fines (*means replacing compensation*) y la que se dirige a proporcionar satisfacciones equivalentes per distintas, a través de distintos fines también (*ends displacing compensation*). La doctrina alemana de forma casi unánime destaca que la reparación cumple también una función de satisfacción o de desagravio. Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 26.

posibilita mayores satisfacciones que de alguna manera compensen las sensaciones desagradables sufridas.

Esta teoría es criticada por las desigualdades que implica, pues mientras mayor sea un daño es menos probable que se pueda compensar; además de las desigualdades en cuanto a la satisfacción que puede proporcionar a una víctima concreta, de acuerdo a su propio patrimonio, pues a mayor patrimonio del dañado, menos son las satisfacciones que le puede proporcionar una suma de dinero en concepto de indemnización o viceversa<sup>118</sup>. También pueden encontrarse diferencias en cuanto al “valor de la afección”, que consiste en el valor que un bien u objeto presenta para los sentimientos o ideas puras de una persona, que no entraña contenido económico<sup>119</sup>.

- b. Teoría de la superación: la cuantía de la indemnización del daño moral será el grado de dificultad objetiva de la superación del daño, en relación a las características de la persona víctima bajo el criterio del hombre medio. No es el pago por un sentimiento desagradable, sino responde a criterios objetivos de superación del perjuicio de la víctima. Por la gran complejidad de mensurar el sufrimiento de una víctima concreta, se ha optado por considerar la situación emocional de una persona normal, sin que importe si en el caso

<sup>118</sup> Esta es la tesis que se sigue en España, Francia e Italia. Alemania la habría abandonado a partir de 1955. Para el Tribunal Supremo Español, los daños morales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o incluso resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador. Los daños morales no son un medio de reparación patrimonial, sino un modo de contribuir a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, su contenido está dado por el dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud de la persona que lo padece. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 60 y 61. Sobre los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo Español, IDEM, página 44. El autor además afirma que el problema del quantum del daño moral es hoy en día el más grande de todos aquellos a los que da origen el daño extrapatrimonial. IDEM, página 419. Por su parte, ROXIN también afirma que reparación del daño moral no sirve sólo a la compensación del daño inmaterial, sino también a la satisfacción de la víctima. ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, traducción de Julio Maier y Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 136. LANDROVE DÍAZ también se incluye dentro de los partidarios de que la estimación de los daños morales se fundamenta en la posibilidad de compensar el dolor de la ofensa por la satisfacción que proporciona el enriquecimiento. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 149.

<sup>119</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 137.

concreto, la víctima tiene menor o mayor coraje para sobreponerse, pues ello es independiente al daño en sí mismo<sup>120</sup>.

SANTOS BRIZ toma elementos de las teorías del *solatium* y de la superación, y considera que, el daño moral, puede desarrollarse a partir de las siguientes consideraciones:

1. La indemnización consiste en la suma de dinero, que es necesaria para proporcionar una compensación al lesionado por los disgustos sufridos y la pérdida de la satisfacción de vivir, devolviendo en la forma posible el optimismo a su existencia.
2. La reparación del daño moral tiene carácter puramente indemnizatorio, desprovisto de otro carácter penal, por tanto, la situación patrimonial del agente, así como el grado de culpabilidad carecen de importancia para determinar la cuantía.
3. La reparación pretende proporcionar al lesionado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorga no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista, el daño moral no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente, a la actuación del infractor, es decir, mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder<sup>121</sup>.

Actualmente, el principio de reparación del daño moral es aceptado de manera definitiva<sup>122</sup>. Nadie discute su existencia y la oportunidad de su indemnización, pero

---

<sup>120</sup> El autor cita la jurisprudencia austríaca, la cual no considera la habilidad personal del individuo para recuperarse, sino utilizar el criterio del hombre promedio. Las cortes austríacas consideran que no debe tomarse en cuenta solamente el dolor, el sufrimiento o la reducción del disfrute de la vida, sino también debe intentarse eliminar el sentimiento de inferioridad y por lo tanto, restaurar su armonía interna. Sobre la teoría de la superación ver BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 62 y ss.

<sup>121</sup> El autor llama al daño moral *pecunia doloris*. SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 170 y ss.

<sup>122</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 165. El daño moral también ha sido reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, por Tribunales Arbitrales y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como puede verse en su abundante jurisprudencia. Por todos CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafo 50.

sí su contenido y *quantum* resarcitorio<sup>123</sup>. Por las complicaciones que presenta estimar su valor pecuniario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que su jurisprudencia en cuanto al cálculo de los montos puede servir como orientación para establecer principios en esta materia, sin que esto signifique que pueda invocarse como único criterio por seguir, porque cada caso debe analizarse a la luz de sus especificidades<sup>124</sup>.

La legislación holandesa contempla como factores que se deben tomar en cuenta en una indemnización de esta especie, la naturaleza del daño, seriedad, permanencia del daño en el tiempo, la existencia o no de un tratamiento, la rehabilitación de la víctima en relación a las nuevas circunstancias que le ha tocado vivir y por supuesto, el grado de participación del infractor en el hecho dañoso, pues si éste ha actuado dolosamente, debe incrementarse la indemnización. La capacidad económica del infractor no juega un papel preponderante, sino que queda a discreción judicial<sup>125</sup>.

En el sistema inglés, son tomados en cuenta los siguientes elementos: la gravedad del sufrimiento, el nivel de percepción de la víctima del dolor; edad y estado civil de la víctima, esperanza de vida, actividades de la víctima, incapacidades anteriores, género, circunstancias en las que el daño fue producido, duración del sufrimiento, siendo irrelevante la posición económica de la víctima<sup>126</sup>.

Los sistemas de derecho comparado al momento de valorizar el *quantum* del daño moral, por lo general, adscriben a dos modelos: un sistema de evaluación abierto, donde el juez tiene una discrecionalidad prácticamente total para evaluar el daño moral y su indemnización, mientras el otro sistema, es aquel en que el juez está sujeto a una reglamentación en la materia y debe determinar el tipo de lesión y le asigna un valor que viene previamente dado en una tabla de valores o baremos. Los problemas en la valoración del daño moral repercuten en que, las

<sup>123</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 31.

<sup>124</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafo 54.

<sup>125</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Op Cit, página 58. .

<sup>126</sup> IDEM, páginas 426 y ss.

indemnizaciones de los mismos en la jurisprudencia comparada, sean distintas para perjuicios análogos, lo que para BARRIENTOS ZAMORANO provoca inseguridad jurídica y probablemente injusticia<sup>127</sup>.

La reparación del daño moral tiene un alcance que va más allá de la indemnización pecuniaria, lo cual es muy importante, sobre todo en los casos en que se argumenta que no puede incluirse a la reparación como consecuencia jurídica del delito, por la gran cantidad de casos en los cuales el infractor es insolvente. Es por ello que la tendencia dominante estime no solamente medidas de carácter económico para compensar el daño moral, sino también medidas de carácter simbólico, que puedan tener un significado para la víctima.

Finalmente, para tratar de describir completamente el contenido del daño moral, debe apuntarse que, sumado a la compensación económica, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la sentencia judicial por sí misma constituye per se una compensación del daño moral<sup>128</sup>, de la misma forma que lo ha contemplado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del término “satisfacción equitativa”, sosteniendo como criterio, en gran parte de su jurisprudencia, que una sentencia o decisión favorable puede constituir por sí sola una satisfacción moral<sup>129</sup>; satisfacción que BARRIENTOS ZAMORANO denomina “efecto psicológico”<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> ÍDEM, páginas 419 y ss.

<sup>128</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párrafo 55; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la “Panel Blanca” (Caso Paniagua Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76, párrafo 105. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafo 57.

<sup>129</sup> VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución...* Op Cit, párrafo 85.

<sup>130</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 59.

### 1.3.4 Daño al proyecto de vida

Esta es una categoría de daño cuyo reconocimiento es relativamente nuevo<sup>131</sup>, pues generalmente, se ha contemplado el daño al proyecto de vida dentro del daño moral. Autores como SANTOS BRIZ y LARENZ sin considerarlo una categoría autónoma, hacen referencia al mismo dentro de los daños no patrimoniales, llamándolo “frustración de esperanzas” o “reducción de perspectivas”<sup>132</sup>.

Para aproximarnos a una adecuada definición del daño al proyecto de vida, puede acudirse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ocupa de esta materia, definiéndolo como una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente; tampoco se refiere al lucro cesante, pues mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización íntegra de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y determinadas expectativas, así como la posibilidad de cumplirlas; asociándose con el concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Las opciones que una persona pueda tener para conducir su vida son expresión y garantía de su libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo, implican la reducción objetiva

---

<sup>131</sup> Se empieza a introducir el concepto a partir de la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, del 27 de noviembre de 1998, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafos del 147 al 154.

<sup>132</sup> Aunque aún no la consideran una categoría autónoma, hacen referencia al daño al proyecto de vida cuando reflexionan sobre las consecuencias de ciertos delitos; el ejemplo que utilizan es la frustración de esperanzas de casarse o reducción de perspectivas de matrimonio de una mujer que ha sufrido una lesión de su honra. Citado por SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Op Cit, página 168.

de la libertad y la pérdida de un valor, que no puede ser ajeno a la valoración de la reparación<sup>133</sup>.

El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino y por ello tiene un gran valor existencial. El menoscabo de dicho proyecto implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: se trata de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida. Por ello, toda la doctrina que surja en relación a la reparación a la víctima, debe ser construido desde la perspectiva de la integralidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad<sup>134</sup>.

La reparación no debe ser reducida solamente a la suma del lucro cesante, el daño emergente y el daño moral, pues quedaría vacío el propio valor del bien fundamental vida. La garantía del derecho a la vida requiere otorgarle a la misma un valor autónomo, concepto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denomina proyecto de vida<sup>135</sup>.

El daño al proyecto de vida no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable, no meramente posible, dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos lesivos contrarios a derecho, que cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas, y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las

<sup>133</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafos 147 y 148.

<sup>134</sup> CASCADO TRINDADE, ANTONIO; ABREU BURELLI, ALIRIO, voto razonado conjunto en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafos 15 al 17. Los jueces en mención consideran que la categoría de daño al proyecto de vida aún no se encuentra suficientemente desarrollada a nivel doctrinario y debe analizarse como parte importante del *restitutio in integrum*, dadas las insuficiencias en este sentido, asumida como una obligación del Estado de hacer cesar las violaciones a los derechos fundamentales de las personas y reparar sus consecuencias hacia todos los niveles en que la violencia llegó.

<sup>135</sup> Alegatos de los familiares de las víctimas, considerados en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 85.g).

condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia, y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito. En tal virtud, es razonable afirmar que, los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende, alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, por la violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*<sup>136</sup>.

Ya desde el siglo XIX se consideraban como supuestos indemnizables los atentados a los atributos de la persona, tales como el honor y la reputación comercial o la imagen. En las sentencias del Tribunal Supremo español se identifican referencias a este tipo de aflicción cuando se pronuncian sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La jurisprudencia francesa ha ido innovando nuevas especies de daños que repercuten en el proyecto de vida, como incapacidades físicas permanentes, perjuicios estéticos y de agrado, disminución de posibilidades de

---

<sup>136</sup> En el caso en mención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de la víctima, derivado de la violación de sus derechos humanos. Agregó que sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstuvo de cuantificarlo. Advirtió, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones, pues contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, párrafos 149 al 151.



promoción profesional<sup>137</sup>, denominándolos “perjuicios de placer”, que se definen como la privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano y deportivo de las que tiene derecho a beneficiarse normalmente una persona de la edad y cultura de la víctima<sup>138</sup>.

En el estándar de vida se distinguen cuatro niveles: 1) subsistencia; 2) bienestar mínimo; 3) bienestar adecuado; 4) bienestar intenso<sup>139</sup>. La alteración de cualquiera de ellos, incluso en los últimos niveles, siempre que se trate de cambios de mucha entidad, que trastocan a fondo la vida de la víctima, implica un daño a las condiciones de su existencia que merece ser reparado, evaluándose en un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado, pues guardan relación con muy diversos hechos y circunstancias, como la muerte de un ser querido, con la invalidez propia o de un pariente inmediato, con la interrupción de la carrera profesional y similares. Estas alteraciones no hacen relación al sufrimiento o a la aflicción subjetiva de la víctima, que son indemnizados como perjuicios morales, sino que son modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de la relación de ésta con aquél, que suelen prolongarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o la congoja ocasionadas por el hecho dañino, privando al damnificado de afectos, de satisfacciones o placeres que permiten disfrutar de la vida o la dotan de sentido<sup>140</sup>.

Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, debe evitarse ciertos

---

<sup>137</sup> La jurisprudencia francesa ha ido innovando y creando nuevas especies de daños morales, como incapacité permanente, el pretium doloris, préjudice esthétique, préjudice sexual o préjudice juvenile, préjudice d'affection, pretium voluptatis, préjudice d'agrément y otros. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 65-67. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, IDEM, página 45.

<sup>138</sup> *Préjudice d'agrément*, citado por YAGÜE RICARDO DE ÁNGEL, *Valoración de la vida e integridad física. Derecho Comparado*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 238.

<sup>139</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 18.

<sup>140</sup> DE ROUX RENGIFO, CARLOS VICENTE, voto parcialmente disidente en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, página 1. El citado juez no deja de reconocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro por tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos, y ha presentado una buena base conceptual para dar soporte a ese paso.

extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización<sup>141</sup>.

## 2. Las garantías de no repetición

### 2.1 Procedimientos alternativos de reproche social

La mayor garantía de no repetición es el juicio y condena<sup>142</sup>. La ausencia de castigo implica la aprobación moral y política de los crímenes. La denegación de justicia alienta la repetición de las violaciones, por lo que arriesga la democracia<sup>143</sup>.

Dejar sin castigo a los autores de crímenes es dejarlos vigentes, actuando en la sociedad. Al no haber sido despojados de sus recursos ni haberseles hecho abandonar sus propósitos, sus criterios ilegales continúan y se refuerzan, se vuelven más arrogantes, más osados, intocables. La impunidad les siembra la confianza de repetir su proceder e implantar tanto en ellos como en sus víctimas la ilusión perversa de que cualquier cosa es posible<sup>144</sup>.

Los mecanismos judiciales no siempre se refieren únicamente al proceso penal o criminal, sino que incluye también las demandas civiles independientes a la persecución penal y las cortes internacionales<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> DE ROUX RENGIFO, CARLOS VICENTE, voto parcialmente disidente en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loaiza Tamayo, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Op Cit, página 1.

<sup>142</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 47.

<sup>143</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 39.

<sup>144</sup> ROBLES MONTOYA, JAIME, *El poder oculto*, primera edición, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2002, página 208.

<sup>145</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 47.

Adicionalmente existen una serie de procesos alternativos al proceso penal que los pueblos han encontrado para el esclarecimiento de la verdad, particularmente en escenarios de transición.

Los Principios de Chicago sobre Justicia Posconflicto son orientativos de algunas de las estrategias que los Estados pueden adoptar para evitar la repetición de hechos de violencia masiva. Estos principios comprenden: a) la investigación de los hechos del pasado; b) la creación de comisiones de la verdad y publicación de sus informes; c) otorgar reparaciones integrales a las víctimas, tanto en lo individual como en lo social; d) inhabilitación y sanciones administrativas a los perpetradores; e) restitución de la memoria histórica (difusión); f) enfoque hacia poblaciones en condición de vulnerabilidad; g) reformas institucionales y buen gobierno<sup>146</sup>.

Uno de los mecanismos más comunes de no repetición de los crímenes masivos en escenarios de transición son las comisiones de la verdad.

Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico; y a la vez son un mecanismo no procesal, que emite conclusiones y recomendaciones cuya naturaleza jurídica es objeto de debate, particularmente en cuanto a la relación jurídica entre las comisiones de la verdad y los tribunales penales<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Los Principios de Chicago sobre Justicia Posconflicto son criterios para el esbozo de estrategias que permitan enfrentar las atrocidades ocurridas en una sociedad y alcanzar su democratización. Ver CUÉLLAR MARTÍNEZ, BENJAMÍN, *Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador*, en *Transiciones en Contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010, página 402.

<sup>147</sup> Las comisiones de la verdad tienen los siguientes objetivos: 1) Establecer un registro autorizado de los abusos, lo que contribuye a la educación del público, a fortalecer el Estado de derecho y eventualmente, a impedir abusos futuros. 2) Contribuir a la recuperación psicológica de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familias, mediante el reconocimiento de su sufrimiento, dándoles un sentido de dignidad y autonomía, ayudando a resolver los casos dudosos y apelando la participación de los ciudadanos en su labor. 3) Promover la justicia mediante la imposición de la condena moral y sentar las bases para otras sanciones, especialmente si se asigna la responsabilidad individual por los abusos. 4) Demostrar que los derechos humanos son una prioridad para el régimen sucesor; construir la legitimidad de las instituciones nacionales mediante la fiscalización de sus actividades, la propuesta de las reformas necesarias y el descredito de los perpetradores. 5) Establecer responsabilidades y abordar el conflicto desde un enfoque más amplio, como el contexto histórico y político de los abusos y hacer recomendaciones para prevenir su repetición. 6) A falta de un sistema jurídico eficaz e imparcial y confrontado un régimen con la escasez de recursos disponibles, el establecimiento de una comisión de la verdad se puede lograr con relativa rapidez y facilidad en comparación con la reconstrucción a gran escala del poder judicial. SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer*

Las comisiones de la verdad tienen las siguientes características: a) se centran en el pasado; b) investigan un patrón de abusos cometidos a lo largo de un período, en vez de un suceso concreto; c) son un organismo temporal que culmina su labor presentando un informe; d) tiene el aval o autorización estatal para acceder a fuentes de información oficial<sup>148</sup>.

Desde 1974 se han establecido 21 comisiones de la verdad por todo el mundo<sup>149</sup>. Lo atractivo de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados. Fueron preferidas en Latinoamérica, debido a que los regímenes predecesores desaparecieron personas u ocultaron información sobre su política persecutoria, en contraste con el poco interés que generaron en Europa del Este, donde más que buscar una historia oficial se buscaba garantizar el acceso a los archivos históricos<sup>150</sup>.

Otro modelo alternativo de reproche social lo constituyen los Juicios por la Verdad de Argentina. Los juicios por la verdad son procedimientos judiciales que se desarrollaron asumiendo una finalidad reconstructiva declarativa, en cuanto habilitaron la investigación judicial del destino final y de las circunstancias de la desaparición de personas entre 1976 y 1983 sin fines punitivos<sup>151</sup>.

---

*justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, páginas 15, 38 y 68. Argentina estableció la primera comisión oficial transicional de investigación de la era moderna. Si bien era una comisión de verdad, su objetivo no era la reconciliación sino fue la primera fase de la justicia argentina posterior a la junta, tras el colapso del régimen militar después de la derrota de guerra de Las Malvinas. Sobre las comisiones de la verdad ver también TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, página 11 de la traducción. También BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 477.

<sup>148</sup> HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 41.

<sup>149</sup> ÍDEM, página 41.

<sup>150</sup> TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Op Cit, página 11 de la traducción.

<sup>151</sup> DUFFY, MARIA VIRGINIA, *Fines y límites de la justicia penal en el ámbito de la Justicia Transicional. Análisis y propuestas desde la experiencia argentina*, Trabajo Final del Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2010, página 8.

El mecanismo denominado lustración, *vetting*, inhabilitación, revisión de antecedentes o purificación<sup>152</sup> es otra alternativa de reproche social, con antecedentes muy remotos<sup>153</sup>. que consiste en inhabilitar para el ejercicio de cargos públicos a agentes del antiguo régimen que son responsables de represión. Es una medida no judicial que demuestra la voluntad política de eliminar su poder, impidiendo su presentación a las elecciones o la obtención de puestos de responsabilidad política<sup>154</sup>; o incluso permitiendo su destitución de cargos públicos<sup>155</sup>.

En la implementación de este mecanismo de rendición de cuentas, es aún punto de discusión el uso de de la información producida por las comisiones de la verdad, en la revisión de casos administrativos y la eventual depuración de oficiales y miembros del gobierno anterior, en el caso que sean encontrados culpables de los abusos<sup>156</sup>.

Este mecanismo es útil cuando los responsables de atrocidades todavía mantienen poder y buscan preservar su sitio después de una transición. El *vetting* permite limitar las perspectivas políticas de estas personas, como una forma de sanción social y como una garantía de no repetición de los hechos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto a otras formas de reparación tales como medidas de carácter

---

<sup>152</sup> En algunos países de Europa del Este se ha empleado el mecanismo que denominan purificación para separar de la función pública a personas vinculadas con regímenes opresores. Ver HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 39.

<sup>153</sup> En Atenas del año 403 a.C., luego de una amnistía posterior al derrocamiento de la oligarquía, se consideró un impedimento para desempeñar cargos públicos el haber sido miembro de la Caballería o del Consejo del régimen anterior. Ver ELSTER, JON, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, página 39.

<sup>154</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 36.

<sup>155</sup> En El Salvador, la Comisión de la Verdad recomendó la destitución de funcionarios civiles de la administración pública y la judicatura por el encubrimiento de violaciones de derechos humanos o por incumplir sus obligaciones de investigar y sancionar a los perpetradores. Ver CUÉLLAR MARTÍNEZ, BENJAMÍN, *Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador*, en Transiciones en Contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada, publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010, página 414.

<sup>156</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 39.

legislativo y reforma al pensum educativo de las fuerzas de seguridad del Estado como garantías de no repetición<sup>157</sup>.

El conocimiento de la verdad de los hechos es otra garantía de no repetición. El propósito de saber la verdad es crear una conciencia popular sobre lo acontecido y con ello sensibilizar sobre las posibilidades en el futuro de que ello no vuelva a suceder<sup>158</sup>.

Conocer y difundir la verdad es una forma de restitución de la memoria histórica. Ésto puede realizarse incluyendo la historia de la represión en el pensum educativo en todos los niveles y otros programas serios para la difusión de la verdad<sup>159</sup>; por medio de la creación de archivos históricos<sup>160</sup>.

La ciudadanía debe estar bien informada para reconocer cualquier indicio de retorno a un régimen represivo, para resistirse a él, lo que resalta una vez más la necesidad de conocer el pasado. Se requiere la transformación de aquellas instituciones en las que hayan tenido lugar los abusos, como la policía, el ejército y el sistema judicial<sup>161</sup>; así como el cese de medidas relacionadas con la represión, tales como la anulación de sentencias dictadas por tribunales represivos y el retiro de símbolos represivos<sup>162</sup> incluyendo el retiro de subvenciones<sup>163</sup>.

<sup>157</sup> En el Caso del Caracazo se hace referencia a la necesidad de incorporar reformas educativas para incluir la protección de los derechos humanos a los programas de estudio de las academias militares, policiales y en general, a todos los centros de formación, como asignaturas obligatorias. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo, Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95, párrafos 112, 120 y 143.4. En el Caso Trujillo Oroza se analizó la adecuación de la legislación interna de los Estados para tipificar penalmente conductas tales como la desaparición forzada de personas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C, Número 92, párrafos 94 al 98.

<sup>158</sup> PARRA, JORGE, *Verdad y reparación*, en *Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad*, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010, página 187.

<sup>159</sup> CUÉLLAR MARTÍNEZ, BENJAMÍN, *Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador*, en *Transiciones en Contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010, página 416.

<sup>160</sup> En España, por ejemplo, se creó el Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil en Salamanca, a disposición de los interesados, con el fin de fomentar la investigación sobre la Guerra Civil y el franquismo. Ver GIL GIL, ALICIA, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009 página 81.

<sup>161</sup> HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 60.

<sup>162</sup> El autor hace referencia a la experiencia española y la anulación de sentencias dictadas durante la Guerra Civil y la Dictadura y el retiro de toda simbología franquista. Ver SAUCA CANO, JOSÉ MARÍA, *El derecho*

En España, como una medida simbólica de reparación, una ley declaró la ilegitimidad de los tribunales franquistas constituidos para imponer sanciones por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, así como la ilegitimidad de las propias condenas y sanciones, a las que calificó de injustas<sup>164</sup>. SAUCA CANO considera que este tipo de medidas tiene por objeto evitar toda exaltación de la sublevación militar o de la represión, viniendo a formara parte de la reparación moral de las víctimas<sup>165</sup>.

LOUIS JOINET profundiza en las medidas simbólicas en la reparación moral, principalmente en cuando se introduce el concepto de reparación moral a nivel colectivo, como en el caso de delitos sin víctima determinada que afectan a toda la comunidad, casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y similares; refiriéndose en este último caso a las medidas simbólicas que producen el efecto deseado en el dolor moral de las víctimas, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas y la construcción de monumentos<sup>166</sup>.

Los rituales de sanación son importantes en todas las culturas, particularmente en las culturas indígenas, donde el rito tiene además la función de ahuyentar el trauma del cuerpo<sup>167</sup>.

---

*ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008, página 80.

<sup>163</sup> GIL GIL, ALICIA, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, página 81.

<sup>164</sup> ESCUDERO ALDAY, RAFAEL, *La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sentencias*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008, página 209.

<sup>165</sup> El autor hace mención la Ley de la Memoria Histórica de España en cuanto a símbolos y monumentos tales como el Valle de los Caídos. Ver SAUCA CANO, JOSÉ MARÍA, *El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008, página 91.

<sup>166</sup> JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 del 2 de octubre de 1997, 49º período de sesiones, tema 9 del programa, párrafo 42.

<sup>167</sup> Para los pueblos indígenas el sufrimiento traumático se revela como “enfermarse” provocando reacciones psicósomáticas. Dentro de la cultura maya, el trauma es definido como “susto”, que hay que ahuyentar del cuerpo, de ahí la importancia de los rituales de sanación. Ver CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 20.

También se pueden implementar medidas de beneficio a la comunidad afectada, tales como la habilitación de una escuela; o medidas tales como una campaña de prevención de lesiones a bienes jurídicos colectivos determinados, como el medio ambiente y otros. Algunos Estados han optado también por adoptar medidas de reparación o políticas públicas orientadas a poblaciones en condición de vulnerabilidad por el conflicto<sup>168</sup>.

Sobre modelos de asistencia especializada para víctimas de determinados delitos o determinados grupos de víctimas puede hablarse de servicios de apoyo especialmente preparado mediante los servicios públicos nacionales o mediante el reconocimiento y financiación de organizaciones de apoyo a las víctimas<sup>169</sup>, lo que debe incluir servicios de rehabilitación, reinserción social y gastos asociados con las consecuencias de la violencia política<sup>170</sup>.

Los mecanismos de reforma institucional son un componente propio en los contextos de justicia de transición, como forma de prevenir futuras violaciones de derechos humanos; consistiendo en reformar aquellas instituciones que en alguna medida sustentaron la arbitrariedad. Las líneas de acción habituales son esencialmente tres: a) La reforma de la estructura y funciones de los órganos constitucionales, así como la creación de instituciones específicas para la promoción de los derechos humanos; b) la reforma del ordenamiento jurídico y el fortalecimiento del Estado de derecho; y c) la reforma del personal vinculado a las instituciones estatales<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> CUÉLLAR MARTÍNEZ, BENJAMÍN, *Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador*, en *Transiciones en Contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010, página 418. Esta medida española, sin embargo, no ordena la revisión de estas decisiones o declara su nulidad, sino solo su “injusticia” o “ilegitimidad”. Ver GIL GIL, ALICIA, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, página 76.

<sup>169</sup> SANZ HERMIDA, ÁGATJA MARÍA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 109.

<sup>170</sup> NADAL, OCTAVIO; PIROTTO, EDUARDO; ROBAINA, MARÍA CECILIA; *Acompañamiento psicosocial en procesos de exhumaciones de detenidos-desaparecidos, Caso Uruguay*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 211.

<sup>171</sup> BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 162.



Para MADARIAGA y BRINKMANN, dentro de los mecanismos que pueden seguirse para reparar la carga traumática de las víctimas, se encuentran la anulación de leyes que permitan la impunidad y obstaculicen la búsqueda de la verdad de los casos de desaparición forzada; el impulso a dichos procesos judiciales; la investigación de las identidades de las osamentas usando un protocolo para el manejo de restos humanos; y finalmente, consideran que la participación directa de los familiares de las víctimas en proyectos para reparar el daño, en forma de una participación real y no formal<sup>172</sup>.

Los pueblos han encontrado muchas alternativas para contrarrestar la impunidad, también por medio del arte (cine, escultura) y otras manifestaciones. Por ejemplo, varios municipios de Buenos Aires, han declarado personas *non gratas* a militares de la dictadura; son habituales actos públicos denominados “*escraches*” o actos públicos para avergonzar o repudiar en los cuales se denuncia en voz alta a represores públicos<sup>173</sup>. Los mecanismos para avergonzar o repudiar no son exclusivos de experiencias transicionales. En el derecho maya el rol de la vergüenza pública es fundamental y se utiliza con fines de prevención o garantía de no repetición<sup>174</sup>.

Pero la verdadera garantía para la no repetición de los hechos es solucionar los conflictos que los provocaron. Con el correr de los años los conflictos reaparecen cuando no se resuelven los problemas que los originaron<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> MADARIAGA, CARLOS; BRINKMANN, BEATRIZ, *Identidad y retraumatización. Particularidades del proceso de exhumaciones vivido en Chile desde la mirada de un organismo de derechos humanos, Caso Chile*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, páginas 138 y 139.

<sup>173</sup> BARAHONA DE BRITO, ALEXANDRA, *Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur*, en Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias, Colección Fundamentos No. 207, Ediciones del Istmo, Madrid, 2002, página 240.

<sup>174</sup> Puede verse el capítulo relativo a la reparación en el derecho indígena. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 44.

<sup>175</sup> LIRA KORNFELD, ELIZABETH, *Guerra psicológica: intervención política de la subjetividad colectiva*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 143.

### 3. Naturaleza Jurídica de la Reparación

#### 3.1 Improcedencia del término “responsabilidad civil”

La discrepancia existente acerca de si la reparación del daño producido por el delito tiene naturaleza penal o civil, se ha dado desde el antiguo derecho penal romano, donde se distinguió entre la *crimina publica*, objeto de un procedimiento a cargo de un magistrado investido de la jurisdicción criminal, y la *delicta privata* u ofensas a particulares, perseguidas a instancias de éstos, en virtud de un proceso civil conducente a señalar una indemnización. Dichos *delicta privata*, en los supuestos más graves, eran tratados en la jurisdicción criminal, en virtud de un procedimiento llamado *extra ordinem*<sup>176</sup>. Como puede observarse, desde el Imperio Romano, el umbral entre los *crimina publica* y los *delicta privata* ha sido tenue. La tradición jurídica española no ha escapado a la confusión<sup>177</sup>. En los primeros tiempos del derecho español, la sanción del delito estuvo en manos del ofendido, sirviendo al mismo tiempo de castigo al culpable y de satisfacción al perjudicado<sup>178</sup>.

En la legislación histórica española se estableció desde las Partidas, la obligación jurídico-penal de reparar los daños causados por el delito; en el derecho germano, en ocasiones no era posible distinguir qué es lo que se pagaba en concepto de indemnización y qué es lo que se pagaba en concepto de pena<sup>179</sup>, porque no existía una clara diferenciación entre la pena y la reparación del daño producido por el delito<sup>180</sup>. Con el advenimiento del Estado liberal, el delito deja de ser una cuestión entre particulares para convertirse en un objeto de interés público<sup>181</sup>. La víctima pierde su poder de disposición en el derecho penal, cuando la facultad de acusar

<sup>176</sup> ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Akal Iure, Madrid, 1986, página 55.

<sup>177</sup> COLOMA CHICOT, JOSÉ ALBERTO, *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, página 19.

<sup>178</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causada por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 87.

<sup>179</sup> Sobre el derecho español y germano ver PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Parte General, Séptima Edición, Mateu Cromo, España, 1988, página 707.

<sup>180</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 1996, página 145.

<sup>181</sup> QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 2.

pasa a manos del fiscal y la de instrucción a manos del juez; mientras que la reparación se sumió en el olvido al instituirse la pena de multa a favor del Estado<sup>182</sup>.

Con el devenir histórico del derecho penal, la discrepancia sobre la naturaleza jurídica de la reparación del daño producido por el delito no se aclara, sino por el contrario, se profundiza, sobre todo cuando la discusión sobre la reparación gira ya no sólo en cuanto a su naturaleza, sino sobre su carácter de consecuencia autónoma del delito.

En el ordenamiento jurídico español, el problema respecto a la naturaleza jurídica de la reparación, contiene como elemento adicional el que la llamada responsabilidad civil derivada del delito esté regulada dentro del Código Penal. Esto se debe, según ROIG TORRES, a la creencia de que tanto la responsabilidad civil como la penal tenían un fin retributivo común, lo que favoreció la regulación de la responsabilidad civil en el texto punitivo; y agrega que su regulación en el Código Penal, no es más que un aspecto formal, lo cual no prejuzga en absoluto la naturaleza del contenido sustantivo de la norma<sup>183</sup>; lo que para un sector de la doctrina se debe a razones históricas, pues al promulgarse el primer Código Penal Español, en 1822, no existía norma civil codificada que regulara los efectos civiles de un acto ilícito, siendo necesario hacerlo en ese entonces<sup>184</sup>. Con la posterior promulgación del Código Civil este aspecto no volvió a regularse para evitar una duplicidad normativa.

Para otro sector de la doctrina, en la legislación española vigente está clara la naturaleza penal que se le atribuye a la reparación, aunque se le llame indistintamente reparación o responsabilidad civil, tanto por su regulación dentro del Código Penal<sup>185</sup>, por los efectos penales que produce, como la atenuación de la

---

<sup>182</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 17.

<sup>183</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causada por el delito* Op Cit, páginas 87 y 91.

<sup>184</sup> En GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 9.

<sup>185</sup> En GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 9.

pena previa satisfacción de la reparación<sup>186</sup>; así como por el contenido de los diversos artículos del código penal español que hacen referencia a esta institución<sup>187</sup>.

En la doctrina penal se mantienen tres posturas en cuanto a la llamada responsabilidad civil derivada del delito. Un sector invoca su naturaleza penal; otro subraya su inequívoca naturaleza civil, a pesar de la fuente de la misma y su regulación en los códigos penales; y un último sector le otorga una naturaleza mixta. La opinión mayoritaria suele distinguir entre su estructura “civil” y el régimen *sui*

<sup>186</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976, páginas 26 a 29.

<sup>187</sup> El artículo 21 numeral 5 se considera a la reparación del daño o a la disminución de sus efectos, una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal; en el artículo 80 numeral 3 se indica que la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil del delito o falta.

El artículo 88 numeral 1 establece que el esfuerzo del reo para la reparación del daño es una de las circunstancias a tomar en cuenta para sustituir las penas privativas de libertad; el artículo 90 numeral 1, inciso c) se establece que la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito es un requisito para que pueda otorgarse libertad condicional al reo que haya observado buena conducta y sobre el cual exista un pronóstico favorable de reinserción social; el artículo 91 numeral 2 establece que, en ciertos casos, podrá adelantarse la concesión de libertad condicional cuando se acredite, entre otras cosas, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas. El Código Penal dedica todo el Título V (artículos 109-128) a la responsabilidad civil, llamándola acertadamente reparación en muchos de ellos; el artículo 109 establece que de la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta surge la obligación de reparar los daños y perjuicios; el artículo 110 establece el contenido de la reparación; artículo 111 establece en qué consiste la restitución y regula el derecho de repetición; artículo 112 indica que la reparación del daño puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, abriendo la puerta a entender la reparación en un sentido amplio, como se pretende hacer en este estudio.

El artículo 113 indica que el titular de la reparación no es únicamente el agraviado, sino también familiares y terceros; el artículo 114 modera el importe de la reparación atendiendo a la conducta de la víctima en la producción del daño; el artículo 115 establece la obligación de los jueces de fundamentar de manera razonada sus resoluciones en cuanto a la cuantía de los daños; artículo 116 establece que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y establece el tipo de responsabilidad civil, solidaria o subsidiaria, de los demás partícipes del delito, así como el derecho de repetición entre ellos. El artículo 118 establece que la exención de responsabilidad criminal en casos en que se excluye la culpabilidad o la antijuridicidad no excluye la responsabilidad civil, e indica como debe tratarse en cada supuesto; el artículo 119 concede competencia al juez penal, en los casos del artículo anterior, para fijar la responsabilidad civil a menos que se haga reserva de la acción para tramitarla por la vía civil. El artículo 120 establece como se transfiere la responsabilidad civil a los padres o tutores de los inimputables y la responsabilidad civil de las personas jurídicas; artículo 121 establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos por los daños ocasionados por delito doloso, por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo; el artículo 122 establece la obligación de reparar al partícipe de los efectos de un delito, cuando lo fuera a título lucrativo. El artículo 125 establece la posibilidad de fraccionamiento del pago de las responsabilidades civiles cuando los bienes del responsable civil no las satisfagan; el artículo 126 establece el orden de cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias, otorgando el primer lugar a la reparación del daño e indemnización de perjuicios; los artículos 127 y 128 establecen la pérdida de los efectos del delito, instrumentos con los cuales se haya ejecutado y las ganancias provenientes del delito para cubrir las responsabilidades civiles, o la posibilidad de no decretar el comiso o decretarlo parcialmente cuando dicha responsabilidad hubiera sido satisfecha. El artículo 136 numeral 2 inciso 1, establece la satisfacción de la responsabilidad civil como un requisito para la cancelación de antecedentes delictivos al extinguirse la responsabilidad penal.

*generis* que instrumentan sistemas procesales como el español, acumulando ambas pretensiones: la penal y la civil<sup>188</sup>.

Para tratar de tomar una postura respecto a esta controversia, es necesario separar cada uno de los elementos que nos pueden llevar a ubicar a la “responsabilidad civil” derivada del delito, si es que podemos seguir llamándola de esa manera, dentro del derecho civil o dentro del derecho penal; y de averiguar si estamos hablando de la misma institución jurídica dentro de ambas ramas del derecho.

En primer lugar, definamos lo que debemos entender por responsabilidad civil. Según CLARA ASÚA, responsabilidad civil significa la sujeción a una obligación de indemnizar el daño causado<sup>189</sup>. PUIG PEÑA define la responsabilidad civil derivada del delito como la obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con el mismo, de indemnizar a la víctima del delito por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible<sup>190</sup>; que en el derecho español comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios<sup>191</sup>.

Parte del problema proviene del mal uso del término “responsabilidad civil”. La confusión se debe, en gran medida, a lo inadecuado de esa nomenclatura<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza*, en De Las Penas, BAIGÚN, GARCÍA-PABLOS, ZAFFARONI Y PIERANGELI, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, página 242; también RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *El consenso en el proceso penal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997. ROIG TORRES señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha señalado que la responsabilidad civil derivada del delito es una institución de naturaleza civil, cuya posible exigencia en el proceso penal responde principalmente a la finalidad de favorecer a la víctima, simplificándole los trámites necesarios para obtener la reparación. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, publicación de Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 100.

<sup>189</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad Civil*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Segunda Edición, Marcial Pons, Barcelona, 1998, página 456.

<sup>190</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Mateu Cromo Artes Gráficas, España, 1988, página 707.

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Graficas Carasa, Madrid, 1979, página 955.

<sup>192</sup> También se pronuncian sobre la improcedencia del nombre “responsabilidad civil” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, FERRÉ OLIVÑE, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 166.

El uso del término “responsabilidad civil” derivada del delito no es intrascendente, y oculta una confusión de la responsabilidad con la imputabilidad del efecto por el que se responde, cuando lo que en verdad ocurre es que del comportamiento dañoso no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación cuya prestación es la de reparar<sup>193</sup>.

Ya KELSEN al desarrollar su Teoría Pura del Derecho sostiene que muchas veces la obligación jurídica de un individuo, de reparar los daños materiales o morales causados, es interpretada como una sanción, y en consecuencia, esa obligación es designada responsabilidad, es decir, se confunde el concepto de obligación, de responsabilidad y de sanción. La sanción no es en sí misma una obligación sino una consecuencia, es decir, es el acto coactivo que una norma enlaza a determinada conducta. La responsabilidad no es una obligación jurídica, sino la relación del individuo, contra el cual se dirige la consecuencia (sanción), con el hecho generador, en este caso, el delito cometido. Obligación es una norma jurídica positiva que ordena la conducta de ese individuo al enlazar con el comportamiento contrario una sanción<sup>194</sup>. La obligación es el deber jurídico de un sujeto de realizar una prestación a favor de otro, que ostenta el poder de exigírsela, por lo que ofrece siempre una correlación entre un deber y un derecho. La obligación es una relación bilateral consistente en una obligación de dar y un derecho de recibir, y la responsabilidad es una relación de sujeción de una persona, patrimonio o cosa al poder de quien tiene el derecho de reclamarlo<sup>195</sup>. Aún cuando puedan concurrir y coincidir, son perfectamente distinguibles.

---

<sup>193</sup> SAINZ-CANTERO indica que del delito nace, conforme al derecho civil, una obligación: reparar el daño injustamente causado es una deuda, no el contenido de un tipo de responsabilidad; y del cumplimiento de esa deuda se responde. La responsabilidad civil delictual no es la sanción del ordenamiento al que ha incumplido el deber general de no dañar, la responsabilidad en las relaciones obligatorias, como en la que nace si se produce un daño atribuible al sujeto, es el sometimiento al poder coactivo del acuerdo de un débito, en este caso, el deber de reparar, no el deber de responder. Esta última apreciación permite subrayar que la consideración en sí misma de la responsabilidad desligada de la deuda de reparar el daño, puede vincularse a la concepción patrimonialista de la obligación, que prescinde de la idea de deber jurídico que incumbe al deudor, y que sin embargo se mostrará particularmente relevante al analizar la obligación nacida del delito o falta. Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, páginas 38 y ss.

<sup>194</sup> KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, página 137.

<sup>195</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1994, páginas 10 y 21.

Obligación	Responsabilidad	Sanción
Norma jurídica que ordena determinada conducta. Imperativo.	Relación de un individuo con un acto o hecho. Vínculo.	Acto coactivo que una norma enlaza a determinada conducta. Consecuencia.

Si la responsabilidad es la relación entre el hecho y el individuo a quien se le imputa, entonces, la responsabilidad (relación) será de naturaleza civil si el hecho generador es un ilícito civil, y de naturaleza penal si el hecho generador es un delito. Entonces, si partimos de que la responsabilidad es una relación o vínculo entre un sujeto y un delito, que tiene una naturaleza penal, no debiera llamársele responsabilidad civil derivada del delito, sino en el mejor de los casos, responsabilidad penal derivada del delito.

Del delito nace, conforme al derecho civil, una obligación: reparar el daño injustamente causado es una deuda, no el contenido de un tipo de responsabilidad; y se responde por el cumplimiento de esa deuda. La responsabilidad civil delictual no es la sanción del ordenamiento al que ha incumplido el deber general de no dañar, sino que, la responsabilidad en las relaciones obligatorias, como en la que nace si se produce un daño atribuible al sujeto, es el sometimiento al poder coactivo del acuerdo de un deber, en este caso, el deber de reparar, no el deber de responder. Esta última apreciación permite subrayar que, la consideración en sí misma de la responsabilidad desligada de la deuda de reparar el daño, puede vincularse a la concepción patrimonialista de la obligación, que prescinde de la idea de deber jurídico que incumbe al deudor, y que sin embargo, se mostrará particularmente relevante al analizar la obligación nacida del delito o falta<sup>196</sup>.

Entonces, diremos que la responsabilidad civil es la relación que existe entre un hecho y el sujeto al cual se le imputa el mismo. Al hablar de responsabilidad civil, tendríamos que afirmar que el hecho es de naturaleza civil, naturaleza que no puede afirmarse cuando el hecho es un delito, pues lo que allí se da es una responsabilidad penal de un sujeto (relación imputado-delito). Para la doctrina

<sup>196</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 39.

mayoritaria tanto civilista como penalista, como consecuencia del delito o falta no nace una responsabilidad, sino una obligación: la obligación de reparar todos los efectos causados por el hecho, como restablecimiento del orden jurídico perturbado<sup>197</sup>. La obligación de reparar también está reconocida como uno de los principios fundamentales del derecho internacional público sobre la responsabilidad de los Estados<sup>198</sup>.

### 3.2 Distintas obligaciones, distintas pretensiones

Como ya se apuntó, tradicionalmente se considera a la responsabilidad civil como la obligación de cubrir los daños y los perjuicios que surgen de un hecho; es decir, la relación entre unos daños-perjuicios y un hecho. De acuerdo a la doctrina, este hecho tiene su nacimiento en un ilícito, derivado del incumplimiento de un contrato, cuasicontrato u otra conducta que haya producido un daño, incluso del daño producido por delito. Su fundamento se encuentra en los principios *todo daño debe indemnizarse* y de *alterum non ledere*<sup>199</sup>, no dañar a otro.

Por otro lado, tenemos al delito. El delito también acarrea un daño, pero éste no es abordado de la misma forma que el daño que tiene su nacimiento en un ilícito civil, pues lo que interesa al derecho penal es la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan, que tradicionalmente se

<sup>197</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 4. También SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 6. En contra se manifiesta VÁZQUEZ SOTELO, quién afirma que del delito lo único que se deriva es la imposición de la pena y que el deber de repara el mal causado tiene un origen anterior: aquel hecho que la ley penal tipifica es un hecho civilmente ilícito, y lo es con independencia de que la ley penal también lo contemple como delito. Afirma que el deber de indemnizar surge de cualquier ilícito, independientemente de su naturaleza civil, penal, mercantil u otra. VÁZQUEZ SOTELO, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 107.

<sup>198</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95, párrafo, 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, Número 92, párrafo 60; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, Número 91, párrafo 38. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, Número 112, párrafo 258.

<sup>199</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 371.



centran en la sanción. Sin embargo el principio de que todo daño debe indemnizarse, no es exclusivo del derecho civil ni excluye los daños producidos por el delito; más aún, parece irónico que los daños que se originan de ilícitos civiles produzcan consecuencias resarcitorias mientras que los daños que se originan del delito, que se encarga de las formas de ataque más graves a los bienes jurídicos más importantes, queden fuera de esta protección.

Entonces estamos hablando de dos hechos distintos, un daño producido por un ilícito civil, y un delito. ¿Estamos hablando de la misma responsabilidad? ¿Es la misma obligación de reparar? ¿Es la misma pretensión reparadora?

El delito además de un ilícito penal constituye un ilícito civil<sup>200</sup>, por lo que se dan dos pretensiones, una civil y una penal y de allí se fundamenta el nacimiento de la llamada responsabilidad civil derivada del delito.

Respecto a este punto, en el sector doctrinal existen dos posturas:

- a. La teoría que entiende que no existen dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes entre sí, sino una única pretensión resarcitoria, la de la indemnización de los daños ocasionados, independientemente de si se reclama por la vía civil o penal, configurando los dos conjuntos normativos en cuestión un simple concurso de leyes<sup>201</sup>.

<sup>200</sup> MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, página 137.

<sup>201</sup> Es la tesis de la *Anspruchsnormenkonkurrenz*, dominante en la doctrina alemana, citado por LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 174. BARRIENTOS considera que se trata de una sola pretensión, responsabilidad civil, tan civil y tan pura en el caso de que el daño haya sido causado con ocasión de un delito o falta, como en el caso que no haya sido así. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 54 y 180. ALASTUEY afirma que la obligación de resarcir que genera la responsabilidad civil derivada del delito no se diferencia ni en su esencia ni en su contenido de la que se deriva de la culpa o negligencia no punible. ALASTUEY DOBÓN, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 398.

- b. La tesis que sostiene que se trata de dos pretensiones distintas y jurídicamente autónomas, tanto en su contenido, fundamento y funciones<sup>202</sup>.

En este estudio nos inclinaremos por la tesis que afirma que se trata de dos pretensiones independientes, es decir, no se trata de trasladar la responsabilidad civil al derecho penal<sup>203</sup>, sino que estamos hablando de distintas obligaciones, de dos pretensiones diferentes, pues por mucho que las dos esferas cuenten con conceptos comunes, son dos acciones con distinta naturaleza y fundamento, además de distinto procedimiento y prescripción, pero sobre todo, respecto a los fines que busca alcanzar, pues la reparación busca satisfacer más allá que los intereses privados, busca cumplir con los fines y funciones del derecho penal. La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil porque ambas no siempre coinciden, y ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales<sup>204</sup>.

El derecho comparado suele contener la posibilidad de ejercitar la pretensión reparadora dentro del proceso penal o dentro del proceso civil. La persona que sufre el daño que es ocasionado por un delito, puede optar por ejercitar su derecho de reparación dentro de la vía civil o de la vía penal. Esta dualidad, criticada por la doctrina, ha determinado que en la jurisprudencia se venga hablando de otra

<sup>202</sup> El concurso alternativo de pretensiones es denominado en el derecho alemán como la tesis de la *Anspruchskonkurrenz*. La tesis de la incompatibilidad de las pretensiones es la dominante en la doctrina y jurisprudencia francesas. La forma de reclamar las pretensiones varía según el ordenamiento jurídico del que se trate; pudiendo reclamarse por un concurso alternativo de pretensiones en que el dañado puede optar entre una u otra pretensión, pero hecha la elección, queda fijada la *causa pretendi* para los efectos procesales; o sin posibilidad de elección, mediante la tesis de la incompatibilidad de pretensiones, en los sistemas jurídicos que entienden que el ejercicio de una pretensión impide el ejercicio de la otra. Ver LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 174. Aceptan la existencia de dos pretensiones distintas autores como TAPIA, CAVANILLAS MÚGICA y ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad*, en PUIG FERRIOL, LLUIS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Segunda Edición, Marcial Pons, Barcelona, 1998, página 457. Incluso hay autores que se pronuncian sobre la distinción de pretensiones en materia contenciosa administrativa, ver PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, páginas 15 y ss. La única acción civil ejercitable en el proceso penal es aquella que se deriva exclusivamente de un hecho tipificado penalmente; en cambio, en la jurisdicción civil sí cabría ejercitar ambas aún de forma acumulada. Ver SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 49.

<sup>203</sup> SANTOS BRIZ, indica que se trata de un traslado, debido a las implicaciones individuales y sociales, más complejas en nuestros días, o de una tendencia más avanzada que pretende trasladar la responsabilidad civil del derecho privado al derecho público. SANTOS BRIZ, JAIME, *La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Cuarta Edición, Montecorvo, Madrid, 1986, página 9.

<sup>204</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en La mediación penal, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 95.

responsabilidad derivada del delito con fundamento, naturaleza jurídica y finalidad diferentes a los de la responsabilidad civil que no deriva de un delito<sup>205</sup>.

No encontramos problemas con la pretensión reparadora de un hecho que constituye un ilícito civil, sin ninguna relación con un delito. Allí estamos en el campo puramente civil. El problema aparece cuando la pretensión nace por el daño ocasionado por un delito, cuando ese daño es al mismo tiempo tutelado por el derecho penal y un ilícito civil.

En esos casos, la pretensión de obtener una compensación por el daño recibido, puede nacer tanto del derecho penal como del civil, porque existen dos tipos de responsabilidad por dicho daño o lesión, aunque con perfiles difusos, a pesar de la separación legislativa de dos regímenes distintos de responsabilidad, por lo indeterminado del criterio de intervención de una u otra, o de la delimitación del campo propio de una y otra. Ello se debe a que la relación daño-persona que lo causa y la relación daño-persona que lo sufre, puede configurarse tanto dentro de una relación civil como penal y no son excluyentes entre sí, pudiendo concurrir. Es por eso que la persona que ha sido dañada dispone, por los mismos hechos y respecto al mismo daño, de dos pretensiones reparadoras distintas, que puede plantear tanto en la vía civil como en la penal. En la doctrina esta concurrencia de dos pretensiones es denominada tesis de la opción o tesis de la acumulación, que se basa en la existencia de una zona mixta en la que convergen dichas pretensiones, entendiéndose que no pueden acumularse dos indemnizaciones por un mismo daño; por eso, en términos procesales, se acepta la existencia de dos acciones distintas, la civil y la penal, que en realidad no se acumulan, sino que concurren<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad*, en PUIG FERRIOL, LLUIS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Op Cit, página 460.

<sup>206</sup> Este criterio es sostenido también por TAPIA y por CAVANILLAS MÚGICA, citados por CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ, en PUIG FERRIOL, LLUIS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 457.

Aunque en la doctrina no existe unanimidad para separar la responsabilidad civil y la reparación, autores como SANTOS BRIZ incluso llegan a señalar principios para dar tratamiento a estas dos instituciones<sup>207</sup>:

- a. *Cada uno de los supuestos generadores de responsabilidad son entre sí equivalentes, en el sentido de que cada uno constituye fundamento suficiente para la responsabilidad.*
- b. *Basándose ambas acciones en el mismo hecho, pretendiendo ambas acciones la misma finalidad (obtener indemnización) y versando entre las mismas personas, la resolución judicial acerca de una producirá efectos de cosa juzgada en cuanto a la otra.*
- c. *La doctrina dominante admite que cualquier fundamento de la responsabilidad (contrato o delito) produce una pretensión autónoma, y que estas diversas pretensiones, aunque dirigidas a la misma finalidad (indemnización) hasta su cumplimiento, son entre sí independientes, pueden ser ejercitadas independientemente e incluso cedidas o condonadas en particular.*

En el caso de que exista alguna controversia en cuanto al ejercicio penal o civil de la pretensión resarcitoria, la doctrina resuelve por el Principio de Preferencia de la Jurisdicción Penal, por las mayores garantías que el proceso penal ofrece y por la mayor importancia de los intereses que en él se ventilan<sup>208</sup>.

Otros autores incluso reconocen otras diferencias sustantivas entre las distintas pretensiones, tales como la prescripción de la acción correspondiente, la imputación de la responsabilidad por el hecho ajeno, diferencias en los casos de pluralidad de responsabilidades, que en materia penal estará fundada en el concepto de participación, el cual no conoce el derecho civil<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Op Cit, páginas 145 y ss.

<sup>208</sup> DEL MORAL MARÍN, ANTONIO; DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal (Estudio Jurisprudencial)*, Editorial Comares, Granada, sin fecha de publicación, página 17.

<sup>209</sup> Cuando el reconocimiento de la responsabilidad por el hecho ajeno proviene del delito debe establecerse con carácter subsidiario, mientras que si su origen radica en un mero ilícito civil, puede exigirse por vía de acción directa y, además, cabe con los requisitos que determina la jurisprudencia civil, que la condena tenga carácter solidario con la del propio culpable. Ver SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, páginas 44 y ss.

### 3.3 Elementos de la obligación de reparar

Existen muchas coincidencias en la esencia de los ilícitos civiles y de los ilícitos penales. El ilícito civil es una categoría abstracta y general, que sólo exige la concurrencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, unidas a la acción y producción del daño. Los delitos penales requieren, además, la concurrencia de la tipicidad y la punibilidad, es decir, estos elementos son los que separan los ilícitos civiles de los penales<sup>210</sup>.

A continuación se hará un breve repaso de los elementos de los ilícitos civiles y penales, con excepción de la punibilidad, por ser un elemento que de manera unánime se acepta como exclusivo del derecho penal<sup>211</sup>.

#### 3.3.1 La acción u omisión

Tanto el ilícito civil como el ilícito penal forman parte de una categoría conceptual más amplia, la de los actos ilícitos<sup>212</sup>. La delimitación entre ilícitos penales y civiles es a veces difusa y responde sobre todo a razones político criminales<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> ROIG TORRES cita una antigua sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo español, que se ha pronunciado en cuanto a la coincidencia esencial de la estructura de los ilícitos civiles y los ilícitos penales, indicando que “mientras el delito civil es una categoría abstracta y general, que sólo exige la concurrencia de la antijuridicidad y la culpabilidad unidas a la concreción del daño, los delitos penales constituyen especies fijas y concretas, en las que han de concurrir como elementos, además de esa antijuridicidad y esa culpabilidad, la llamada tipicidad y la punibilidad... de tal modo que, mientras todo hecho doloso o culposo, aun cuando no esté previsto especialmente por la ley, puede dar lugar a una indemnización, si produce un daño, sólo pueden ser reprimidos por una pena aquellos que, causen o no un perjuicio a otra persona, estén previstos y castigados por la ley penal”. En ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, publicación de Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 103.

<sup>211</sup> WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 13. También DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR; RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*, Parte General, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001, página 479.

<sup>212</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, publicación de Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 101.

<sup>213</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 61.

Al derecho civil le interesa que la acción u omisión haya producido un daño, independientemente de la forma en que se produjo, incluyendo aquellos cometidos de manera accidental, pues se parte del principio de que todo daño debe indemnizarse. El agente debe responder jurídicamente por las consecuencias de su actuación, relacionadas con acciones que no ha previsto y aún las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que por ello han de considerarse controlables por él<sup>214</sup>.

En el derecho penal, el primer elemento que debe configurarse es la acción u omisión, entendida como el obrar humano voluntario, objetivamente imputable, dirigido al objetivo propuesto; como comportamiento humano final y externo<sup>215</sup> y socialmente relevante<sup>216</sup>, en donde radica una nota diferenciadora, pues al derecho penal no le interesan todas las acciones, sino solamente las voluntarias y de ellas sólo las más graves, que atentan contra los bienes jurídicos que protege. Las demás acciones serán materia del derecho civil o de otras ramas del ordenamiento jurídico.

La diferencia estriba en cuanto a que en el derecho civil no importa la forma en la cual se produjo el daño, sino simplemente el daño en sí, pues ellos son la fuente de la obligación<sup>217</sup>; mientras que en el derecho penal sí importan las circunstancias que rodearon a la producción del daño. Debe resaltarse que el contenido del concepto daño en el derecho civil tiene un contenido patrimonial; mientras que en el derecho penal tiene otros elementos.

---

<sup>214</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *Op Cit*, página 462.

<sup>215</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Tercera Edición, PPU, Barcelona, 1990, página 179.

<sup>216</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Mateu Cromo, España, 1988, página 157.

<sup>217</sup> El autor cita a otros tratadistas para concluir que incluso en la responsabilidad civil derivada del delito la fuente de la obligación son los daños y no el delito. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 373.

### 3.3.2 La producción de un daño

#### a. El daño civil

Algunos autores que distinguen entre el daño criminal y el daño civil. El daño civil es la lesión de un interés individualizable y privado; mientras que el daño criminal es el ataque a bienes jurídicos protegidos por el tipo penal<sup>218</sup>.

La llamada responsabilidad civil descansa en la existencia de consecuencias lesivas de los actos. La producción del daño es un requisito necesario para la responsabilidad civil, como ya se ha expresado, y es por eso que, las conductas en las cuales se incrementa un riesgo pero no se produce un resultado dañoso, no son fuente de responsabilidad civil<sup>219</sup>. En la responsabilidad civil derivada del delito, el fundamento de la obligación es la producción de un daño, pues sin él no habría nacimiento de obligación aunque la conducta fuera delictiva<sup>220</sup>.

La responsabilidad del autor del daño no deriva de la inobservancia de su deber legal, sino del daño mismo. En el caso de los perjuicios no patrimoniales, la ilicitud de la conducta del responsable, nace del hecho de haber perjudicado a una persona con ese actuar<sup>221</sup>. Puede afirmarse que la responsabilidad civil tiene su fundamento en un daño, emana de dicho daño en sí mismo y no del hecho que produjo ese daño, siendo indiferente si la ilicitud de ese hecho se basa en una antijuridicidad civil o penal. Se funda en el principio *todo daño debe indemnizarse*. Por ello cuando se habla de responsabilidad civil se deriva del delito, se está haciendo un mal uso de la expresión, pues dicha responsabilidad no emana del delito sino del daño, no es *ex delicto* sino *ex danno*<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 65.

<sup>219</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Op Cit, página 87,

<sup>220</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 38.

<sup>221</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 53. La obligación de reparar no nace del delito, sino del acto u omisión tipificado a su vez penalmente, y más exactamente del daño ocasionado por este acto u omisión. SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 33.

<sup>222</sup> GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza*, en De Las Penas, BAIGÚN, GARCÍA-PABLOS, ZAFFARONI Y PIERANGELI, Editorial Depalma, Buenos

## b. El daño en el derecho penal

El daño criminal es el ataque a bienes jurídicos protegidos por el tipo penal<sup>223</sup>. El establecimiento del bien jurídico como punto referencial de la política criminal y como objeto material del concepto de delito, tenía la intención de servir de límite a la potestad punitiva del Estado, por medio de una concepción material que delimitara los objetos de interés del derecho penal, de aquellos netamente filosóficos, morales o que encubrieran meras pautas de conducta. Sin embargo, su desarrollo teórico ha provocado el efecto de marginar a la víctima<sup>224</sup>.

El bien jurídico no equivale al objeto material del delito, concibiéndose el primero como interés o valor distinto a la concreta realidad en que descansa, conformada por el objeto material<sup>225</sup>.

El delito produce un daño contra el bien jurídico y puede producir también un daño sobre el objeto material del delito, por lo que en sentido abstracto, puede afirmarse que el delito produce dos clases de daños, que ANTON ONECA denomina daño criminal para referirse al daño producido sobre el interés público representado en el bien jurídico y daño civil referido al interés privado del titular del interés afectado por el delito<sup>226</sup>. Al titular de este interés lesionado se le denomina doctrinariamente “perjudicado” y abarca también a otros que soportan las consecuencias del delito. El

---

Aires, página 241. DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, *Sobre el concepto del derecho penal*, Op Cit, página 65. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; FERRÉ OLIVIE, JUAN CARLOS; SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Praxis, Barcelona, 1994, página 166.

<sup>223</sup> El daño al bien jurídico puede manifestarse por medio de una lesión o por su puesta en peligro. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 65. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 511. En contra se manifiesta ALASTUEY DOBÓN, quién afirma que el daño no coincide con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. ALASTUEY DOBÓN, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 401.

<sup>224</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 6.

<sup>225</sup> MIR afirma existe un amplio acuerdo en la doctrina sobre la distinción conceptual entre objeto de la acción y bien jurídico. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, página 168.

<sup>226</sup> ANTÓN afirma que en cuanto al daño criminal, la pena tutela el interés público o social, mientras que en cuanto al daño civil, de interés privado, es tutelada mediante la sanción civil. ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Akal, Madrid, 1986, páginas 644-667.



perjudicado no siempre coincide con el sujeto pasivo del delito y es tradicionalmente atendido por el derecho civil<sup>227</sup>. Por estas razones, se afirma que el delito produce un daño susceptible de ser fuente de responsabilidad civil y de responsabilidad penal.

Aunque nos encontramos ante una misma fuente de responsabilidad o de una misma relación, entre un mismo individuo y un mismo hecho, al derecho penal sólo le interesan todos los daños causados al bien jurídico tutelado y no así los que afectan al objeto material del delito. Los daños causados al objeto material del delito son tradicionalmente llamados por la doctrina perjuicios y son considerados una lesión distinta de la producida por la comisión del hecho punible<sup>228</sup>. El daño no tiene que formar parte del tipo penal, sino que en la mayoría de supuestos consistirá en un elemento extraño a la estructura del delito<sup>229</sup>.

En cuanto al daño criminal o ataque a un bien jurídico protegido, el alcance de la lesión producida puede ser muy amplio. Algunos autores distinguen entre un daño inmediato o directo y un daño mediato o reflejo<sup>230</sup>. El daño inmediato se identificaba como aquél que el delito produce con la violación del derecho atacado; que es un daño individual que sufre directamente la víctima<sup>231</sup>, que debe entenderse no sólo como una afectación material sino también como una lesión en el estándar de vida o en los medios o capacidades para conseguir una determinada calidad de vida<sup>232</sup>; y un daño mediato es el que ocasiona indirectamente a individuos que no fueron objeto del actuar delictivo.

---

<sup>227</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, página 224.

<sup>228</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 50.

<sup>229</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 33.

<sup>230</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 64.

<sup>231</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 707.

<sup>232</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 18.

El delito causa también un daño social, consistente la perturbación que ocasiona en las personas por el temor y la alarma, y una lesión del interés del Estado en mantener las condiciones de su propia existencia<sup>233</sup>.

Por su parte, la responsabilidad civil está condicionada a que, del hecho punible, se deriven daños o perjuicios<sup>234</sup>; al derecho civil, sólo le interesarán aquellos daños que efectivamente producen un resultado lesivo tangible; entonces, no todos los daños producidos por delitos podrían llegar a reclamarse por la vía civil, la llamada responsabilidad civil derivada del delito sólo existe en aquellos delitos de resultado<sup>235</sup>, por lo que quedan fuera de su atención los que no cumplen con esta característica. Por su naturaleza y por el grado de ejecución existen delitos y formas comisivas que no pueden producir y no producen responsabilidades civiles ligadas a la responsabilidad penal. Por ejemplo, el daño civil o económico en los delitos contra la propiedad de modalidad no violenta, no se produce cuando ha quedado abortada la maniobra delictiva sin haber conseguido el desplazamiento patrimonial pretendido<sup>236</sup>.

¿Qué pasa cuando no se produce daño al objeto de la acción? ¿Qué pasa con los delitos de mera actividad o con los delitos de peligro? ¿Acaso estas formas de ataque a bienes jurídicos no son importantes? Para el derecho penal estas formas de ataque sí son importantes, desde el momento en que un bien jurídico es reconocido como merecedor de protección; pero el derecho civil no se ocupará de los delitos que no produzcan como resultado un daño concreto.

En materia penal todos los delitos ocasionan un resultado lesivo, aunque se trate de delitos de peligro, pues el peligro es en sí mismo una forma de ataque; como apunta MÉNDEZ RODRÍGUEZ, a pesar de que los delitos de peligro planteen casos

---

<sup>233</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 707. En el mismo sentido SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 64.

<sup>234</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 34.

<sup>235</sup> MORILLAS CUEVA afirma que dicho daño se produce al menos en los delitos de resultado. En MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, página 172.

<sup>236</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 35.

en que la efectiva afección al bien jurídico no se puede “ver”, es evidente que ésta se puede determinar a través de criterios interpretativos<sup>237</sup>. De similar manera ocurre en los supuestos de delitos ejecutados únicamente en grado de tentativa, donde debe valorarse si los actos ejecutados por sí mismos han causado una lesión al bien jurídico tutelado o no, dependiendo de la forma en la cual un determinado ordenamiento jurídico castigue la tentativa<sup>238</sup>.

Todos estos daños ocasionados por el delito requieren de una reparación, misma que no será abordada desde el derecho civil, situación que puede ser diferente si la reparación tiene ingreso dentro del derecho penal y se constituye en una consecuencia jurídica del delito.

El derecho penal debe ponderar la lesividad de una conducta delictiva, entendida como una relación funcional entre el interés del titular del derecho y el objeto de protección y la gravedad del conflicto, las cuales deberían ser restablecidas a través del derecho penal, lo que excede una restitución desde el punto de vista estrictamente civil, pues si bastara para la solución del conflicto la devolución de la cosa y algún pago por su menoscabo y valor emocional para su propietario, entonces no necesitaríamos recurrir al derecho penal para resolver el conflicto, ni la mera compensación de un valor patrimonial sería tarea del derecho penal<sup>239</sup>.

Corresponde al derecho penal, en su calidad de reparador del orden jurídico perturbado por el delito, restablecer el derecho lesionado en todas las esferas y

<sup>237</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, página 122. En contra se manifiestan GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 28, quienes afirman que este tipo de delitos no pueden ser reparados, a menos de que hayan causado algún daño, aunque no sea directamente al bien jurídico protegido. En contra se manifiesta LANDROVE DÍAZ, quién estima que ni los delitos en grado de tentativa ni los delitos de peligro producen un daño. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 145.

<sup>238</sup> Siempre debemos preguntarnos cómo se lesiona un bien jurídico, pues muchos de ellos admiten diferente tipo de lesiones en cuanto a su intensidad, según el ordenamiento jurídico del cual se trate. Por ejemplo, en la tentativa de un delito de violación, aunque ésta no se consume, se causa un daño a la víctima pues se afecta su libertad sexual, daño que puede visibilizarse como un daño moral. GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 30.

<sup>239</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 14.

puntos a donde la violencia llegó<sup>240</sup>. El derecho civil no podrá llegar a todas estas esferas, particularmente en cuanto al daño social que el delito ocasiona. La gravedad o levedad de los delitos se considera en atención al daño producido<sup>241</sup>. Como afirmó en su momento BECCARIA, el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos<sup>242</sup>.

### 3.3.3 La tipicidad

La tipicidad no es un concepto exclusivo del derecho penal, pero es en este ámbito del ordenamiento jurídico donde alcanza su máxima relevancia<sup>243</sup>.

En el derecho civil la tipicidad no es un elemento de la responsabilidad civil, la cual no requiere de una descripción legal previa de sus presupuestos, sino que nace del mero hecho de causar un daño a intereses jurídicos ajenos<sup>244</sup>. Los daños son cubiertos por el principio de que todo daño debe indemnizarse y por una descripción de los mismos.

La tipicidad en el derecho penal, cumple con una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, en aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal; cumple una función sistemática y una función de garantía en aplicación del principio de legalidad, que requiere que la conducta esté previamente prevista como delito, y una función de motivación o valoración<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 708.

<sup>241</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 18.

<sup>242</sup> BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, traducción de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS (del año 1774), publicación del Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (reimpresión del original de 1764), página 230.

<sup>243</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 37.

<sup>244</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 104.

<sup>245</sup> DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR; RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001, página 164. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 1, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2006, página 277.

En el derecho penal, es indispensable que una conducta esté claramente tipificada para ser considerada delito, siendo este elemento junto a la punibilidad los que diferencian los ilícitos civiles de los penales. En sentido sistemático, el tipo penal abarca el compendio o conjunto de elementos que permiten reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con una pena<sup>246</sup>. Los elementos estructurales del tipo penal, están constituidos por la conducta o comportamiento típico, los sujetos y los objetos<sup>247</sup>.

El derecho penal, por su carácter fragmentario, no se ocupa de todos los ataques a todos los bienes jurídicos de una sociedad, sino sólo de los ataques más graves, aquellos que lesionan o ponen en riesgo los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, calificándolos como ilícitos penales, mientras que los ataques que no revisten de tal gravedad, aunque afecten intereses que si bien merecen tutela jurídica no serán calificados como delitos sino como ilícitos civiles<sup>248</sup> o de otra naturaleza, dejando su protección en manos de otras ramas del ordenamiento jurídico.

### 3.3.4 La Culpabilidad

Dentro del derecho civil, la culpabilidad no es condición necesaria para la responsabilidad civil<sup>249</sup>. En general se habla sólo de incumplimiento imputable de

---

ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 1, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2006, página 278 y ss. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 104.

<sup>246</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 1, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2006, página 277.

<sup>247</sup> MIR describe que la conducta típica a su vez, se subdivide en una parte objetiva, que abarca el aspecto externo de la conducta y una parte subjetiva que se halla constituida por la voluntad consciente o inconsciente con la cual se realiza la conducta. Los sujetos se constituyen por el sujeto activo, quien realiza el tipo, el sujeto pasivo, quien es el titular del bien jurídico atacado pero no necesariamente es el perjudicado; y el Estado, llamado a reaccionar con una pena. Dentro de los objetos se distingue entre el objeto material, constituido por la persona o cosa sobre la que recae la acción y el objeto jurídico, que equivale al bien jurídico u objeto de protección de la ley. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, páginas 222-225.

<sup>248</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causada por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 102.

<sup>249</sup> ÍDEM, página 109.

los deberes civiles genéricos y específicos<sup>250</sup>. El incumplimiento puede darse por culpa o negligencia y por mala fe.

La culpa civil o negligencia es “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”<sup>251</sup>. La diligencia correspondiente a un *bonus pater familias*, es el modelo de conducta habitualmente utilizado para fijar la culpa in abstracto, criterio valorativo incompatible con la diligencia mínima, y apto para integrar la media y la máxima. La adición del adjetivo *bonus (bonus paterfamilias)* significa la diligencia media<sup>252</sup>.

En el derecho civil, se habla de previsibilidad como criterio para medir la diligencia exigible, entendiéndose como el resultado del presupuesto lógico para evitar el resultado dañoso. La previsibilidad determina la diligencia exigible que ha de guardarse según la clase de actividad de que se trate; y de la diligencia que puede y debe esperarse de una persona normalmente razonable y sensata, salvo para las personas pertenecientes a la esfera técnica del caso, de quienes se espera una mayor diligencia<sup>253</sup>.

Algunos autores llegan a distinguir entre la diligencia que debe observarse en la culpa contractual y la extra contractual, afirmando que para la culpa contractual se exige la diligencia media y no puede exigirse más, mientras que para la culpa extra

---

<sup>250</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1994, página 172. SANTOS BRIZ habla de “culpabilidad”. En general se está refiriendo a la forma en la cual un hecho es atribuible y reprochable a su autor. SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil* Op Cit, páginas 39 y ss.

<sup>251</sup> Definición del artículo 1104 del Código Civil de España.

<sup>252</sup> El modelo de conducta habitualmente utilizado para fijar la culpa in abstracto era el del pater familias, criterio valorativo incompatible con la diligencia mínima, apto para integrar la media y la máxima. La adición del adjetivo *bonus (bonus paterfamilias)* significa la diligencia media. En LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 175.

<sup>253</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Op Cit, páginas 44 y ss.

contractual, cualquier falta de diligencia da lugar a indemnización, porque se considera de naturaleza pública y una infracción a deberes legales<sup>254</sup>.

El resultado dañoso no debe depender de la suerte o del azar, sino que debe ser consecuencia del comportamiento del que debió actuar diligentemente. También debe tomarse en consideración la participación de la víctima en la producción del resultado dañoso, llamada concurrencia de culpas<sup>255</sup>.

También se utiliza el concepto “mala fe”, referido a la infracción intencionada o voluntaria de una obligación<sup>256</sup>. La mala fe es el equivalente al dolo del derecho penal<sup>257</sup>.

En el derecho civil no se exige el mismo rigor en cuanto a aspectos tales como la relación de causalidad o imputación objetiva de los hechos, pero en la actualidad se ha incorporado al ámbito de la culpa extracontractual las aportaciones de la ciencia penal<sup>258</sup>, por lo que puede afirmarse que, la relación de causalidad obligatoria entre el ilícito y el daño, es aceptada también dentro de la doctrina civil.

Con el desarrollo de sistemas de reparación de daños basados en la socialización directa o indirecta de los mismos, a través de seguros de responsabilidad civil obligatorios o voluntarios o de seguros sociales, el sistema de responsabilidad civil en su formulación clásica se ve afectado tanto en su fundamento original (la culpa) como en sus funciones, de modo que la aparición del riesgo como criterio de imputación subjetiva y la previsión de supuestos de responsabilidad objetiva, privaron de su función normativa a la responsabilidad civil extracontractual, a la que

---

<sup>254</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Op Cit, página 173.

<sup>255</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad Civil*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Op Cit, página 475.

<sup>256</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1994, página 175.

<sup>257</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Op Cit, página 40.

<sup>258</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 38.

se señala como objeto único el de la reparación de daños, mientras que la función preventiva y sancionadora, se admiten sólo como efecto indirecto de aquella<sup>259</sup>.

En el derecho penal, la culpabilidad es uno de los elementos indispensables para la existencia de un delito, entendida como la capacidad de determinarse y responder por los propios actos, que determina el grado de reproche al autor del delito. La responsabilidad es personal y por el hecho, al tenor del principio de culpabilidad, por lo que, una persona sólo puede responder de sus propios hechos y en la justa medida de su culpabilidad. Para determinar quién es la persona responsable del hecho, se utilizan criterios relativos a la autoría y participación en el delito.

En el derecho penal, se ha desarrollado ampliamente la relación de causalidad entre una acción y un resultado.

En las conductas dolosas, el daño al bien jurídico se traduce en el resultado conocido y deseado de la acción, mediante una relación de causalidad entre dicha acción y dicho resultado. Se requiere de un elemento intelectual consistente en el saber lo que se hace y conocer los elementos que lo caracterizan; y un elemento volitivo consistente en querer lo que se hace. En las conductas imprudentes o culposas, esa relación causal no siempre es fácil de advertir, por faltar el elemento volitivo del tipo penal y por esa razón lo que se castiga es la falta del deber objetivo de cuidado, deben concurrir dos componentes: que ese resultado sea objetivamente previsible y una falta de diligencia del sujeto para evitarlo, de acuerdo a su capacidad individual<sup>260</sup>.

De la misma manera que en el derecho civil se utiliza el baremo del *bonus paterfamilias*, en el derecho penal se utiliza el baremo del “cuidado que objetivamente tendría una persona normal” para medir el deber objetivo de cuidado, tomando en consideración las capacidades especiales o subjetivas particulares que la persona tiene en cada caso concreto<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 160.

<sup>260</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 245 y ss.

<sup>261</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 297 y ss.



Para determinar la relación entre la acción y el resultado dañoso, se utiliza mayoritariamente la teoría de la imputación objetiva, la cual considera que el resultado puede ser imputado a un sujeto, siempre que se demuestre que la acción imprudente supuso un incremento notable del riesgo normal de que el resultado se produjere<sup>262</sup>.

Instituciones del derecho comparado que guardan similitud con la reparación, como los *punitive damages* de derecho anglosajón, pueden ser incompatibles con los supuestos de responsabilidad objetiva, por lo la dificultad de acreditar la relación de la acción y el resultado dañoso, cuando existen muchos responsables de la conducta lesiva o cuando existen muchas víctimas, lo que ha generado profundas discusiones<sup>263</sup>.

Para los casos en los cuales no llega a configurarse un delito, por faltar alguno de sus elementos, como en casos de personas inimputables, o casos en los que se ha actuado al amparo de una causa de justificación, pero sí ha ocurrido un daño, la ley contempla quienes deben responder por los resultados dañosos, utilizando instituciones del derecho civil, pero como elementos normativos. La ausencia de culpabilidad penal, a diferencia de las causas de justificación que afectan al ilícito penal, no eximen de responsabilidad civil<sup>264</sup>.

Otra de las consideraciones a tener en cuenta es el riesgo que pueden comportar las actividades lícitas. En el derecho penal se toma en consideración que muchos de los comportamientos humanos acarrear cierto riesgo, que se soporta por la utilidad social que esa actividad comporta; pero guardando un cuidado interno y externo, consistentes en tener el cuidado de advertir la presencia del peligro a lo interno; un comportamiento externo de actuar conforme a la norma de cuidado previamente advertida, omitiendo acciones peligrosas, preparándose e informándose previamente y actuando prudentemente en situaciones peligrosas que

<sup>262</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 265; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 300 y ss .

<sup>263</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 48.

<sup>264</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 42.

se encuentran dentro del riesgo permitido, porque su realización es más útil que su prohibición<sup>265</sup>.

En el derecho civil también se hace especial consideración del riesgo y a los niveles de diligencia exigidos. Aunque los actos no sean ilícitos, existe un sujeto que debe soportar los riesgos de los daños que puedan llegar a producirse. Incluso existen contratos como el de seguro, que se basan en la obligación de soportar el riesgo de los actos, sean lícitos o incluso de los casos fortuitos y fuerza mayor, cuando así lo ha dispuesto la ley o la voluntad de los particulares plasmada en dicho contrato<sup>266</sup>. La obligación de responder por el resultado dañoso ocasionado puede recaer en persona distinta de quién ha causado la conducta dañosa, porque se regula por el derecho de obligaciones, en cuanto al modo de cumplimiento, modificación y transmisión de las obligaciones. Esto es porque la responsabilidad civil, no postula el principio de culpabilidad, sino lo que pretende es restablecer el equilibrio económico roto por la actividad perjudicial del agente<sup>267</sup>.

La conciencia social que propugna como necesaria la reparación de los perjudicados por daños extracontractuales, y que se desarrolla a partir de la revolución industrial y el incremento de las actividades dañosas, está en la base del derecho de daños de los ordenamientos jurídicos y en particular, en la alteración del régimen de responsabilidad civil codificado<sup>268</sup>.

La consideración del aumento del riesgo dada la proliferación de actividades peligrosas derivadas del desarrollo industrial y técnico, y el consiguiente aumento de sujetos dañados, determinó que en el tema de la responsabilidad civil se asumiera como prioritaria la perspectiva de facilitar la reparación a la víctima<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> MIR PUIG, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 295 y ss.

<sup>266</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen primero, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1994, página 181.

<sup>267</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Op Cit... Página 61.

<sup>268</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 161.

<sup>269</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad Civil*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Op Cit, página 466.

### 3.3.5 La antijuridicidad

Para que exista cualquier tipo de responsabilidad jurídica se requiere una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

La concepción material de la antijuridicidad como lesión o peligro de los bienes jurídicos protegidos no permite establecer una distinción entre lo ilícito penal y civil, pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del derecho penal. Y lo mismo sucede con el concepto de la antijuridicidad como dañosidad: lo dañoso es también el ilícito civil<sup>270</sup>.

Como afirma PUIG PEÑA, lo antijurídico es lo injusto, es toda conducta que no pueda ser reconocida como un medio justo para un fin justo<sup>271</sup>. La antijuridicidad es una confrontación entre el acto realizado y lo que la ley pretendía que se realizase, no es un comportamiento que esté fuera del derecho, sino todo lo contrario, la conducta antijurídica es un comportamiento regulado por el derecho, el cual le asigna consecuencias jurídicas<sup>272</sup>. La antijuridicidad significa una conducta contraria a la sociedad (antijuridicidad material) y una trasgresión de una norma establecida por el Estado (antijuridicidad formal)<sup>273</sup>; ya sea mediante una conducta que infrinja la norma expresa, atente la finalidad de la misma o lesione principios jurídicos superiores; ya sea mediante la infracción de una norma o de un contrato<sup>274</sup>. De allí que la antijuridicidad sea un presupuesto tanto del derecho penal como del derecho civil.

<sup>270</sup> DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR; RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001, página 20.

<sup>271</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Mateu Cromo Artes Gráficas, España, 1988, página 174.

<sup>272</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Séptima Edición, Carasa, Madrid, 1979, página 386.

<sup>273</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 175. En el mismo sentido ROIG TORRES, quien agrega que la delimitación de las conductas contrarias al derecho es más estricta en el ámbito del derecho punitivo. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 105.

<sup>274</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, Op Cit, página 28.

La distinción entre ilicitud civil y penal de un hecho es complicada. La diferencia reside en las consecuencias que jurídicamente pueden derivarse de su consideración como ilícito civil o penal y el elemento que permite una distinción a este nivel es la tipicidad penal del hecho<sup>275</sup>.

En el derecho penal, por el principio de legalidad<sup>276</sup>, la antijuridicidad se da por el encuadramiento en la conducta descrita en el tipo penal con la ausencia de alguna causa que justifique el hecho<sup>277</sup>. Las conductas que no llegan a ser constitutivas de delito por realizarse al amparo de una causa de justificación, es decir, por no ser antijurídicas, no son fuente de responsabilidad penal, pero pueden ser fuente de responsabilidad civil si producen un daño.

En el derecho civil, la antijuridicidad viene dada por la infracción al principio de *alterum non laedere* o prohibición de causar daño a otro<sup>278</sup> o por la prohibición expresa contractual.

#### **4. Crítica a las posturas que afirman que la reparación tiene una naturaleza civil**

##### **4.1 La reparación se somete al régimen de las obligaciones civiles**

Diversos autores niegan la naturaleza penal de la reparación, basándose en el argumento de que la misma se somete al régimen de obligaciones civiles, indicando

<sup>275</sup> SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 36.

<sup>276</sup> El Tribunal Supremo, en su antigua sentencia del 13 de noviembre de 1934, estableció como nota distintiva de los actos ilícitos penales frente a los civiles la tipicidad de los penales. Citado por SANTOS BRIZ, Op Cit, página 144. En el mismo sentido, ROIG TORRES apunta que en el derecho penal, la antijuridicidad viene determinada por la transgresión de una norma concreta y la consiguiente lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin que concurra alguna causa de justificación. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 105.

<sup>277</sup> El presupuesto de la antijuridicidad debe interpretarse no sólo en el sentido antijurídico (contra ius), sino también en el sentido de “no justificado” (non iure), con la consecuencia que el daño resarcible será el causado por el acto lesivo no autorizado por la norma, es decir, sin concurrir una causa de justificación. SANTOS BRIZ, JAIME, Op Cit, página 32.

<sup>278</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causada por el delito*, Op Cit, páginas 105 y 106. También ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Op Cit, página 465. En el mismo sentido SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, página 36.

que, difícilmente, cabe atribuir naturaleza penal a una responsabilidad que puede o no ser personal, que no se funda en el hecho propio sino en el daño, que se transmite a terceros, que es susceptible de aseguramientos<sup>279</sup>, que puede ser satisfecha por alguien distinto del autor y que permite el cumplimiento solidario<sup>280</sup>.

Esto se debe a que la responsabilidad civil derivada del delito se ha desarrollado dentro del derecho civil y por ello, efectivamente se vale de muchas de sus instituciones; pero el planteamiento acá es identificar si la reparación tiene una naturaleza penal. Como ya se ha expresado, la reparación no es la misma institución que la responsabilidad civil.

Si la reparación ingresa al catálogo de consecuencias jurídicas del delito, indudablemente tendrá un desarrollo doctrinario dentro de las instituciones del derecho penal. Al ser impuesta como consecuencia de un delito, guardará las mismas condiciones de imposición que el delito, será siempre personal, como personales son las penas, y tampoco podrá transmitirse, como no pueden transmitirse las penas.

Lo que busca la reparación es enfrentar al autor con las consecuencias de su hecho y que se responsabilice de las mismas; y en tanto se logre este objetivo, el sujeto responsable penalmente y obligado a reparar, puede valerse de diversos modos de cumplir con su obligación, incluyendo instituciones propias del derecho de obligaciones. Cuando la reparación consista en una prestación económica, es indiferente para el derecho penal si el monto de la reparación es cubierto por el propio dinero del autor o éste se vale de préstamos, seguros<sup>281</sup> u otros medios.

---

<sup>279</sup> GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza*, Op Cit, página 247; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 524; MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, página 144. En similar sentido se manifiesta ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 398; también MAGUELONE ZODER, ISABEL, *Las consecuencias jurídicas económicas del delito*, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Coordinadores DIEGO DÍAZ-SANTOS, ROSARIO, FABÍAN CAPARRÓS, EDUARDO, Tecnos, Madrid, 1995, página 182; en similar sentido COLOMA CHICOT, JOSÉ ALBERTO, *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, página 19.

<sup>280</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 146, en igual sentido ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 402.

<sup>281</sup> El cumplimiento de obligaciones por mediante seguros es una figura muy común para asegurar responsabilidades por daños. El contrato de seguro es aquel por medio del cual el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del asegurado de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en

De hecho, en todas las penas pecuniarias se admite que éstas sean cubiertas por otra persona, sin que esto cambie el carácter personal de la pena. Lo contrario sería tanto como abolir la pena de multa. El que persona infractora haya asegurado su responsabilidad patrimonial sólo afecta en el sentido que la víctima que eventualmente reclame su pretensión, sea satisfecha de forma más rápida y ágil por una compañía aseguradora<sup>282</sup>; pero esto no cambia el hecho de que la consecuencia de sus actos sea la reparación a la víctima.

Razones de política criminal y de humanidad, que tienen como objetivo proteger de mejor manera los intereses de la víctima, permiten que en casos de insolvencia, para garantizar el cumplimiento de la reparación, la obligación pueda ser satisfecha de manera subsidiaria por entidades del Estado<sup>283</sup>, sin perjuicio de su derecho de repetición posterior, sin lesionar el principio de personalidad y sin que esto quiera decir que la obligación se traslade de la misma manera que las obligaciones civiles.

La reparación no podría someterse al régimen de las obligaciones civiles, pues se podría llegar a absurdos tales como por ejemplo el caso del homicida que pudiera quedar exento de indemnizar a los herederos de la víctima demostrando que frente a ella disponía de un crédito insatisfecho del mismo o superior importe que la

---

el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado. Se contrata un seguro para tener cubierto el daño que puede sufrir un patrimonio si nace la obligación de indemnizar un daño producido a tercera persona. FONT SERRA, EDUARDO, *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, sin fecha de publicación, página 351.

<sup>282</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación, en Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 179.

<sup>283</sup> Tal es el caso de las leyes especiales creadas para proteger a ciertos tipos de víctimas de delitos, como las de terrorismo y similares, donde instituciones estatales o fundaciones privadas asumen la obligación de reparar el daño causado. Esto se debe a que la tendencia es aumentar la protección a las víctimas y existen incluso instrumentos internacionales en materia de derechos humanos donde los Estados se comprometen a fortalecer sus mecanismos de reparación a las víctimas por medio de su legislación interna. Como ejemplo puede citarse el Fondo para Víctimas del Crimen, establecido por la Ley de Víctimas del Crimen de 1984 de Estados Unidos, cuyos fondos están constituidos por multas, penalizaciones, contribuciones especiales, dádivas, legados o donaciones de entidades privadas. Ver [http://www.ovc.gov/foreignlang/spanish/voca/fs\\_vocacvf.html](http://www.ovc.gov/foreignlang/spanish/voca/fs_vocacvf.html). España también ha promovido la creación de un Fondo Internacional de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo ante la Organización de las Naciones Unidas. España cuenta con legislación para regular este tipo de ayudas tales como la Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de 1995; y leyes autonómicas para la atención de víctimas del terrorismo en Aragón, Madrid, País Vasco, Murcia y otros. Sobre estos aspectos ver CARCAVACA LLAMAS, CARMEN, *Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Murcia, marzo 2011, [www.eumed.net/rev/cccss/11/](http://www.eumed.net/rev/cccss/11/), páginas 3 y 17.

indemnización<sup>284</sup>. Al momento de ser incluida como consecuencia jurídica del delito, la reparación se someterá al mismo régimen que se somete la responsabilidad penal, es decir, no será susceptible de confusión, novación u otra figura del derecho civil, sino que su aplicación se regirá por las reglas del derecho penal.

#### 4.2 La reparación se auxilia de instituciones del derecho civil

Los detractores de la naturaleza penal de la reparación, afirman que es una institución de naturaleza civil porque se vale de instituciones del derecho civil<sup>285</sup>. El que se recurra a ciertas figuras del derecho civil para colmar lagunas que presenta la legislación penal, no cambia la naturaleza jurídica de una institución, pues sólo se trata de elementos normativos.

Dentro del derecho penal muchas veces es necesario auxiliarse de figuras de otras ramas del derecho, para entender dichos elementos normativos, como en la tipificación del delito de quiebra, donde es necesario acudir al derecho civil o mercantil, según la legislación de cada país para entender la figura de la quiebra; o acudir al derecho tributario para entender las diversas formas de consumación de los delitos que afectan la hacienda pública; incluso es necesario conocer conceptos de contabilidad para interpretar ciertos delitos económicos, hasta incluso acudir al derecho internacional para interpretar tratados multilaterales de comercio, que pueden contener elementos normativos de algunos delitos económicos.

También es necesario auxiliarse del derecho civil para definir la institución del parentesco, con fuertes implicaciones en el derecho penal, como circunstancia típica de algunos delitos o modificativa de la responsabilidad penal en otros. Podrían citarse muchos más ejemplos de casos donde el derecho penal se auxilia del derecho civil o de otras ramas del derecho.

---

<sup>284</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Op Cit, página 39.

<sup>285</sup> ALASTUEY hace referencia a la necesidad de acudir a la legislación civil para colmar las lagunas de la legislación penal como un argumento para defender la naturaleza civil de la institución, en ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 400.

Figuras tales como la reparación del daño moral u otros daños extra-patrimoniales, claramente poseen elementos del derecho constitucional y de otras áreas del derecho, fuera del derecho civil<sup>286</sup>. Por su parte, el derecho penal ya prevé la reparación económica y la restitución de la cosa<sup>287</sup>.

El derecho es integral. Acudir a otras ramas del derecho para tratar las distintas instituciones jurídicas, no implica modificar la naturaleza jurídica del hecho que les da origen, como es en este caso, el delito; por lo que el argumento de que la reparación se auxilia del derecho civil, no es contundente para negar su naturaleza penal. Todas las ramas del derecho se encuentran íntimamente interrelacionadas. Dentro del ordenamiento jurídico todas las normas se encuentran en una relación de interdependencia<sup>288</sup>.

Las categorías de derecho público y de derecho privado no son más que un método para ordenar el tratamiento de las diversas ramas del ordenamiento jurídico, para facilitar el estudio de las mismas, así como para facilitar su posterior tratamiento procesal. La distinción entre derecho público y derecho privado se basa en la participación que el Estado tiene en cada uno de ellos. Claro está que el Estado es quien crea tanto las normas de derecho público y como de derecho privado; el Estado siempre participa en las relaciones sociales y en los hechos que le interesan, que son relevantes jurídicamente. La diferencia entre derecho civil y derecho penal, fundamentalmente es que, el derecho civil se basa en el principio de equiparación, mientras que el derecho penal, se basa en el principio de subordinación del individuo al poder del Estado<sup>289</sup>, siendo este criterio el que determina la pertenencia al derecho público o al derecho privado.

---

<sup>286</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 42.

<sup>287</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, *Fines de la Pena y Justicia Reparadora*, en *Sobre la Mediación Penal*, Editorial Arazandi, Madrid, 2012, página 141.

<sup>288</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 68.

<sup>289</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 43.



Intentar desvincular una rama del derecho de otra no tiene ningún sentido, todo lo contrario, la armonía e integración del ordenamiento jurídico es imprescindible para que el sistema funcione adecuadamente.

### 4.3 Toma de postura respecto a la naturaleza jurídica de la reparación

Los conceptos de lo público y lo privado no son caracteres intrínsecos de los bienes concretos, sino conceptos valorativos y en consecuencia, variables en función del sistema de valores imperante en la sociedad en una época determinada<sup>290</sup>.

Un concepto jurídico se halla siempre dotado una estructura y una función, aspectos que determinan su naturaleza, en función de su contenido funcional más que en su aspecto externo<sup>291</sup>.

Todas las teorías que propugnan la sustitución de la pena por la reparación civil del daño, parten de la base del pensamiento aristotélico, que indica que el delito ha roto la igualdad entre los hombres y la justicia debe restablecerla. En esta línea, el juez es el guardián de la igualdad y debe quitar la ganancia ilícita a aquella parte que se ha fortalecido a través del acto injusto y devolverla a quien lo ha sufrido<sup>292</sup>.

El tratamiento de la reparación como homóloga de la responsabilidad civil derivada del delito, se debe a que la doctrina y la jurisprudencia existente en materia de reparación, se han desarrollado a partir de analogías con el derecho civil, pero su contenido va más allá del patrimonio<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 156.

<sup>291</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 45.

<sup>292</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 34.

<sup>293</sup> CANCAO TRINDADE afirma explica que la confusión en cuanto a conceptos del derecho civil, se debe en gran parte al hecho de la jurisprudencia existente en materia de reparación, se ha desarrollado a partir de analogías con el derecho civil. Esto tiene como consecuencias que se mantenga la confusión en cuanto a la naturaleza penal de la institución de la reparación, pues fortalece el concepto de que se trata de una responsabilidad civil, determinada por un contenido patrimonial; cuando la realidad es que, contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo economicus* el ser humano no se reduce a un mero agente económico, pues tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. CANCAO TRINDADE, ANTONIO; ABREU BURELLI, ARILIO, Voto razonado conjunto en la *Sentencia sobre Reparaciones del Caso Loayza Tamayo*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

La naturaleza jurídica de una norma depende de la esfera jurídica en que se producen sus efectos<sup>294</sup>; y en este caso, la reparación tiene efectos en el ámbito del derecho penal y necesita de él para decidir qué es un delito, quién es el autor y quién la víctima<sup>295</sup>.

Aunque muchos autores niegan la naturaleza penal de la reparación<sup>296</sup>, la posición mayoritaria apoya el tratamiento penal de la reparación por razones de política criminal<sup>297</sup> y de utilidad<sup>298</sup>, pues favorece la economía procesal<sup>299</sup>, la celeridad, facilita el tratamiento global del caso, acumulado de figuras como la responsabilidad civil derivada del delito dentro del proceso penal, lo cual es más ventajoso en el sentido de que la lucha contra el delito se acometerá más racionalmente, si se regulan con criterio unitario las distintas consecuencias del mismo, que no son totalmente independientes unas de otras; y porque además favorece los intereses de las víctimas<sup>300</sup>.

---

HUMANOS, Caso *Loaysa Tamayo, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 42, párrafos 7 y 8.

<sup>294</sup> SANTOS BRIZ, JAIME, Op Cit, página 174; ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 397.

<sup>295</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 73.

<sup>296</sup> En este sentido y con amplias referencias se manifiesta ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 396; del mismo modo, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 524; también MAGUELONE quien afirma que las consecuencias penales tienen su origen en la relación Estado-delincuente, mientras que las consecuencias civiles en la relación víctima- delincuente. MAGUELONE ZODER, ISABEL, *Las consecuencias jurídicas económicas del delito*, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Coordinadores DIEGO DÍAZ-SANTOS, ROSARIO, FABÍAN CAPARRÓS, EDUARDO, Tecnos, Madrid, 1995, página 182.

<sup>297</sup> GARCÍA PABLOS, ANTONIO, *La responsabilidad derivada del delito y su controvertida naturaleza*, Op Cit, página 243; Haciendo particular referencia al Proyecto Alternativo sobre Reparación Alemán, en BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, IGANACIO, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 168. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 94. Por su parte, el Código Penal español incorpora la protección a la víctima como uno de los fines integrados en la política criminal. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 215.

<sup>298</sup> SOUTO hace referencia a la inutilidad de investigaciones procesales si no se toma en cuenta la participación de los afectados por el delito. SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 61.

<sup>299</sup> ALASTUEY reconoce que la reparación desempeña un papel cada vez más considerable en el tratamiento del delito. ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 400.

<sup>300</sup> La ley ofrece a las víctimas la posibilidad de recurrir a la acción civil, pero ello implica empleo de tiempo, nuevos gastos y resultado dudoso; pudiendo tener que llevar un juicio para declarar la indemnización y otro nuevo para la ejecución de la sentencia, sin encontrar posibilidades de cobrar por no existir bienes, quedando sólo pérdida de tiempo, gastos y mayor sentimiento de victimización. En NEUMAN, ELIAS, *Victimología*,

Para tomar una postura respecto a la naturaleza penal o civil de la reparación, debe atenderse también a la función que se pretende obtener con ella. La responsabilidad civil tiene una función exclusivamente indemnizatoria<sup>301</sup>, es decir no busca cumplir con otro fin; mientras que la reparación es más que “pagar” los daños y perjuicios derivados del delito. La reparación es un concepto mayor que no se limita a términos estrictamente económicos<sup>302</sup>, porque el ser humano no se reduce a un mero agente económico, pues tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica<sup>303</sup>.

La función de la reparación excede a la simple compensación económica al perjudicado, su función es la de desagraviar o satisfacer a éste y a la sociedad por el daño sufrido. La reparación retoma una función olvidada en el ámbito civil, y que atiende al carácter injusto del daño al que responde, y al hecho de que, el interés del perjudicado en la reparación, no se reduce a ser restaurado en una situación equivalente a la que disfrutaba con anterioridad al daño: el interés del perjudicado se centra además en el desagravio por el daño injusto. De ese interés participa también la sociedad a quien no es indiferente que el daño injusto quede insatisfecho<sup>304</sup>.

---

Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 266. ROIG TORRES es detractora de la naturaleza penal de la reparación, por lo que justifica su regulación unitaria en aras de favorecer a las víctimas y por razones de utilidad. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 94.

<sup>301</sup> ASÚA desarrolla específicamente que la responsabilidad civil tiene una función exclusivamente indemnizatoria, no punitiva ni preventiva. Ver ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad*, en Manual de Derecho Civil II, Segunda Edición, Marcial Pons, Barcelona, 1998, página 456.

<sup>302</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, página 101.

<sup>303</sup> CANCAO TRINDADE afirma explica que la confusión en cuanto a conceptos del derecho civil, se debe en gran parte al hecho de la jurisprudencia existente en materia de reparación, se ha desarrollado a partir de analogías con el derecho civil. Esto tiene como consecuencias que se mantenga la confusión en cuanto a la naturaleza penal de la institución de la reparación, pues fortalece el concepto de que se trata de una responsabilidad civil, determinada por un contenido patrimonial; cuando la realidad es que, contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo economicus* el ser humano no se reduce a un mero agente económico, pues tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. CANCAO TRINDADE, ANTONIO; ABREU BURELLI, ARILIO, Voto razonado conjunto en la *Sentencia sobre Reparaciones del Caso Loayza Tamayo*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Loaysa Tamayo, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 42, párrafos 7 y 8.

<sup>304</sup> Aunque SAINZ-CANTERO considera que la deuda de reparar un daño cuando éste procede del delito es una obligación civil y es la misma obligación de reparar prevista en el ordenamiento civil, rescata la función planteada en este estudio, al afirmar que su función no es meramente la de compensar un daño económico, sino la de desagraviar al perjudicado y a la sociedad. Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La*

En este contexto, la reparación no puede ser interpretada en un sentido civilista, como la exclusiva indemnización de la víctima, porque el retorno al estado de las cosas anterior al delito, incluye la solución al conflicto causado por el delito y la pacificación social; y este objetivo va más allá de la reparación patrimonial del ofendido<sup>305</sup>.

La reparación implica el reconocimiento de las víctimas como sujetos de derechos y no simples instrumentos del derecho penal. El daño que experimenta la víctima, no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, eventualmente tiene otros efectos colaterales, la víctima sufre un severo impacto psicológico que se añade al daño material o físico del delito<sup>306</sup>. Con la evolución del derecho en general, la extensión de esos “daños y perjuicios”, que anteriormente comprendían únicamente los patrimoniales, ahora también incluye los daños morales; así mismo, con la doctrina de protección a los derechos humanos, se le otorga una dimensión diferente al catálogo de consecuencias de un ilícito, se incluye además de los tradicionales daños y perjuicios y del más reciente daño moral, el daño al proyecto de vida, se habla de justicia, verdad y reparación como una trinidad que en síntesis engloba un concepto diferente: la reparación.

Por otra parte, la reparación también busca lograr un impacto en el delincuente, en la medida que se enfrente a las consecuencias de sus hechos y asuma su responsabilidad, pudiendo lograr una función preventiva hacia el futuro.

La reparación busca resolver el mal causado, restablecer el derecho lesionado en todas las esferas o puntos a donde la violencia llegó, como una de funciones del derecho penal en su calidad de reparador del orden jurídico perturbado por el delito<sup>307</sup>, buscando el restablecimiento de la paz jurídica<sup>308</sup>.

---

*reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 157 y ss.

<sup>305</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 9.

<sup>306</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 95.

<sup>307</sup> PUIG refuerza su argumento citando a JÍMENEZ DE ASÚA, PESSINA Y ARAMBURU. En PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Mateu Cromo, España. 1988, página 708. En contra se manifiesta ROIG TORRES, quien considera que el derecho penal no es el encargado de restaurar todo

La reparación puede llegar incluso a constituir una forma de resolución del conflicto<sup>309</sup>. A partir del progresivo reconocimiento del principio de oportunidad dentro del proceso penal, se da un nuevo tratamiento procesal de la reparación, dentro del derecho penal adjetivo, y de forma independiente de la regulación que hagan de la responsabilidad civil derivada del delito<sup>310</sup>.

La función de la reparación dentro del derecho penal y la naturaleza de las prestaciones posibles por medio de las que se puede hacer efectiva, ponen de manifiesto que estamos ante algo más que el pago de una deuda civil<sup>311</sup>, con objetivos diferentes y mucho más ambiciosos que el simple pago en dinero, por lo que no puede entenderse como una mera transacción económica que compense el daño porque es más que eso; siendo esa la diferencia fundamental con la responsabilidad civil<sup>312</sup>.

La reparación cumple con los fines de la pena, mientras que la indemnización civil lo hace con la satisfacción de las necesidades patrimoniales de la víctima. Por esto, la reparación no queda sin efecto cuando nos encontramos con un delito sin víctima directa, pues su modalidad simbólica permite reparar el daño causado a la generalidad, así como reparar aquel daño que no es cuantificable o es de difícil evaluación, además que permite la reparación de delitos que no se consumaron o que no produjeron un daño material<sup>313</sup>.

---

el orden jurídico perturbado, pues por su carácter de ultima ratio, tiene por objeto solamente los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes; por lo que la lesión de otros intereses jurídicos que puedan derivarse del hecho delictivo, deberán enjuiciarse conforme a las diferentes ramas del ordenamiento jurídico que los regulen. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 99.

<sup>308</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 68.

<sup>309</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 2.

<sup>310</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Tercera Edición, PPU, Barcelona, 1990, página 14.

<sup>311</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 29.

<sup>312</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 509.

<sup>313</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 37.

Es por esto que hoy en día nuevamente se discute sobre la necesidad de remover las fronteras artificiales entre el derecho penal y el derecho civil<sup>314</sup> y de considerar la reparación como una cuestión que escapa del ámbito privado y debe ubicarse en el derecho penal<sup>315</sup>.

Esta finalidad trasciende el interés privado regulado por el derecho civil e involucra una finalidad de integración propia del derecho penal.

Por las funciones que cumple, debe ubicarse a la reparación como un instituto de naturaleza jurídica penal. Al momento que se incluya como una consecuencia jurídica autónoma del delito, que debe desarrollarse dentro del Derecho Penal Material, de la misma forma que se desarrolla la pena o la medida de seguridad<sup>316</sup>. La consideración de la reparación dentro del sistema de las consecuencias jurídicas del delito es uno de los problemas actuales del derecho penal<sup>317</sup>.

## 5. La Reparación y los Fines del Derecho Penal

### 5.1 Antecedentes

En los orígenes de la historia, el tratamiento del delito era más bien de origen mágico y religioso, donde seres superiores, demoníacos o divinos desencadenaban automáticamente el castigo al culpable, castigo actual y en este mundo<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 107. Por su parte SAINZ-CANTERO habla de la necesidad de revisar las fronteras entre el derecho civil y el derecho penal, advirtiendo la incorporación de fines reparadores al derecho penal y fines sancionatorios al derecho civil. Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 13.

<sup>315</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 2.

<sup>316</sup> ALASTUEY cita a varios autores que respaldan el desarrollo de la reparación dentro del derecho penal material. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 111. En el mismo sentido, SAINZ-CANTERO también cita varias opiniones a favor de la reparación como parte del derecho penal material. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 62.

<sup>317</sup> HIRSCH afirma que el centro de la problemática se halla en la manera en la que puede ser considerada la reparación dentro del derecho penal material, dentro de las consecuencias jurídicas del delito. HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, traducción de Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 57.

<sup>318</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 253 y ss.

Seguidamente lo divino se mezcló con lo terrenal y la víctima fue, junto a la divinidad, protagonista de la respuesta al delito<sup>319</sup>. Su jerarquía era tal, que con ayuda de sus familiares monopolizaba el derecho de ejercitar la venganza privada o de abstenerse de ejercerla mediante una prestación negociada de dinero o bienes<sup>320</sup>; e incluso podía ofrecer indulgencia, haciendo uso de su sentido de justicia<sup>321</sup>.

En aquel entonces, la reacción que se contemplaba para el daño era aflictiva y penal. Al que causaba un daño se le imponía una pena. PLATÓN en sus *Diálogos* ya indicaba que si alguien hacía algo malo, debía ser castigado y satisfacer su culpa por medio del castigo<sup>322</sup>.

Durante la época en que reinó la venganza privada, la víctima o sus familiares podían vengarse del victimario y su familia, de forma ilimitada. Con la Ley del Talión la venganza quedó limitada por la proporcionalidad respecto al daño recibido<sup>323</sup> y el arreglo compositivo, los cuales se manifestaban sin injerencia judicial<sup>324</sup>. En el caso de víctimas nobles, la respuesta era proporcional al delito; y cuando las víctimas pertenecían a otros estratos sociales, se imponía una multa, tal como lo muestra el *Código de Hammurabi*<sup>325</sup>, que luego influenció a otras legislaciones, como en el caso de la *Ley de las XII Tablas*, la cual establecía la posibilidad del perjudicado de elegir entre una suma de dinero o la venganza. Posteriormente sólo se admitió la posibilidad de ejercer venganza cuando el obligado a pagar dicha suma de dinero no cumplía con el arreglo compositivo. Con la *Lex Poetelia* se pasó del carácter

---

<sup>319</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Nuevo proceso penal desde las víctimas*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, compilado por MESSUTTI, ANA; SANPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 18.

<sup>320</sup> SANS MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 368.

<sup>321</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Op Cit, página 256.

<sup>322</sup> BERISTAIN cita la obra de PLATÓN, *Diálogos*, para fundar su afirmación. Ver BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 205.

<sup>323</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Nuevo proceso penal desde las víctimas*, Op Cit, página 19.

<sup>324</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 2.

<sup>325</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Op Cit, página 257.

personal de la venganza al carácter patrimonial de la compensación y en época de JUSTINIANO esa compensación adoptó un carácter mixto, patrimonial y personal<sup>326</sup>.

Los Fueros Españoles buscaban una compensación del mal causado, teniendo la víctima un poder discrecional del derecho a la venganza<sup>327</sup>. En el derecho germano poseía un sistema de composición muy desarrollado que también dependía de la víctima y sus familiares, pues se creía que la restauración de la paz social se lograba por el pacto resarcitorio entre la víctima y el ofensor, razón por la cual los órganos de gobierno asumen la tarea de fijar las condiciones equitativas para la sustitución de la venganza que incluyeron baremos para la medición del daño<sup>328</sup>. En general, todos los sistemas desde la antigüedad hasta la época medieval contemplaban junto a la venganza, mecanismos similares a la reparación como una de las reacciones frente al delito.

El derecho penal era privado en la medida que reconocía un poder de disposición a la víctima para iniciar el proceso o para finalizarlo (por ejemplo, mediante el perdón). El derecho penal era también privado por el carácter de algunas penas como la composición o indemnización dirigida a la víctima, o incluso una forma de cárcel privada llamada *ergástulas*<sup>329</sup>.

El derecho penal de daños imperante en la antigüedad se mudó poco a poco a un derecho penal de delitos. El sistema penal fue abandonando progresivamente la idea de dar satisfacción a las víctimas para buscar la aplicación de un escarmiento al culpable. La compensación a la víctima fue reemplazada por la sanción pecuniaria y por la imposición de “costas”. El sistema penal y la pena estatal se transformaron así en instrumentos de control estatal directo sobre los súbditos y en

---

<sup>326</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 21.

<sup>327</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Op Cit, página 259

<sup>328</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, Op Cit, página 2. En el mismo sentido NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Op Cit, página 259.

<sup>329</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 76.



herramientas de coacción y dominación en manos del Estado, aún sin necesidad de una queja externa, es decir, sin el reclamo de la víctima<sup>330</sup>.

Con el desarrollo histórico, el derecho penal estatal surge con la neutralización de la víctima y el monopolio de la reacción ante el delito<sup>331</sup>, como consecuencia de la desconfianza que generaban las reacciones sancionatorias de las propias víctimas, las que muchas veces excedían la real magnitud del hecho cometido<sup>332</sup>, pues sus impulsos de venganza resultaban absolutamente instintivos<sup>333</sup>.

La sed de venganza y las emociones de la víctima fueron dejadas de lado y la pretensión penal privada se trasladó a la pública por el hecho de que la existencia y persecución del delito debe ser independiente del ofendido, para lograr alcanzar objetividad del procedimiento penal<sup>334</sup>. El Estado se apropió del conflicto de la víctima para ejercer su poder coercitivo contra el infractor. El proceso penal convirtió el conflicto que una vez fue entre personas privadas, en un conflicto entre una parte y el Estado.

Con el surgimiento del Estado, los individuos renuncian a un sólo derecho: el derecho a hacerse justicia por sí mismos<sup>335</sup>. El pacto social se suscribió por razones de utilidad, derivado del cansancio que provocó en las personas el vivir en un constante estado de guerra y de gozar de libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificaron una parte de esa libertad para gozar de la

---

<sup>330</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 2.

<sup>331</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 21 y 22.

<sup>332</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 37.

<sup>333</sup> NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Op Cit, página 256.

<sup>334</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, traducción de Julio B.J. Maier y Daniel R. Pastor, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 116; en igual sentido MADLENER, KURT, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Tomo II, Publicación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, página 10.

<sup>335</sup> BOBBIO cita la concepción de LOCKE para hacer esta afirmación. Ver BOBBIO, NORBERTO; BOVERO, MICHELANGELO, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, página 106.

restante en segura tranquilidad<sup>336</sup>. El interés por el perjuicio ocasionado a la víctima se desplaza hacia el interés en el hecho delictivo<sup>337</sup>.

El tránsito progresivo de un derecho penal privado disperso a un derecho público concentrado, debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó la expropiación del poder de castigar del ofendido, que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses<sup>338</sup>.

El delito deja de producir un daño a una persona para producir un daño a un bien jurídico en abstracto<sup>339</sup>. El concepto de bien jurídico consiguió el anonimato de la víctima, convirtiéndola en un “objeto” que el Estado puede proteger por medio del derecho penal, por medio del cual también se protege de la desobediencia y controla los comportamientos que hacen peligrar la paz jurídica dentro de un sistema de organización social<sup>340</sup>.

Esto trajo como consecuencia expropiar a la víctima de su conflicto, quien pierde su caso en manos del Estado, convirtiéndose en una especie de perdedora por partida doble: primero frente al infractor y segundo frente al Estado, al serle denegado el derecho a la plena participación en el proceso penal, lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida<sup>341</sup>.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la progresiva intervención del Estado en los conflictos sociales, condujo a un derecho penal más preocupado por la eficacia que por la ciudadanía: la pena se transformó en arma estatal contra la sociedad y su

---

<sup>336</sup> SOUTO cita a BECCARIA para hacer dicha afirmación. Ver SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 64.

<sup>337</sup> SANS MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Op Cit, página 368.

<sup>338</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 79.

<sup>339</sup> MADLENER, KURT, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*, Op Cit, página 10.

<sup>340</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 187.

<sup>341</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 162.

eficacia en terror penal, siendo manifestación de esa crisis la doctrina de la seguridad nacional<sup>342</sup>.

En aras de la eficacia muchas veces se exagera el aspecto severo de las leyes y se olvida la dimensión equitativa, conciliadora de la justicia<sup>343</sup>. En la actualidad se observa esta tendencia en países latinoamericanos, que durante conflictos armados, llevaron al extremo la severidad de la protección para convertirla en terrorismo de Estado. En estos casos pareciera el objetivo justificante de la pena es la prevención de la punición arbitraria o informal y las reacciones de tipo policial ilimitadas, que sucederían por parte de fuerzas de autoridad estatal si el derecho penal no existiese, por lo que parece que el derecho penal se justifica por lo que el Estado haría en ausencia de un sistema de garantías. En estos casos el derecho penal sirve fundamentalmente para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado, siendo necesario un poder sometido a garantías, pues en caso contrario podríamos incluso llegar a ser víctimas de escuadrones de la muerte, por lo que debe admitirse la necesidad de someter el poder del Estado a límites garantizados normativamente<sup>344</sup>.

## 6. Las dos vías del Derecho Penal: penas y medidas de seguridad

Las consecuencias jurídicas del delito son las reacciones que el Estado adopta para proteger los bienes jurídicos. La pena históricamente ha sido la respuesta a la necesidad de punibilidad<sup>345</sup>. Ha sido la consecuencia reina, más no es la única. Existen además otras formas de reacción tales como las medidas de seguridad, las sanciones reparatoras<sup>346</sup> y otras consecuencias accesorias<sup>347</sup>.

---

<sup>342</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 66.

<sup>343</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparatora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 205.

<sup>344</sup> La autora comenta la teoría del garantismo de FERRAJOLI. Ver LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 82.

<sup>345</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, páginas 131- 133.

<sup>346</sup> MIR PUIG indica que el delito produce distintas consecuencias tales como las penas, medidas de seguridad y sanciones reparatoras. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976, Páginas 26-29. ALASTUEY afirma que un ilícito penal produce dos efectos: la pena y la sanción reparatora. ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 399.

<sup>347</sup> LUZÓN PEÑA considera además hay otro modo de reacción frente al delito de naturaleza peculiar, las consecuencias accesorias, que no son penas, puesto que pueden afectar a terceras personas no responsables del

Dentro de las demás respuestas penales las más desarrolladas han sido las llamadas medidas de seguridad, convirtiéndose en un sistema penal de doble vía. Las medidas de seguridad surgen en el derecho alemán de 1933, como respuesta a que la pena era insuficiente para cumplir su misión de protección a la sociedad ante sujetos peligrosos a quienes no podía reprochárseles los hechos por sus características personales, ya que la imposición de pena requiere de la culpabilidad del sujeto<sup>348</sup>. Con el positivismo criminológico italiano<sup>349</sup>, se intentó llegar al extremo de llevar la prevención especial a su última consecuencia, procurando sustituir las penas por las medidas de seguridad<sup>350</sup>.

Dicha concepción fue superada y en la actualidad el derecho penal se considera de dos vías, las penas y las medidas de seguridad, reconociéndose el principio de doble vía en la mayoría de los códigos penales modernos. Se establece que la respuesta al delito debe ser la pena y en los supuestos donde por la falta de culpabilidad no puede imponerse, pero sí existe peligrosidad del agente o donde la pena por sí misma no es suficiente, la respuesta son las medidas de seguridad<sup>351</sup>.

---

delito, pero sin consecuencias del delito impuestas por el juez penal, que suponen considerables privaciones de derechos y han de tenerse en cuenta conceptualmente entre los elementos integrantes del moderno derecho penal. LUZÓN PEÑA, D.M. *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 545-551. Las consecuencias accesorias no pretenden disuadir la comisión del delito ni castigarlo. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General, Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, página 767. Las consecuencias accesorias no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, página 607.

<sup>348</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Segunda Edición, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, página 43.

<sup>349</sup> El Positivismo Criminológico propugnaba que frente a la concepción tradicional del hombre como ser igual y libre que al delinquir hace uso de su libre albedrío y, por ello, se le puede considerar culpable acreedor de castigo materializado en la pena, el positivismo concibe al hombre como sujeto determinado en su actuar por las circunstancias, ello implica que no se pueda hablar de culpabilidad, pues un ser carente de libertad no puede ser responsable de sus actos. No obstante, ese ser determinado por las circunstancias sí puede ser peligroso y por ello aunque no se le puede imponer una pena sí es merecedor de una medida de seguridad a través de la cual se tratarán de corregir los aspectos que han llevado al sujeto a cometer el delito. COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 397.

<sup>350</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, Página 94.

<sup>351</sup> El presupuesto de la pena es la culpabilidad y el de la medida de seguridad es la peligrosidad futura del sujeto. Las penas y las medidas de seguridad se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, pues por ejemplo la culpabilidad no es condición para la medida, pero tampoco la impide, por lo que la pena y medida pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente. ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 42 y ss.

Las dos vías del derecho penal se reconocen y aplican en los distintos ordenamientos jurídicos mediante los siguientes sistemas:

- a. Sistema monista
- b. Sistema dualista
- c. Sistema vicarial

#### **a. El sistema monista**

El sistema monista consiste en que se impone o una pena o una medida de seguridad, nunca ambas.

#### **b. El sistema dualista**

El sistema dualista consiste en que las penas y las medidas de seguridad se aplican acumulativamente y en caso de concurso de ambas, se da siempre preferencia a la ejecución de la pena. El sistema dualista representa la menor intervención en la libertad del ciudadano, por el vínculo de la pena con la culpabilidad, en comparación la intervención de la medida de seguridad<sup>352</sup>.

#### **c. El sistema vicarial**

La solución intermedia entre los sistemas dualista y monista es el sistema vicarial, que tiene como características que la pena puede ser sustituida por la medida de seguridad; una vez ejecutada la medida, el juez puede suspender la ejecución de la pena por considerarla innecesaria<sup>353</sup>.

El sistema vicarial es una tesis de una vía única en los fines de penas o medidas de seguridad, donde se pueden intercambiar discrecionalmente las penas y las medidas de seguridad en función de la que mejor consiga el fin de prevención. Sobre este punto la discusión doctrinaria se centra en la necesidad de recurrir a las medidas de seguridad, que no requieren de la culpabilidad sino solamente de la existencia de peligrosidad en el agente, en un derecho penal que gira en torno al

---

<sup>352</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109.

<sup>353</sup> BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, IGANACIO, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Praxis, Barcelona, 1994, páginas 148 y ss.

principio de culpabilidad. La regla general es que la culpabilidad es el límite de la intervención coactiva del Estado, porque posibilita un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del infractor, pero existen excepciones en supuestos especiales, en los cuales la peligrosidad de un sujeto puede ser tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para protegerla de los ataques de un sujeto infractor. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado con una pena; pero en interés de la población, se le puede impedir que cometa otros hechos punibles mediante la imposición de una medida de seguridad. El legislador acude a las medidas de seguridad allí donde la protección eficaz de la sociedad no está garantizada mediante las penas en casos de porque no puede imponerlas o no son suficientes por sí mismas<sup>354</sup>.

Las medidas de seguridad tienen una naturaleza distinta a la de la pena, porque no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo<sup>355</sup>. ROXIN afirma que el fin de la pena y el de las medidas de seguridad no se diferencian en esencia, aunque sí en sus presupuestos. La tendencia fundamental preventiva es la misma, aunque los fines preventivos se persiguen en las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los fines de la pena en el caso individual. En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad o duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena<sup>356</sup>.

Este estudio plantea que junto a la pena y la medida de seguridad, debiera incorporarse una tercera vía de respuesta al delito: la reparación. A continuación se analizará la reparación como una consecuencia autónoma del delito, como una sanción independiente.

---

<sup>354</sup> Por ejemplo en el caso de inimputables responsables de hechos violentos graves y que presumiblemente los volverán a cometer, a quienes, por su escasa culpabilidad o ausencia de ella no puede imponerse una pena, pero la protección general hace necesario que se les ingrese en un hospital psiquiátrico. ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 103 y ss.

<sup>355</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 55.

<sup>356</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 105.

## 7. La reparación y la pena

### 7.1 La reparación no es una pena

Existe una tendencia a asociar el concepto sanción con el concepto pena. El concepto formal de sanción es el de consecuencia jurídica de un determinado supuesto fáctico o hecho culpable<sup>357</sup>, concepto es más amplio que el de pena.

La pena generalmente viene asociada con la concepción tradicional de “castigo”, proveniente de la venganza, como mal que la víctima o un tercero, buscando su propia satisfacción apasionada y ciega, inflige a otra persona para que ésta sufra un daño ilimitado o un daño proporcional al crimen<sup>358</sup>.

El castigo trata al ser humano como un medio para alcanzar un fin, sacrificándolo para adquirir otra meta, de la misma forma que en el pasado se hacían sacrificios humanos para apaciguar a los dioses<sup>359</sup>.

En principio, la pena es un mal, es una privación total o parcial de bienes jurídicos; y no puede negarse su carácter aflictivo, aunque responda a un tratamiento científico y no a una aflicción gratuita<sup>360</sup>. A la pena le importa infligir dolor<sup>361</sup>. JESCHECK afirma que la justificación ético-individual de la pena es la aspiración de liberarse de la culpa mediante una prestación expiatoria, lo que constituye una experiencia fundamental del hombre como ente moral<sup>362</sup>. Para JAKOBS la pena no integra al infractor, sino al ciudadano fiel al derecho y la función positiva sólo se dirige a quien

---

<sup>357</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 18.

<sup>358</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 253.

<sup>359</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 101.

<sup>360</sup> Los autores afirman el carácter aflictivo de la pena y cita corrientes que consideran que la pena además es un derecho del delincuente, una reivindicación inconsciente, por parte de éste, e incluso que el castigo es buscado subconscientemente por el criminal, movido por el impulso de autopunición. MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, página 19.

<sup>361</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, De Palma, Buenos Aires, 1984, página 7.

<sup>362</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 56.

no ha violado la norma. Para el infractor sólo queda reservado el dolor<sup>363</sup>. La pena es en esencia un castigo, un mal que debe transmitir al condenado un sentido de responsabilidad, recomponer la fuerza del derecho en el sentimiento colectivo a través del reproche, declarar la existencia del delito y de la víctima directa, así como el retorno de la paz jurídica<sup>364</sup>.

La visión filosófica del castigo refleja el deber de pagar a la sociedad el daño generado por la ofensa y esta visión teológica del castigo va unida a infringir el daño y sufrimiento acorde con la conducta para expiar el daño moral<sup>365</sup>.

Para GALAIN, el acuerdo de reparación tiene naturaleza punitiva porque es compensatorio del mal hecho<sup>366</sup>.

---

La doctrina mayoritaria exige que la pena intente prevenir futuras conductas delictivas, pero también que sea justa, proporcionada al delito y a la culpabilidad del autor, que reafirme la validez de la norma y que su ejecución procure la resocialización del autor. La teoría actual no se pregunta qué es una pena, sino en qué condiciones es legítima una pena<sup>367</sup>.

La reparación no es una pena. La pena consiste en la privación de un bien jurídico impuesta al culpable por la infracción cometida; mientras que la reparación es el remedio al mal causado a la víctima<sup>368</sup>. El delito no se repara con la pena, mientras que al aplicar la reparación se anula la situación contraria a derecho<sup>369</sup>. Lo único

---

<sup>363</sup> Tal planteamiento es afirmado por JAKOBS en su obra *La pena como reparación*, citada por GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 21.

<sup>364</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 5.

<sup>365</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 170.

<sup>366</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 41.

<sup>367</sup> ÍDEM página 17.

<sup>368</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 146.

<sup>369</sup> ESER cita a BINDING para sustentar su afirmación. ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 16 y 17.



que la pena repara es la situación jurídica del infractor, pues su cumplimiento libera al penado de la pretensión penal<sup>370</sup>.

El núcleo de la diferencia entre pena y reparación se encuentra en la esencia de ambas; siendo la esencia de la reparación el suprimir una situación consecuencia de un delio por medio de mecanismos alternativos que buscan llevar las cosas a su estado anterior; mientras que la esencia de la pena es el sufrimiento del autor del delito, siendo imposible neutralizar por medio del sufrimiento una situación antijurídica<sup>371</sup>.

La pena y la reparación también se diferencian en función de aquellos en cuyo favor se cumplen, pues la reparación se realiza siempre en favor del perjudicado, mientras que la pena se aplica para el Estado, el cual al imponerla, cumple con un deber<sup>372</sup>.

Otra diferencia esencial es el resultado que puede obtenerse con la reparación en la personalidad del infractor y su relación con la víctima, pues la reparación voluntaria potencia la compensación personal entre infractor y víctima, además de servir a la estabilización de la norma; resultados que no pueden conseguirse con una pena<sup>373</sup>.

## 7.2 Similitudes de la reparación con la pena en el marco de las sanciones penales

### 7.2.1 La reparación se gradúa de acuerdo al daño producido y a la culpabilidad de la persona, como el resto de penas

La pena está limitada en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo

---

<sup>370</sup> ALASTUEY cita a BINDING para sustentar su afirmación. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 129.

<sup>371</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, traducción de Julio Maier y Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 136.

<sup>372</sup> ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Op Cit, páginas 16 y 17.

<sup>373</sup> Comentando el Proyecto Alternativo de Reparación alemán, ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 77.

especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales; pues la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece. Una pena que sobrepasa el principio de culpabilidad atenta contra la dignidad de la persona. Es decir, el principio de culpabilidad tiene rango constitucional en su función limitadora de la pena<sup>374</sup>. Si la reparación es asumida como una consecuencia autónoma del delito, su magnitud también debe estar limitada por el principio de culpabilidad.

Otro principio relevante para limitar la pena es el de proporcionalidad. La proporcionalidad va inexorablemente unida a los criterios esenciales determinantes de la cuantía de la pena. Tiene la función de dotar a las sanciones con la coherencia necesaria para cumplir, de cara a los ciudadanos, la finalidad de prevención general y de prevención especial, desde la perspectiva de la conciencia del sujeto condenado de que cumple una pena ajustada al hecho ejecutado, una pena razonable, lógica y por consiguiente, una pena que al no ser desproporcionada podrá aceptar y asumir en su totalidad e integridad<sup>375</sup>.

En este sentido, la pena y la reparación tendrían los mismos presupuestos para su imposición<sup>376</sup>. Al igual que ocurre con la pena, el delito es el presupuesto para que proceda la reparación como sanción penal autónoma.

Como se ha manifestado, la reparación no consiste en efectuar un pago para indemnizar los daños, sino que consiste en reparar las secuelas del delito en la medida de lo posible. A mayor importancia del bien jurídico, más repercusión social tendrá el hecho. La gravedad objetiva del hecho cometido atiende a la propia

---

<sup>374</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 100 a 103.

<sup>375</sup> CASTELLÓ NICÁS, NURIA, *La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las casusas de exención de la responsabilidad criminal*, Op Cit, página 157.

<sup>376</sup> Este criterio no es compartido por varios autores, aunque esto se debe al problema ya abordado de la confusión entre indemnización por daños y perjuicios y la reparación. Entre quienes consideran que los presupuestos de imposición son diferentes se encuentra ALASTUEY DOBÓN, quien sostiene que el presupuesto de la pena es la culpabilidad mientras que el de la reparación es la existencia de un daño resarcible causado por un hecho antijurídico. No puede imponerse una pena si no hay culpabilidad, cosa que no sucede con la reparación. Como puede verse, la autora se refiere a la responsabilidad civil. ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 401; en igual sentido LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 146.

medida de la entidad del bien jurídico<sup>377</sup>. Para lograr la abstracción de llevar las cosas al estado anterior del delito, la reparación debe tomar en consideración la entidad del daño material, aunque su elemento limitativo debe ser, al igual que para la pena, la culpabilidad del agente y la proporcionalidad a la gravedad del injusto<sup>378</sup>.

Entonces, si la reparación se limita por la culpabilidad y la proporcionalidad, en los supuestos donde se produzca una disparidad entre el daño material y la culpabilidad (poco daño/mucha culpabilidad o viceversa) la reparación puede ser superior a la entidad del daño. La doctrina aconseja que ese excedente sea destinado a la colectividad para evitar que represente un enriquecimiento injusto para la víctima<sup>379</sup>.

Al igual que sucede con la pena, la reparación no requiere de la producción de un daño material, pues como ya se ha expresado, ese no es su fundamento, por lo que en los casos en los cuales el delito no produzca daños materiales, no quedará excluida la reparación, como en los casos de delitos de tentativa<sup>380</sup>; o en delitos que producen un daño inmaterial. Por ello, la reparación es aplicable tanto a hechos que se han ejecutado sólo en grado de tentativa y en aquellos que no han producido daños, por lo que puede utilizarse en todos los delitos y en cualesquiera que sean las características del autor<sup>381</sup>.

En cualquier caso, si la víctima no siente satisfecha su pretensión con el quantum de la reparación, puede acudir a la vía civil para tratar de obtener una indemnización

---

<sup>377</sup> CASTELLÓ NICÁS, NURIA, *La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las casusas de exención de la responsabilidad criminal*, Op Cit, página 155.

<sup>378</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 144.

<sup>379</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 178. En igual sentido ver citas de otros autores incluidas en ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 139. También considero importante resaltar que este es el sentido en el que se manifiesta el Proyecto Alternativo de reparación alemán, *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*.

<sup>380</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 177. También GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 6.

<sup>381</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, Op Cit, página 29.

más elevada, toda vez que considere que el pago recibido en sede penal es insuficiente o no cubre la totalidad del daño<sup>382</sup>.

Es pertinente agregar que, la reparación sí puede incidir en la medición de la pena, como sucede en el derecho alemán, donde la conducta posterior al hecho del autor, sus esfuerzos por compensar el daño y sus intentos de composición, son reconocidos como méritos relevantes jurídico-penalmente<sup>383</sup>, aspecto sobre el que se profundizará con posterioridad.

### 7.2.2 La reparación tutela el interés público

Tanto la pena como la reparación están dirigidas a tutelar el interés público. Las personas en general, exigen la incriminación y la sanción penal frente a las conductas que consideran intolerables<sup>384</sup>; y el Estado a su vez tiene interés en resolver el conflicto, pues de no reaccionar, se puede abrir el peligro de las venganzas privadas<sup>385</sup>. En aras de restablecer el orden jurídico conculcado por el delito, el Estado puede aplicar el mecanismo que mejor responda al delito en el caso concreto, por medio de la pena o de la reparación, pues la reparación como consecuencia del delito, también tutela el interés público, contrario a lo que algunos autores afirman, por confundirla con la indemnización civil<sup>386</sup>.

Es más, la reparación debe ser no sólo de interés público, sino de orden público, pues la sociedad en su conjunto se ve perturbada por el delito, y porque el Estado debe adoptar las disposiciones pertinentes para restablecer el orden jurídico vulnerado por el delito, en su deber de garantizar la paz y la seguridad públicas<sup>387</sup>.

---

<sup>382</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 13. Ver también ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 140.

<sup>383</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, Op Cit, página 28.

<sup>384</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 267.

<sup>385</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 303.

<sup>386</sup> Opina que la reparación tutela simplemente intereses privados, ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 403.

<sup>387</sup> MADLENER además indica que el delito afecta a toda la sociedad también por la identificación de las personas con la víctima. Citado a varios autores para sustentar la afirmación de que la reparación es de orden

### 7.2.3 La reparación no depende de la víctima

Otra similitud entre la pena y la reparación es que ninguna de las dos depende de la voluntad de la víctima. Si la reparación se regula como una consecuencia autónoma, no dependerá de la voluntad de la víctima, el sentido de que la reparación debe aplicarse tanto en los casos en los cuales las víctimas renuncien a ella o en aquellos delitos en los cuales no exista una víctima, pues con la reparación se busca alcanzar fines que trascienden a la persona de la víctima. En los casos en que la víctima no quiera ser beneficiaria de la reparación, ésta puede ir dirigida simbólicamente a la comunidad.

El concepto de reparación se vincula con el daño material y con la indemnización del ofendido, del mismo modo que lo hace con criterios y principios de justicia material y con los fines de la pena en el caso concreto, de forma que se puede aceptar la reparación incluso para delitos que no han tenido como consecuencia un daño concreto o una víctima directa<sup>388</sup>.

En materia penal, el daño social causado por el delito puede afectar a una víctima en particular y/o a víctimas difusas. Cuando la víctima es individualizada, la reparación debería tenerla como la principal destinataria<sup>389</sup>.

Para LARRAURI la reparación puede regularse con carácter irrenunciable. El hecho de que la víctima no quiera disponer del dinero, no es óbice para que éste no se destine a una organización de carácter no lucrativo. El que el destinatario de la reparación no sea la víctima directa no niega su naturaleza de consecuencia autónoma<sup>390</sup>.

---

público. Ver MADLENER, KURT, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Tomo II, sin datos de publicación, páginas 9-32.

<sup>388</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 6.

<sup>389</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 14.

<sup>390</sup> LARRAURI indica que el carácter de consecuencia del delito de la reparación, al igual de cómo sucede con la pena, es independiente de si la víctima se beneficia con ellas. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación, en Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 178. La víctima de ninguna manera se beneficia con el

## 7.2.4 La reparación busca cumplir con los fines de la pena

El debate doctrinal sobre el fundamento y fin de las penas ha llevado a sostener, con razón, que las teorías de la pena son en el fondo, teorías o explicaciones sobre el derecho penal mismo<sup>391</sup>. Los fines de la pena se refieren a la pretensión punitiva estatal dirigida contra el autor de delito. La polémica respecto al derecho a castigar del Estado aún se mantiene vigente.

La pena es esencialmente retributiva, lo que no implica la renuncia a las finalidades preventivas de la pena<sup>392</sup>. Desde un punto de vista estático, la pena busca lograr la retribución del delito cometido, aunque el concepto no tiene contenido vindicativo. Desde un punto de vista dinámico, tiene los fines de prevención general y especial, siendo el primero una función pedagógica aunque también de intimidación y satisfacción a la víctima; y la segunda, tanto como reinserción social como inocuización<sup>393</sup>.

Los fines de la pena aceptados en la doctrina mayoritariamente son la prevención general, la prevención especial y en menor medida, la retribución. Autores como ROXIN afirman que el punto de partida de toda teoría sobre los fines de la pena, que pueda defenderse en la actualidad, debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo<sup>394</sup>.

La reparación será aceptada como consecuencia jurídica del delito en la medida que logre satisfacer igual o mejor que la pena los fines de la misma. A continuación se revisará por qué la reparación cumple con los fines en mención, teniendo además como valor agregado el beneficio para la víctima.

---

castigo del delincuente, más que por los efectos simbólicos que produce la sensación de haberse hecho justicia. Por el contrario, la reparación tiene la ventaja por sobre la pena que sí brinda un beneficio a la víctima.

<sup>391</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 40.

<sup>392</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 41.

<sup>393</sup> RODRIGUEZ DEVESA; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español, Parte General*, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995, página 883.

<sup>394</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 95.

## 8. La reparación y su compatibilidad con los fines de la pena

### 8.1 Teorías absolutas sobre el fin de la pena

Las teorías retributivas o absolutas determinan el fundamento de la pena en la causación de un mal. En base a las mismas se castiga porque se ha hecho un mal. Para los defensores de estas teorías la justificación del castigo se encuentra en la misma pena, en su carácter retributivo por el mal causado, es decir, se castiga porque se ha hecho un mal, su esencia es pura compensación<sup>395</sup>.

Los postulados retributivos más difundidos son los de KANT y HEGEL. Para HEGEL la pena se legitima porque afirma el derecho, restablece la voluntad general representada por el orden jurídico, que ha sido negada por la voluntad del infractor, por lo que habrá que negar esa negación a través del castigo, para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general<sup>396</sup>. De acuerdo a KANT la ley penal es un imperativo categórico y la pena se basa en la retribución exigida por la justicia, desvinculada de una finalidad utilitaria, por una fundamentación ética, que concibe al ser humano como un fin en sí mismo, siendo ilícito instrumentalizar su castigo para fines preventivos, para llevar una advertencia a la sociedad, por lo que el castigo no puede fundamentarse en razones de utilidad social<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> ÍDEM, páginas 81 y ss. Ver también LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 18. Por su parte PRAT hace referencia al fin retributivo de la pena para argumentar la dificultad que implica introducir medidas alternativas a la pena de prisión. Ver PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 13.

<sup>396</sup> SOUTO hace referencia tanto a las consideraciones de KANT como de HEGEL. Desarrolla los planteamientos de HEGEL respecto a la teoría de la negación de la negación. SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 24 y ss. Respecto al planteamiento de HEGEL el delito es la negación del derecho y la pena como la negación de esta negación, por lo que la pena vendría a ser la anulación del delito, que de lo contrario tendría validez, logrando así el restablecimiento del derecho. ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 83, del mismo modo lo cita JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 61.

<sup>397</sup> MIR PUIG hace referencia a las posturas de ambos autores. Respecto a la postura de KANT, merece la pena hacer la referencia a que él considera que la pena debe imponerse aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad. Su ejemplo más famoso es el de la isla en la cual la población decide disolverse y dispersarse por el mundo, ocasionando el problema de qué hacer con los delincuentes con castigo pendiente. En ese caso, aunque la pena resulta inútil para la sociedad de la isla porque ha dejado de existir, la pena debería ejecutarse hasta para el último de los asesinos que se hallasen en prisión únicamente para que todos comprendieran el valor de sus actos. Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 87 y ss. Sobre los

Las teorías absolutas constituyen teorías de la pena, pero no teorías de los fines de la pena<sup>398</sup>; pues no presentan la necesidad de que las penas persigan un fin más allá de la retribución por el mal causado. Se les conoce como teorías absolutas porque para ellas el fin de la pena es independiente de su efecto social.

Las teorías absolutas aparecen vinculadas al Estado teocrático, donde la pena se consideraba una reacción ante la comisión de un pecado, bajo una concepción religiosa que concebía la justicia como un mandamiento de Dios, y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios<sup>399</sup>; y posteriormente, se vinculan al Estado liberal, que agota la finalidad de la pena en la mera realización de la justicia, sin que con ella se puedan atender otros intereses, como la resocialización, porque se podría causar una intromisión del poder estatal en la esfera de libertad del individuo<sup>400</sup>.

Las teorías absolutas mantienen su vigencia porque sirven de límite al *ius puniendi* del Estado, a través de los principios de proporcionalidad y culpabilidad y constituyen una garantía para el ciudadano frente a eventuales abusos estatales<sup>401</sup>. Según estas teorías, el fin de la pena es la retribución.

---

planteamientos de KANT y HEGEL ver también También DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR; RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001, página 525. JESCHECK también hace referencia al sentido de la retribución de considerar que la ley penal es un imperativo categórico, un mandato de justicia libre de toda consideración final. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 61. Ver también MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 19. OBREGÓN también cita planteamientos que giran en torno a esta teoría, particularmente significativos son los de QUINTANO RIPOLLEZ, quien apunta que sociedad debe defenderse del delito prescindiendo de cuestiones de utilidad y por claro imperativo de justicia, lo que sólo puede conseguirse mediante la retribución. Ver OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 39.

<sup>398</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, página 18.

<sup>399</sup> ROXIN desarrolla este planteamiento y agrega que el fin retributivo de la justicia es también el apoyado por la religión, que concibe la justicia como un mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios. Ver ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 81 y ss.

<sup>400</sup> DIEGO DÍAZ-SANTOS, ROSARIO, FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, Coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 18.

<sup>401</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 31.



### 8.1.1 La Retribución

Según la teoría de la retribución, la pena tiene un único y absoluto fin: la realización de la justicia mediante la imposición del castigo. La imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho. Sus acepciones más comunes son Teoría de la Retribución, Teoría de la Justicia y Teoría de la Expiación. En adelante, la llamaremos Teoría de la Retribución.

JESCHECK distingue entre la retribución y la expiación, siendo la última una prestación personal ética del autor, que lo lleva a aceptar la necesidad de la pena y le permite recuperar su libertad moral. No puede ser forzada con la pena, pero el Estado debe hacerla posible, mediante la disposición de la sociedad a que el autor se reconcilie con ella, gracias a la asunción de la pena<sup>402</sup>.

Para esta teoría, los posibles efectos alcanzados por la pena, como el logro de un bien para el sujeto que la sufre o para la sociedad, no tienen trascendencia alguna; lo realmente decisivo es la afirmación del derecho mediante la retribución de la pena por el mal causado<sup>403</sup>.

En palabras de ROXIN, el mérito de la teoría de la retribución, radica en su capacidad de impresión psicológico-social; y adaptado al actual Estado Democrático de Derecho, la retribución se convierte en un baremo para la magnitud de la pena, marcando un límite al poder punitivo del Estado; pues para la retribución, la pena debe ser justa y proporcional a la gravedad del mal causado, y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de ella se encuentra el principio del Talión<sup>404</sup>. La justificación utilitaria de la pena para proteger bienes jurídicos, únicamente puede desarrollarse

---

<sup>402</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 58.

<sup>403</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 19.

<sup>404</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 82 y 84.

dentro de los límites del principio de proporcionalidad, por lo que la retribución constituye a la vez fundamento y límite de la pena<sup>405</sup>.

El dominio de la teoría retributiva permitió un sistema sancionador estructurado gradualmente, porque mientras mayor fuese la culpabilidad del autor, más severa tenía que manifestarse la retribución; por ejemplo en Alemania, bajo la influencia de esta teoría, se estructuraron tres penas de diferente gravedad, la reclusión (*zuchthaus*), prisión (*gefahgnis*) y arresto (*haft*), dependiendo de la gravedad de la conducta del infractor<sup>406</sup>.

La teoría de la retribución mantiene su vigencia por su limitación al poder punitivo del Estado por medio de la proporcionalidad, evitando que pueda castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la retribución establece un límite de garantía para el ciudadano. Este postulado ha vuelto a estar presente en el debate penal debido a los excesos que en nombre de la prevención cometió el Estado Nacional Socialista del Tercer Reich; reafirmando la necesidad actual de que con base en la retribución se guarde proporcionalidad entre el delito y la pena<sup>407</sup>.

### 8.1.2 Críticas a esta teoría

La teoría de la retribución es criticada, entre otros motivos, porque científicamente ya no puede sostenerse una teoría que prescindiera de todos los fines sociales de la pena. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal causando con otro mal adicional como el sufrimiento de la pena, sólo es susceptible de una creencia o fe, la que ya no es válida desde el momento en que se acepta que el Estado no recibe su poder de Dios, sino del pueblo<sup>408</sup>. La retribución no puede ser defendida

---

<sup>405</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 53.

<sup>406</sup> ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 19.

<sup>407</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 89.

<sup>408</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 84. También MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena*, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 22.

en un Estado moderno, para el cual la pena es un instrumento político social<sup>409</sup>. La pena sólo puede basarse en fines preventivos, tal como se expresaba en la formulación clásica de PLATON: *“ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”*<sup>410</sup>.

También se le critica porque es concebida sólo como una manifestación de venganza, de expiación, mientras que la pena no tiene nada que ver con la venganza, los sentimientos de odio o la reprimida agresividad de la sociedad; por lo que en la actualidad la retribución constituye sólo un principio limitativo, según el cual, el hecho cometido opera como fundamento y medida de la pena<sup>411</sup>.

La existencia de la proporcionalidad entre la gravedad de las penas y la gravedad de los hechos, no constituye una confirmación legal de la idea de retribución, pues la proporcionalidad entre delito y pena es perfectamente comprensible y explicable, partiendo únicamente de la prevención general, pues para que la pena pueda cumplir eficazmente su fin de encauzar conductas y evitar delitos, se requiere la proporcionalidad entre la pena y el hecho. Tampoco puede aceptarse retribución del injusto como si fuera un pago merecido o justo, porque la misión de la pena no es realizar la justicia, sino algo más modesto, es una triste necesidad para conseguir fines racionales, como evitar la posible comisión de delitos<sup>412</sup>.

### 8.1.3 La reparación y su compatibilidad con la retribución

Para autores como HIRSCH, la reparación es compatible con la teoría de la retribución porque atiende al hecho cometido<sup>413</sup>. Esta compatibilidad sólo puede darse en la medida en que la retribución sea entendida como principio limitativo de la cuantía de la reparación, al igual que sucede con la pena; pues como cualquier

---

<sup>409</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, traducción de Julio Maier y Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 147.

<sup>410</sup> Ver ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 85.

<sup>411</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 58.

<sup>412</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979, páginas 21 y ss.

<sup>413</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, Op Cit, página 111.

consecuencia del delito, la reparación sólo es justa en la medida en que restablezca el estado en el cual se encontraba la víctima antes de ser afectada por el delito, es decir, que restituya el *status quo ante*. Entonces se buscaría “retribuir” el mal causado, más no con otro mal que sólo compensaría la necesidad de venganza, sino mediante la realización de alguna prestación positiva, que en la medida de lo posible, compense el mal causado.

## 8.2 Teorías relativas sobre los fines de la pena

Por otro lado tenemos las teorías relativas sobre los fines de la pena. Se les llama relativas, porque reconocen que las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales<sup>414</sup>.

Dentro de la evolución del derecho penal, ya BECCARIA había afirmado que el fin de las penas no es otro que impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales<sup>415</sup>; pero no es sino hasta aproximadamente las décadas de los años sesentas y setentas, que el fin de la pena se desplaza de la retribución a la prevención. La idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida por la tarea social de prevención de delitos<sup>416</sup>.

Las teorías relativas aceptan que la pena es esencialmente un mal, pero destaca que sería absurdo e inhumano aplicar una pena sin perseguir otras finalidades, como la prevención del delito. Estas teorías constituyen verdaderas conclusiones sobre los fines de la pena. Con ellas, el fundamento de la sanción criminal no se centra en el delito, sino en la prevención de futuras infracciones<sup>417</sup>. La prevención

---

<sup>414</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, página 91.

<sup>415</sup> BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, Op Cit, página 238.

<sup>416</sup> ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 23.

<sup>417</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 31. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 19; en igual sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 20.

se convierte en el fin racional y valor rector del derecho penal<sup>418</sup> junto a su función de tutela jurídica o protección de bienes jurídicos<sup>419</sup>. Actualmente se entiende en forma mayoritaria que la función del derecho penal se relaciona con los fines preventivos de la pena<sup>420</sup>.

Las teorías de la prevención entienden como fundamento de la pena su propia finalidad. Su función se concreta de forma distinta en dos corrientes en las que se bifurca, sobre todo a partir de FEUERBACH, en la doctrina penal alemana del Siglo XIX, en la teoría de la prevención general y en la de la prevención especial<sup>421</sup>. Si la función perseguida por la pena es que la sociedad no cometa delitos, se habla de la prevención general; si el fin es que el infractor no vuelva a delinquir, estamos ante la prevención especial<sup>422</sup>. Las teorías relativas justifican el castigo sobre la base de la utilidad, de allí que también se les denomine teorías utilitarias<sup>423</sup>.

Los fines de prevención general y prevención especial pueden darse conjuntamente, dependiendo de las funciones que se requiere que cumpla la pena, según las etapas del proceso, de acuerdo a la teoría dialéctica de la unión. Esta teoría fue concebida por ROXIN y convertida en punto de referencia de la mayor parte de tratadistas<sup>424</sup>. Según esta teoría, a la pena le corresponde una función diferente dependiendo del momento en el cual se encuentre, ya sea en la etapa de conminación legal, en el momento de la determinación judicial y en el momento de la ejecución de la pena.

---

<sup>418</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, página 33.

<sup>419</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 22.

<sup>420</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 5.

<sup>421</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 91.

<sup>422</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 13.

<sup>423</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, páginas 32 y ss.

<sup>424</sup> La influencia en la mayoría de tratadistas es sostenida por MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 27. En el mismo sentido OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 67. SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, página 50.

### **a. Momento de la Conminación legal (necesidad)**

En el primer momento, de la conminación legal, la función de la pena es la exclusiva protección de bienes jurídicos, protección que sólo podrá buscarse mediante la prevención general por ser un momento anterior al delito, en el cual dominan las conminaciones penales y porque no se puede tipificar una pena sin intención preventivo general alguna<sup>425</sup>. En este momento, el legislador busca un equilibrio entre el delito y la pena, estableciendo sanciones distintas en función del mayor o menor ataque a la libertad. Por el efecto de la prevención general, la norma penal tiene un elemento de valoración y otro de determinación sobre el individuo<sup>426</sup>.

La conminación puede darse en su aspecto positivo, mediante la aceptación de las normas como justas, o en su aspecto negativo, recurriendo a la amenaza con una pena para conseguir que se respeten las normas elementales de convivencia humana, creando miedos reales que luego son asimilados de generación en generación mediante el proceso educativo<sup>427</sup>.

### **b. Momento de la determinación judicial de la pena (merecimiento)**

En el segundo momento, de la realización del derecho penal mediante la aplicación judicial, le corresponde a la prevención especial servir de complemento a la prevención general propia de la conminación legal. La prevención general se da por medio de la imposición de una pena, con la que se confirma la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley. Al mismo tiempo, se está avisando a la comunidad de que una condena semejante puede hacerse efectiva sobre cualquier otro ciudadano, en caso de que delinca. La necesidad personal de prevención especial en el sujeto concreto, se da de acuerdo a las circunstancias concretas del

---

<sup>425</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 98.

<sup>426</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, páginas 70 y ss.

<sup>427</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Op Cit, página 51.

hecho, la culpabilidad del sujeto infractor y las necesidades particulares de prevención, evitando que él, en lo particular, cometa un nuevo delito y atiende al principio de proporcionalidad, siendo éste el único aspecto de la retribución que está presente en esta etapa<sup>428</sup>.

En el merecimiento de la pena no se atiende únicamente a la culpabilidad, sino también se toman en cuenta otros elementos objetivos: el mal causado o grado de afectación del bien jurídico<sup>429</sup>. Estos elementos son los que permiten al juzgador graduar la magnitud de la pena dentro de los límites previstos para la pena. La fijación de la medida exacta de la pena dentro del espacio en juego debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando excepcionalmente, lo impida la prevención general<sup>430</sup>.

### **c. Momento de la ejecución de la pena (utilidad)**

El último momento de la pena, la fase de ejecución, sirve para confirmar de los fines de los momentos anteriores, pero buscando la resocialización del infractor, como forma de prevención especial, procurando desarrollar en el infractor responsabilidad a fin de conseguir su adecuada reinserción en el sistema social<sup>431</sup>.

La prevención especial en la última fase de determinación de la pena, como afirma OBREGÓN, completa un ciclo que inicia con la necesidad, que continua con el merecimiento y que concluye con la utilidad o conveniencia de la pena<sup>432</sup>.

---

<sup>428</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 27 y ss.

<sup>429</sup> Se castiga menos el delito frustrado o la tentativa que el delito consumado aunque la culpabilidad sea la misma; se admite la responsabilidad objetiva en los delitos cualificados por el resultado; la gravedad en muchas infracciones se fija por el valor de lo sustraído o perjuicio causado. ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Aka Iure, Madrid, 1986, página 646.

<sup>430</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, Páginas 100 y 101.

<sup>431</sup> ÍDEM, Páginas 100 y 101.

<sup>432</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 57 y ss.

### 8.2.1 La Teoría de la Prevención General

La prevención general debe entenderse como la actuación de la pena sobre la colectividad, es decir, la función pedagógica de la pena<sup>433</sup>. Pretende conseguir que la sociedad en su conjunto se abstenga de cometer delitos<sup>434</sup>, intentando motivar voluntades por medio de las normas y la aplicación de las mismas.

Aproximadamente desde 1975, la evolución del derecho penal ha estado marcada por orientaciones preventivas, dentro de las cuales el centro de gravedad se ha desplazado inequívocamente a la prevención general<sup>435</sup>.

La prevención general se lleva a cabo en la comunidad mediante un efecto motivador o psicológico, que inhibe los impulsos criminales de los potenciales autores que aún no han delinquido para que se abstengan de hacerlo<sup>436</sup>. El efecto de prevención general se identifica con la posibilidad sancionatoria, pues la persona sabe que moralmente es incorrecto delinquir, pero si además, tiene presente que si comete un delito su conducta le traerá una consecuencia, esto reafirmará que se abstenga de cometer la conducta prohibida<sup>437</sup>.

La prevención general tiene dos vertientes: la prevención general positiva o integradora y la prevención general negativa. Veremos cada una de ellas:

### 8.2.2 Prevención General Positiva o Integradora

La prevención general positiva busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. El efecto de pacificación que produce la prevención general positiva en la sociedad, restablece

---

<sup>433</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 19.

<sup>434</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 20.

<sup>435</sup> ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 25.

<sup>436</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, página 32.

<sup>437</sup> PRAT considera que las consecuencias del delito deben implicar una limitación a la libertad del sujeto para cumplir con su cometido inhibitorio. PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 16.



el orden roto por el delito. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo<sup>438</sup>; y ofrecer de esta manera, una protección efectiva de la conciencia social de la norma<sup>439</sup>.

Por medio de la pena el Estado reprueba la conducta delictiva formando el juicio ético social de los ciudadanos y fortaleciendo su conciencia de fidelidad jurídica. La prevención general positiva se desarrolla a través de la educación, porque la reprobación o reproche de la pena puede penetrar en la conciencia ciudadana, fortaleciendo una actitud de respeto hacia el derecho<sup>440</sup>.

La prevención general positiva busca motivar a la población a cumplir con el ordenamiento jurídico mediante su identificación para con el mismo. El derecho penal protege valores que también protege la sociedad, cuando se vulnera algún valor o bien jurídico, se materializa y reafirma dicha protección mediante la imposición de la pena; y cada persona se siente inspirada a respetar esos valores protegidos por el derecho penal. Entonces, la prevención general positiva es la afirmación positiva del derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto por el derecho<sup>441</sup>.

La prevención general positiva tiene a su vez tres fines y efectos distintos:

- a. **Efecto de aprendizaje:** este efecto es motivado social y pedagógicamente, es decir, cumple una función informativa de lo que está prohibido y de lo que está permitido, que debe provocar en la colectividad la fidelidad al derecho;
- b. **Efecto de confianza en el derecho:** este efecto produce la confianza de la población en el derecho por la actividad de la justicia penal, es decir, el efecto de confianza surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica. La misión del efecto de confianza es reforzar y mantener la seguridad en la

---

<sup>438</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91.

<sup>439</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 20.

<sup>440</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, páginas 33 y ss.

<sup>441</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 92.

capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse, creando y fortaleciendo en la mayoría de los ciudadanos, una actitud de respeto por el derecho;

- c. **Efecto de pacificación:** este efecto se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción sobre el quebrantamiento de la ley, consiguiendo que la sociedad considere solucionado el conflicto con el infractor, produciendo un sentimiento de satisfacción, porque el infractor ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua. Por este efecto se le conoce como prevención integradora<sup>442</sup>.

Con la reafirmación de la confianza en el derecho, el derecho penal, como parte de su función de control social, coopera en la culturización y socialización al igual que la escuela o el hogar, de forma que está indicado para lograr la confianza de la población en la estabilidad de las normas<sup>443</sup>.

ROXIN considera la prevención general positiva como el concepto superior más amplio, que al lado de la satisfacción también persigue alcanzar las metas propuestas del aprendizaje y de la confianza en el ordenamiento<sup>444</sup>.

Este fin de integración social se logra con la mera reafirmación de la norma como pauta de conducta, pues tanto el delito como la pena, son un fenómeno de comunicación, defraudando o reafirmando las expectativas normativas, lo que se realiza al considerar a los protagonistas del delito como sujetos capaces de participar en la comunicación. La pena mantiene su carácter aflictivo, que se impone a modo de un mal, como una forma de aprendizaje forzado, para reafirmar las expectativas de otros sujetos que han permanecido fieles a la norma. No puede

---

<sup>442</sup> ROXIN CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 149. JAKOBS, en su teoría de la prevención general positiva, basada en la teoría sistémica funcional de LUHMANN, se manifiesta en el mismo sentido, sólo que denominándolo, ejercicio en el reconocimiento de la norma, el cual se subdivide a su vez en tres efectos, el de ejercicio de la confianza en la norma, ejercicio de la fidelidad al derecho y ejercicio en la aceptación de las consecuencias. Por todos MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 92.

<sup>443</sup> Citado por ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 155.

<sup>444</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 149.

denominarse un fin integrador en tanto parte de la exclusión de quienes se han visto involucrados en el delito<sup>445</sup>.

### 8.2.3 Compatibilidad de la reparación con la prevención general positiva

La reparación produce un efecto de prevención especial positiva, pues para tranquilizar la conciencia social quebrantada por el delito se necesita, además de la justicia en sí misma, reparar los efectos que el delito ha dejado en la víctima. Existe una identificación nata de la sociedad con la víctima del delito, por lo que los intereses de esa víctima se convierten en los intereses de toda la sociedad.

Los efectos de la psicología social que se conectan con la prevención general positiva, parten de que la sociedad comprende y acepta determinadas sanciones; por eso, sólo una sanción penal que sea considerada por la comunidad como justa y adecuada para el caso concreto, podrá devolver o robustecer la confianza en la norma, por lo que la reparación puede incluso llegar a superar a la pena en cuanto a nivel de aceptación por parte de la comunidad. Esto es porque, en primer lugar, se produce una contradicción cuando se afirma que las normas penales existen para proteger a la población, pero por otro lado, es la misma víctima quién debe protegerse cuando ha sufrido un daño real, pues esto supone una limitación a la confianza de la norma<sup>446</sup>.

Desde esta teoría, el acento de la reparación no estaría puesto en su efecto intimidatorio, sino en la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del infractor, dirigida a reparar el daño, satisface la afectación de la generalidad que todo delito contiene<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 8.

<sup>446</sup> Ver ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 186.

<sup>447</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 202.

La pena busca confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico, lo que no exige una determinada severidad o intensidad de la pena, pues no necesita intimidar sino reafirmar las expectativas de justicia del ciudadano, y confirmar la vigencia y fuerza del ordenamiento jurídico, capaz de reaccionar y responder a la infracción, lo que se consigue cuando el autor responde por su hecho<sup>448</sup>. La reparación se convierte en una manifestación del reconocimiento de la vigencia de la norma, que contribuye a estabilizar la confianza en la ley<sup>449</sup>, porque, qué mejor confirmación de la vigencia de la norma que la asunción de la misma norma infringida, por medio de un proceso dialogado, con el reconocimiento de la víctima y del daño causado<sup>450</sup>.

La reparación del daño contribuye considerablemente a la restauración de la paz jurídica, pues sólo cuando se ha reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada la perturbación social originada por el delito<sup>451</sup>.

La reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente. La comunidad se sentirá pacificada por la actitud asumida por el infractor mediante el reconocimiento de la norma que ha conculcado, mismo que se manifiesta por medio de sus acciones<sup>452</sup>.

La reparación puede lograr una función de reintegración o resocialización del infractor, que cumpla con un fin preventivo general integrador de la norma y al mismo tiempo, con un fin preventivo especial integrador de la víctima, pues ella

---

<sup>448</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 296.

<sup>449</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 34. Ver también los planteamientos de diversos autores que SANS MULAS incluye en su obra. SANS MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 373.

<sup>450</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 57.

<sup>451</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109; ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 35. También lo mencionan BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, IGANACIO, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 168.

<sup>452</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 153, también ROXIN, CLAUS, *Política criminal y estructura del delito*, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992. En similar sentido ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 188.

comparte el derecho del infractor a ser resocializada o a no ser desocializada por medio del castigo<sup>453</sup>.

La reparación cumple con la finalidad preventivo-general integradora, porque la actividad restaurativa del acusado constituye una positiva contribución al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma<sup>454</sup>.

De algún modo la víctima es un representante cualificado del conjunto de la sociedad, y el daño sufrido es la expresión concreta de la lesión al bien jurídico protegido por la norma, por lo que la reparación acordada por el autor y la víctima, es precisamente la concreción de la pacificación del conflicto interpersonal, y por ende, satisfaría en alguna medida la finalidad de prevención integradora de pacificación social<sup>455</sup>.

#### 8.2.4 Prevención General Negativa

La prevención general negativa se basa en la eficacia que puede tener la intimidación de la amenaza penal en la voluntad de las personas. Este fenómeno es explicado por la Teoría de la Coacción Psicológica, la cual afirma que, el fundamento psicológico de todas las infracciones es el placer que brinda la acción de cometerlas; y este impulso sensitivo puede suprimirse al saber que con toda seguridad habrá una consecuencia, que el hecho irá seguido de un mal inevitable, mismo que será más grande que el desagrado que surge al no satisfacer el impulso de cometer el ilícito<sup>456</sup>.

La prevención general negativa se basa en que, la amenaza de la imposición de la pena, produce un efecto de intimidación en el individuo que se siente tentado a delinquir, paralizando sus impulsos delictivos; o por el temor que produce el efecto

---

<sup>453</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 10.

<sup>454</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 32.

<sup>455</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 58.

<sup>456</sup> Teoría de la Coacción Psicológica, en ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 90.

ejemplarizante de la efectiva ejecución de la pena, que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que lo han propiciado<sup>457</sup>.

La teoría de la prevención general negativa no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, mediante las amenazas penales<sup>458</sup>.

OBREGÓN afirma que la doctrina española se inclina mayoritariamente por la prevención general negativa frente a la positiva, al considerarla más acorde con la función instrumental para la protección de bienes jurídicos, debido a que la prevención general positiva es a veces meramente simbólica, secundaria o derivada<sup>459</sup>.

### 8.2.5 Críticas a esta teoría

Una de las críticas que se hacen a esta teoría es su carencia de límites, pues la prevención general en su aspecto intimidatorio, tiene una marcada tendencia al terror estatal, la cual ha justificado que numerosos preceptos penales tengan señaladas muy graves para delitos de escasa importancia, pero de frecuente comisión<sup>460</sup>.

También se le critica el considerar al infractor como instrumento para que otros omitan cometer un mal, mediante el efecto ejemplarizante que trae consigo la aplicación del castigo, utilización contraria a la dignidad humana porque el ser

---

<sup>457</sup> SILVA SÁNCHEZ afirma que la amenaza de la imposición de la pena produce un efecto de intimidación. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 33. LANDROVE DÍAZ comparte el criterio del efecto que produce la amenaza de la pena y agrega el efecto ejemplarizante de su consumación. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 19.

<sup>458</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 89.

<sup>459</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 65.

<sup>460</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979, página 2. También MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 23.

humano no es un medio<sup>461</sup>, aunque estas objeciones son superadas mediante la vinculación de la pena con el principio de culpabilidad<sup>462</sup>.

También se crítica la veracidad del efecto intimidante en el que se basa, pues de acuerdo a ZÚÑIGA el efecto de intimidación se sustenta en una serie de dudosos postulados<sup>463</sup>:

1. *El hombre es un ser racional capaz de calcular cuidadosamente las ventajas y los inconvenientes de los actos que realiza;*
2. *El hombre es libre de elegir entre varias conductas;*
3. *El hombre es un ser hedonista, atraído por el placer, pero que teme el sufrimiento, por lo que puede ser intimidado por la amenaza del dolor;*
4. *El hombre aprende gracias a la experiencia, propia y de los demás;*
5. *Todos los ciudadanos conocen las leyes y sanciones penales.*

Estos postulados no pueden afirmarse, o al menos, no en todos los casos. Por otro lado la ineficacia del efecto intimidatorio de la pena, sí puede confirmarse, pues cada delito es una prueba de dicha ineficacia<sup>464</sup>.

El mito de la prevención asume la imagen de un autor reflexivo que, además de no corresponderse siempre con la realidad, es excesivamente simplificada, porque pareciera que la pena es el factor decisivo en el actuar humano. La perspectiva del castigo es sólo uno de los factores que inciden en el delito. Se ignora que, además de la ausencia de obstáculos, en la realización del delito deben confluír cuando menos los elementos de motivación (¿qué interés positivo hay en realizar el delito?), habilidad (no todo el mundo está en condiciones de hacer todo delito) y oportunidad (la ausencia de vigilancia y un objetivo apetecible)<sup>465</sup>.

---

<sup>461</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, páginas 32 y ss. También MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 23.

<sup>462</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 102.

<sup>463</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 40.

<sup>464</sup> ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 28. También MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 23.

<sup>465</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 89.

Existe unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad, cometen un hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una intimidación, y que en estas personas, tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados<sup>466</sup>.

Un alto porcentaje de la criminalidad ingresa al sistema, precisamente porque no mide el riesgo de sus actos o porque actúa impulsivamente motivado por ciertas situaciones. Lo contrario sería tanto como afirmar que, en todos los delitos, existe premeditación. Tampoco puede hablarse de que exista realmente una libertad de elección de las personas que ingresan al sistema penal, pues el delito en muchos casos, tiene causas radicadas dentro de las estructuras sociales, siendo más bien un producto de un largo camino de exclusión del ser humano.

Tampoco puede afirmarse que el ser humano aprenda de la experiencia, todo lo contrario, se repiten los mismos errores, tal como puede observarse en el desarrollo histórico de las sociedades. En cuanto al conocimiento de las leyes y las sanciones penales por parte de los ciudadanos comunes, es el postulado que más puede desvirtuarse; pues la mayoría de personas no conoce la sanción que apareja un delito. Ni los expertos penalistas de un Estado son capaces de conocer todas las penas previstas en los ordenamientos jurídicos. La explicación por la cual muchas personas no delinquen debe buscarse en otros factores, y no porque la norma penal logre realmente motivar las voluntades, pues esa norma muchas veces no llega a ser conocida por la persona común.

En muchos casos, los infractores son conocedores de las normas e incluso las han interiorizado y, para poder llevar a cabo comportamientos discordantes con ellas, necesitan elaborar técnicas de neutralización que les conducen a rechazar su propia responsabilidad, trasladando ésta a la sociedad o a la víctima, de forma que

---

<sup>466</sup> Este planteamiento fue planteado por BECCARIA ya en el año de 1764. BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, Op Cit, página 271. En nuestros días ROXIN afirma la unanimidad de la doctrina sobre la veracidad de este planteamiento. ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91. También ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 40; SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Op Cit, página 44; SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 33.



consiguen justificar su propia conducta y negar el carácter ilícito a la misma<sup>467</sup>. La víctima se convierte en un objeto despersonalizado que merecía el hecho.

LARRAURI afirma que el derecho penal va dirigido a cierto grupo social, que es el que obtiene una “recompensa de la obediencia”; pero no previene al sector que no obtiene las suficientes recompensas de la conformidad. El grupo de personas acostumbrado u obligado a realizar acciones delictivas, vive en un contexto de dificultades tales que no podemos imaginar, y en consecuencia, es razonable pensar que ello influye en el presunto cálculo de costes y beneficios, sumado a que viven un día a la vez y no hacen cálculos futurísticos<sup>468</sup>.

En cuanto al temor al sufrimiento, está constatado científicamente que una política criminal organizada sobre la base del miedo al castigo y a la represión, tiene efectos contraproducentes, porque en lugar de producir la inhibición de los sujetos, puede constituir más bien un factor criminógeno, al aumentar el riesgo y así aumentar las ganancias ilícitas<sup>469</sup>.

Tal parece entonces que ni la amenaza de la pena, ni la magnitud de la misma, ni la constatación de su ejecución, paraliza los impulsos criminales, dando un mensaje ejemplarizante. De hecho, la poca capacidad de intimidación de la pena ha dado argumentos a la corriente abolicionista.

También es sabido que buena parte de la eficacia preventiva del derecho penal se asienta en el desconocimiento por parte de la sociedad de los concretos mecanismos a través de los cuales el Estado reacciona al delito<sup>470</sup>. El derecho penal no previene a quien ya ha estado en la cárcel y sabe cómo sobrevivir a ella<sup>471</sup>. De allí que en los casos de infractores reincidentes, el poder de la intimidación sea menor que en el caso de infractores primarios.

---

<sup>467</sup> COHEN, STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*, Primera Edición, publicación del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005, páginas 97 y ss.

<sup>468</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 88-91.

<sup>469</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 39.

<sup>470</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Op Cit, página 57.

<sup>471</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 88-91.

La cuestionada eficacia de las penas pierde aún más su capacidad de intimidación como consecuencia de una administración de justicia ineficaz, que con su lentitud consigue que el poder conminatorio de la pena desaparezca<sup>472</sup>. La prontitud de la pena es útil porque cuanto menor es el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la aplicación de la pena, es más fuerte y duradero en el ánimo la asociación de estas dos ideas, delito y pena<sup>473</sup>. La tardanza en la aplicación de la justicia es en sí misma un peligro por el mensaje de impunidad que genera, además de que puede hacer que la sanción ya no resuelva el conflicto. Los efectos preventivo generales que puede tener la pena serán posibles ante todo por la prontitud y la ya mencionada certeza de la aplicación de la pena<sup>474</sup>.

### 8.2.6 La compatibilidad de la reparación con la prevención general negativa

Las más fuertes críticas contra la reparación se basan en sus menores efectos intimidantes en comparación de los de la pena. Para sus detractores, la reparación no tendría capacidad para intimidar; pues el infractor cometería el delito contando con que se puede devolver lo robado y quedar exento de responsabilidad, lo que supone un regalo al infractor. Hay quienes incluso afirman que, con la reparación, la prevención general se sustituiría por la invitación general<sup>475</sup>.

La realidad es que la reparación no es vista por el infractor como el simple riesgo de ser descubierto y tener que devolver la cosa, sino que es sobrellevada como un mal<sup>476</sup> y representa un verdadero sacrificio, pues una reparación integra exige el cumplimiento de otros requisitos además de la supuesta devolución de la cosa<sup>477</sup>.

---

<sup>472</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 38.

<sup>473</sup> BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, Op Cit, página 258.

<sup>474</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Op Cit, página 283.

<sup>475</sup> Ver el desarrollo que de este tema hace ALASTUEY DOBÓN. En ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 218.

<sup>476</sup> HIRSCH considera que es percibida como un mal, pero argumentan que el sufrimiento del mal se da en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento. HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 60.

<sup>477</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 138.

Dentro del derecho comparado existen figuras con alguna similitud a la reparación a las que se les reconoce un efecto disuasivo, tales como los *punitive damages* del derecho anglosajón<sup>478</sup>. Tampoco puede negarse la presencia de cierto sesgo punitivo en la indemnización de los daños propia de la responsabilidad civil<sup>479</sup>.

Diversos autores afirman que la certeza de que, si se causa un daño, debe indemnizarse al perjudicado por los daños o perjuicios producidos, contiene en sí misma una amenaza con efecto intimidatorio<sup>480</sup>. El éxito de la indemnización de la responsabilidad civil por daños y perjuicios en delitos poco graves, demuestra que figuras similares a la reparación pueden tener incluso mayor eficacia intimidatoria que la pena<sup>481</sup>.

En ocasiones y ante la futura adopción de un comportamiento antijurídico, puede resultar más disuasoria la posibilidad de ser condenado a la reparación<sup>482</sup>. Puede tener mayores efectos intimidatorios en la medida en que se acompañe de la amenaza de un proceso penal y el pronunciamiento de culpabilidad<sup>483</sup>.

---

<sup>478</sup> Los *punitive damages* o daños punitivos, tienen por objeto que el autor de un ilícito se vea obligado a pagar una indemnización como una especie de castigo por su conducta, debido a su motivación perversa o su descuidada indiferencia hacia los derechos de otros, buscando disuadirle de ella y de otras de conductas similares en el futuro. Por estas características son considerados una verdadera pena privada. La definición de los *punitive damages* está dada en el artículo 908 del *Restatement of the Law of Torts del Common Law*. Ver BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 48 y ss.

<sup>479</sup> La indemnización cumple con una función represiva, aunque ese no es su objetivo, por lo que no debe verse como una pena privada. ÍDEM, página 57.

<sup>480</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 66. Otros autores también se refieren a la función preventiva de la responsabilidad civil. YAGUE señala que aunque la responsabilidad civil no tenga una finalidad preventiva, de hecho consigue generalmente ese resultado. ESSER cree que la responsabilidad civil sí desincentiva conductas ilícitas y para lograr ese propósito puede usarse la indemnización. PANTALEÓN considera que la responsabilidad civil tiene una función preventiva pero no cree que la obligación de reparar los daños pueda inducir a los sujetos a comportarse de forma cuidadosa. BARRIENTOS analiza los argumentos de YAGUE y ESSER respecto a la capacidad preventiva que puede tener la indemnización por los daños en la colectividad, aunque esa no sea su finalidad. Por todos BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Op Cit, página 54.

<sup>481</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 219.

<sup>482</sup> SAINZ-CANTERO, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto*, Op Cit, página 12.

<sup>483</sup> ROXIN, CLAUS, *Política criminal y estructura del delito*, traducción de BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORNAZAÁBAL, H., Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

### 8.3 La Teoría de la Prevención Especial

Para la prevención especial, la pena no está orientada hacia la sociedad, sino hacia el infractor, en el sentido de que se trata de lograr que, en el futuro, no cometa nuevos delitos<sup>484</sup>.

El derecho penal cumple siempre una misión de prevención indirecta respecto a la protección de la sociedad<sup>485</sup>. En la prevención especial, la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección<sup>486</sup>.

Para cumplir con la misión de la protección de la sociedad, se diseñó el denominado “Programa de Marburgo”, el cual exponía un tratamiento diferenciado según el tipo de infractor, para que la prevención especial actuara de acuerdo a las necesidades del caso concreto, de la siguiente manera<sup>487</sup>:

- a) *Asegurando a la comunidad frente a los infractores, por medio del encierro de éstos; tarea conocida como la inocuización del infractor habitual incorregible, donde se justifica el aislamiento incluso perpetuo, porque por sus características, no se puede conseguir que desista o mejore.*
- b) *Intimidando al infractor ocasional mediante la pena, para que no cometa futuros delitos, porque en esos casos la pena constituye un “recordatorio” que le inhibe de delinquir.*
- c) *Preservando al infractor corregible de la reincidencia mediante su corrección, lo que en lenguaje técnico se denomina resocialización, por medio de la adecuada ejecución de la pena.*

---

<sup>484</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 85. En igual sentido MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 21. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 20.

<sup>485</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 4.

<sup>486</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 87.

<sup>487</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 21; en similar sentido ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 86; y también MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 95. En similar sentido se pronuncia LANDROVE DÍAZ al aludir a la intimidación individual, recuperación social del sujeto (resocialización) e inocuización del delincuente como las tres vertientes de la prevención especial, en LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 20.

### 8.3.1 La inocuización del infractor habitual o incorregible

Los infractores habituales o incorregibles representan el peor problema del derecho penal, por no poder lograr en ellos su fin de prevención de futuros delitos, por medio de su resocialización. En estos casos, se considera justificado su encierro por motivos preventivo generales, porque la pena no tendrá un efecto sobre el infractor. En este tipo de infractores la prevención especial no cumple otro fin que el de inocuizarlos, con el agravante de que obliga a un inadmisibles encierro perpetuo<sup>488</sup>. Para este tipo de infractores, la pena sólo trata de impedir que, quien no puede ser reinsertado en la sociedad, pueda volver a ella como elemento nocivo<sup>489</sup>.

Dentro de los infractores que no pueden ser motivados por el derecho penal para evitar la comisión de futuros delitos se encuentran los llamados delincuentes por convicción. Frente a ellos no cabe intentar la persuasión por la fuerza de un tratamiento, porque no tendrá efectos sobre el infractor<sup>490</sup>. Este tipo de infractor, particularmente el terrorista, se diferencian del ciudadano *normal* y del criminal *normal* porque se consideran diferentes y ajenos a la sociedad dominante, porque pertenecen a un grupo caracterizado con una intensa identidad ideológica, cultural y política, y porque sienten que su objeto de amor está amenazado por el resto de la sociedad, a la que identifica como enemiga y a la que procura destruir<sup>491</sup>. La persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales, si se siente apoyada por su grupo social, ni siquiera ve el castigo como una pena<sup>492</sup>.

Para este tipo de infractores, la conminación penal de la prevención general fracasa por cuestiones ideológicas, fuertemente posicionadas en la psiquis del sujeto; y donde la prevención especial tampoco podrá tener otro fin que el de inocuizarlos, ya

---

<sup>488</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 29.

<sup>489</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 2, número 9, Barcelona, 1993, página 30.

<sup>490</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, páginas 96 y 97.

<sup>491</sup> BERISTAIN analiza estudios socio psiquiátricos del terrorismo. Ver BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 68.

<sup>492</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 91.

que, en su forma de pensar, son ellos quienes tienen la verdad y es el Estado quien falla.

En este grupo de infractores, aunque con distinta motivación, se encuentran los miembros de organizaciones cerradas, como las bandas criminales o mafias, por las dificultades que tienen de salir con vida de ellas y porque hacen del crimen su *modus vivendi*, por lo que no son resocializables<sup>493</sup>. El derecho penal deja de tener efecto sobre quien ha delinquido tantas veces sin ser aprehendido, que finalmente, lo que asume es el precio como un “gaje del oficio”, y tampoco logra prevenir a aquellos que pertenecen a un sub-grupo donde ser aprehendido no representa un descrédito<sup>494</sup>.

Tampoco es eficaz frente a los infractores que integran el grupo de los psicópatas o sujetos sin conciencia asocial, cuya distorsión de la percepción del bien y del mal ha hecho que se reflexione sobre si son enfermos mentales, y por lo tanto, sujetos que no son capaces de culpabilidad ni merecedores de una pena o si por el contrario, son sujetos imputables. La tendencia dominante es no considerarlos enfermos mentales, pues tienen plena conciencia de lo que hacen y tienen capacidad cognitiva, pero a pesar de ello realizan el mal, por lo que merecen una pena. El psicópata conserva el sentido de la realidad y su pensamiento no se halla disgregado, sino desviado por sus indomables tendencias, lo que unido a sus demás caracteres lo convierten en una persona asocial muy peligrosa, que conserva su imputabilidad, salvo en aquellos casos en que la psicopatía sea tan profunda, que afecte sus estructuras cerebrales o cuando haya sido producida por una lesión cerebral mínima o coexistente con una verdadera enfermedad mental o una oligofrenia<sup>495</sup>.

La poca efectividad del sistema penitenciario pareciera indicar que, lo que se busca con la prevención especial, es únicamente inocular al infractor, pues dadas las condiciones económicas y sociales la intimidación penal no es suficiente, y dada la poca confianza en que pueda lograrse una resocialización del sujeto, pues las

---

<sup>493</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 190.

<sup>494</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENEA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, Op Cit, páginas 88-91.

<sup>495</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 190.

estadísticas de reincidencia parecen demostrar el fracaso del sistema y más bien puede pensarse que la cárcel es una escuela del crimen donde la población carcelaria llega a aprender técnicas para cometer otros delitos nuevos.

### 8.3.2 La intimidación del infractor ocasional

Existe otro grupo de infractores que llevan interiorizados los bienes jurídicos, cuyo comportamiento delictivo obedeció a estímulos externos, tales como arrebatos emocionales, abuso de alcohol o similares. Entonces, en este tipo de infractores, la pena opera mediante una intimidación individual que le inhibe de posteriores delitos<sup>496</sup>.

Cuando los hechos constitutivos de delito se deben a reacciones motivadas por emociones fuertes, la pena no estaría indicada por razones preventivo especiales, porque su comportamiento no se basa en una concepción antisocial, sino en no estar a la altura de una situación excepcional de cuya existencia no tiene la culpa, de tal modo que no son necesarias exigencias legales de aseguramiento o de socialización. Los hechos que tienen lugar en situaciones excepcionales tampoco estimulan la imitación<sup>497</sup>.

Con frecuencia los infractores primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir, por lo que no son necesarias frente a ellos ni la resocialización, ni la inocuización. En ciertos casos, también puede resultar innecesaria la prevención especial frente a sujetos que han cometido delitos graves, donde la actuación del infractor obedeció a estímulos y circunstancias que casi con seguridad no volverán a repetirse en su vida. Este tipo de infractores y sus particulares necesidades de prevención especial, son quienes han motivado la aparición de una serie de instituciones que permiten dejar de imponer o ejecutar totalmente la pena en delitos poco graves, cuando lo permiten las condiciones del infractor - como la condena

---

<sup>496</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 30.

<sup>497</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 49.

condicional o la libertad condicional- y la sustitución de las penas privativas de libertad por otras<sup>498</sup>; y son candidatos idóneos para la reparación.

Para ellos, el hecho de haber sido sometidos a un proceso penal, ya les ha servido de llamada de atención para no volver a realizar la conducta desencadenante del delito<sup>499</sup>.

### 8.3.3 La resocialización o corrección del autoror corregible

Finalmente existe otro grupo de infractores, quienes manifiestan no haber interiorizado la conciencia de la norma y que necesitan un mecanismo para afirmarla. Para ellos, la pena debe contribuir a consolidar de nuevo el respeto al derecho y a reconducirle, por su propio esfuerzo y convicción, al orden jurídico<sup>500</sup>, es decir, la pena debe conducir a la resocialización del sujeto mediante alguna forma de tratamiento para su reinserción social<sup>501</sup>.

La idea de tratamiento surge con el deseo de racionalización y humanización de de la sanción penal, así como del deseo de conseguir objetivos penales preventivos, y no del deseo de encontrar nuevos sistemas represivos por medio de la coacción, por lo que es acertado considerar el tratamiento como un ofrecimiento y no como una imposición<sup>502</sup>.

Para llevar a cabo esa resocialización del individuo, existen dos corrientes de tratamiento: como un *Programa Resocializador Máximo* y como un *Programa Resocializador Mínimo*. El primero consiste en la interiorización y acatamiento coactivos de los valores sociales, y puede suponer una manipulación de la conciencia individual, que lesiona el principio del desarrollo en libertad de la personalidad de cada sujeto. Por su parte, un *Programa Resocializador Mínimo* busca alcanzar la resocialización desde el punto de vista de la legalidad, respeto y aceptación puramente formal, por parte del infractor, de las normas penales, con el

---

<sup>498</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 96.

<sup>499</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 189.

<sup>500</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 4.

<sup>501</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 30.

<sup>502</sup> MUÑAGORRI, IGNACIO, *Sanción penal y política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1977, página 178.



fin de evitar que en el futuro cometa nuevos delitos<sup>503</sup>. Si la pena se ejecuta con un contenido resocializador mínimo, no atentará contra la autonomía del individuo.

La resocialización es un imperativo constitucional que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, por ello, cuando existe conflicto entre la prevención especial y la prevención general, priva la prevención especial<sup>504</sup>.

En principio de resocialización se basa en la exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, conduciendo a reclamar que el derecho penal evite la marginación indebida del condenado, mediante el cumplimiento de una pena o de una medida de seguridad. Ello hace preferibles en la medida de lo posible las penas y medidas de seguridad que no entrañen una separación de la sociedad. Cuando la imposición de una pena sea inevitable, deberá ejecutarse de forma tal que evite en lo posible, sus efectos desocializadores, fomentando cierta comunicación con el exterior y facilitando una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad<sup>505</sup>.

La finalidad resocializadora de la pena significa que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continua formando parte de ella, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre, en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. La preocupación por la corrección del infractor, surge por la constatación de que las tasas de reincidencia no hacían sino aumentar, lo que hacía preciso que se interviniera sobre el infractor de modo trascendente a la mera reclusión del mismo, por mucho que ésta fuera suficiente desde perspectivas de intimidación de la colectividad o de retribución. Además, por la convicción de que el delito responde a una serie de causas individuales y sociales a las que podría hacerse frente de modo científico, determinando que el sujeto tratado no volviera a delinquir<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 25.

<sup>504</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 97.

<sup>505</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 101.

<sup>506</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, páginas 30 y 31.

Una verdadera individualización de la pena supone considerar la personalidad o las circunstancias personales del infractor, el riesgo de desocialización o consecuencias que pueda tener la pena para la vida futura del reo. Desde el punto de vista de la prevención especial, si el objetivo de la pena es que el sujeto que ha delinquido no vuelva a delinquir, es preciso que el sujeto deje de ser vulnerable al delito, lo que normalmente sólo se conseguirá si se encuentra socializado y sus circunstancias personales no favorecen la inclinación al delito<sup>507</sup>.

En el castigo reside un reproche ético social, pero de allí no se deduce que la pena sea esencialmente una retribución, pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora<sup>508</sup>.

La resocialización implica una incursión en la personalidad del individuo. La intervención del Estado estará legitimada en la medida que implique un apoyo al infractor, a fin de posibilitar su integración social, y su futura actuación conforme al derecho. No se trata de reeducar ni de resocializar<sup>509</sup>. La resocialización implica que el infractor haga algún esfuerzo adicional al mero cumplimiento pasivo del sometimiento a custodia, porque de lo contrario su tratamiento carecería de efectos, desvirtuando el fin de prevención especial buscado con la pena<sup>510</sup>.

El problema está en los límites de esta colaboración o apoyo, esto es, hasta donde puede implicar una intromisión abusiva en la intimidad de la persona, por lo que nunca debe perderse de vista la garantía fundamental del reconocimiento de la dignidad de la persona; la cual obliga a poner límites en ese apoyo, que se puede

---

<sup>507</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, páginas 119 y 120.

<sup>508</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 99.

<sup>509</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en BAIGÚN DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; GARCÍA PABLOS, ANTONIO; PIERANGELI, JOSÉ, *De Las Penas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, páginas 94-97.

<sup>510</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 99.

llegar a convertir en un tutelaje, y por lo tanto, en anulación de la autonomía de la propia persona<sup>511</sup>.

El libre desarrollo de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto y en los casos de infractores, su conducta denota que no ha internalizado la norma por los mecanismos de control social tradicionales, como la familia, la escuela o la iglesia. Para vivir en sociedad es obligatorio respetar la ley, lo que obliga y legitima al Estado a intervenir por su función de garantizar a los otros ciudadanos la seguridad y el goce de sus derechos fundamentales. La facultad estatal para imponer penas y medidas de seguridad se justifica en la idea de ponderación de bienes. Frecuentemente también se acude a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave<sup>512</sup>.

## 8.4 Críticas a la teoría de la prevención especial

### 8.4.1 Afecta la autonomía

La teoría de la prevención especial es criticada porque la resocialización puede suponer un grave atentado contra el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad y contra su autonomía, pues implica, para el individuo que delinque, una asunción forzosa de los valores de los otros<sup>513</sup>. El tratamiento manipula a la persona, su conciencia y escala de valores, vulnerándose el derecho a ser diferente<sup>514</sup>.

Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el infractor. Una “socialización forzosa” no tendría perspectivas

---

<sup>511</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en BAIGÚN DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; GARCÍA PABLOS, ANTONIO; PIERANGELI, JOSÉ, *De Las Penas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, páginas 94-97.

<sup>512</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 105.

<sup>513</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 25.

<sup>514</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 49.

de éxito y violaría la personalidad del recluso. La resocialización presupone voluntariedad. Es un derecho fundamental. El Estado tiene la facultad de corregir a los ciudadanos, lo prohibido es la educación forzada de adultos<sup>515</sup>.

La intervención resocializadora puede constituir una injerencia injustificable en los derechos individuales del infractor, puesto que, si se desea tener éxito, ha de orientarse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna<sup>516</sup>.

Se han visto los peligros que una programación educadora o socializadora tiene, por sus posibilidades de manipulación como modo de un control disciplinario desde el poder, que produzca resultados anuladores en el sujeto que los soporta; y por otra parte, se han planteado los problemas de la socialización en sociedades no homogéneas e incluso antagónicas; y en sociedades en transformación, donde unos sectores permanecen anclados en valores que son cuestionados o negados por otros<sup>517</sup>.

En los peores casos, la idea del tratamiento ha servido para justificar una mayor intervención en la esfera del individuo, llegando incluso a ser utilizada como instrumento para la represión política<sup>518</sup>.

Para BUSTOS RAMÍREZ, la intervención punitiva del Estado de por sí es ilegítima, por la selectividad del sistema de control, que se ejerce sobre aquellas personas que requieran de esa tutela por su marginalidad; y tal ilegitimidad se intensifica cuando ella se introduce en la mente del sujeto<sup>519</sup>.

---

<sup>515</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 96.

<sup>516</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 32.

<sup>517</sup> MUÑAGORRI, IGNACIO, *Sanción penal y política criminal*, Op Cit, página 180.

<sup>518</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 188

<sup>519</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en BAIGÚN DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; GARCÍA PABLOS, ANTONIO; PIERANGELI, JOSÉ, *De Las Penas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, páginas 92 y 93.

#### 8.4.2 La pena privativa de libertad desocializa al sujeto

Una pena que no resocializa es inhumana. Uno de los efectos irreversibles de la pena más cuestionados es el de la desocialización del autor, pues está comprobado que una pena de privación de libertad de más de un año desocializa al autor<sup>520</sup>.

Este ha sido el fundamento de la lucha contra las penas cortas que producen efectos desocializadores irreparables en sujetos que tienen pocas necesidades de prevención especial, que no requieren una terapia rehabilitadora dentro de la cárcel, cuyo delito no supone un daño social grave, por lo que la pena resulta más costosa por separar al sujeto de la sociedad, en términos laborales y familiares. Con el mismo argumento del efecto dañino irreversible, se critica a las penas por encima de los quince años y se aboga por otros modelos penitenciarios, capaces de llamar la atención a los sujetos sin llegar a perturbar sus relaciones sociales<sup>521</sup>.

Resulta imposible educar para la libertad en condiciones de ausencia de ella. La pena es un mal y no una medicina, como podría entenderse desde la ideología del tratamiento<sup>522</sup>.

Por ello es que pretender la resocialización a través de la pena es un mito, puesto que es la pena y no tanto el delito, lo que produce efectos irreversibles en el

---

<sup>520</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 96.

<sup>521</sup> ZÚÑIGA habla de la aceptación de de penas privativas de libertad muy cortas, de 2 o 3 días, pero con una periodicidad constante, que producen un efecto de shok que sirve para encauzar la conducta del delincuente; o como la pena de arresto de fin de semana, las cuales tienen en común que no desocializarán al sujeto y no causarán más perjuicio en la vida del delincuente como en el caso de la tradicional pena privativa de libertad. Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 193. OBREGÓN cita una interesante valoración de ROXIN, para un caso de una pena privativa de libertad corta, por ejemplo, de unos dos años y medio; es decir, el daño social ocasionado habrá sido bajo y la culpabilidad del autor mínima. Pero una pena de corta duración arruinará al autor como ciudadano, por la ruptura de su matrimonio y la pérdida de su puesto de trabajo, lo que finalmente terminará arrastrándolo a la criminalidad, por razones preventivas puede ser mejor imponer una pena inferior y aplicar la condena condicional. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 132.

<sup>522</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 32.

infractor, lo estigmatiza ante la sociedad, que da más importancia al cumplimiento de la pena que a la comisión en sí del delito<sup>523</sup>.

Las condiciones carcelarias de muchos países ocasionan que los fines preventivos especiales atribuidos a la pena prácticamente no se cumplen<sup>524</sup>.

Todo parece indicar que la pena no resocializa, sino que estigmatiza, no limpia, sino que mancha. El control penal no resuelve el problema de la desviación, antes bien, potencia ésta y perpetúa al infractor en su nuevo rol de desviado, sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a las expectativas que su nuevo estatus genera<sup>525</sup>.

#### 8.4.3 No proporciona límite a la pena

Otro defecto grave de la prevención especial consiste en que no proporciona baremo para la pena; en todo caso, éste consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que esté resocializado. Esto conduciría a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada, y también a que, por un delito de poca importancia, se pudiera imponer una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que se presentase una profunda alteración de la personalidad del infractor<sup>526</sup>.

El fracaso en la resocialización ha traído como consecuencia un mayor dominio de la idea de que la respuesta para proteger a la sociedad está en la inocuización. Esto ha provocado una tendencia a agravar las penas, para conseguir que el infractor tenga las menores posibilidades de cometer otro delito, no por un cambio interno en su personalidad, sino por la poca probabilidad de que salga con vida de la cárcel; pues como afirma JESCHECK, resulta dudosa la eficacia que la agravación

---

<sup>523</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 24.

<sup>524</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Op Cit, página 283; en similar sentido, HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 26.

<sup>525</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendo*, Op Cit, página 252.

<sup>526</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 88.

punitiva posea para la prevención especial<sup>527</sup>. Aunque la mayoría de ordenamientos jurídicos contemplan que el fin del Sistema Penitenciario debe ir orientado a la resocialización del infractor, penas de treinta o hasta cincuenta años de prisión no tienen la expectativa de reintegrar a la sociedad al sujeto, sino son más bien, una cadena perpetua encubierta, que busca que el infractor no sobreviva para salir de la cárcel.

A pesar de todos los esfuerzos, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente que sea eficaz. Sin ir más lejos, en los casos más comunes, como el del clásico infractor habitual, se observa que a veces no puede ser resocializado y tampoco le hace mella la intimidación de la pena<sup>528</sup>. Entonces, para él ¿se justificaría una pena perpetua?

## 8.5 La reparación y la prevención especial

La reparación puede cumplir los objetivos esperados de la prevención especial de mejor manera que la pena.

La reparación no tendría el inconveniente de ser una intromisión ilegítima en la personalidad del infractor en caso de tratamiento<sup>529</sup>, porque requiere de una asunción voluntaria, por lo que incluso puede ser considerada una manifestación externa de la expiación de la culpabilidad<sup>530</sup>.

La reparación se basa en el principio de voluntariedad, es decir, la reparación sólo puede tener lugar si es voluntaria, aspecto sobre el que existe coincidencia doctrinaria<sup>531</sup>. La reparación debe ser una prestación voluntaria del autor, pues de

---

<sup>527</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 5.

<sup>528</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, Página 96.

<sup>529</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 153. BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 259.

<sup>530</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 143.

<sup>531</sup> VAZQUEZ SMERILLI, GABRIELA J., *La reparación del daño producido por un delito: "Hacia una justicia reparadora"*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Impresores Unidos S.A, Guatemala, 2004, página 14.

lo contrario, no llevaría implícita la asunción de responsabilidad y conciencia de ilicitud de su actuar.

Si la aceptación de la reparación es una decisión autónoma del infractor, llevada a cabo por una motivación ética, puede manifestarse de las siguientes maneras<sup>532</sup>:

1. *La reparación llevada a cabo por el infractor antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, debida deba ésta a móviles éticamente valiosos;*
2. *La reparación que se efectúa tras conocer que el procedimiento se dirige contra él;*
3. *La prestada con la intervención de los órganos de jurisdicción penal una vez comenzado el proceso.*

Los detractores de la reparación estiman que el sistema penal, en sí mismo, conlleva necesariamente una limitación del principio de voluntariedad, pues el infractor sufre la presión del proceso penal. Critican que sólo puede hablarse de voluntariedad mientras el infractor no se crea descubierto; pero que desde que se sabe que es perseguido por la comisión de un delito, no puede hablarse ya de una decisión autónoma, pues se da la presión propia del proceso penal; por lo que el infractor no se decide por la reparación por fines autónomos, sino porque, de lo contrario, debe afrontar sanciones más graves; no es coerción con violencia, pero sí coerción con amenaza y su voluntad consiste sólo en la elección entre dos males, reparar el daño o decidir que el proceso continúe<sup>533</sup>.

La reparación requiere del arrepentimiento o al menos de la conciencia de la ilicitud del acto y del esfuerzo por reparar el mal, como mecanismo de reconocimiento de la

---

<sup>532</sup> Ver LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>533</sup> Sus principales detractores, HIRSCH; SCHILD; y ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, páginas 77- 91. En Austria también existen críticas a la diversion respecto a uno de los supuestos legales de casos susceptibles de ser resueltos mediante este mecanismo comprende aquellos casos en los cuales no existe certeza. En estos casos, muchos acusados aceptan la responsabilidad y esto es tomado como una confesión, lo cual es considerado inaceptable por algunos autores. Ver LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.



injusticia cometida, para poder alcanzar el fin de prevención especial<sup>534</sup>. La reparación implica que el infractor reflexione sobre las consecuencias de su acción delictiva y acepte su obligación de reparar como justa. Se trata de un proceso interno del infractor que sólo tendrá éxito si se realiza respetando la integridad y la personalidad del infractor.

El arrepentimiento y la purificación interna del autor del delito no son algo coactivo y por ello, la reparación es capaz de alcanzar el fin preventivo especial que se busca con la pena<sup>535</sup>. El castigo hace justicia imponiendo un daño a quien ha dañado a otros para prevenir futuros daños. Pero el arrepentimiento requiere una transformación moral por parte del infractor, haciendo posible que se transforme la relación entre el autor y la comunidad<sup>536</sup>.

El peligro de esta intromisión ilegítima también puede evitarse buscando un derecho penal de alternativas, donde se dé amplia cabida al principio de oportunidad, de modo de evitar que el control penal se ejerza sobre una gran cantidad de hechos, sino que se busque la solución en otros ámbitos del derecho o de la convivencia social<sup>537</sup>. De entre todas las sanciones, la reparación es una de las que menos daña el ámbito personal de autonomía del autor<sup>538</sup>.

Si la reparación es introducida como una nueva consecuencia jurídica del delito podría aplicarse de manera alternativa a la pena o conjuntamente, pero reduciendo el *quantum* de la pena para mantenerse dentro de los límites de la proporcionalidad y de la culpabilidad. De esta manera, al evitar o reducir el uso de la prisión, se

---

<sup>534</sup> VENTAS al analizar el proceso de adolescentes infractores, se refiere a que desde el punto de vista de la prevención especial, el arrepentimiento del autor como resultado de su responsabilidad por el delito constituye el mejor sistema de reconocimiento de la injusticia que se ha cometido con la infracción. VENTAS SASTRE, ROSA, Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 22.

<sup>535</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 146.

<sup>536</sup> KISS, ELIZABETH, *Moral ambition within and beyond political constraints: Reflection on restorative justice*, en Truth v. Justice: The morality of truth commissions, Princeton University Press, USA, 2000, página 79.

<sup>537</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en BAIGÚN DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; GARCÍA PABLOS, ANTONIO; PIERANGELI, JOSÉ, *De Las Penas*, Op Cit, página 94.

<sup>538</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 36.

evitan las consecuencias desocializantes que en sí y por sí misma, tiene ya la pena privativa de libertad<sup>539</sup>.

La orientación de la prevención especial de un sistema de sanciones penales, se mide fundamentalmente por la calidad y cantidad de alternativas a la pena privativa de libertad, y no tanto por la posibilidad de que el individuo se resocialice mediante la aplicación de una sanción penal. Desde el momento en que la reparación se plantea como alternativa, se evitan efectos desocializantes y estigmatizantes<sup>540</sup>.

La reparación es capaz de cumplir con un efecto resocializador<sup>541</sup>, haciendo que el autor confronte el daño causado y se enfrente internamente con el hecho, su culpabilidad, responsabilidad, consecuencias; y confronte también a la víctima mediante prestaciones activas<sup>542</sup>. Esto contribuirá a que el infractor perciba a la víctima como persona, evitando la tendencia del infractor a distanciarse del hecho, fomentándose el desarrollo de la sensibilidad social, lo que produciría un efecto favorable en su proceso de resocialización<sup>543</sup>. La reparación representaría un giro interno, como expresión de arrepentimiento y de su esfuerzo para reparar; y como paso en el camino para su corrección<sup>544</sup>.

La reparación vendría a constituir una verdadera sanción repersonalizadora del infractor, lo que significa encontrar o recuperar una misión en la construcción de la sociedad, presuponiendo unas circunstancias delictivas despersonalizadoras, que por desgracia, son frecuentes en nuestra sociedad<sup>545</sup>.

---

<sup>539</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 296. En el mismo sentido, ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 153.

<sup>540</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 238.

<sup>541</sup> ROXIN, CLAUS, *Política criminal y estructura del delito*, traducción de BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORNAZAÁBAL, H., Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

<sup>542</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 36.

<sup>543</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, páginas 239 y 240.

<sup>544</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, Op Cit, página 111.

<sup>545</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 259.

Al no exponer o reducir la exposición del infractor a los factores criminógenos de la convivencia carcelaria, se acrecientan sus posibilidades de reinserción social, además de que el contacto del autor con la víctima, permite que éste pueda apreciar directamente las consecuencias de su comportamiento y asumir activamente la responsabilidad para reparar el daño causado<sup>546</sup>.

De esta forma, la reparación puede ser experimentada por el infractor, como algo necesario y justo, que puede fomentar un reconocimiento de las normas, sin los peligros del tratamiento, pues no consiste en la internalización de un modelo y en la sumisión al mismo, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad, como el etiquetamiento y deterioro social. La reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable<sup>547</sup>, por lo que la reparación debe ser incluida en el plan personal de ejecución penitenciaria de cada recluso, con el fin de despertar en el condenado su sentido de responsabilidad, en especial sobre las consecuencias que sufrió la víctima<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 33.

<sup>547</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109; también lo mencionan BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, IGANACIO, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 168.

<sup>548</sup> De acuerdo al Proyecto Alternativo alemán *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*, comentado por ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 85.



**CAPITULO II**  
**LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA**



## CAPÍTULO II

### LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA

#### 1. Crisis del Sistema Penal

##### 1.1 El fracaso del sistema penal debido a los problemas sociales

Como indica FERRAJOLI, el derecho penal permite justificaciones y no justificaciones sectoriales y contingentes, pues se puede justificar el derecho penal italiano pero no el derecho penal de la Santa Inquisición, se puede justificar la pena pero no la prisión provisional, la reclusión carcelaria pero no la pena de muerte. El derecho penal, si puede ser justificado en su dimensión normativa, puede no serlo en la totalidad de su práctica efectiva<sup>549</sup>.

Al derecho penal se le asignan una serie de funciones y encargos sociales, algunos de los cuales sólo constituyen míticos anhelos de los grupos de ciudadanos, pero no realidades. Por ello, una cosa es la discusión teórica sobre la coerción penal y otra es el funcionamiento real del sistema represivo<sup>550</sup>.

El delito es el resultado de un largo proceso de marginación<sup>551</sup>. La delincuencia tiene causas profundas que hunden sus raíces en el modelo social, la desigualdad y la marginalidad<sup>552</sup>. No hace mucho se pensaba que la lucha de clases entre los que poseen y controlan los medios de producción y distribución y la carencia de ellos era

---

<sup>549</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *El paradigma del derecho penal mínimo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 63.

<sup>550</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 171.

<sup>551</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 167, 171 y 173. La incidencia de los factores sociales en materia de delincuencia juvenil ha sido ampliamente estudiado. Las principales conclusiones indican que el joven delincuente, lo mismo que el niño, es un producto del medio, constituyendo excepciones los delincuentes verdaderamente patológicos. Por eso su atención requiere contrarrestar las circunstancias de marginación a las cuales ha estado expuesto. Ver DE LAS HERAS, JOSÉ, *La juventud delincuente y su tratamiento reformador*, Fundación Respuesta Social Siglo XXI, Madrid, 2008, página 169.

<sup>552</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 107.

la fuente de todo delito en las sociedades capitalistas<sup>553</sup>; lo cual no es válido, porque sería como criminalizar la pobreza o afirmar que todos los delitos tuvieran un contenido patrimonial<sup>554</sup>.

Sin embargo, las grandes desigualdades sí tienen un efecto en la criminalidad. Los teóricos del *labelin approach* o teoría del etiquetamiento, entendieron la criminalidad no como cualidad del individuo, sino como consecuencia de un proceso de definición social y por ello producto de la sociedad, es decir, es la sociedad la que genera criminalidad<sup>555</sup>.

Para agravar la cuestión, el derecho penal en sí mismo es selectivo. La legislación penal crea delitos cuyos autores pertenecen generalmente a un determinado estatus social, las víctimas también pertenecen en su mayoría a los estratos más débiles<sup>556</sup>. También pueden encontrarse desigualdades en la imposición de la pena, atendiendo a razones de prevención especial, pues en el caso de los miembros de las clases acomodadas generalmente se observan menos necesidades preventivas especiales o de socialización que en las clases bajas; y aunque dos hechos sean iguales, los individuos que los realizan no lo son<sup>557</sup>, debido a que el concepto de delincuente del derecho penal clásico no es del todo aplicable a las nuevas formas de criminalidad económica como tampoco su concepto de delito, que casi

---

<sup>553</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, página 47.

<sup>554</sup> ROXIN considera que en el futuro habrá un aumento de la criminalidad, debido no sólo al fracaso del derecho penal, sino a cambios sociales, técnicos y económicos y a la mayor densidad poblacional. ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, traducción de ABANO VÁSQUEZ, MANUEL, Editorial IDEMSA, Perú, 1998, página 449. YOUNG afirma que existen investigaciones que demuestran que si existe una relación entre pobreza y delincuencia. YOUNG, JOCK, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993, página 7.

<sup>555</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 230. En el mismo sentido, SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 2, número 9, Barcelona, 1993, página 32.

<sup>556</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990, página 104. SILVA SÁNCHEZ también se refiere a este aspecto, indicando que mientras los ricos habitan en barrios tranquilos, con seguridad privada, la delincuencia callejera amenaza sobre todo a la gente modesta que vive en los barrios más peligrosos. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, página 50. En la Granja Penal Canadá del departamento de Escuintla, Guatemala, en un grafiti elaborado por los reclusos se lee “En este lugar maldito donde reina la pobreza, Dios no castiga el delito sino la pobreza”. Esta afirmación es a mi criterio totalmente válida en sistemas penales selectivos como el guatemalteco.

<sup>557</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 127.



exclusivamente se refiere al delito y delincuente común<sup>558</sup>. Incluso la aceptación de la descriminalización de las conductas tiene más relación con personalidades asociadas a tipos de delito que con los daños que ocasionan<sup>559</sup>.

La selectividad del sistema se acentúa a través de los procesos de criminalización secundaria o selección de un individuo determinado a criminalizar, evidenciándose que la variable más importante para ser seleccionado es la posición que ocupa un individuo en la escala social. La selectividad de esta criminalización secundaria reconoce muchas causas; como el trabajo policial, que es el principal filtro del sistema penal, trabajo que se realiza bajo determinadas condicionantes, donde se pueden descubrir sólo ciertos delitos; la distancia social entre el juzgador y el acusado; a falta de asistencia técnica de los miembros de los sectores de menos recursos; y la influencia de los medios de comunicación en la conformación de los estereotipos criminales y similares<sup>560</sup>.

Han reaparecido las poblaciones peligrosas, las infraclases, el enemigo público, se ha reelaborado el miedo al delincuente gracias a los estereotipos transmitidos por los medios de comunicación, el tribunal de la opinión pública no admite presunción de inocencia<sup>561</sup>.

---

<sup>558</sup> Los autores de este tipo de criminalidad no necesitan reeducación, pues por definición son personas bien educadas. BERISTAIN, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, página 154.

<sup>559</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 86.

<sup>560</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 265. Respecto a la difusión de estereotipos criminales por parte de los medios de comunicación, llama la atención que en países como España, se criminaliza la inmigración por medio de estereotipos reafirmados por los medios de comunicación, donde al dar las noticias sobre criminalidad, resaltan la nacionalidad del sujeto en caso de ser inmigrante y guardan silencio en cuanto a ella si es español. Este fenómeno también se observa en Estados Unidos. Ambos países tienen en común las altas tasas de inmigración. Dentro de los países menos desarrollados y por lo tanto, con tasas de inmigración bajas, no se da ese fenómeno. Otros estereotipos identificados se relacionan con la criminalización de la juventud. En Guatemala se da una reciente criminalización relacionando a jóvenes con pandillas juveniles denominadas “maras”, por características de su apariencia, tales como el usar tatuajes, tener pelo largo o usar ropa floja.

<sup>561</sup> SÁEZ VALCÁRCEL es un fuerte crítico de la forma en la que se alimentan los miedos por las noticias transmitidas por los medios de comunicación. Afirma que es más efectiva la dispersión del temor si el sospechoso es un extranjero, porque cumple con las características del enemigo público de nuestro tiempo. También critica que la fuente de la noticia es estrictamente policial, considerando que los policías y sus asociaciones gremiales se han convertido en empresas morales que inducen al pánico al tiempo que reclaman más medios y más recursos económicos. Ver SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 14.

También existe una ausencia de reacción en algunas situaciones debido a que la gente no las reprueba, como puede ser el caso de algunos delitos de cuello blanco, o en otros casos, porque la víctima del delito goza de escasa consideración social. Mientras más se aleje el comportamiento de los delitos que mayor publicidad reciben o como más se aleje la persona del estereotipo de delincuente, implica que el hecho no será denunciado por existir menor conciencia de rechazo<sup>562</sup>.

El crimen no es un fenómeno casual o fortuito, sino un suceso selectivo que sabe escoger el momento oportuno, el espacio adecuado, la víctima propicia, por lo que los programas de prevención deben ir orientados a contrarrestar esas variables<sup>563</sup>. Pero la tendencia ha sido que, ante el fracaso de la justicia penal estatal en su deber de generar niveles adecuados de seguridad, los actores políticos han concentrado más esfuerzos en los efectos del delito (las víctimas, el miedo, los costos, similares) que en sus causas<sup>564</sup>.

A esto debe sumarse la manipulación de las reivindicaciones de las víctimas al servicio de una política criminal demagógica, la cual incluye lemas de justicia para las víctimas, por ser políticamente más gratificante y financieramente menos gravoso invertir el dinero estatal en asistencia a las víctimas, que invertirlo en políticas preventivas dirigidas a eliminar las raíces del problema social, por lo que algunos autores han llegado a denominar las leyes de asistencia a las víctimas como “placebos políticos”<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 84 y 87. También BERISTAIN, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, página 153.

<sup>563</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *Ius Puniendi**, en *Estudios Penales y Jurídicos*, Publicación de la Universidad de Córdova, Córdova, 1996, página 256.

<sup>564</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 236.

<sup>565</sup> CEREZO cita estudios sobre el uso demagógico de las demandas de las víctimas. Ver CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 40 y ss.

El interés por las víctimas y la seguridad ciudadana se ha situado en el centro del discurso político y mediático<sup>566</sup>. Se produce un proceso de rentabilidad política por el que los gobiernos en curso, bajo la excusa de solidarizarse con las víctimas de determinados delitos con mayor alarma social, generen políticas criminales bajo el gran argumento de la seguridad, que revierten en un recorte de derechos fundamentales. El destinatario de la norma deja de ser valorado como persona, postergando con ello su dignidad personal, y se le convierte legalmente en el enemigo del sistema. Se vende seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas. Se produce una vulneración de la estabilidad y generalidad de la ley penal bajo la excusa del fracaso del derecho penal para conseguir el descenso de la criminalidad, la reincidencia y la defensa de la víctima, reconvirtiendo a éste en un alegato de restricciones de derechos en pro de una engañosa seguridad<sup>567</sup>.

Las nuevas políticas de control del delito están condicionadas social y culturalmente<sup>568</sup>. Se ofrece como respuesta la proliferación de leyes punitivas, mediante las cuales las instancias políticas responden al bombardeo de los grandes medios de comunicación y a la creciente incapacidad para proveer soluciones reales a los conflictos sociales<sup>569</sup>. Los mecanismos de defensa social se limitan a difundir miedo e intimidar antes que ocuparse de evitar la reincidencia y de pacificar<sup>570</sup>.

Existe una tendencia que GARLAND denomina estrategia de *segregación punitiva*, basada en el giro punitivo de la penalidad contemporánea, que se presenta por medio de legislación que expresa el deseo de venganza y gestos simbólicos del poder soberano, avalados por una audiencia pública, para la cual este proceso de condena y castigo sirve como una descarga expresiva de tensiones y un gratificante momento de unidad frente al delito y la inseguridad<sup>571</sup>.

---

<sup>566</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 15.

<sup>567</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 173 y 174.

<sup>568</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 235.

<sup>569</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, página 86.

<sup>570</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 3.

<sup>571</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 239.

Pero en la práctica, la inflación del derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano<sup>572</sup>.

Como afirma ZÚÑIGA, es erróneo pensar que la criminalidad se origina exclusivamente en la debilidad del sistema penal, sin comprender que el fenómeno criminal es ante todo un problema social. En países con diferencias abismales en la distribución de la riqueza y en los que la calidad de vida sólo está en manos de los más privilegiados, no se podrá luchar integralmente contra los delitos patrimoniales, callejeros, violentos, si no se implementa una política social encaminada a hacer más equitativa la distribución de la riqueza y a mejorar las condiciones de vida de los estratos sociales más deprimidos<sup>573</sup>.

La disminución de la criminalidad, a largo plazo y de verdad, depende más de invertir en educación y en políticas sociales que posibiliten la igualdad de oportunidades que en mecanismos de gestión del conflicto ya producido<sup>574</sup>.

En los países latinoamericanos, con rasgos comunes de grandes dificultades económicas, en un marco de desigualdades sociales, los sistemas penales tienen una tendencia marcadamente represiva. La estrategia contra el delito se fundamenta en crear nuevos delitos, aumentar las penas y mantener un sistema procesal de tendencia inquisitiva<sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 2.

<sup>573</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 39 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi*, Op Cit, página 256. YOUNG también afirma que deben construirse disuasivos del delito dentro de las políticas sociales. YOUNG, JOCK, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993, página 14. Los problemas sociales se resuelven por medio de una política social. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 68.

<sup>574</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 7.

<sup>575</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 287.

Por estos motivos, las nuevas corrientes de la criminología, apuntan a la sociedad, porque es la propia sociedad quien define y produce el delito; así, el objeto de la resocialización debería cambiar, debería resocializarse a la sociedad y no al individuo<sup>576</sup>. La resocialización debería ir orientada hacia una modificación de las estructuras sociales<sup>577</sup>, pues ¿cómo es posible pretender que un sujeto se resocialice si cuando vuelva a la sociedad encontrará los mismos condicionantes que le llevaron a delinquir<sup>578</sup>?

Incluso los modelos teóricos de intervención psicológica para delincuentes toman en consideración las influencias o refuerzos del contexto social como factores que promueven o desalientan la actividad delictiva<sup>579</sup>.

Es contradictorio reintegrar a un sujeto en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad, sería volver a colocarle en círculos criminógenos; y es igualmente contradictorio hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados<sup>580</sup>. El delincuente, por lo general, carece de la socialización humana debida, carece de reconocimiento y gratificación social, carece de instrucción y educación, por lo que, sin negar su responsabilidad del delito, hemos de investigar hasta donde es él víctima del entorno<sup>581</sup>. Mientras no se atiendan las causas del delito, éste volverá a reproducirse.

---

<sup>576</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 32.

<sup>577</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 24.

<sup>578</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 188.

<sup>579</sup> El modelo de Riesgo-Necesidad-Capacidad de Respuesta se sustenta en tres grandes principios: a) el principio de riesgo, que postula que los individuos con un mayor riesgo de reincidencia requieren intervenciones de mayor intensidad; b) el principio de necesidad, que asevera que los factores criminógenos dinámicos de riesgo relacionados con la actividad delictiva (hábitos, cogniciones y actitudes delictivas) ha de establecerse como objetivos de los programas de intervención; y c) el principio de capacidad de respuesta, que subraya la necesidad de ajustar de manera adecuada la intervención a los estilos y a las condiciones de aprendizaje de los usuarios. Ver MARTÍN, ANA M.; ARREGUI, JOSÉ LUIS, *Programas y modelos de intervención eficaces para la reinserción de delincuentes*, en Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales, Comares, Granada, 2011, páginas 115 y 116.

<sup>580</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, página 29.

<sup>581</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDESA, Madrid, 1990, página 276. La experiencia piloto de mediación del Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid y los Juzgados de Instrucción No. 32 y 47 de Madrid reportan que el 90% de los acusados que se someten a mediación provienen de sectores marginales o con cierto desarraigo: gitanos, inmigrantes, toxicómanos, sin apoyo familiar y sin recursos

## 2. Crisis de la pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad sigue siendo la consecuencia jurídica reina del delito. En algunos países con legislación de corte represivo, como Guatemala, el 83.84% de los delitos se castiga con pena privativa de libertad y los delitos que tienen como consecuencia una pena de multa se refieren a los ataques más leves a bienes jurídicos<sup>582</sup>. En países con una realidad como ésta, en el imaginario social pareciera que la única pena es la privativa de libertad.

¿Es la prisión un medio normal para castigar a nuestros semejantes, aunque la evitación del sufrimiento ajeno ocupa un rango elevado en nuestra escala de valores? Esto sólo se explica por la distancia psicológica que se ha creado respecto a los usuarios del sistema carcelario, pues tanto los políticos como los jueces están psicológicamente lejos de aquellos a quienes condenan, ya que pertenecen a una capa social diferente de aquella clientela normal de los tribunales penales<sup>583</sup>.

Existe una tendencia a realizar una introspección y pensar que si a “nosotros” nos intimida la prisión, ésta intimidará a todos; pero curiosamente, cuando nos preguntamos por qué “nosotros” no realizamos determinados delitos, tendemos a aportar razones morales, pero pensamos que “ellos” desisten por miedo a la pena. Los delitos más utilizados para justificar el derecho penal son precisamente los que menos amenaza de pena requieren, por estar “prohibidos” por normas religiosas, sociales y culturales, frente a los cuales la pena tiene poca utilidad<sup>584</sup>.

---

sociales, económicos y personales. PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, *La mediación en el Derecho Penal de adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, Madrid, sin datos de publicación, página 7.

<sup>582</sup> En Guatemala existen sólo 53 delitos sancionados con multas, que se refieren a conductas tales como defraudación en consumos, hurto de uso, uso de sellos inutilizados, uso indebido de uniformes, anticipación de funciones públicas, ultraje de símbolos nacionales y otros.

<sup>583</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 65 y ss.

<sup>584</sup> Respecto a los delitos que no están respaldados por otro tipo de norma, ya por su carácter novedoso o por tratarse exclusivamente de infracciones de normas técnicas, es posible que en la lista de factores que explican su no comisión la amenaza de la pena tenga una mayor relevancia. Por otro lado, algunos infractores pueden “conocer” la ley pero pensar que en este caso su actuar no es delictivo, viéndose también en estos casos anulado el efecto preventivo. Conocer la ley no significa identificarse con el tipo de delito. Respecto de los hechos que permanecen en la oscuridad, la capacidad preventiva del derecho penal se ve anulada. Ver LARRAURI

Concurren también conductas donde el delincuente actúa dentro de una moral de “frontera”; es decir, no se considera a sí mismo como delincuente y el medio social que lo rodea a veces tampoco lo considera como tal, particularmente cuando no se trata de delitos clásicos, sino de nuevas formas de criminalidad donde la imagen del tipo penal se diluye y las apariencias externas de licitud debilitan la conciencia de rechazo<sup>585</sup>. La eficacia de las sanciones penales es muy cuestionada si se atiende al tipo de delincuente. Los delincuentes profesionales no se dejan influir por la amenaza de la pena, aquellos ocasionales no la necesitan, la motivación de los delincuentes pasionales es inaccesible y los delincuentes habituales son incorregibles<sup>586</sup>. La reincidencia de los delincuentes ocasionales o situacionales depende de que confluayan las circunstancias que les permitan volver a delinquir y no de la amenaza de la pena en sí misma<sup>587</sup>.

El sujeto decide realizar un delito cuando valora que la situación es favorable a su comisión, de modo que en su decisión pueden pesar la auto-eficacia percibida, el balance costo-beneficio y la elección personal<sup>588</sup>.

Para los potenciales delincuentes económicos tiene gran importancia la esperanza de no ser sancionados o que en caso de serlo, la sanción sea menor y de corta duración temporal, situación que es confirmada estadísticamente<sup>589</sup>. Pareciera que

---

PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 86 - 91.

<sup>585</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, páginas 150 y 153.

<sup>586</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 49.

<sup>587</sup> BERISTAIN afirma que la cárcel nunca repersonalizará al delincuente de cuello blanco. Se portará muy bien dentro de la prisión, pero en cuanto salga a la calle, en cuanto se siente en su despacho y disponga de las condiciones idóneas, volverá a aprovecharse para delinquir. Ver BERISTAIN, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, página 157.

<sup>588</sup> Los autores afirman que incluso en los delitos que se cometen de manera impulsiva y sin reflexión, cuando aparecen oportunidades de delinquir con escaso riesgo, se suelen producir también cierto nivel de diálogo interno. Ver MARTÍN, ANA M.; ARREGUI, JOSÉ LUIS, *Programas y modelos de intervención eficaces para la reinserción de delincuentes*, en Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales, Comares, Granada, 2011, página 115.

<sup>589</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, página 150.

la prevención general funciona respecto de los que no la necesitan; pero respecto a los que la necesitan no funciona<sup>590</sup>.

La ineficacia de la sanción penal respecto de los fines preventivos y resocializadores que tiene señalados ha generado una crisis del derecho penal<sup>591</sup>. La discusión sobre la utilidad de la pena privativa de libertad se viene dando desde hace más de cien años y a la fecha continúa siendo vigente<sup>592</sup>. No cabe duda que permanecen vigentes las afirmaciones de FOUCAULT respecto a que la cárcel, pese a su fracaso, se halla hondamente ligada, profundamente enraizada en la cultura de los últimos dos siglos y es ese mismo fracaso el que alimenta la perpetuación de la presencia carcelaria<sup>593</sup>.

A favor de la pena de prisión se manifiesta MIR PUIG, quien afirma que la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de quienes ya han delinquido, pues para ellos la pena ha resultado ineficaz; sino en cuanto a su efecto preventivo general, entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena, es decir, el poder preventivo de la pena se demuestra por aquellos ciudadanos que no delinquen<sup>594</sup>. Esta postura tiene objeciones válidas. La capacidad del derecho penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empíricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena y no a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole sigue siendo una de las cuestiones más dudosas y discutidas en la actualidad por lo que LARRAURI afirma que la prevención general es la más perfecta de las ideologías, porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir, y en consecuencia siempre se puede recurrir a ella para legitimar el derecho penal<sup>595</sup>.

---

<sup>590</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 84.

<sup>591</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación de la víctima en el derecho penal*, Op Cit, Página 179-183. En el mismo sentido ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 57.

<sup>592</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 24.

<sup>593</sup> RIVERA BEIRAS hace un análisis del pensamiento de FOUCAULT respecto a la legitimación del castigo. Ver RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 107.

<sup>594</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 89.

<sup>595</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 85 y 90.



ROXIN afirma que cada delito constituye una prueba de la ineficacia de la prevención general; mientras que respecto a la prevención especial, la realidad es que en relación al promedio, casi la mitad de los condenados vuelven a delinquir en un período de cinco años<sup>596</sup>. La criminología ha puesto de manifiesto que un elevadísimo número de penados reinciden, lo que parece indicar que la aplicación del derecho penal es al menos corresponsable de la criminalidad reincente<sup>597</sup>. Las estadísticas de reincidencia merecen mayor atención, pero la ausencia de investigación posterior a un caso nos impide reconocer qué ha ocurrido con los fines de la pena<sup>598</sup>.

La reincidencia es un indicador de que el derecho penal no es tan efectivo como se quiere creer<sup>599</sup>. En el caso de crímenes, a mayor represión del sistema penal, mayor cantidad de hechos violentos<sup>600</sup>. El recuento de población carcelaria en muchos países es la prueba del fracaso del sistema penal. Estados Unidos es el país que envía más personas a prisión por cápita que cualquier otro país occidental, sin que el problema de la criminalidad haya mostrado alguna variante a lo largo de los años<sup>601</sup>.

---

<sup>596</sup> ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 28. MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 23. Del otro lado del mundo, en Guatemala, el Director del Sistema Penitenciario afirma que “la eficacia del sistema penitenciario se estima en un 50%, es decir, sólo 5 de cada 10 logra una adecuada reinserción a la sociedad”. Declaración de PEREZ, LUIS ALBERTO, Director del Sistema Penitenciario de Guatemala, publicación del diario Siglo XXI de fecha 7 de mayo del 2012.

<sup>597</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979, página 12. Otros autores como FATTAH son más enfáticos al afirmar la influencia del sistema penal y más específicamente de la cárcel en la criminalidad. Afirma que los ofensores salen de la cárcel más enojados, más hostiles y más resentidos que cuando entraron. Ver FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 100.

<sup>598</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 15.

<sup>599</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 256.

<sup>600</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 278.

<sup>601</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 99. SÁEZ VALCÁRCEL hace referencia al incremento constante de la población carcelaria, que en el 2005, para Estados Unidos era de 738 presos por cada cien mil habitantes, lo que significaba más de dos millones de personas privadas de libertad. La cifra es seguida por Rusia, que para el mismo año, contaba con un porcentaje de 607 reclusos por cada cien mil habitantes. El autor calcula que para el 2005 el mundo mantenía a más de ocho millones de personas encarceladas. Ver SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 11.

La teoría del tratamiento que dominó la ciencia penal de la postguerra ha demostrado su total inutilidad en cuanto a lograr algún elemento resocializador en los individuos sometidos a penas privativas de libertad. Su inutilidad es casi total respecto a autores de delitos leves y de mediana gravedad<sup>602</sup>. Con excepción de la ejecución, la castración o el encarcelamiento de por vida, ninguna medida que se haya aplicado ha probado un mínimo de eficiencia<sup>603</sup>, siendo penas que atentan contra los derechos humanos y que no debieran admitirse en los Estados democráticos<sup>604</sup>.

Por otro lado, es imposible verificar si se alcanza una resocialización o no se logra en lo absoluto debido a los distintos tipos de delincuentes y su receptividad. Algunos criminales ni siquiera quieren colaborar en su tratamiento por lo que no podrán ser resocializados<sup>605</sup>. Inclusive dentro de un mismo programa de intervención carcelaria, dicha intervención no es homogénea, ya que existen diferencias en el número de acciones recibidas por cada usuario y la intensidad de las mismas<sup>606</sup>.

La pena no sólo tiene un elevado coste social, sino que en términos de genuina prevención, es menos eficaz que otros resortes de naturaleza no penal<sup>607</sup>. La evidencia histórica y empírica demuestra que ni las penas ni las medidas de seguridad han sido efectivas para evitar que se cometan delitos o que exista reincidencia en casos de personas que ya han cumplido con su condena o han logrado evadir la cárcel<sup>608</sup>. La investigación penológica llevada a cabo en los últimos veinte años aproximadamente, sugieren que los “tratamientos” penales no tienen

---

<sup>602</sup> Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 15.

<sup>603</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Op Cit, página 173.

<sup>604</sup> De acuerdo a Amnistía Internacional los países que más penas de muerte ejecutan son Arabia Saudita, China, Estados Unidos, Irán, Yemen, Egipto y Emiratos Árabes Unidos. En el continente americano, Estados Unidos es el único país que ejecuta la pena de muerte, aunque la misma sigue estando vigente en otros ordenamientos jurídicos americanos, como Guatemala y Cuba. En Europa ya no se llevan a cabo ejecuciones. En Asia Central, Oriente Medio y Norte de África, continúan llevándose a cabo ejecuciones. En Oceanía, al 2010, no se continuaba llevando a cabo ejecuciones. Ver <http://amnesty.org> consultada el 11 de julio del 2013.

<sup>605</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 49.

<sup>606</sup> MARTÍN, ANA M.; ARREGUI, JOSÉ LUIS, *Programas y modelos de intervención eficaces para la reinserción de delincuentes*, en *Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada, 2011, página 121.

<sup>607</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi*, Op Cit, página 255.

<sup>608</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 256.

ningún efecto reformador<sup>609</sup>. El sistema punitivo no funcionó en el pasado, no está funcionando en el presente y no funcionará en el futuro<sup>610</sup>.

La falta de capacidad para prevenir futuros delitos y la cuestionable eficacia en cuanto al fin de resocialización hacen pensar que la pena no ha logrado cumplir con el objetivo para el cual fue creada. Si se sigue aplicando de la misma forma como se ha hecho hasta ahora, los resultados serán los mismos, pues no puede pretenderse conseguir algo diferente haciendo exactamente lo mismo.

Todo esto debe llevar a la reflexión respecto a que si se demuestra que, la pena no sólo no previene delitos o venganzas, sino que además no está en disposición de prevenir, esto es, se plantea un objetivo que además de irrealizado es irrealizable, la conclusión debiera ser que la pena no está justificada<sup>611</sup>.

Sin embargo la pena es la principal herramienta por medio de la cual el Estado ejerce control social a través del derecho penal, que permite la mayor intervención sobre las personas infractoras, pues es el Estado quien detenta el "*ius puniendi*" en los modernos Estados democráticos, dejando su aplicación en el Poder Judicial a través de la garantía jurisdiccional del Derecho Penal. Quizás en el fondo lo que importe sea mantener ese control. Mientras se mantenga la concepción de la pena estatal y del derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema<sup>612</sup>.

---

<sup>609</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 339.

<sup>610</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 99.

<sup>611</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 71 y 72.

<sup>612</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 193-207.

## 2.1 Efectos colaterales de la privación de libertad

Una de las misiones del derecho penitenciario consiste en arrancar al condenado de su entorno social y de sus grupos de referencias durante cierto tiempo, no sólo para poder actuar mejor sobre él, sino también para alejar a la persona y su hecho de las referencias sociales y posibilitar un mejor comienzo. El derecho penal formalizado procura olvidar y hacer olvidar<sup>613</sup>; pero en la práctica, el sistema penal reproduce los mismos conceptos atroces que declara combatir.

A través del sistema penitenciario el Estado ha creado una “maquinaria” que depara sufrimiento moral y físico en la persona del condenado. Su accionar no repara en transformarlo, no lo resocializa sino que lo aplasta, lo condena y lo aísla, produciendo daños irreparables y una estigmatización social que sin dudas lo marcará por el resto de su vida<sup>614</sup>. La persona que delinque es despojada de su humanidad y de su circunstancia social e histórica<sup>615</sup>.

El ingreso a la cárcel supone un proceso de *prisionización* o asimilación a la subcultura carcelaria para adoptar lo que algunos autores denominan *código del recluso*, que comporta la aceptación de nuevo rol de privado de libertad y que transforma la personalidad del interno, lo que hace difícil una adaptación posterior a la comunidad libre, justamente porque la adopción de esa subcultura carcelaria supone, además del aislamiento físico, afectivo y social, una pérdida de elementos culturales propios de la sociedad libre<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 377.

<sup>614</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 25.

<sup>615</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 15.

<sup>616</sup> GARCÍA-BORÉS hace un análisis de los aportes de varios autores, particularmente CLEMMER respecto a los efectos de la cárcel. La subcultura carcelaria implica la aceptación del rol de preso, socialmente desvalorizado, la acumulación de información sobre el funcionamiento de la cárcel, la modificación de los modos de comer, vestir, dormir y trabajar, el uso del argot carcelario y similares. GOFFMAN por su parte describe otras consecuencias del impacto de la cárcel tales como la desculturación que incapacita al individuo para adaptarse posteriormente a la sociedad libre por la pérdida del sentido de realidad normal; la mutilación del yo por las condiciones de las instituciones, tales como la separación del desempeño de roles sociales; el despojo de pertenencias; la desfiguración de su imagen social habitual, la realización de indignidades físicas tales como inspecciones rectales; los actos verbales continuos de sumisión; la violación de la intimidad, tanto de los hechos de su vida como por la observación constante; las relaciones sociales forzadas; la omnipresencia de otros; la exposición humillante ante familiares; la privación de relaciones heterosexuales; el aislamiento físico, afectivo y social. Ver GARCÍA-BORÉS ESPÍ, JOSEP, *El impacto carcelario*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 397 y 406.

Los efectos directos de la privación de libertad y el régimen penitenciario son muchos. La separación de la familia tiene un efecto desocializador adicional, del que también sufren sus familiares cercanos<sup>617</sup>; pues el castigo no es individual, sino que al remover al ofensor de su familia y su red social, los hijos, esposas, parientes y familiares son también castigados<sup>618</sup>. El castigo también implica la pérdida del puesto de trabajo y con ello la imposibilidad de sostener a la familia<sup>619</sup>; y en el futuro, a pesar de estar “resocializado”, se dificulta enormemente el acceso al trabajo por contar con antecedentes penales, dado que en el imaginario social seguirá siendo un “desviado”<sup>620</sup> y será rechazado por dicho estigma<sup>621</sup>. De hecho, la segunda preocupación de los infractores cuando son puestos en libertad es encontrar y mantener un empleo a pesar de contar con antecedentes penales<sup>622</sup>.

Con frecuencia, posteriormente a la liberación, los infractores no poseen estructuras de apoyo estables, ni dinero inicial para alimento, ropa, vivienda y demás elementos de una vida productiva, lo que, sin pretender de manera alguna justificarlos, puede ser el motivo para que sigan la carrera criminal como única fuente de recursos económicos para subsistir<sup>623</sup>.

Dentro de los efectos negativos que produce la reclusión penitenciaria, debe también sumarse la criminalidad que produce, pues la cárcel muchas veces es el inicio de la profesionalización criminal<sup>624</sup>. A falta de un adecuado plan individual de ejecución, los privados de libertad no reciben un tratamiento apropiado tendente a

---

<sup>617</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, traducción de ABANO VÁSQUEZ, MANUEL, IDEMSA, Perú, 1998, página 451.

<sup>618</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, En Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 100.

<sup>619</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, traducción de ABANO VÁSQUEZ, MANUEL, IDEMSA, Perú, 1998, página 451.

<sup>620</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 25.

<sup>621</sup> GARCÍA-BORÉS ESPÍ, JOSEP, *El impacto carcelario*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 406.

<sup>622</sup> MARTÍN, ANA M.; ARREGUI, JOSÉ LUIS, *Programas y modelos de intervención eficaces para la reinserción de delincuentes*, en Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales, Comares, Granada, 2011, página 120.

<sup>623</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 277.

<sup>624</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 267.

su rehabilitación, lo que es perjudicial, porque un tratamiento ineficaz, no sólo no mejora sino empeora al individuo. Una ejecución penal sin oferta de socialización ni interés en el tratamiento, es una deshumanización y un paso atrás, lo que explica por qué la moderna política criminal tiende a la eliminación de las penas cortas o excesivamente largas, en las que los efectos desocializadores pesan más que las perspectivas de resocialización que éstas pueden ofrecer<sup>625</sup>.

Es muy problemático intentar preparar a los sujetos a vivir en libertad mediante la utilización de un sistema penal que gira sustancialmente en torno de la privación de libertad<sup>626</sup>.

De la prisión no puede obtenerse ningún beneficio, ni para aquel que la padece, ni para su familia, ni para la sociedad. Las reglas de la vida en prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de dependencia-dominación. En la prisión el ser humano pierde su personalidad y su sociabilidad<sup>627</sup>, y se fomenta el odio y el rencor contra la colectividad<sup>628</sup>. También es una medida costosa para el Estado<sup>629</sup>.

La realidad de la cárcel, tal como se concibe actualmente muchos países, exige en la mayor parte de los casos su abolición, porque la cárcel viola los derechos elementales de la persona y se apoya en una concepción del derecho penal como ciencia del castigo<sup>630</sup>. Las condiciones carcelarias de muchos países ocasionan

---

<sup>625</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 32 y ss.

<sup>626</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 30.

<sup>627</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 51.

<sup>628</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 277.

<sup>629</sup> BERTONI critica los gastos que el Estado asume con la aplicación de la pena, mientras que no asume gastos para reparar a la víctima. BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, *El derecho penal mínimo y la víctima*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 254.

<sup>630</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 256. La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS también cuenta con jurisprudencia respecto a que las condiciones carcelarias deben ser compatibles con la integridad personal de los detenidos, lo que en la práctica no ocurre. En el Caso Raxcacó Reyes y en el Caso Fermín Ramírez, se pronunció respecto a que el mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación de la integridad personal. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Raxcacó Reyes, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005,

que los fines preventivo especiales atribuidos a la pena prácticamente no se cumplan, pues la falta de recursos económicos y el abandono del sistema carcelario, hace que el ingreso a prisión sea en realidad “el descenso a los infiernos de Dante”: hacinamiento, falta de salubridad, de alimentación, de servicios, la mayoría de presos sin condena, así, en lugar de la esperada resocialización, más bien se produce una expiación de las culpas, realizándose el mal propio de la más pura y dura retribución<sup>631</sup>.

La cárcel no debiera producir sufrimientos adicionales a la pura privación de libertad y debiera estar orientada a la reeducación y reinserción del delincuente, pero la forma en que se produce el cumplimiento de la condena impide que se cumpla con estos principios<sup>632</sup>.

La ejecución de la pena no puede reparar tampoco los defectos en la socialización que ha tenido el sujeto infractor, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia<sup>633</sup>. A pesar de que se tiene conciencia de estos factores, el Sistema Penitenciario no utiliza el tiempo de duración de la pena privativa de libertad para remover los obstáculos sociales, culturales o educativos que han podido condicionar a una persona a realizar el delito y con ello abonar el terreno para que no vuelva a delinquir, capacitándolo para participar en la vida social con responsabilidad<sup>634</sup>. Por el contrario, la prisión no reinserta ni reeduca al delincuente, por lo que no sirve para cumplir los fines de prevención especial para los cuales fue dispuesta<sup>635</sup>.

Hay que plantearse el problema de que el derecho penal interviene y molesta, sin que pueda demostrarse si esas incomodidades merecen la pena realmente. Antes

---

Serie C, Número 133, párrafo 95. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fermín Ramírez, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, Número 126, párrafo 118.

<sup>631</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Op Cit, página 283; en similar sentido, HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 26.

<sup>632</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990, página 117.

<sup>633</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 84.

<sup>634</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 136.

<sup>635</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 38.

de plantear con lógica la cuestión teórica del derecho penal, debe responderse a otra cuestión teórica penal; la cuestión de las esperanzas en un efecto terapéutico de la pena, ya no frente al delincuente individual, sino frente a la comunidad de todos los ciudadanos<sup>636</sup>.

Por estas razones se puede afirmar que la intervención del sistema penal produce nuevos conflictos o agrava los ya existentes<sup>637</sup>. En conclusión, la pena privativa de libertad es inútil y además perjudicial, personal y socialmente<sup>638</sup>. Debe buscarse que el sistema penal deje de ser otro victimario<sup>639</sup>.

### 3. Crisis del Sistema Judicial

Además de la crisis de la pena como respuesta al delito, también hay importantes críticas a la disfuncionalidad del sistema judicial.

La crisis del sistema judicial penal obedece al importante grado de insatisfacción ciudadana por el creciente aumento de delitos y la inseguridad que se produce por la ineficacia de las instituciones estatales que se encargan de ejercer el *ius puniendi*. Se trata también de una crisis del sistema normativo ya que los ciudadanos pierden confianza en las normas penales, piensan que se tratan de preceptos vacíos y sin contenido, cuestionando su verdadera vigencia<sup>640</sup>.

Muchas conductas delictivas, especialmente de gravedad, no ingresan al sistema judicial<sup>641</sup>, sino que se convierten en cifra negra de criminalidad, tanto por la falta de denuncia de la víctima como por fallas estructurales del sistema. El poder discrecional del sistema penal utiliza criterios de selección de toda clase, incluso aquellos que no tienen nada que ver con los principios legales. Por ejemplo, un

---

<sup>636</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 379.

<sup>637</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 266.

<sup>638</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en *De Las Penas*, Depalma, Buenos Aires, 1997, página 91.

<sup>639</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 279.

<sup>640</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 122.

<sup>641</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 175.



asunto es admitido, o no, según el grado de acumulación de expedientes en el tribunal respectivo. ¿Cómo encontrar normal un sistema que no interviene sino excepcionalmente desde el punto de vista estadístico, en la vida social? La cifra negra de criminalidad deja de aparecer como una anomalía, para convertirse en la prueba tangible de lo absurdo de un sistema espontáneamente extraño a la vida de la gente<sup>642</sup>.

El aumento de la litigiosidad y la insuficiencia de medios materiales y personales de la Administración de la Justicia hace necesaria la simplificación de los procesos y la búsqueda de soluciones técnicas<sup>643</sup>, pues una ley por más severa que sea no tiene efecto preventivo si todos sabemos que, por ejemplo, los jueces no están en disposición de aplicarla<sup>644</sup>. Los tribunales colapsarán si no se ofrece a la sociedad nuevas formas de solución de conflictos, quedando el recurso a la justicia ordinaria como *ultima ratio*<sup>645</sup>, pudiendo concentrar los esfuerzos en los delitos más graves<sup>646</sup>.

En general, las normas procesales que buscan dotar al proceso penal de celeridad y consenso o las que permiten desviar el acuerdo del proceso penal, procuran en primer término el descongestionamiento de las sedes judiciales y la agilización de la justicia<sup>647</sup>.

La justicia demorada es justicia denegada. La crisis de efectividad de la justicia conlleva cada vez retrasos más largos en la solución de controversias, lo que genera una serie de consecuencias relevantes. Como efecto inmediato, muchos ciudadanos optan por no acudir a la tutela judicial como mecanismo de solución del

---

<sup>642</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, páginas 53 y ss.

<sup>643</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 84.

<sup>644</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 87.

<sup>645</sup> ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *¿Por qué la mediación penal?*, Diario La Ley, No 7699, Sección Doctrina, Editorial la Ley, España, 21 de septiembre 2011, página 7.

<sup>646</sup> BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 4.

<sup>647</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 18.

conflicto desengañados por el factor “tiempo”. Eludir la tutela procesal hace que se vuelvan ineficaces las garantías de acceso a los tribunales<sup>648</sup>.

Las instancias judiciales no son capaces de intervenir eficazmente en todos los asuntos que llegan al sistema, lo que refuerza la marginación de las víctimas y la selectividad en relación a los autores. Esto trae como consecuencia la deslegitimación social de la institución judicial, que se encuentra saturada por la gran cantidad de causas, en su mayoría de poca gravedad, que en definitiva coadyuva a la paralización del sistema en la persecución de las conductas delictivas verdaderamente graves<sup>649</sup>.

La crisis del sistema judicial también es consecuencia de la falta de respuesta real frente al delito, pues no está en condiciones de resolver los conflictos de los que debe hacerse cargo<sup>650</sup> y obliga a los operadores jurídicos a escoger según un orden de prioridad político criminal aquellos delitos que necesariamente deben ser perseguidos<sup>651</sup>.

La concepción político criminal actual indica que el derecho penal no es un valor absoluto, sino que debe ser un sistema de alternativas y de actuación subsidiaria, que permita hacer frente de la forma más eficiente posible a la delincuencia dentro de un marco limitado de actuación. Estas funciones deben ser asumidas por el derecho penal sin abandonar una eficaz lucha contra las nuevas formas de criminalidad, no pueden llevarse a cabo si no se ofrecen alternativas procedimentales, entre ellas, dotar específicamente de mayor elasticidad al principio de legalidad y aceptar acuerdos entre los sujetos enfrentados con el delito, como un punto central de un procedimiento penal que tienda a la restitución de la paz jurídica y también de la paz social. En este panorama debe entenderse la teoría del consenso y la posibilidad de que el autor y la víctima lleguen a acuerdos de

---

<sup>648</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 54.

<sup>649</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 26.

<sup>650</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 266.

<sup>651</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 45.

reparación, considerando la intervención penal como fragmentaria o de ultima ratio en la defensa de los bienes jurídicos, pues los más graves conflictos sociales no pueden solucionarse de una forma racional y funcional a las necesidades actuales, únicamente con los medios de exclusión que ofrece el derecho penal<sup>652</sup>.

Como indica ZAFFARONI, la actividad judicial se vacía de toda ética, reduciéndose a una función totalmente burocrática, como parte de un mecanismo deslegitimado por su arbitrariedad selectiva, donde sus operadores, tienen la misma actitud que asume un buen torturador, que se limita a cumplir su tarea, porque la ley es la ley y ha de aplicarse. Datos reales deslegitiman la preeminencia del sistema penal, cuando se basan en que es necesario que así sea, porque es funcional para el sostenimiento del sistema social, no importando los fines preventivos, sino que provoque consenso, perdiéndose así todos los límites a las garantías sosteniendo un criterio de pena meramente utilitario o instrumental para el sistema<sup>653</sup>. En el proceso las partes que pactan en condiciones de desigualdad, convirtiendo el juicio en un lujo reservado para quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos, pues la pena ya no dependerá de la gravedad del delito sino de la habilidad negociadora de la defensa<sup>654</sup>.

En la política criminal de un Estado democrático y de derecho se debe responder a la criminalidad cumpliendo cuatro exigencias fundamentales: la maximización de la eficacia; la optimización de la reacción político criminal; el alivio de la administración de la justicia; y el respeto de los principios fundamentales que inspiran el proceso penal<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 45.

<sup>653</sup> El autor cita un argumento común en Nuremberg: “no me importa si lo que hago es o no conforme a la ética, eso no lo decido yo sino la instancia que sanciona la ley; yo me limito a cumplir lo que ella ordena. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, páginas 88 y ss.

<sup>654</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 63.

<sup>655</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 28.

El sistema judicial también ha fallado en su función de previsión de garantizar la compensación de daños. La previsión de la reparación a cargo del Estado de los daños producidos por determinados delitos podría asumirse como una respuesta. En la actualidad el derecho de daños tiende a ser sustituido por sistemas de reparación pública o colectiva<sup>656</sup>.

Entonces la problemática actual tiene dos aspectos: el fracaso de la pena como respuesta adecuada al delito y la crisis del sistema judicial en su conjunto, cómo órgano para manejar los conflictos. Ante estos problemas surgen dos caminos: una tendencia hacia la abolición del derecho penal o una tendencia hacia la diversificación de alternativas, incluyendo la reparación.

## 4. Tendencias

### 4.1 Tendencia hacia el abolicionismo

El derecho penal es el método más utilizado para responder a la criminalidad y proteger a la sociedad<sup>657</sup>. A partir de la década de 1960 se observan movimientos que abogan no sólo por la descriminalización de ciertas conductas, sino también por la abolición del sistema penal en su conjunto, para buscar en su lugar otras formas que permitan la resolución de los conflictos<sup>658</sup>. Las organizaciones de víctimas han brindado un fuerte apoyo al abolicionismo, propugnando un nuevo modelo en el cual el proceso penal sea sustituido por otro medio de resolución de los conflictos caracterizado por la igualdad de posturas entre víctima y delincuente<sup>659</sup>.

La mayor crítica que el abolicionismo hace al derecho penal es que el mismo no soluciona el problema, sino más bien lo agrava estigmatizando a aquellos que caen

---

<sup>656</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 160.

<sup>657</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 18.

<sup>658</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 29.

<sup>659</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 24.

en su esfera, sumergiéndolos en el mundo de la marginalidad<sup>660</sup>. El abolicionismo descalifica al sistema penal por estar concebido específicamente para hacer el mal; por ser una respuesta violenta y pública, susceptible de incitar a la violencia en otros ámbitos de la vida; y por ser una instancia que crea y mantiene falsamente la idea de proteger a las víctimas<sup>661</sup>

Dentro de las tesis abolicionistas se encuentra la posición radical que defiende una teoría pura de la justicia restauradora; y la postura moderada que propugna por la justicia informal y las formas de reprobación distintas de la pena que se caracterizan por un mayor contenido simbólico<sup>662</sup>.

La corriente radical del abolicionismo niega la legitimidad de los sistemas penales para solucionar la forma en que operan en la realidad, postulando una abolición total de los mismos y la asunción de la solución de los conflictos por instancias o mecanismos informales<sup>663</sup>. Para la corriente abolicionista 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<sup>664</sup>, postura que es considerada no viable por la doctrina dominante<sup>665</sup>.

También existe una tendencia menos radical orientada al derecho penal mínimo, que al igual que la postura abolicionista radical, niega la legitimidad de los sistemas penales, pero propone una alternativa mínima que considera necesaria como mal menor<sup>666</sup>; pues mientras no se compruebe la eficacia de otra forma de tratamiento del delito, por ineludible necesidad, tendrá que buscarse una forma de superar los graves problemas del sistema penal, interviniendo cada vez menos, con mayores

---

<sup>660</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Revista Derecho y Sociedad, Madrid, 2003, página 283.

<sup>661</sup> CRESPO, DEMETRIO, *El pensamiento abolicionista*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 40.

<sup>662</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 3.

<sup>663</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 55.

<sup>664</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 263.

<sup>665</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 55.

<sup>666</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Op Cit, página 93.

garantías y racionalidad<sup>667</sup>, buscando reducir la intervención penal formal de manera que todo aquello que pueda ser reparado fuera del sistema penal, no ingrese en él<sup>668</sup>.

Los seguidores de esta tendencia dirigen sus planteamientos hacia las medidas coactivas del derecho penal, orientadas a castigar en vez de reparar, por lo que no sugieren que desaparezcan las instituciones auxiliares del sistema de justicia, tales como la policía. Para ellos, negar el castigo no implica negar todas las medidas coactivas, sino su sustitución por otros modos de control social y de sanción que tengan otra justificación y puedan ser evaluadas en función de su capacidad para reparar el conflicto, es decir, el derecho penal no desaparece sino que orienta su fuerza coactiva a encontrar respuestas que permitan reparar o neutralizar el conflicto<sup>669</sup>. HULSMAN habla de abolir la pena, concebida como una organización estatal investida del poder de producir un mal fuera de todo acuerdo con las personas interesadas<sup>670</sup>.

En general, la corriente abolicionista no propugna la erradicación del sistema penal, sino su mejora<sup>671</sup> y la búsqueda de soluciones a extrapenales que devuelvan a las personas implicadas la solución de sus propios conflictos<sup>672</sup>, donde puedan considerarse opciones donde la reparación tenga alguna posibilidad de desempeñar un papel de reactivación pacífica del tejido social<sup>673</sup>.

---

<sup>667</sup> CHRISTIE afirma que tal vez sería mejor abolir todos los centros carcelarios y no abrirlos, pero reconoce que por el momento son una ineludible necesidad. CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 159. En el mismo sentido SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 55.

<sup>668</sup> SANZ HERMIDA, ÁGATHA MARÍA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 96, ver cita número 67.

<sup>669</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, páginas 93 y ss.

<sup>670</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 75.

<sup>671</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 174.

<sup>672</sup> Una de las grandes críticas hacia el sistema penal es que expropia el conflicto a la víctima. Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Op Cit, página 283. En el mismo sentido, MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 196. También BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 275.

<sup>673</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 75.

El derecho penal debiera reducirse a su mínima expresión, pues no logra cumplir con los objetivos para los que fue creado, haciendo difícil justificar su existencia, al menos de la forma como se concibe actualmente. La solución del delito se encuentra en las políticas sociales y en la gestión temprana de la conflictividad, pero estas opciones no son tan atractivas para el Estado porque debe ceder parte del control a la propia comunidad, como se analizará posteriormente. Por el contrario, la historia reciente nos muestra que la tendencia apunta a que el Estado intente tener un mayor espacio de control social, llegando al extremo del terrorismo de Estado, como se desprende de analizar lo vivido por la mayoría de países latinoamericanos a finales del siglo pasado<sup>674</sup>.

¿Es el ciudadano o la sociedad capaz de gestionar sus conflictos? Si bien a primera vista la respuesta parece negativa, debe tomarse en cuenta que en el imaginario social se asume que esa no es tarea de la sociedad, sino que del Estado, derivado del modelo de Estado patriarcal que impera actualmente. A esto debe sumarse que, aún en sociedades maduras, que han superado la exclusión social, con democracias consolidadas, la participación de la comunidad no puede sustituir totalmente la participación del Estado, por la complejidad de los delitos que van más allá del núcleo clásico del delito, razón por la que no puede hablarse de privatizar absolutamente la solución de los conflictos.

Pero sí puede hablarse de la búsqueda de alternativas, no sólo alternativas a la pena, sino alternativas al modelo de gestión de la conflictividad, alternativas al proceso penal.

---

<sup>674</sup> En lo personal me pregunto si el propio Estado confía en el derecho penal. Desde la realidad guatemalteca, donde el propio Estado asesina a personas privadas de libertad, concluyo que no.

## 4.2 Tendencia hacia un derecho penal de alternativas

### 4.2.1 Surgimiento a partir de las corrientes victimológicas

La consideración de la reparación dentro del derecho penal fue influida por motivos complejos y de diversa naturaleza, teniendo particular trascendencia el surgimiento de la victimología como ciencia<sup>675</sup>. La victimología estudia las razones por las que una persona puede ser elegida como víctima, la relación de la víctima con el delito, con el infractor y la situación subsiguiente al hecho delictivo para la víctima<sup>676</sup>.

El movimiento victimológico o victimología es una corriente relativamente reciente, que surge después de la Segunda Guerra Mundial, como respuesta al discurso penal centrado en el delincuente o criminal-céntrico<sup>677</sup>, colocando en una posición central la relación autor-víctima como enfoque situacional dinámico, con aportes del estructural funcionalismo<sup>678</sup>. Posee una fuerte influencia de la corriente abolicionista y del ideal resocializador, que encuentra en la reparación una alternativa a la cárcel porque compensa en vez de castigar, reintegra en vez de excluir y media en vez de imponer<sup>679</sup>. Busca que la pena no siga siendo sinónimo de castigo, sino que sea innovada por una sanción no punitiva, sino reparadora<sup>680</sup>.

Hacia 1980 se inicia un redescubrimiento de la víctima, acrecentando el interés por los aspectos relacionados con ella, como su seguridad y asistencia. Dicho fenómeno va ligado a la inseguridad ciudadana, o al aumento estadísticamente constatado de

<sup>675</sup> SANZ HERMIDA, ÁGATHA MARÍA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 96.

<sup>676</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 17.

<sup>677</sup> Sobre este concepto y sus alcances, ver LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 18. También LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 285. Ver también BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 14.

<sup>678</sup> SORIA VERDE, MIGUEL ANGEL, *Desarrollo histórico de la victimología*, en *La víctima: entre la justicia y la delincuencia* Op Cit, páginas 13 y 14. Ver también CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 47 y ss.

<sup>679</sup> LARRAURI PIJOÁN, ELENA, *La reparación*, en *Penas Alternativas a la Prisión*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, página 172. También SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 369

<sup>680</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, página 99.



la violencia, lo que provocó un sentimiento de temor en el ciudadano al hacerse consciente de la probabilidad de llegar a ser víctima de la violencia<sup>681</sup> dando justificación a la política de “ley y orden” y al aumento de la rentabilidad política de satisfacer a las víctimas<sup>682</sup>.

En el desarrollo de la victimología también fue fundamental la gran incidencia el movimiento feminista señalando el alto grado de victimización sufrido por las mujeres<sup>683</sup>.

La victimología o estudio de las víctimas cubre tres áreas de conocimiento:

- a. las encuestas y datos sobre victimización
- b. la posición de la víctima en el derecho penal
- c. las necesidades de las víctimas

#### 4.2.2 Las encuestas y datos sobre victimización

Proporcionan información sobre las víctimas, tendiente a ser usada en la prevención del delito por medio de la adopción de planes de seguridad orientados a sectores de población vulnerables, en cuanto a factores de riesgo, tales como zonas de mayor peligrosidad y otros.

---

<sup>681</sup> BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 14. Ver también LARRAURI PIJOÁN, ELENA, *La reparación*, en *Penas Alternativas a la Prisión*, Op Cit, página 172. También SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Op Cit, página 369.

<sup>682</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 285. SILVA SÁNCHEZ también se manifiesta sobre la influencia de políticas de defensa contra la criminalidad mediante políticas de ley y orden. Ver notas de SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, página 97.

<sup>683</sup> BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 15; LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 285. Las organizaciones feministas siguen incidiendo en la actualidad, denunciando nuevos fenómenos como el feminicidio. Se acepta el concepto que define al feminicidio como asesinatos a mujeres por razones, causas y consecuencias asociadas al género. LIMAS HERNÁNDEZ, ALFREDO, *Derechos humanos e intervención psicosocial: del feminicidio y las exhumaciones de víctimas en Juárez*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 271. Sobre las conquistas del movimiento feminista ver también CONSORCIO ACTORAS DE CAMBIO, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala*, Primera Reimpresión, F&G Editores, Guatemala, 2007, página xiii.

### 4.2.3 La posición de la víctima en el derecho penal

La preocupación por la víctima dentro del proceso penal surge de la reflexión sobre las condiciones en las cuales se encuentran las víctimas en el derecho penal sustantivo y procesal, así como a la necesidad de mejorarlas<sup>684</sup>.

En el proceso penal, la víctima es generalmente la gran perdedora. No sólo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente, sino que además ha perdido la participación en su propio caso; ni siquiera ha podido carearse con el delincuente, aunque hubiera estado muerta de miedo o furiosa, pero hubiera estado involucrada. Hubiera sido uno de los días más importantes de su vida. Algo que le pertenecía a esa víctima le ha sido arrebatado<sup>685</sup>. El sistema procesal penal le ha sustraído su conflicto. Desde que un problema entra en la Administración de Justicia, deja de pertenecer a los que han sido sus protagonistas, los cuales desde ahora y para siempre llevarán las etiquetas de delincuente y víctima<sup>686</sup>.

En la actualidad el sistema gira en torno al imputado, dejando a la víctima como una figura marginal<sup>687</sup>, olvidada<sup>688</sup>, abandonada<sup>689</sup>, en el anonimato por el concepto de

---

<sup>684</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio de las nuevas tendencias político-criminales*, Publicación de la Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, páginas 11 y 12.

<sup>685</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Op Cit, página 170.

<sup>686</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 71.

<sup>687</sup> ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en *De los Delitos y de las Víctimas*, Primera Edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, página 16.

<sup>688</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, página 92; también NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 263.

<sup>689</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 47.

bien jurídico protegido<sup>690</sup> aunque se supone que hay un titular que se ve afectado<sup>691</sup>, reducida casi exclusivamente a un medio de prueba testimonial<sup>692</sup>.

El establecimiento del bien jurídico como punto de referencia de la política criminal y como objeto material del concepto de delito ha provocado el efecto de marginar a la víctima, pues el Estado ocupa su lugar<sup>693</sup>. No puede ser que la dogmática actual considere el bien jurídico de tal manera idealizado que la víctima no cumpla ningún papel<sup>694</sup>, hasta el punto que los términos criminal, delincuente, infractor o sujeto activo ignoran la presencia de las víctimas como destinatarias específicas del comportamiento delictivo<sup>695</sup>.

En el derecho procesal la víctima no puede detener la acción pública que se ha puesto en marcha, le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación o mediación que podría asegurarle una reparación aceptable o darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo<sup>696</sup>.

Por su parte, la pena se orienta exclusivamente hacia las necesidades del Estado por medio de la prevención general; y a las necesidades de resocialización del delincuente, mediante la prevención especial; y abandonando el interés por la

---

<sup>690</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 283. MENDAÑA también hace referencia a que el concepto de bien jurídico ha sido una herramienta conceptual para despojar a los protagonistas de su conflicto. MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 6.

<sup>691</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 28.

<sup>692</sup> MADLENER, KURT, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Tomo II, Publicación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, página 10.

<sup>693</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 92; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 25.

<sup>694</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 2.

<sup>695</sup> La expresión victimario introduce en la propia caracterización de la persona que despliega la conducta penalmente relevante la mención de las víctimas. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 29.

<sup>696</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 71.

víctima directa (ex post) para depositarlo en la víctima potencial (ex ante)<sup>697</sup>. El interés del derecho penal se centra en la lesividad social y en las víctimas potenciales, no en las víctimas individuales, por lo que se afirma que el delito genera un daño simbólico, que se expande a todas las víctimas potenciales<sup>698</sup>. La víctima es relegada al ámbito de la previsión social y al derecho civil para poder reclamar su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios<sup>699</sup>.

El Estado brinda una atención desigual primando a los delincuentes por sobre las víctimas<sup>700</sup>, no obstante que éstas debieran disfrutar de más ventajas las víctimas que los victimarios<sup>701</sup>; y que los tribunales existen para dispensar tutela jurídica a quienes reclaman su actuación, de forma que son estas personas quienes constituyen la verdadera razón de ser de su existencia<sup>702</sup>.

Finalmente, el proceso penal además genera a la víctima nuevos perjuicios sociales, psíquicos y económicos, que se añaden a los ocasionados por el delito<sup>703</sup>. De acuerdo a MAIER, el sistema penal se convierte prácticamente en el “enemigo de la víctima”, al menos en el sentido de privilegiar la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito<sup>704</sup>.

Ante este panorama, los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, lentamente, han empezado a responder a los estándares internacionales de

---

<sup>697</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 páginas 6 y 19.

<sup>698</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 25.

<sup>699</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 92. El principio de retribución y de satisfacción a la víctima son sustituidos por los de aseguramiento y de prestación social. Las leyes de indemnizaciones son un primer paso en la dirección apuntada. ÍDEM, página 96.

<sup>700</sup> LANDROVE cita reflexiones durante un congreso penitenciario donde incluso se dijo que los delincuentes estaban “alojados, alimentados y calentados a expensas del Estado, mientras que la víctima con sus impuestos paga esa manutención”. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Op Cit, página 23.

<sup>701</sup> BERISTAIN afirma que debiera aplicarse el axioma tradicional *melior est conditio possidentis*, que se puede traducir “debe disfrutar de más ventajas el inocente que el delincuente, la víctima que el victimario”. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Op Cit, página 51.

<sup>702</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 33.

<sup>703</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 48. SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página , página 380.

<sup>704</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 193-207.

derechos humanos que han elevado la posición de la víctima, por lo que el modelo de exclusión a la víctima no se sustentará por mucho tiempo<sup>705</sup>.

A nivel internacional, se habla de un renacimiento de la víctima en el sistema penal, basada en la protección a la víctima en el procedimiento penal y en el intento de otorgarle un mayor espacio a la reparación del daño ocasionado por el delito<sup>706</sup>.

A la fecha se han aprobado importantes instrumentos internacionales de protección a las víctimas. Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos resaltan las Observaciones de *Justicia Restaurativa*<sup>707</sup> del 7 de enero de 2002; los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>708</sup>, aprobados en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 2005; y el Informe *El Derecho a la Verdad*<sup>709</sup> del 21 de agosto de 2009.

En el seno del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, destaca la Directiva 2012/29/UE del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que tiene como objetivos garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados, que se les reconozca su condición de

---

<sup>705</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 290.

<sup>706</sup> ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 31; SAINZ-CANTERO, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto*, Op Cit, página 15; también DE JORGE MESAS, LUIS FRANCISCO, *La eficacia del sistema penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 207; MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.

<sup>707</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la verdad*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/12/19 del 21 de agosto de 2009.

<sup>708</sup> [http://www.oacnudh.org/gt/cd\\_instrumentos/documentos/Violaciones.PDF](http://www.oacnudh.org/gt/cd_instrumentos/documentos/Violaciones.PDF), consultada el 8 de agosto de 2013.

<sup>709</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia Restaurativa*, Informe del Secretario General, E/CN.15/2002/5 del 7 de enero de 2002.

víctimas, sean tratadas de manera respetuosa y sensible, y que puedan participar en procesos penales<sup>710</sup>.

El principio de protección de las víctimas trata de garantizar la máxima tutela jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal sin desnaturalizar, con ello, los principios que adecuan el derecho penal a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho. La tutela general se confiere a las víctimas comunes; la tutela especial se ofrece a las víctimas específicas<sup>711</sup>.

Se produce un tránsito de la perspectiva del autor a la perspectiva de la víctima en términos de un cambio de paradigma, donde la víctima como titular del bien jurídico protegido que ha sido conculcado por el hecho delictivo adquiere un mayor protagonismo<sup>712</sup>.

Una de las importantes innovaciones del sistema procesal penal tiene relación con otorgar mayor relevancia a la víctima, no sólo dentro de la estructura del delito, sino también en el protagonismo que le corresponde desempeñar tanto en la búsqueda de soluciones como en la solución misma<sup>713</sup>. La víctima tiene derecho a participar activamente dentro del proceso penal, pues su más significativa pertenencia sustraída por el delito es el conflicto en sí mismo y no los bienes jurídicos lesionados por el delito<sup>714</sup>.

A la luz de esta nueva tendencia en alguna medida se intenta equiparar la posición de la víctima respecto al infractor dentro del derecho procesal penal. Se toma en cuenta la posibilidad de la víctima de promover a la realización del proceso penal y

---

<sup>710</sup> Artículo 1 de la Directiva 2012/29/UE del 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

<sup>711</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 23.

<sup>712</sup> Se critica el mayor protagonismo de la víctima, con el argumento de que no puede existir una igualdad de armas entre imputado y la víctima en la relación procesal penal, porque para el acusado todo está en juego, mientras que para la víctima es poco lo que está en juego. Esta opción no debe admitirse de ninguna manera. HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, traducción de Julio BJ. Maier y Daniel R. Pastor, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 100.

<sup>713</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 28.

<sup>714</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Op Cit, página 169.

participar activamente en él<sup>715</sup>; y la posibilidad de poder disponer sobre la continuidad del mismo, pues como actualmente está configurado el sistema, la víctima no puede detener la acusación por delitos públicos y semipúblicos una vez que ésta se ha puesto en marcha, siendo una decisión ajena a ella el disponer ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podría asegurarle una reparación aceptable o darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo<sup>716</sup>.

Dentro del derecho sustantivo también se ha producido una revisión de los parámetros tradicionales de justicia a partir del surgimiento de la victimodogmática<sup>717</sup>.

La victimodogmática incorpora algunos planteamientos victimológicos a la estructura general del derecho penal, particularmente en cuanto a la interacción entre la víctima y el delincuente, de modo que el comportamiento de la víctima puede incidir en la teoría del delito, pues por su contribución en el delito pueden influir en la responsabilidad criminal del delincuente atenuándola, incluso hasta el punto de erradicarla<sup>718</sup>, sobre la base del “principio de autorresponsabilidad” de la víctima, entendido como el deber de la víctima de adoptar todas las precauciones que sean razonables para evitar el delito<sup>719</sup>. El principio de autorresponsabilidad revelaría que en ocasiones un bien jurídico no necesitaba la protección del derecho penal, pues

---

<sup>715</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, traducción de Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 55. MENDAÑA, por su parte, considera que la persecución penal pública debería estar legitimada sólo cuando el injusto trasciende el interés de los protagonistas, lo que implica una inversión de la cuestión que preocupó a la doctrina del siglo XX, que era precisar cuándo la víctima puede ejercer la acción penal, sólo puede hacer con autonomía o en forma adhesiva, sino de fijar en qué casos al fiscal le está permitido actuar sólo y cuando necesita la conformidad de la víctima, es decir, cuando se debe justificar la participación del Estado a través de la fiscalía y no a la inversa. MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 6.

<sup>716</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 71.

<sup>717</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 172.

<sup>718</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Op Cit, página 38. También MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 3.

<sup>719</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, página 22, LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 292 y ss.



habría bastado para su protección la atención exigible a la víctima<sup>720</sup>. La victimodogmática también ha incidido en la interpretación de la parte especial de los ordenamientos jurídicos<sup>721</sup>.

Reconoce que en casi todos los delitos, especialmente los delitos sexuales y algunos con móvil económico, suele haber una vinculación previa al delito entre el autor y la víctima, por lo que la peligrosidad del delincuente no debe considerarse como algo cerrado alrededor del mismo, sino más bien como el puente previo entre él y su víctima<sup>722</sup>, por lo que puede decirse que la víctima participa en el *inter criminis*<sup>723</sup>, evidentemente en una manera involuntaria o no deseada.

La tendencia de la victimodogmática propugna que el delito es un drama humano con dos protagonistas, de los cuales cada uno ha contribuido de alguna manera a desencadenarlo<sup>724</sup>, por lo que las víctimas también asumen cierta cuota de responsabilidad ante el ordenamiento jurídico<sup>725</sup>, como sucede en delitos que se realizan en el seno de relaciones personales conflictivas que duran muchos años, casos donde las víctimas, de alguna manera, contribuyen a la lesión del bien jurídico<sup>726</sup>.

Según la victimodogmática, la víctima participa en el proceso penal en sus diversas fases. En la fase previa al delito, 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. En la fase ejecutiva del delito,

---

<sup>720</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 3.

<sup>721</sup> Por ejemplo, en el delito de estafa, donde se da una conducta engañosa, exige que la víctima juegue un rol de coagente de la conducta engañosa; posibilidad de autotutela o de autodefensa por parte de la víctima, etc. Sobre esto ver TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 20.

<sup>722</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 68.

<sup>723</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 172.

<sup>724</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 18.

<sup>725</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, página 22. También TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 20. En similar sentido, LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 292 y ss.

<sup>726</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 197.



se toma en cuenta su participación en instituciones como la legítima defensa, la alevosía, el abuso de superioridad o confianza. Por último, en la fase de consumación, participa en instituciones tales como el perdón del ofendido, la instancia de parte para el inicio del proceso penal, la reparación como requisito previo a la remisión condicional o la rehabilitación<sup>727</sup>.

Las tendencias victimológicas también han incidido en el cambio de paradigma respecto a los fines de la pena. Una de las propuestas es reorientar la sanción penal en razón de la víctima, para mejorar sus posibilidades de recibir una prestación, sea o no económica, por parte del autor, en vez de limitarse a proteger a las víctimas potenciales o posibles futuras víctimas en abstracto mediante la amenaza penal, pues el sistema de sanciones, como se estructura actualmente, sólo se preocupa por evitar que el infractor vuelva a delinquir y no, como sería deseable, en que la víctima obtenga una satisfacción individual<sup>728</sup>.

La víctima tiene derecho a ser considerada dentro de los fines de la pena con una expectativa de compensación o reparación del daño sufrido. Para GALAIN el concepto amplio de reparación, desde la doctrina de los derechos humanos, tiene un doble sentido: es un derecho de las víctimas y un medio alternativo a la propia justicia penal<sup>729</sup>. Más importante que encontrar al culpable de la victimización para sancionarle, es fomentar en todos nosotros el sentido de solidaridad hacia las víctimas<sup>730</sup>.

<sup>727</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, página 22, LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, páginas 292 y ss.

<sup>728</sup> BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 12. Autores como CARNEVALI afirman que, no obstante la atención casi exclusiva del derecho penal respecto al delincuente, el derecho penal desde siempre ha estado orientado hacia la víctima, evitando que las víctimas potenciales se conviertan en víctimas actuales, es decir, si bien no se dirige a reparar una situación de victimización si lo hace para impedirla. El derecho penal se dirige principalmente hacia las víctimas potenciales por sobre la víctima actual, por lo que la solución del conflicto debe hacer posible que las normas punitivas alcancen un adecuado efecto disuasivo respecto los hechos futuros. Existe un riesgo que por pretender satisfacer a la víctima actual se termine sacrificando a las víctimas potenciales. CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 37.

<sup>729</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 7.

<sup>730</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990, página 273.

#### 4.2.4 Las necesidades de la víctima

¿Deben resolverse todos los conflictos?<sup>731</sup> ¿Qué es lo que realmente busca la víctima?

El Estado tradicionalmente se ha concentrado en la necesidad de castigo del delito y en algunos casos de la atención material y económica de las víctimas del mismo<sup>732</sup>. El sistema penal actúa de manera estereotipada tanto respecto a la víctima como del delincuente; es decir, supone que todas las víctimas tienen las mismas reacciones, las mismas necesidades, sin tener en cuenta a las personas en su singularidad<sup>733</sup>, en su situación particular tras el delito, que afecta de forma muy concreta y diferente a cada víctima.

La perspectiva de las víctimas del conflicto es distinta de la que adopta el sistema judicial, pues éste se preocupa principalmente por la reconstrucción del pasado, por conocer lo sucedido, como presupuesto para decidir la solución, repartiendo culpas y castigos; en cambio, las víctimas suelen estar más preocupados por el futuro, por saber cómo van a continuar con su vida con el conflicto resuelto o sin resolver<sup>734</sup>.

Tradicionalmente se considera que las necesidades de las víctimas son sólo económicas, produciéndose una errónea percepción “mercantil y economicista” de la víctima. En este sentido, la victimología ha realizado un aporte al enfatizar que las necesidades de las víctimas no son sólo las económicas, sino también y de manera más importante, la víctima necesita superar el impacto emocional y el miedo a

---

<sup>731</sup> CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, página 125.

<sup>732</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Op Cit, página 95. También en LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 295.

<sup>733</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 73.

<sup>734</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 5.

vivir<sup>735</sup>. El restablecimiento psicológico y moral de la víctima ha sido el gran olvidado de la resolución del conflicto penal.

La víctima requiere de un proceso de capacitación, rehabilitación y reconstrucción personal, familiar y social, mediante el cual pueda recuperarse de los efectos del delito, proceso que CEREZO DOMÍNGUEZ denomina “proceso de desvictimización”<sup>736</sup>. También tiene la necesidad de afrontar el hecho, porque es parte de su proceso de recuperación y sanación, necesita entender los motivos del autor para eliminar los temores hacia una nueva victimización. Por su parte, el ofensor necesita afrontar el reencuentro con la víctima y enfrentarse con las consecuencias de su actuar para poder tomar conciencia de los daños producidos, como primer paso en su camino hacia la rehabilitación, por lo que se destaca el valor de la reparación realizada por el ofensor<sup>737</sup>.

Otra de las necesidades de las víctimas es la de una adecuada atención por parte del sistema de justicia. La víctima necesita que se le reconozcan sus derechos y necesita apoyo desde el momento en que ingresa en el largo camino que impone el proceso penal<sup>738</sup>. En la mayor parte de casos, la respuesta judicial es tardía, lenta, revictimizante y poco cercana a las demandas de las víctimas<sup>739</sup>. El apoyo que requiere va más allá de la asistencia emocional, pues muchas veces también es desatendida la necesidad de defensa técnica para la víctima que no cuenta con medios suficientes, sobre todo frente a imputados poderosos<sup>740</sup>, o la propia salvaguarda de su intimidad, la rehabilitación psicológica e incluso una asistencia social.

---

<sup>735</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Op Cit, página 95. También en LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 295.

<sup>736</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 40.

<sup>737</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 9. También BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Op Cit, página 95. También en LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 295.

<sup>738</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 47.

<sup>739</sup> El autor cita un estudio realizado en la Oficina de Atención a la Víctima de Logroño, la Rioja. Ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 339.

<sup>740</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 223.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en 1985, aprobó una serie de Recomendaciones considerando las necesidades de las víctimas, relativas a medidas para impedir una doble victimización por parte de los operadores de justicia; a las necesidades de información relacionadas con posibilidades de ayuda material, médica y psicológica, protección de su intimidad y de su integridad; y sobre su derecho a obtener una reparación por parte del autor o del Estado<sup>741</sup>.

En los sistemas jurídicos que no reconocen el ejercicio de la pretensión civil junto a la pretensión penal, las víctimas deberían tener acceso a un abogado de oficio para poder ejercitar la pretensión civil, pues sería la única opción que el sistema le ofrece para resolver las necesidades derivadas de su victimización, por ser el que tradicionalmente se encarga de las pretensiones económicas de la víctima.

El proceso civil es una larga y penosa vía, e incluso tal vez, en última instancia, infructuosa. Ello no sólo porque la víctima se ve constreñida de ese modo a un proceso civil adicional, junto con el penal, que no le garantiza ningún resultado favorable, o peor aún, aunque obtenga una sentencia a su favor, la víctima puede no recibir nada si el autor carece de medios<sup>742</sup> y es impensable la ejecución forzosa de la sentencia de condena.

Como si esto fuera poco, el derecho civil es una rama del derecho clasista por excelencia, que en países del tercer mundo no está al alcance de todos los ciudadanos, sino solamente es accesible para aquellos que pueden pagarla. Por último, por ser un proceso que se rige por el principio dispositivo de las partes, significa para la víctima soportar la carga de la prueba de sus pretensiones e impulsar el desarrollo procesal, cuestiones que no puede realizar una persona sin auxilio letrado<sup>743</sup>. En conclusión, el proceso civil no ofrece ventajas a las víctimas<sup>744</sup>, tal y como está concebido y estructurado en la actualidad.

---

<sup>741</sup> Recomendación (87) 21 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.org/resources/intergov/recommendation87>

<sup>742</sup> ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Op Cit, páginas 28-30.

<sup>743</sup> En países del tercer mundo, como Guatemala, este problema es muy fuerte, sobre todo en las áreas mayoritariamente indígenas, que además deben enfrentarse a barreras idiomáticas y superar enormes distancias

## 5. ¿Tienen las víctimas necesidad de venganza?

Una de las objeciones a la mayor participación de la víctima en el derecho penal y en la pena en particular, es la creencia de que la víctima tiene una necesidad de venganza que rompería con la racionalidad de la pena y que prácticamente nos haría volver a la ley del talión<sup>745</sup>.

Con el surgimiento del derecho penal garantista, el monopolio del derecho a penar del Estado estaba unido a la necesaria neutralización o inocuización de las víctimas, como forma de ahuyentar cualquier reacción instintiva o emocional que pudiera quebrar la racionalidad que debe presidir el ejercicio del derecho a penar<sup>746</sup>.

Pareciera que el garantismo sirvió para evitar la punición arbitraria o informal, como la venganza privada, pero en realidad, como indica FERRAJOLI, lo que evita son reacciones excesivas por parte del propio Estado, las reacciones de tipo policial e ilimitado que sucederían por parte de fuerzas de autoridad estatal si el derecho

---

sin caminos o medios de locomoción para presentarse a los tribunales. Bajo estas circunstancias, el recurso es ilusorio, porque la víctima está incapacitada de ejercerlo.

<sup>744</sup> Con argumentos como estos se puede rebatir a HIRSCH, quien opina erróneamente el proceso civil ofrece mayores ventajas para a víctima, pues al no hallarse bajo la presión de un debate oral, es más esmerado en relación a la investigación del daño; y la ventaja podría verse sólo en el escaso riesgo de costos para el ofendido y en el hecho de que la determinación de culpa resulta *ex officio*. HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 66.

<sup>745</sup> Este es uno de los argumentos de aquellos que objetan la inclusión de la reparación como consecuencia jurídica del delito; e incluso es una objeción de autores que se manifiestan a favor de la misma. FATTAH, quien es partidario de que el derecho penal restaure la paz y resuelva los conflictos en vez de perpetuarlos, critica que el derecho penal no ofrece nada a las víctimas, salvo la satisfacción de supuestos sentimientos negativos de las víctimas, quienes sentirían alguna satisfacción al ver sufrir al delincuente dentro del sistema punitivo. Agrega que el derecho penal no debe ser usado para promover venganza o una vuelta a la ley del talión que ofrece sangre a quienes están sedientos de ella. FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 103.

<sup>746</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 24. El garantismo también busca prevenir venganzas privadas LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 73. Algunos autores denominan principio de neutralización de las víctimas a la necesidad de imponer garantías que deslegitimaran la venganza privada. Ver DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR; RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001, página 9.

penal no existiese, por lo que parece que el derecho penal se justifica por lo que el Estado haría en ausencia de un sistema de garantías<sup>747</sup>.

Sin embargo, la necesidad de deslegitimar la venganza privada produjo una distorsión en cuanto la percepción de la víctima y sus intereses. La realidad es que la figura de la víctima “vengativa” no existe, existe en sus justos límites<sup>748</sup> o incluso es un mito<sup>749</sup>.

Desde la antigüedad, en la mayor parte de las sociedades, ha existido una jerarquía de motivaciones que impulsan la justicia, donde el primer lugar es ocupado por la aspiración de que se haga justicia y no por la venganza<sup>750</sup>; aunque aún hay quienes opinan lo contrario<sup>751</sup>.

Las necesidades fundamentales de las víctimas, en el mayor número de casos, no incluyen la sed de venganza; sino el deseo de ser escuchadas o de recibir una petición de disculpas por parte del infractor, o simplemente el derecho de ser dejadas en paz<sup>752</sup>.

Los estudios victimológicos destacan unánimemente que la víctima es menos punitiva de lo que creen el resto de conciudadanos; y que en raras ocasiones desea

---

<sup>747</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 82.

<sup>748</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 215.

<sup>749</sup> Existen abundantes investigaciones en la literatura comparada que permiten desmentir, o por lo menos, matizar el pretendido punitivismo de la sociedad actual, llagando incluso a afirmar que es un mito. Ver CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 42.

<sup>750</sup> ELSEER analiza el rol de la justicia en las transiciones y concluye que la principal motivación es el deseo de que se haga justicia, el cual tiene complejas relaciones con otras motivaciones que puedan animar a los actores en este contexto. Identifica que en la Antigua Grecia, la motivación más valorada era la aspiración de promover el bien de la polis, seguido del deseo de vengarse de un enemigo; luego venía la búsqueda de un interés personal y la menos valorada era la envidia. ELSTER, JON, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, página 102.

<sup>751</sup> Sobre diversas afirmaciones respecto a que la venganza es la principal motivación que subyace en actos punitivos ver RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 94.

<sup>752</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 31.

un castigo cuando considera reparado el mal causado<sup>753</sup>. Más que un deseo de venganza, las víctimas buscan la dimensión simbólica de la pena, es decir, el sentido que se le atribuye en cuanto a reprobación social del hecho<sup>754</sup>.

Dichos estudios contrastan que la población, en su gran mayoría, opina que en los delitos pequeños y medianos se podría prescindir totalmente de la pena o se la podría atenuar considerablemente en caso de una reparación voluntaria<sup>755</sup>; e incluso podría inclinarse por completo a aceptar la reparación como única sanción, como concluyen encuestas realizadas en Japón y Estados Unidos<sup>756</sup>.

Desde junio de 1980 funciona en el Tribunal de París un servicio de recepción para las víctimas y los testigos, el cual ofrece un campo de observación sobre el comportamiento de las víctimas. Este servicio ha demostrado, sin proponérselo, que los usuarios no exteriorizan un ánimo vengativo, sino que llegan a hablar del perjuicio que sufrieron, simplemente con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentan y recobrar, si procede, su dinero. Lo que quieren estas víctimas es obtener la reparación y volver a encontrar la paz, además de hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía. Cuando las personas logran expresarse y situarse mejor en sus conflictos, algo de su problema ha sido ya resuelto<sup>757</sup>.

En los delitos contra el patrimonio y la propiedad el resultado es unánime. Ha quedado demostrado que las víctimas de esta clase de delitos se interesan especialmente por la reparación de los daños y quedan satisfechas si la logran<sup>758</sup>,

---

<sup>753</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 294.

<sup>754</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 110.

<sup>755</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 195. En el mismo sentido, CEREZO hace referencia a estudios exploratorios que afirman que respecto a delitos de criminalidad media grave, no existe una actitud punitiva destacable entre el grupo encuestado sino más bien un claro apoyo a penas alternativas a la prisión y a la finalidad rehabilitadora de las sanciones, lograda a través de la comunicación post delictiva entre las partes del conflicto. Estos estudios fueron realizados sobre una muestra de población con educación alta, realizada en el año 2008, cuyos resultados arrojaron una amplia aceptación de sanciones como el trabajo en beneficio de la comunidad por sobre la pena. Ver CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 43.

<sup>756</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 151.

<sup>757</sup> Ver HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, páginas 107 -109. También BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 274.

<sup>758</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 70.

aunque sus necesidades no sean sólo económicas<sup>759</sup>. En Hamburgo, un estudio realizado desde el año 1982 con usuarios del sistema de justicia penal de dicha localidad, evidenció que entre el 85 y 90% de los procedimientos penales se inician por denunciantes privados, para quienes importa sobre todo la reparación y muchísimo menos la punición. El porcentaje es más elevado en casos de delitos contra la propiedad<sup>760</sup>.

También se han realizado estudios relativos a las peticiones de las víctimas en materia de determinación de la pena, que arrojaron como resultado que las víctimas no piden sentencias con condenas más elevadas<sup>761</sup>.

Todos estos datos demuestran inequívocamente que las víctimas no son tan vengativas ni tienen tanto rencor como los abogados del sistema punitivo nos quieren hacer creer. Las expectativas y demandas de las víctimas son realistas y no moralistas, sumado a la falta de comprobación empírica respecto a que la venganza sea verdaderamente un deseo de las víctimas<sup>762</sup>. Experiencias de derecho comparado en materia de justicia de transición llevan a reflexionar sobre si realmente existe un deseo de venganza incluso en casos de crímenes graves<sup>763</sup>. Por ejemplo, respecto a sobrevivientes de la guerra étnica y el genocidio de Ruanda y la antigua Yugoslavia, la idea de la justicia abarca mucho más que juicios penales,

<sup>759</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 295.

<sup>760</sup> ROXIN hace referencia a un estudio realizado en la ciudad de Hamburgo desde el año 1982 con usuarios del sistema de justicia penal de dicha localidad. Ver ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 151.

<sup>761</sup> LARRAURI, ELENA, *Victimología*, Op Cit, página 298.

<sup>762</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 155; en igual sentido FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 103. También WEITEKAMPP considera que el público y los ciudadanos son mucho menos vengativos y no demandan castigos tan severos como lo asumen los profesionales del derecho penal WEITEKAMP, ELMAR, *Calculating the damage to be restored: lessons from the national survey of crime severity*, En Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 221; BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 274. HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 109.

<sup>763</sup> HERNÁNDEZ cita como ejemplo el caso de los familiares de las víctimas de la Masacre de El Mozote, en El Salvador, afirmando que no son personas que odian ni buscan venganza, sino personas que han sufrido lo inimaginable, pero que han sabido llenarse de esperanza y luchar, salir adelante y reconstruir sus comunidades. HERNÁNDEZ, MARÍA JULIA, *Masacre de El Mozote y sitios aledaños: la búsqueda de espacios para la lucha legal. Caso El Salvador*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 44.



y no evidencian una relación directa entre la exposición al trauma y el deseo de enjuiciar a los autores<sup>764</sup>.

En cualquier caso, para erradicar sentimientos de venganza en las víctimas y sustituirlos por sentimientos de pacificación social, lo que se requiere es hacérsele justicia<sup>765</sup>.

También debe cuestionarse el discurso punitivo de determinadas asociaciones de víctimas, que se basan en orientaciones políticas o ideológicas que no reflejan necesariamente los deseos y necesidades de las víctimas y no responden o no están respaldadas por resultados de investigaciones al respecto<sup>766</sup>. Algunas campañas pueden tener un eco de oportunismo, insensatez política u hostilidad<sup>767</sup>, pues existe un segmento minoritario de asociaciones que necesitan una justificación para sobrevivir económica e ideológicamente, y que tratan el fenómeno delictivo desde claves sesgadas, parciales y tendenciosas, generando una desproporcionada alarma social allí donde no existe, lo que viene a sumarse a los intereses económicos y políticos de las empresas de seguridad privada, a quienes también conviene mantener la sensación de inseguridad dentro de la población<sup>768</sup>.

El peligro de politización de las reivindicaciones de las víctimas es real y algunas asociaciones han caído en la trampa de identificar su significado con la opinión política de algunos de sus dirigentes<sup>769</sup>. La posición de víctima de injusticias del

<sup>764</sup> SPRINGER aporta datos de un estudio realizado en las sociedades posconflicto de Ruanda y la antigua Yugoslavia. Dicho estudio se hizo desde la perspectiva de las víctimas, teniendo en cuenta la opinión pública, la labor de los tribunales penales, la educación y las formas de convivir con antiguos vecinos y amigos convertidos en enemigos mortales de un día para otro. SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 49.

<sup>765</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 10.

<sup>766</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 46.

<sup>767</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 28.

<sup>768</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 49.

<sup>769</sup> El autor hace referencia a la conflictividad que se da en el País Vasco en el marco de actuación de la organización terrorista ETA. Ver MATE, REYES, *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2008, página 9.

pasado puede ser codiciada en tanto que permite reivindicar compensaciones morales o materiales, o simplemente, ocupar una posición moralmente valorizada<sup>770</sup>.

Se cuestionan las expectativas planteadas por algunos activistas internacionales y los líderes políticos, indicando que la verdad a los ojos de los más afectados por la violencia colectiva a menudo no se encuentra en los hechos mismos, sino en su interpretación moral y la manera como los hechos son interpretados, misma que puede ser manipulada y distorsionada, y que algunas veces hace caso omiso de las opiniones y deseos de aquellos cuyas vidas han sido destruidas<sup>771</sup>.

Si bien es cierto que cualquier persona que sienta que está en una situación de amenaza criminal exigirá una directa e inmediata reacción frente al delito y una política criminal emocional, como en el caso de las reacciones sociales producidas frente a los crímenes terroristas<sup>772</sup>; debe considerarse que algunos acontecimientos impactan en la opinión pública y pueden hacer aparecer a las víctimas como más punitivas de lo que realmente son, tal como confirman investigaciones contrastadas que concluyen que el ciudadano se muestra punitivo ante cuestiones muy genéricas pero luego no lo es tanto cuando se le plantea un caso concreto<sup>773</sup>, o incluso su propio conflicto.

Particularmente, frente a casos de terrorismo, se ofrece una imagen politizada de las víctimas, se explota su dolor y se manifiestan abiertamente sus deseos de venganza, no sólo por los familiares, también por los actores políticos, dirigentes de asociaciones civiles y periodistas. La ira, las bajas pasiones, proscritas hasta hace

---

<sup>770</sup> LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 362.

<sup>771</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 49.

<sup>772</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 94.

<sup>773</sup> Ver CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 42.

unos años en el debate público, ahora dominan la escena, en contradicción con el proceso de civilización que creó al derecho penal<sup>774</sup>.

El discurso penalista tiende a partir de que hay un espíritu de venganza que el derecho penal debe limitar. Sin embargo, asumir unas ansias punitivas preexistentes e invariables implica desconocer que hay numerosos aspectos que aún están siendo investigados, como por ejemplo: ¿qué grupos sociales son más susceptibles de manifestar ansias punitivas? ¿Cómo se crean o incrementan? ¿Qué expresan estas demandas punitivas? ¿Qué relación guardan con el grado de victimización? La demanda de pena más severa se produce generalmente, y de forma llamativa, por personas que no han sido directamente victimizadas<sup>775</sup>.

Invita a la reflexión considerar que los crímenes particularmente atroces o masivos son a menudo excepcionales, pues la clientela común del derecho penal sigue siendo la criminalidad clásica. A esto debe sumarse que la mayor parte de los crímenes se cometen entre personas que se conocen y guardan lazos fuertes de relación<sup>776</sup>.

Las víctimas buscan sobre todo una explicación del hecho y una reparación moral que libere y mejore los aspectos dañados tras la victimización, tales como las consecuencias económicas, materiales, psicológicas, sociales y similares<sup>777</sup>. Las víctimas tienen derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor; y en segundo lugar a que él le repare en todas sus dimensiones el daño causado por su acción<sup>778</sup>.

<sup>774</sup> SÁEZ VALCÁRCEL comenta que en España, en el contexto del proceso de negociación que pretende lograr el fin de la violencia con ETA, se puede constatar un nuevo discurso basado en la venganza y el rencor, contrario a la tradición de resaltar la piedad y el perdón como valores centrales. La prensa escrita insiste en publicar fotos de muertos y heridos, regresando una y otra vez al pasado. Ver SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, páginas 15 y 16.

<sup>775</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 81.

<sup>776</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 155.

<sup>777</sup> El autor cita un estudio realizado en la Oficina de Atención a la Víctima de Logroño, la Rioja. Ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 339.

<sup>778</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 215.

Contrariamente a lo que muchas personas piensan, los estudios concuerdan en el escaso interés que tienen las víctimas en el proceso penal, lo que no se debe a factores materiales, pues se documentan ejemplos en los cuales se trató de facilitar a las víctimas los medios para su asistencia y se descubrió que su escaso interés se debe fundamentalmente a que la víctima no siente la necesidad de un procedimiento penal<sup>779</sup>.

Los efectos de la reparación cuando se produce por llegar a un acuerdo con el autor del daño, demuestran la falta de necesidad de reacción punitiva estatal<sup>780</sup>. Aunque sea la víctima quien inicie el proceso penal, en el momento en que obtiene una reparación decae su interés en el proceso. En este tipo de situaciones es fácil que pierda firmeza la acusación pública o que incluso se mantenga simplemente a efectos formales; existen casos fundamentalmente de delitos económicos, donde los hechos no se denuncian precisamente porque se ha alcanzado un acuerdo y si posteriormente se interpone denuncia, muchas veces se debe a que dicho acuerdo no llegó o no se cumplió, con lo que la finalidad última es instrumental, gira en torno al exclusivo interés por la reparación de la víctima y no al interés público en la persecución y represión por parte del Estado de estas conductas delictivas<sup>781</sup>.

A partir de las propuestas de BERISTAIN se presenta el siguiente cuadro que sistematiza las principales necesidades de las víctimas<sup>782</sup>:

---

<sup>779</sup> El Instituto Vera de Nueva York, a petición de funcionarios responsables del sistema penal norteamericano, realizó un estudio relacionado con el poco interés personal de las víctimas en sostener la acusación. En primer lugar realizaron una encuesta a los usuarios para conocer las razones de su ausentismo masivo, y luego organizaron un servicio que solucionara los problemas señalados por las víctimas, tales como recordarles el día y hora de las audiencias, servicio de guardería, servicio de transporte gratuito y otros. Pero incluso en estas condiciones, las personas no acudían, por lo que el Instituto Vera de Nueva York concluyó que la víctima no siente la necesidad de un proceso penal. Ver HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, páginas 106 y 107.

<sup>780</sup> SAINZ-CANTERO, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto*, Op Cit, página 12.

<sup>781</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 2.

<sup>782</sup> Extraído de la propuesta de BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Nuevo proceso penal desde las víctimas*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 25.

Denuncia	<p>Protección de una segunda victimización.</p> <p>Información a la víctima sobre los pasos del proceso y el derecho de ser parte.</p> <p>Ofrecimiento de ayuda para resolver los problemas que han causado el delito, principalmente los emocionales.</p> <p>Transmisión de la <i>notitia criminis</i>.</p>
Detención	<p>Medidas provisionales de protección a la víctima que puedan continuar después de finalizado el procedimiento en caso de ser necesario (y como contenido de la sentencia de condena).</p>
Diligencias	<p>Mediación/conciliación/restitución (ofrecimiento de los servicios de justicia restaurativa).</p> <p>Abogado de oficio para la víctima.</p> <p>Coordinación de las declaraciones y evidencias aportadas por la víctima, para evitar comparecencias innecesarias.</p> <p>Declaración sobre los daños sufridos y las sugerencias de la víctima sobre la reparación/restitución.</p> <p>Ayuda económica para la víctima como medida cautelar.</p>
Juicio	<p>Esclarecimiento del hecho.</p> <p>Oportunidad de llegar a acuerdo con el acusado.</p> <p>Notificación de la sentencia a la víctima.</p>
Condena	<p>Condiciones impuestas por el juez: reparación a la víctima, servicio comunitario. La reparación a la víctima tendrá prioridad sobre cualquier otra obligación económica y/o material que se imponga al condenado.</p>

## 6. Alternativas procesales: La justicia restaurativa o justicia negociada

La insatisfacción con el sistema penal adversarial, el latente riesgo de error judicial y las crecientes demandas de eficiencia y eficacia cuestionan el sistema de Administración de la Justicia y propugnan por un sistema menos formal, más

accesible y simple<sup>783</sup>. La práctica internacional respecto a mecanismos alternativos de regulación de controversias, ha generado un profundo replanteamiento del sistema penal clásico y de los *modus operandi* tradicionales que el Estado utiliza en la regulación de las relaciones interpersonales<sup>784</sup>.

En el seno del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, destaca la Directiva 2012/29/UE del 25 de octubre de 2012, se establece el deber de adoptar medidas de protección a las víctimas y acceso a servicios seguros y competentes, cuando opten por participar en procesos de justicia reparadora; facilitando la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora<sup>785</sup>.

Los mecanismos restaurativos y de mediación se introducen progresivamente en las legislaciones penales europeas. Por ejemplo, en España, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la adopción de mecanismos alternativos a la acción penal y mediación penal, al tenor del principio de oportunidad<sup>786</sup>.

Las meras alternativas penales relativas al cambio del procedimiento se inscriben dentro de las políticas para mejorar el acceso a la administración de la justicia, desempeñando un papel complementario respecto a los procesos judiciales<sup>787</sup>, y pueden agruparse en el marco de las soluciones de justicia restaurativa, negociada, entre las que se encuentra la mediación<sup>788</sup>.

<sup>783</sup> El autor cita proyectos de reforma en el Reino Unido, y en la Comisión Australiana de Reforma Legislativa y Comisión Sudafricana de Reforma Legislativa- DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconciving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 285.

<sup>784</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 174.

<sup>785</sup> Artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

<sup>786</sup> Ver Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, XXIV y XXVI.

<sup>787</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.

<sup>788</sup> Tanto QUERALT como CARNEVALI coinciden en que estos mecanismos surgen para favorecer a las víctimas y agrupan los procedimientos en la mediación. QUERALT, JUAN J., La mediación en España y perspectivas internacionales, publicado en [www.alfonsozabrano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozabrano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 7. CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 31.

<sup>788</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 31.

SOUTO hace referencia a un derecho de intervención, ubicado entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, con menos garantías y formalidades procesales que el derecho penal y con sanciones no tan intensas<sup>789</sup>. Existe un tercer grupo que propugna fortalecer otros mecanismos de intervención al margen del sistema penal, tales como terapias, tratamientos de desintoxicación, trabajo social y otros<sup>790</sup>. Debe hacerse notar que estos mecanismos son más psicológicos o de asistencia social que jurídicos.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos buscan lograr una relación más cercana de los órganos de justicia con la comunidad, ofreciendo mecanismos alternativos a la justicia formal, que sean ágiles y contemplen la participación directa de los interesados en la resolución de la infracción<sup>791</sup>.

Una de las corrientes que surge con mucha fuerza, relacionada con el cambio de modelo para resolver los conflictos, es la que intenta que el conflicto vuelva a sus protagonistas y tenga en cuenta que los delitos no sólo suponen una vulneración a la ley penal, sino que también afecta a personas determinadas y a toda una comunidad. Esta corriente se conoce como justicia restaurativa y ha tenido un importante desarrollo particularmente en mecanismos basados en la mediación<sup>792</sup>.

<sup>789</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 58.

<sup>790</sup> Todos estos mecanismos responden a buscar soluciones por otras vías, permitiendo que el derecho penal verdaderamente se convirtiera en el último recurso. MAIER se refiere a la tendencia por buscar opciones fuera del derecho penal, basándose en otros sistemas sociales. Ver MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 189. HULSMAN cita un interesante ejemplo de mecanismos de solución por medio de los sistemas sociales distintos del sistema penal. En los Países Bajos la violencia contra la niñez es atendida de la siguiente manera: en cada región existe un “médico de confianza” a quien se le puede referir el problema. Éste tiene a su disposición un equipo de trabajadores sociales a través de los cuales se informa de la situación y se trata de modificar la misma mediante información, un apoyo psicológico o una ayuda material o incluso recurrir al Servicio de Protección a la Infancia para que por medio de juez competente, se provoque el alejamiento del niño de su familia, como último recurso, raramente utilizado. Ver HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 97. ROXIN, por su parte, también reflexiona sobre mecanismos que han demostrado ser útiles, tales como restricciones administrativas tales como la prohibición de conducir vehículos, y sobre todo otras formas de intervención como tratamientos psiquiátricos o terapias psicológicas, tratamientos de desintoxicación y otros. Ver ROXIN, CLAUDIUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.

<sup>791</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 8.

<sup>792</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice*. Reconceiving the Role of Third Parties, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 254.

Algunos autores ubican los orígenes de la justicia restaurativa en los tiempos históricos en que la reparación y otras formas de conciliación entre familias o grupos sociales eran el modo habitual de resolver los conflictos que hoy llevaríamos al derecho penal<sup>793</sup> e incluso algunos autores le atribuyen raíces religiosas<sup>794</sup>.

Si bien en su desarrollo ha habido una fuerte influencia de las corrientes abolicionistas y de la criminología de transición, la mayoría de autores consultados coinciden en señalar la influencia del creciente y renovado interés en las formas de justicia de los pueblos indígenas de América, África y Oceanía<sup>795</sup>.

A pesar de ser la forma natural de justicia de los pueblos indígenas originarios<sup>796</sup> este modelo fue abandonado por la imposición del derecho de los conquistadores que otorgó al Estado el monopolio del poder punitivo en aras de un supuesto progreso<sup>797</sup>. Pero el modelo de justicia penal para la resolución de los conflictos dista mucho de ser la respuesta más apta. En este marco se retoman los modelos de justicia restaurativa, que no es más que la devolución del conflicto a sus legítimos propietarios, sustituyendo la intervención pública como modelo idóneo

<sup>793</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 17.

<sup>794</sup> CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*, en *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 129. ZELLERER Y CUNNEN hacen referencia a los circle sentencing en Canadá. Ver ZELLERER, EVELYN; CUNNEEN, CHRIS, *Restorative Justice, Indigenous Justice and Human Rights*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 248.

<sup>795</sup> La justicia restaurativa no es una invención nueva, sino más bien, un retorno a los modelos tradicionales de resolución de conflictos que han presentado las diferentes culturas a través de la historia. ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 7. Sobre el interés en los mecanismos indígenas de resolución de conflictos ver también BAZEMORE, GORDON; SCHIFF, MARA, *Understanding Restorative Community Justice: Why and Why Now?*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 34. En el mismo sentido EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 30.

<sup>796</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 31. Son los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se han venido practicando ciertos modos de justicia restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos. Ver DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista *Lex Nova*, Número 23/2008, España, 2008, página 5.

<sup>797</sup> Este desarrollo histórico no significó progreso para los pueblos indígenas y ha llevado a autores como NEUMAN a preguntarse si en la historia de la humanidad se produjo un progreso o todo lo contrario cuando el Estado abandonó los usos tradicionales de las organizaciones indígenas y tomó para sí el monopolio del poder punitivo. NEUMAN, ELIAS, *Mediación y conciliación penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, página 2.



para solucionar el conflicto<sup>798</sup> por el empoderamiento de los implicados por el ilícito penal.

Las tendencias actuales de política criminal se basan en el principio de que el delito no sólo viola la ley sino que también daña a las víctimas y a la comunidad<sup>799</sup>. Se daña a la sociedad en general y a la víctima en particular; sobre todo en aquellos delitos que superan la esfera privada del perjudicado para alcanzar una determinada trascendencia social<sup>800</sup>.

A partir de estas ideas, la justicia restaurativa ha influido también al derecho penal y el debate político criminal empieza a centrarse en que una adecuada política criminal considera que, el orden social no solamente se restablece por medio de una sanción al delincuente, sino también mediante la reparación a la víctima del delito, procurando que a la víctima le sean reparados los perjuicios que ha sufrido e intentar conseguir que recobre su integridad; considerando además los efectos que la reparación pueda producir en el ánimo del delincuente; es decir, incluir en la concepción de las sanciones penales la perspectiva de la víctima y orientar al delincuente a una actividad constructiva y llena de sentido<sup>801</sup>.

<sup>798</sup> MENDAÑA considera que fue contradictorio que el derecho individual se sustituyera por la intervención pública como el método más apto para la tutela jurídica, cuando la realidad demuestra tantas falencias en el sistema. MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, páginas 7 y ss. MANZANARES también hace referencia a la necesidad de devolver los conflictos a sus protagonistas para poder resolverlo. Ver MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 17. También SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS, *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, en Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 326.

<sup>799</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, New York, 2006, página 6.

<sup>800</sup> No puede dejarse de lado que en la reparación a las víctimas de delitos existe no sólo un interés privado del perjudicado, sino un interés social por la víctima. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 14.

<sup>801</sup> HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995, página 27. En el mismo sentido BERISTAIN, quien considera que el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual, sino un problema de política social y un problema de derechos fundamentales. Ver BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDESA, Madrid, 1990, página 220.

La justicia restaurativa se propone como objetivo fundamental el volver a la situación anterior al delito entre delincuente y su víctima, o al menos intentarlo<sup>802</sup>. La situación anterior no puede ser restaurada si no se da participación también a la comunidad, por lo que implica un cambio en el abordaje del conflicto y de los protagonistas. Además de considerar en un primer plano a la víctima, también considera a la comunidad. La justicia no es posible sin el concurso de los que la reclaman, requiere la participación de los involucrados en el desequilibrio<sup>803</sup>. En el modelo restaurativo, todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se unen para resolverla colectivamente y tratar sus implicaciones a futuro, aportando beneficios para la sociedad en general, produciendo lo que GORDILLO denomina “democratización del sistema penal tradicional”, que implica incluir a la propia sociedad en el proceso de restauración de la paz social y la prevención futura del delito<sup>804</sup>.

La justicia restaurativa es mucho más que una apuesta por la mediación penal, pues supone la atención integral a la víctima, el tratamiento de la criminalidad y reintegración del delincuente, apostando por ahondar en la concienciación social<sup>805</sup>, además de que integra otras soluciones, junto a la mediación, como pueden ser, por ejemplo, los círculos de sentencias, de los que se comentará con posterioridad.

Cuando se habla de justicia restaurativa se debe ser consciente que por encima del equilibrio entre agresor y agredido, existe una consideración general de que la sociedad en su conjunto asume un sentimiento de justicia que empatiza con las víctimas, que rechaza la injusticia<sup>806</sup>, y que debe ser satisfecho.

---

<sup>802</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 17.

<sup>803</sup> DIAZ COLORADO, FERNANDO, *La justicia: de la venganza a la compensación*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 84.

<sup>804</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 72.

<sup>805</sup> SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS, *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, en *Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad*, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 326.

<sup>806</sup> CARMENA CASTRILLO, MANUELA, *Humanización, racionalización del derecho penal y justicia restaurativa*, en *Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad*, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 295.

MENDAÑA define la justicia restaurativa como el conjunto de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que el sistema punitivo tradicional, incorporando a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto, promoviendo la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo, cuyo desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas. Este modelo busca transformar el conflicto mediante la participación primaria y activa de la comunidad en la pequeña criminalidad, debiendo ser ésta la primera línea de actuación, para que el sistema penal pueda constituir realmente el último recurso<sup>807</sup>.

## 6.1 Elementos de la justicia restaurativa

### 6.1.1 Cambio de planteamiento: El rol de la comunidad

La lesión ocasionada por el delito ofende a la comunidad en general antes que a una víctima en particular<sup>808</sup>. Un principio fundamental de la justicia restaurativa es la reconciliación entre el ofensor y la víctima y entre el ofensor y la comunidad<sup>809</sup>, es decir, amplía el catálogo de agentes que participan en el proceso de solución de conflictos para incluir a la comunidad<sup>810</sup>.

---

<sup>807</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, páginas 7 y ss. ARIAS la define en forma similar. Agrega como elemento en el proceso la ayuda de un facilitador. ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 6.

<sup>808</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 3.

<sup>809</sup> ZELLERER, EVELYN; CUNNEEN, CHRIS, *Restorative Justice, Indigenous Justice and Human Rights*, En Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 246. En el mismo sentido HEREDIA PUENTE, MERCEDES, *Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*, publicado en Diario La Ley, No. 7257, Sección Doctrina, 1 de octubre 2009, Editorial La Ley, España, 2009, página 1.

<sup>810</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABETIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 33. También MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 3.

Muchos delitos se cometen contra una víctima con la que se tiene algún tipo de relación, en la que es relevante la relación personal entre el autor y la víctima o en las que esa relación es la causa del delito<sup>811</sup>. El modelo de justicia restaurativa es recomendable cuando se trata de conflictos que involucran a personas que tienen algún tipo de relación permanente.

Dentro del derecho penal tradicional, las conductas que se configuran como delitos que afectan a miembros de una misma familia, integrantes de una sociedad, compañeros de trabajo o tan sólo vecinos, no tienen un tratamiento especial por parte de las normas procesales clásicas<sup>812</sup>, no obstante la importancia de la relación previa. La mayor parte de los delitos se cometen entre personas que se conocen y guardan fuertes lazos de relación<sup>813</sup>. Esta circunstancia explica la postura abrumadoramente mayoritaria a favor de un mecanismo de resolución del conflicto más cercano a la mediación, con una petición de perdón y la consiguiente reparación, pues las víctimas tienen la expectativa de solucionar el conflicto de fondo<sup>814</sup>.

Cuando las personas involucradas en el conflicto son miembros de la misma familia o grupo, o deben seguir compartiendo algún tipo de relación (social, económica, vecinal, laboral), es importante un cambio en el planteamiento de la conflictividad desde la perspectiva de la instrumentación de espacios destinados a la reflexión y valoración de conductas, más allá de la respuesta jurisdiccional prevista por el

---

<sup>811</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 27. Por ejemplo, en contextos de justicia de transición las víctimas y los victimarios han convivido en las mismas comunidades o tienen antecedentes familiares comunes. Ver RETTBERG, ANGELIKA; PRIETO, JUAN DIEGO, *Victimas, victimarios y vecinos: proximidad social y actitudes de las víctimas frente a la reparación, la justicia y la paz*, en Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010, página 108.

<sup>812</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 39.

<sup>813</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 155. Ver también RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 53.

<sup>814</sup> Según estudio elaborado por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España sobre las experiencias de la justicia restaurativa y la medición penal entre los años 2005 y 2008. Citado por MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 374.

Estado<sup>815</sup>. En los casos en los cuales las partes se conocen con anterioridad, buscan una reestructuración de las relaciones por encima de la polarización de sus posiciones<sup>816</sup>. En este tipo de relaciones se configura con total claridad que el derecho penal debe buscar la recuperación de las relaciones humanas<sup>817</sup>. En estos casos los instrumentos restaurativos suelen ser extremadamente exitosos porque además de apoyar a la víctima, la comunidad realmente desea reintegrar al ofensor<sup>818</sup>. La implicación de la comunidad en la solución del conflicto asegura mejor las condiciones pacíficas de futuro<sup>819</sup>.

Este modelo busca la reconciliación de la sociedad con el infractor para procurar la integración de los “expulsados” y una solución de raíz que incida en la transformación de los sujetos incluidos, buscando un vínculo y un sentido<sup>820</sup>. Se basa en que el fenómeno criminal comprende como elementos tanto al infractor como a su medio, el delito con su prevención y control y la víctima, con sus necesidades y expectativas<sup>821</sup>. Estas tendencias apuntan no sólo a la prevención de la delincuencia, sino también hacia el objetivo de controlar todos sus efectos, tales como costes económicos y sociales del delito, de la sanción, respecto al autor y su familia, respecto a la víctima y a la sociedad en general<sup>822</sup>.

Este modelo responde a lo que GARLAND denomina *estrategias de asociaciones preventivas*, que consiste en compartir la responsabilidad del control del delito y de construir una infraestructura de prevención fuera del Estado. Esta tendencia procura *quitarle* al Estado la responsabilidad de ser el principal proveedor de seguridad e

---

<sup>815</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 39.

<sup>816</sup> El autor cita un estudio realizado en la Oficina de Atención a la Víctima de Logroño, la Rioja. Ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 339.

<sup>817</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, *Fines de la Pena y Justicia Reparadora*, en *Sobre la Mediación Penal*, Editorial Arazandi, Madrid, 2012, página 141.

<sup>818</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 52.

<sup>819</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 4.

<sup>820</sup> VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Políticas de reconciliación social: vínculo y sentido contra la exclusión*, en *Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad*, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 128.

<sup>821</sup> DE JORGE MESAS, LUIS FRANCISCO, *La eficacia del sistema penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 60.

<sup>822</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 38.

intenta remodelar el control del delito haciéndolo más disperso y fundándolo en la asociación entre diversos actores, subrayando la prevención proactiva<sup>823</sup>.

La justicia restaurativa presupone también que existe una comunidad apropiada de personas en la que el delincuente debe ser reintegrado. Hablamos de integración del individuo cuando sus relaciones se encuadran dentro de las estructuras del sistema social<sup>824</sup>, cuando tanto la víctima como el delincuente logran convertirse en miembros activos y productivos de sus comunidades<sup>825</sup>. Con la justicia restaurativa la comunidad asume responsabilidad en los problemas sociales<sup>826</sup> y ofrece al infractor la oportunidad de reinsertarse socialmente<sup>827</sup>.

La mirada se pone no sólo en el individuo, sino en los apoyos sociales. *“No nos equivoquemos de enfermedad. No es tanto en el herido en el que hay que influir con el fin de que sufra menos. Es sobre todo en la cultura que le proporciona un segundo golpe del que difícilmente se recuperará”*<sup>828</sup>.

---

<sup>823</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 236.

<sup>824</sup> La sociedad es una estructura social y una estructura psicosocial y el individuo una red relacional y una estructura psicosocial en particular. La red relacional individual se encuadra en la estructura social y se compara con las estructuras psicosociales. La característica del sistema social es la estructura social. Ver JOVER CARBONELL, JOAN C. *Delincuencia hoy. Programas de intervención educativa*, Conselleria de Treball i Seguritat Social, Direcció General de Servicios Sociales de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1989, página 18.

<sup>825</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 277.

<sup>826</sup> CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 143.

<sup>827</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 40.

<sup>828</sup> TORBAY se basa en sus estudios del Modelo de la Mirada Resiliente, el cual explica las cuatro actitudes de la comunidad frente a un menor de edad que ha cometido un delito: a) la mirada estigmatizadora, mediante la cual se transmite pesimismo frente a la posibilidad de cambiar, pueden cambiar pero no quieren: *“son unos vagos que no quieren ni trabajar”*; b) la mirada victimizadora, que presenta una visión pesimista y de no exigencia, que creen que las personas no pueden cambiar por la adversidad de su situación y por ello no les exigen nada, porque son víctimas de su propio destino: *“los pobres no han visto otra cosa en su vida, son unos desgraciados”*; c) la mirada proteccionista, en la cual hay una creencia de que las personas pueden salir adelante, pero no les exige, les proporciona recursos pero sin pedirles que sean autores de su cambio y sin exigirles implicación: *“hay que buscarles una ayuda económica para que salgan adelante”*; y d) la mirada resiliente, que combina optimismo con exigencia: *“se merecen una segunda oportunidad, si los ayudamos y ellos trabajan podrán integrarse y cambiar”*. Aunque este estudio se hizo con menores infractores, los resultados pueden extrapolarse a otro tipo de infractores. Ver TORBAY BETANCOR, ÁNGELA, *Prevenir la vulnerabilidad: el enfoque de la resiliencia*, en *Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada, 2011, página 284.

El debate respecto a la existencia o no de una comunidad es una de las objeciones más comunes que se hacen a la justicia restaurativa<sup>829</sup>. SCHIFF y BAZEMORE cuestionan si el concepto de comunidad en la cultura occidental es un mito<sup>830</sup>.

Se cuestiona que el concepto de comunidad puede funcionar para sociedades indígenas locales, con fuertes lazos de unidad social, pero que esto no ocurre en las diversas y transitorias sociedades post modernas que son intolerantes hacia las diferencias e incluso opresivas<sup>831</sup>, por lo que se argumenta que los modelos restaurativos no son aplicables a sociedades urbanas complejas, fragmentadas, con grandes centros metropolitanos, donde no hay un sentido real de comunidad, argumento que no tiene mucho sentido porque es precisamente en sociedades complejas donde más necesarios son los subsistemas capaces de resolver los problemas y restaurar la paz. De ahí que mecanismos restaurativos tales como la mediación generen y fomenten, casi como ningún otro instrumento de regulación de conflictos, los sentimientos de grupo, de comunidad y devuelvan los valores de la comunidad<sup>832</sup>.

Si bien el modelo comunitario de las sociedades occidentales difiere del modelo de las sociedades indígenas, HOYLE afirma que sí existen modelos comunitarios, pues las personas están integradas a redes en sus lugares de trabajo, alrededor de establecimientos educativos o en grupos de amigos que comparten intereses mutuos. Si estos grupos están integrados y comporten conexiones prácticas y emocionales, ellos constituyen una comunidad, aunque algunos prefieren llamarla red social<sup>833</sup>.

También pueden encontrarse “comunidades” con los grupos religiosos, terapéuticos, organizaciones sociales u otro tipo de colectividades que puedan ayudar a salir del

---

<sup>829</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, páginas 51 y 54.

<sup>830</sup> SCHIFF, MARA; BASEMORE, GORDON, *Dangers and Opportunities of Restorative Community Justice: A Response to Critics*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 311.

<sup>831</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 54.

<sup>832</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 158 y ss.

<sup>833</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 54.

drama que vive tanto la víctima como el delincuente. Cuando el individuo se siente comprendido establece fuertes vínculos con el grupo<sup>834</sup>.

Por ejemplo, en Chile, existen centros de reinserción social como parte de una estrategia de creación de redes de apoyo social para permitir que los agresores puedan evitar antiguos hábitos o patrones sociales que conducen a comportamientos delictivos y otras experiencias donde el gobierno se asocia con redes de desarrollo comunitario para fortalecer los vínculos comunitarios de los agresores<sup>835</sup>.

La definición de un concepto de comunidad en la sociedad occidental va más allá de sus características geográficas o de organización territorial, pues involucran una organización social. SCHIFF y GORDON las definen como entidades fluidas y flexibles, cuyos miembros tienen reglas de convivencia comunes, que se unen en respuesta de una necesidad particular, como puede ser el delito<sup>836</sup>.

Esta búsqueda de un objetivo común se convierte en el elemento unificador. Algunos autores incluso consideran que a través de la justicia restaurativa puede transformarse a una comunidad, permitiendo una organización y un diálogo sobre un problema común, en el caso concreto la criminalidad y las injusticias que lo preceden<sup>837</sup>.

Este modelo parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes<sup>838</sup>. Las fórmulas restaurativas han sido tan exitosas que incluso se han implementado como una forma de restablecer el tejido social en sociedades urbanas complejas rotas por conflictos armados

---

<sup>834</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 277.

<sup>835</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 292.

<sup>836</sup> SCHIFF, MARA; BASEMORE, GORDON, *Dangers and Opportunities of Restorative Community Justice: A Response to Critics*, en Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 311.

<sup>837</sup> CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice*, en Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 139 y 140.

<sup>838</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.



internos, como puede ser el caso de Sudáfrica y la mayor parte de países latinoamericanos.

Los procedimientos de justicia restaurativa pueden desarrollar mecanismos de integración que pueden resolver diferencias y redefinir estrategias con la participación activa de los intervinientes. Estos espacios permiten que los individuos se empoderen para participar como corresponsables del sistema de Administración de la Justicia<sup>839</sup>. El compromiso de la comunidad encierra un significado de consenso profundo expresado en el poder simbólico del mundo de la comunidad misma, como una estrategia que enfrenta los problemas sociales no sólo desde los estamentos públicos o institucionalizados, sino desde el desarrollo de otros programas<sup>840</sup>.

Los procedimientos de reconciliación poseen un profundo contenido pedagógico<sup>841</sup>, por lo que dentro del modelo de justicia restaurativa, la comunidad, la escuela, son objetivos para realizar intervenciones preventivas<sup>842</sup>.

Los conflictos pertenecen a quienes los viven<sup>843</sup> y este modelo trata de buscar soluciones que obliguen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, a buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la

---

<sup>839</sup> SCHIFF, MARA; BASEMORE, GORDON, *Dangers and Opportunities of Restorative Community Justice: A Response to Critics*, en Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 328. En similar sentido DOMINGO DE LA FUENTE, quien afirma que la comunidad que se involucra en procedimientos de mediación se vuelve más madura, crítica y reconciliada. Ver DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 8.

<sup>840</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 158 y ss.

<sup>841</sup> El autor incluso propone que la mediación como sistema de resolución de los conflictos sea también implementado en el ámbito escolar. Ver EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 38.

<sup>842</sup> SCHIFF, MARA; BASEMORE, GORDON, *Dangers and Opportunities of Restorative Community Justice: A Response to Critics*, En Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 322. En Brasil, por medio de un proyecto denominado Jundiaí, se seleccionaron 26 colegios que albergan a 40 mil estudiantes para enseñar los principios de justicia restaurativa en la resolución de conflictos. Ver MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 290.

<sup>843</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 17.

compensación en vez de las represalias, y que en última instancia, animen a las personas a hacer el bien<sup>844</sup>.

Este modelo permite superar la disociación entre delito, infractor, víctima, sociedad y la consecuencia jurídica impuesta; y el distanciamiento espacial y sobre todo, vital del problema que acaba formalizado y despersonalizado<sup>845</sup>.

La comunidad se ve beneficiada con la justicia restaurativa, también por la conquista de un nuevo espacio participativo y de otra forma de pensar la solución justa, siendo quizás este cambio de modelo de control social, uno de los principales motivos de la resistencia a la justicia restaurativa, ya que la mayor participación comunitaria es vista como un traspaso del control y en consecuencia, una pérdida de poder<sup>846</sup>, como una forma de operar del Estado *a través* de la sociedad civil y no *sobre* ella<sup>847</sup>.

Dentro de este modelo, pueden citarse varios ejemplos. Uno de ellos es el aplicado en Brasil, consistente en un sistema restaurativo para el manejo carcelario, que transforma la típica relación gobierno-comunidad, mediante la incorporación de miembros de la comunidad en la administración de la cárcel y el trabajo con las personas privadas de libertad. Esta incorporación echa abajo las barreras entre infractores y comunidad, que por lo general se da por la privación de libertad, y facilita las bases para la reintegración del agresor a la sociedad<sup>848</sup>.

Las nuevas corrientes de la criminología, apuntan a la sociedad, porque es la propia sociedad quien define y produce el delito; así, el objeto de la resocialización debería cambiar, debería resocializarse a la sociedad y no al individuo<sup>849</sup>. La resocialización debería ir orientada hacia una modificación de las estructuras

---

<sup>844</sup> CHRISITE, NILS, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, página 134.

<sup>845</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 36.

<sup>846</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, páginas 35 y 40.

<sup>847</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 236.

<sup>848</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 291.

<sup>849</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 32.

sociales<sup>850</sup>, pues ¿cómo es posible pretender que un sujeto se resocialice si cuando vuelva a la sociedad encontrará los mismos condicionantes que le llevaron a delinquir<sup>851</sup>?

### 6.1.2 Mecanismo: diálogo y consenso

La justicia restaurativa trata de resolver los conflictos introducidos por el delito minimizando el uso de la violencia, involucrando a la comunidad, responsabilizando al infractor por las consecuencias del delito, protegiendo y reparando a la víctima<sup>852</sup>.

El conflicto se resuelve por medio de una transacción en un doble sentido, pues no sólo se busca materializar un pacto para poner fin a las diferencias entre las partes implicadas, sino que además, para llegar a dicho acuerdo, las partes deben transigir, es decir, consentir en parte con aspectos que no consideran del todo favorecedores o razonables<sup>853</sup>.

En realidad, el modelo de justicia restaurativa no es más que la aplicación del principio de subsidiariedad, dejando que el derecho penal sólo intervenga en caso de que fracasen otros mecanismos de menor coste social<sup>854</sup>, personal, psicológico, emocional y económico; y cediendo el protagonismo a los particulares interesados que resuelven su controversia mediante un proceso dinámico de negociación<sup>855</sup>.

---

<sup>850</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 24.

<sup>851</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 188.

<sup>852</sup> SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS, *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, en Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 326.

<sup>853</sup> BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 135.

<sup>854</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 74.

<sup>855</sup> La conciliación, mediación y reparación en muchos casos dan lugar a un laborioso proceso de negociación, siendo la característica más importante de estos instrumentos la posibilidad de una justicia negociada, al producirse un proceso dinámico entre víctima y delincuente para llegar a una resolución del conflicto de modo que el Estado opta, en estos casos, por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar así un papel subsidiario. Ver SANZ HERMIDA, ÁGATHA MARÍA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 97.

La primera meta del derecho penal debería ser restaurar la paz y resolver los conflictos en vez de perpetuarlos<sup>856</sup>. En algunos casos la intervención judicial no hace más que exacerbar el grado de violencia existente<sup>857</sup>, mientras que la justicia restaurativa se basa en un sistema de componentes transaccionales, en que la víctima pueda alcanzar acuerdos con el infractor, de manera que no sea necesario imponer sanciones penales<sup>858</sup> o al menos no imponerlas en la forma tradicional, sino como mecanismo de aprendizaje y de reparación a la víctima, el cual puede tener éxito en los casos en que el infractor no desea romper la relación con la comunidad o con la víctima<sup>859</sup>. La justicia restaurativa viene a aportar una nueva posibilidad: un cumplimiento consensuado como respuesta a un incumplimiento<sup>860</sup>. La resolución de la disputa se basa en el acuerdo y la concordia<sup>861</sup>. BERISTAIN incluso hace referencia a un nuevo “proceso penal victimal”, centrado en la mediación<sup>862</sup>.

Una solución negociada de los conflictos parece una solución más fácilmente aceptada que un arreglo impuesto<sup>863</sup>, pues logra restablecer las relaciones a través de la implicación directa de las personas afectadas, alcanza satisfacción de la

<sup>856</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 103.

<sup>857</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 40.

<sup>858</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, páginas 30 y ss.

<sup>859</sup> LARRAURI indica que el modelo restaurativo implica también una forma diferente de concebir al castigo para responder al delito. Si el castigo es analizado desde las teorías criminológicas basadas en el aprendizaje o teorías criminológicas del control, se compara el castigo del Estado con el castigo del padre. El éxito del modelo de aprendizaje por medio del castigo impuesto a los niños es exitoso porque está impuesto por alguien con el que no queremos romper la relación, condiciones que no se dan con el Estado. El castigo de nuestro padre, se deriva de que actuamos de una u otra forma porque queremos conservar su cariño, es decir, en función no sólo de si anticipamos o no castigo, sino en función de que somos receptivos a la reacción que él tenga, relación que no es válida en el caso del Estado, pero sí puede serlo con respecto a la víctima cuando ha existido una relación previa. Ver LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 92.

<sup>860</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 152.

<sup>861</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 61.

<sup>862</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, página 146.

<sup>863</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 83.

víctima y del delincuente<sup>864</sup>. La participación de la víctima además provee de legitimación a la resocialización<sup>865</sup>.

La reparación permite aliviar la tensión emocional de la víctima, quien ha sufrido un daño emocional importante, que le provoca angustia e intranquilidad por la irrupción en su vida de un intruso y de un hecho perturbador de su equilibrio<sup>866</sup>. Permite a la víctima expresar directamente al infractor sus sentimientos de dolor, miedo, angustia y contribuir de este modo a superar el impacto sobre todo emocional y personal del delito<sup>867</sup>. La justicia no es posible sin oír a la víctima, permitirle participar en la búsqueda de soluciones, así como también es imprescindible compensar su pérdida y su sufrimiento, en aras de una verdadera justicia<sup>868</sup>. Se trata de satisfacer no sólo el derecho de la víctima a la reparación, sino también de darle la oportunidad de comprender la motivación del delincuente, conocer sus circunstancias y recibir quizá una petición de perdón<sup>869</sup>, contribuyendo a su reintegración emocional y a disminuir su victimización<sup>870</sup> mediante la obtención de una satisfacción al detrimento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales<sup>871</sup>.

Estos procesos sitúan a la víctima en una posición de dignidad y empoderamiento, por la fuerza del diálogo y la conciencia de que se es partícipe protagonista en la resolución del hecho, frente a la sensación de lejanía, desposesión y relegamiento

<sup>864</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 6.

<sup>865</sup> Sobre la ideología rehabilitadora que legitima la resocialización con la intervención de la víctima ver CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 24.

<sup>866</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 5.

<sup>867</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 72.

<sup>868</sup> DIAZ COLORADO, FERNANDO, *La justicia: de la venganza a la compensación*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 84.

<sup>869</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 19.

<sup>870</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 323.

<sup>871</sup> QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozabrano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozabrano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 7.

del proceso penal, en el que un tercero ajeno va a tomar e imponer una decisión que tendrá efectos en su vida<sup>872</sup>.

Al infractor le propicia que sea consciente del daño causado, que asuma su responsabilidad y las consecuencias negativas de sus acciones, que incluyen el daño causado a la víctima<sup>873</sup>. El autor descubre un rostro, una realidad y valora que ha infligido daño a una persona y no a una víctima designada al azar<sup>874</sup>.

Se parte de la concepción de que el infractor es un ser racional que puede llegar a comprender y asumir el valor de sus actos y no un mero instrumento que deba ser resocializado o utilizado por el sistema para influir negativa o positivamente en la sociedad<sup>875</sup>; por lo que se logra un verdadero efecto resocializador.

Este planteamiento responde a la teoría de HABERMAS que define a los ciudadanos como sujetos con capacidad de autogestión, participantes en procesos de búsqueda de una verdad extraída de una ética discursiva. En ella, cada individuo busca el bien común a partir de su bien personal y es susceptible de ser influido racionalmente por una adecuada política criminal que lo inste a asumir su responsabilidad y resolver el conflicto por medio del diálogo u otras acciones constructivas. Esta teoría es la que parece adoptar el Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal (AE-WGM)<sup>876</sup>, en el cual, de acuerdo a GALAIN, se considera que la racionalidad de este sujeto responsable es la que abre la puerta a la reparación, a

<sup>872</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 33.

<sup>873</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación. También GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 72.

<sup>874</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 5.

<sup>875</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 11.

<sup>876</sup> El Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) es un proyecto alternativo elaborado en 1992 por un grupo de profesores de derecho Penal de Alemania, Austria y Suiza, el cual ha sido la base de la reforma penal alemana.

partir de un sujeto con tendencia al diálogo, que asume su responsabilidad y busca lograr la reparación del daño por medio de un comportamiento positivo posterior<sup>877</sup>.

Este planteamiento requiere de la existencia de una víctima con capacidad de comprender - que no es lo mismo que justificar- el hecho delictivo, mediante la escucha de las motivaciones del infractor en un contexto de calma emocional, y la estimación del victimario como un individuo susceptible de mejora y responsabilidad<sup>878</sup>.

GALAIN afirma que, junto al sujeto culpable, para el que se dispone la pena y al sujeto peligroso, para el que se reserva la medida de seguridad, se debe considerar un tercer tipo de individuo, el sujeto responsable, para el que estaría destinada la reparación<sup>879</sup>.

Los detractores indican que no puede considerarse sujeto responsable al delincuente (reincidente, habitual, enemigo), por lo que no se debe considerar la reparación, pero para ese sujeto tampoco sirve la pena. La reparación hubiera servido si se le hubiera aplicado antes, con el proceso de adolescentes en conflicto con la ley, o si se le hubiera atendido aún antes, con una política social, o aún antes, como víctima del sistema. ¿Dónde perdemos al sujeto responsable?

El hecho de que los infractores asuman la responsabilidad de sus conductas es importante en el sentido de que, sólo si asumen y se mentalizan que han violado

<sup>877</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 17 y 18.

<sup>878</sup> GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL, *La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género*, publicado en Diario La Ley, No. 7711, Sección Doctrina, 7 de octubre 2011, Editorial La Ley, España, 2011, página 3.

<sup>879</sup> En este sentido, GALAIN propone que en el derecho penal, junto al sujeto culpable, para el que se dispone la pena y el sujeto peligroso, para el que se reserva la medida de seguridad, se debe considerar un tercer tipo de individuo, el sujeto responsable, para quien estaría destinada la reparación. GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155, página 17.

una norma y dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto<sup>880</sup>.

En un modelo que considere a un delincuente como un sujeto responsable, no se excluye la resocialización, que puede ser lograda cuando éste vivencia el daño causado y desea que el hecho criminal no hubiera ocurrido, ni para él ni para su víctima, suturando de esta forma la ruptura creada por el delito. La actividad del victimario encaminada a reconstruir la situación derivada de su ilícito proceder permite una concienciación personal del sufrimiento ocasionado. Se crean, por tanto, las bases de un proceso de reinserción personal fundado en la capacidad de hacerse responsable por el hecho dañoso cometido y se ratifica, de forma dinámica, la vigencia y eficacia de la norma penal. Lo que el victimario ha des-hecho puede ser re-hecho por él<sup>881</sup>. De esta forma aporta como ventaja la posibilidad de una verdadera inserción social del agresor y una menor reincidencia<sup>882</sup>.

El modelo restaurativo se sustenta en la confianza en el ser humano y en la capacidad de establecer vínculos sociales que quiebren la soledad y el aislamiento a que nos ha conducido el progreso y la cultura del individualismo, que tiende a movilizarnos con reacciones de pánico y no de solidaridad<sup>883</sup>.

Respecto a las desventajas de los modelos de justicia restaurativa, debe señalarse que, por ser un modelo que se basa en la cooperación de las partes involucradas, no puede darse si el ofensor se niega a aceptar su responsabilidad por el crimen y a cumplir con sus obligaciones con la comunidad y la víctima<sup>884</sup>.

Otra desventaja que puede presentar este modelo, es que sea usado por infractores astutos como una forma de cometer fraude de ley, eludiendo su responsabilidad

---

<sup>880</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto*, publicado en Diario La Ley, No. 7701, Sección Doctrina, 23 de septiembre 2011, Editorial La Ley, España, 2011, página 3.

<sup>881</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, páginas 28 a 31.

<sup>882</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 323.

<sup>883</sup> SÁEZ VALCÁRCCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 44.

<sup>884</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 9.



penal y utilizando las medidas restaurativas como la forma de quedar impune por su delito. Para evitar este tipo de riesgos, el candidato ideal para el modelo de justicia restaurativa, es el infractor primario o quien ha actuado de manera culposa, tal como se aborda con posterioridad.

Los modelos de justicia restaurativa trabajan con la participación total de las víctimas y las comunidades involucradas, implica una negociación en la cual las partes del conflicto se comunican, confrontan y discuten los hechos, identifican las causas del delito y definen las soluciones que satisfaga sus intereses y necesidades<sup>885</sup>. El encuentro y diálogo propio de un esquema restaurador, se pueden conocer las causas y las actitudes que determinaron comportamientos y anular lo que podría ser la predisposición a ser víctima en los casos más frecuentes<sup>886</sup>.

Este cambio de abordaje implica, como afirma QUINTERO OLIVARES, concluye que el problema del delito y de la respuesta o reacción ante sus consecuencias no puede ser monopolio del Estado, lo que significa permitir que los ciudadanos implicados en un delito como infractores y como víctimas, puedan incluir sus intereses personales para alcanzar una solución, al menos al mismo nivel que pueda tener el interés del Estado en garantizar el imperio de la Ley<sup>887</sup>.

### 6.1.3 Finalidad: resolver el conflicto en vez de castigar

El delito es un conflicto entre personas y no una simple infracción a la norma. El delito además afecta a la propia sociedad, pues los bienes jurídicos protegidos representan los valores de interés para dicha sociedad.

---

<sup>885</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 38. Ver también ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 7.

<sup>886</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 77.

<sup>887</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 25.

En el modelo restaurativo el delito se define como un problema de relaciones interpersonales, que se resuelve restableciendo la paz social que el mismo ha quebrantado<sup>888</sup>. El delito es una acción que destruye una relación, siendo tarea de la justicia reconstruirla. Un derecho animado por una cultura reconstructiva sustituiría el vínculo entre justicia y castigo al infractor, por el de justicia y reparación a las víctimas<sup>889</sup>, estimulando la restauración de la convivencia, no como la simple recuperación de condiciones, sino como un acto de afirmación de un orden jurídico<sup>890</sup> y procurando de esta manera la reestructuración de las relaciones entre las partes como consecuencia de un proceso de pacificación social<sup>891</sup> o sanación social<sup>892</sup>.

Esto implicaría reconvertir algunas de las instituciones penales que actualmente están dirigidas al castigo para pasar a ser entidades que permitan a las víctimas afrontar su situación desde la comunicación, el trabajo solidario, vivencia del proceso personal de duelo y, sobre todo, la sublimación de instintos negativos mediante la consecución de objetivos social y personalmente provechosos<sup>893</sup>.

El modelo restaurativo propicia la integración antes que la disuasión de los individuos, procura una solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad y la pacificación de las relaciones sociales. Su objetivo principal es la integración de todas las partes involucradas, evitando la segregación del delincuente y el olvido de la víctima<sup>894</sup> y procurando reparar en el mayor grado posible la relación entre víctimas e infractores, razón por la que se presta gran importancia al arrepentimiento, aceptación de responsabilidad y

<sup>888</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.

<sup>889</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 32.

<sup>890</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 37.

<sup>891</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 348.

<sup>892</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 37.

<sup>893</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 40.

<sup>894</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 21. En el mismo sentido LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación, en Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 172.

reparación por parte del ofensor, fomentando una actitud de responsabilidad activa sobre las consecuencias jurídico penales del delito, e incluso aquellas puramente personales, contrario a lo que el derecho penal hace tradicionalmente, que se basa en la responsabilidad pasiva<sup>895</sup>.

La justicia restaurativa minimiza el componente sancionador y lo sustituye por una solución no traumática en la cual se pretende que agresor y víctima restablezcan el equilibrio y la igualdad perdida a través de la reparación. Se busca encontrar una solución negociada al conflicto causado por una infracción penal. No se busca, ni se pretende, la imposición de penas, sino que por el contrario el objetivo primordial es la reparación del daño causado, poner fin al perjuicio resultante de la infracción y contribuir a la rehabilitación sin castigo del autor de la infracción<sup>896</sup>. En definitiva, se busca restaurar la situación a las circunstancias anteriores a la infracción.

Como se ha mencionado, la justicia restaurativa trata de resolver los conflictos causados por el delito, minimizando el uso de la violencia<sup>897</sup>, por lo que el castigo deja de ser la primera y en muchos casos exclusiva opción. Es un modelo de justicia menos obsesionado por la represión, en el cual se puede renunciar al mismo cuando sea inútil o contraproducente para las partes en conflicto o para la sociedad<sup>898</sup>.

A diferencia del sistema de consecuencias jurídicas tradicional, en la justicia restaurativa, el éxito del proceso judicial no está vinculado al quantum de la pena,

---

<sup>895</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 38. Ver también ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 7.

<sup>896</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 307.

<sup>897</sup> SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS, *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, en Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 326.

<sup>898</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.

sino por la reparación efectiva del daño<sup>899</sup>. Incluso sus detractores, como HIRSCH, aceptan que tiene pleno sentido incluir elementos restitutivos en la construcción de las consecuencias jurídicas de la ley penal<sup>900</sup>.

No existe unanimidad respecto a si debe mantenerse el castigo, pero la postura mayoritaria propugna porque el proceso pierda su carácter vindicativo contra el delincuente<sup>901</sup> y pretende sustituir al menos a la punición, por una reparación en la que, de un lado, la víctima y la comunidad desempeñarían el papel central en la respuesta del delito y en la pacificación social, mientras que, por el otro, se prescindiría en mayor o menor grado de la retribución como eje de la justicia<sup>902</sup>.

El modelo restaurativo implica también una forma diferente al castigo para responder al delito. Las teorías criminológicas que explican el castigo a partir del aprendizaje indican que el mismo no es válido por el tipo de relación que el infractor tiene con el Estado, pero sí puede ser válido respecto a la víctima cuando ha existido una relación previa<sup>903</sup>.

Es difícil de entender la incorporación de instrumentos de negociación en el sistema penal, que se construye sobre la base de que los delitos tienen una trascendencia general que va más allá de la víctima y por eso se resuelven dentro del derecho

<sup>899</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación, en Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, página 172.

<sup>900</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, traducción de Julio B.J. Maier y Daniel R. Pastor, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 105.

<sup>901</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Nuevo proceso penal desde las víctimas*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 18. La misma concepción era ya planteada por el autor en su obra BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 58.

<sup>902</sup> MANZANARES llega más lejos al indicar que la justicia restaurativa podría sustituir incluso al derecho penal, aunque desarrolla sus ideas a partir de que al menos se sustituya la punición. Ver MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 16. Otros autores como KISS indican que la justicia restaurativa no impide el castigo al culpable, mismo que incluso justificarse como una forma de restablecer el orden moral. Ver KISS, ELIZABETH, *Moral ambition within and beyond political constraints: Reflection on restorative justice*, en *Truth v. Justice: The morality of truth commissions*, Princeton University Press, USA, 2000, página 80.

<sup>903</sup> Si el castigo es analizado desde las teorías criminológicas basadas en el aprendizaje o teorías criminológicas del control, se compara el castigo del Estado con el castigo del padre. LARRAURI cita que el éxito del modelo de aprendizaje por medio del castigo impuesto a los niños es exitoso porque está impuesto por alguien con el que no queremos romper la relación, condiciones que no se dan con el Estado. El castigo de nuestro padre, se deriva de que actuamos de una u otra forma porque queremos conservar su cariño, es decir, en función no sólo de si anticipamos o no castigo, sino en función de que somos receptivos a la reacción que él tenga, relación que no es válida en el caso del Estado, pero sí puede serlo con respecto a la víctima cuando ha existido una relación previa. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 92.

penal. Sin embargo, la realidad es que en la práctica la mayor parte de los conflictos interpersonales se resuelven fuera del sistema penal, gracias a los acuerdos, negociaciones, mediaciones y decisiones privadas entre los interesados, tales como los conflictos intrafamiliares, lo acaecido en establecimientos de enseñanza, las empresas u otras asociaciones de interés privado<sup>904</sup>.

Tradicionalmente este modelo se presenta como un paradigma alternativo de justicia, en oposición al sistema tradicional de justicia retributiva, sin embargo, debe ser entendido como un sistema complementario de éste y en todo caso alternativo, siempre dentro del sistema penal de Administración de la Justicia, pues no se busca sustituir ni prescindir de nada, ni arrebatar ningún contenido o cometido, simplemente reafirmarlos, mejorarlos, perfeccionarlos<sup>905</sup>. Los modelos de justicia restaurativa han coexistido en épocas de justicia de transición, de manera que no habría motivos para desestimar la coexistencia de sistemas punitivos y reparadores<sup>906</sup>.

En la actualidad existen varios modelos de justicia restaurativa dentro del sistema del Derecho Anglosajón, y mucho menos referencias en los sistemas penales de corte latino. Como ejemplo puede mencionarse los Programas de Reconciliación Víctima-Ofensor en los Estados Unidos, Conferencias Familiares en Nueva Zelanda, Círculos de Paz en Canadá, el modelo de Alberta, también en Canadá, el modelo Zwelerhembra de círculos comunitarios en Sudáfrica, los *Family Group Conferences* en casos de justicia juvenil en Australia, las *Community Conferences* en el Reino Unido, todas ellas con elementos restaurativos comunes y con énfasis en incluir a la comunidad en la solución del conflicto<sup>907</sup>.

<sup>904</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 62.

<sup>905</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 74 y 150.

<sup>906</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 22.

<sup>907</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 31. En la actualidad existen modelos de justicia restaurativa en sociedades occidentales, tales como los denominados Community Sentencing Circles, los cuales construyen o refuerzan el sentimiento de comunidad y contribuyen a la prevención del delito. Las family group

En Irlanda del Norte también cuentan con sistemas de justicia restaurativa con base en la comunidad, que opera independientemente de la justicia estatal<sup>908</sup>.

	<b>Justicia Retributiva</b>	<b>Justicia Restaurativa</b>
Delito	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y social
Control	Sistema Penal	Comunidad
Protagonistas	Infractor y el Estado	Víctima y victimario
Procedimiento	Adversarial	Diálogo
Finalidad	Probar delitos, establecer culpas, aplicar castigos	Resolver conflictos, asumir responsabilidades, reparar el daño.
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

## 6.2 Modelos de negociación: Mediación y conciliación

Uno de los modelos más difundidos de justicia restaurativa es la mediación. La mediación es considerada el instrumento principal de la justicia restaurativa<sup>909</sup>, aunque no es el único<sup>910</sup>.

---

conferences de Nueva Zelanda se utilizan en casos de justicia juvenil. Ver CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*, En Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, páginas 129 a 134. Sobre el sistema de Alberta, Canadá ver El sistema de justicia comunitaria de Alberta, Canadá también posee elementos de justicia restaurativa. En Australia también existen family group conferences en justicia juvenil. Ver ZELLERER, EVELYN; CUNNEEN, CHRIS, *Restorative Justice, Indigenous Justice and Human Rights*, En Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, páginas 251 y 255. En el Reino Unido existe el mecanismo denominado Community Conferences, que tiene líneas similares con las conferencias restaurativas para víctimas y ofensores, con particular énfasis en incluir a la comunidad y proveer una respuesta a los problemas de la comunidad. Ver HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en Debating Restorative Justice, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 45.

<sup>908</sup> CUNNEN, CHRIS, *The Limitations of Restorative Justice*, en Debating Restorative Justice, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 182.

La mediación como vía de solución de una disputa, y con carácter general, es tan antigua como el ser humano<sup>911</sup>. En materia penal, algunos autores atribuyen el inicio de la mediación a la Iglesia Menonita en Ontario, Canadá, en los años 70's y se ha ido expandiendo por los países anglosajones<sup>912</sup>; mientras que otros la ubican en los procesos de reforma penal del derecho anglosajón<sup>913</sup> alrededor de 1990.

La mediación supone un cambio del paradigma tradicional “yo gano, tú pierdes” por el de “yo gano, tú ganas”<sup>914</sup>. Este modelo hace un verdadero intento por resolver conflictos, reconciliar sujetos y restablecer la paz social; proponiendo una forma de tratamiento del problema penal que abandona la primacía del protagonismo sancionador del Estado y contemple a los verdaderos protagonistas del mismo, un sistema que, en definitiva, tenga como prioridad los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado<sup>915</sup>.

La mediación enseña que es posible intervenir sobre el infractor y la víctima de manera positiva, y que la preocupación por el sufrimiento de la víctima no ha de solventarse en la aplicación de dolor al infractor<sup>916</sup>.

La mediación penal gira en torno al acercamiento y el acuerdo entre las partes y la reparación del daño a la víctima o la prestación de un trabajo o servicio a la comunidad<sup>917</sup>. Se acepta la realización de actividades reparadoras hacia la víctima,

<sup>909</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 346.

<sup>910</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 322.

<sup>911</sup> ÍDEM, página 57.

<sup>912</sup> QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 15.

<sup>913</sup> CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 129.

<sup>914</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 50.

<sup>915</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 29.

<sup>916</sup> SÁEZ VALCÁRCCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 19.

<sup>917</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 16.



compensaciones económicas o algún trabajo, servicio y rehabilitación acordado entre las partes<sup>918</sup>. La mediación pretende reducir al mínimo la violencia tanto interpersonal como la ejercida por la institución penal y penitenciaria<sup>919</sup>.

Como se ha mencionado, en atención a los sujetos, la derivación a mediación suele ser fructífera en los conflictos surgidos en el seno de relaciones que, previsiblemente perdurarán (relaciones familiares, vecinales, laborales, otras). En estos casos, el mero ejercicio del *ius puniendi* no suele solucionar nada desde la perspectiva de las partes, que lo que buscan es la reconstrucción del conflicto subyacente, que los hechos no se repitan y que la relación futura sea, en la medida de lo posible, más llevadera<sup>920</sup>.

El acuerdo final puede contener decisiones plurales, como la manifestación de arrepentimiento del autor, petición de perdón, reparación material del daño, las prestaciones personales de trabajos en beneficio de la víctima o la comunidad, la incorporación a tratamientos de deshabituación de drogas, terapias u otros programas de formación y el compromiso de cambio de actitud, entre otras<sup>921</sup>.

### 6.2.1 Definiciones

Ha sido frecuente la discusión doctrinal referente a la diferenciación entre mediación y conciliación. Algunos autores han llegado a considerar ambos términos como sinónimos. Tanto la conciliación como la mediación son métodos autocompositivos directos por medio de los cuales un tercero ajeno al conflicto, objetivo e imparcial trata de avenir a dos o más partes tratando de motivar una solución que emana de las propias partes<sup>922</sup>.

<sup>918</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 73.

<sup>919</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, *La mediación en el Derecho Penal de adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, Madrid, sin datos de publicación, página 2.

<sup>920</sup> DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 6.

<sup>921</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 15.

<sup>922</sup> RIVERA NEUTZE, ANTONIO GUILLERMO, *Amigable composición*, Arte, Color y Texto, Guatemala, 2001, página 14. Sobre el carácter de autocomposición de la mediación ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 50.



La conciliación puede considerarse una fase previa, necesaria en un proceso de negociación<sup>923</sup>. Otros autores consideran que la conciliación es más bien un resultado u objetivo de la mediación, en el que los mediados alcanzan un acuerdo plenamente satisfactorio y mutuamente aceptable para la regulación de la confrontación preexistente<sup>924</sup>. Finalmente, un tercer sector considera que la diferencia entre ambos consiste en el nivel de participación del tercero en la solución del conflicto, donde el mediador no impulsa las fórmulas de arreglo, sino que invita a las partes a encontrar por sí mismas un acuerdo, mientras que el conciliador desempeña un papel más activo, incluso proponiendo fórmulas concretas de arreglo<sup>925</sup>.

La mediación se define entonces como un sistema de solución de conflictos, escasamente formal, autocompositivo, privado, distinto del jurisdiccional, que se pone a disposición de los ciudadanos, para que éstos, conservando el control de la controversia, libre y voluntariamente, determinen la conveniencia de su utilización para conseguir un acuerdo no punitivo del conflicto<sup>926</sup>. Durante este procedimiento las partes mantienen una relación horizontal. La finalidad de la mediación es alcanzar una justicia restaurativa y equitativa, que sustituya la vindicativa a través de un acuerdo entre el ofensor y la víctima, con lo que se conseguirá restablecer la estabilidad jurídica quebrada con el delito<sup>927</sup>.

<sup>923</sup> INSTITUTO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN GUATEMALA-INTRAPAZ-, *Prácticas de mediación en Guatemala*, publicación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2004, páginas 14 y ss.

<sup>924</sup> La idea de conciliación como consecuencia del proceso de mediación penal implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepadas o posiciones de interés enfrentadas. Ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 245 y ss.

<sup>925</sup> RIVERA NEUTZE, ANTONIO GUILLERMO, *Amigable composición*, Arte, Color y Texto, Guatemala, 2001, página 13. El conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no. Ver DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 17.

<sup>926</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 53.

<sup>927</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, páginas 8 y ss. También CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 31. En el mismo sentido MARTÍN. En la mediación interviene un tercero que se interpone entre los contendientes procurando su reconciliación mediante su asistencia en la obtención de un acuerdo. MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La*

Para MARTÍN DIZ la mediación penal ha de ser un sistema de resolución de infracciones penalmente relevantes, complementario y previo a un proceso penal, a iniciativa personal y voluntaria de agresor y víctima que resuelven, con la asistencia de un tercero, las consecuencias de la actuación ilícita mediante un acuerdo mutuo por el cual el agresor se ofrece y se compromete a reparar satisfactoriamente los daños morales y materiales causados por la víctima sin que conlleve la imposición de pena alguna<sup>928</sup>.

Según la Recomendación R (99) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la mediación penal es *“cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito, con la ayuda de un tercero independiente”*<sup>929</sup>.

### 6.2.2 Tipos de mediación

Existen varios tipos de mediación según el nivel de autonomía de las partes, conservando el control del problema o cediéndolo a un tercero que les asista a solucionarlo<sup>930</sup>. En este sentido podemos diferenciar entre: mediación privada o pública, y entre mediación judicial o extrajudicial.

En primer lugar la mediación puede ser auxiliada por un profesional o una entidad u organismo público (mediación institucional), pero no debe ser atribuida al Poder Judicial ni su ejercicio debe corresponder a las funciones jurisdiccionales o no

---

*mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 50.

<sup>928</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 329. También LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>929</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 2.

<sup>930</sup> INSTITUTO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN GUATEMALA-INTRAPAZ-, *Prácticas de mediación en Guatemala*, publicación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2004, páginas 14 y ss.

jurisdiccionales de jueces, por la pérdida de la imparcialidad, que sería irreparable, razón por la que se afirma que la mediación ha de tener naturaleza extrajudicial<sup>931</sup>.

También se la clasifica según la forma en la cual se produzca, pudiendo recurrirse a ella de forma voluntaria y espontánea por las partes (mediación extraprocesal) u ordenada por la ley o por los órganos jurisdiccionales con carácter previo y obligatorio al proceso (mediación intraprocesal o intrajudicial)<sup>932</sup>, ya sea como un ejercicio discrecional de la policía, el fiscal o el juez<sup>933</sup>.

La mediación puede darse antes de iniciar un proceso penal (mediación preprocesal), cuando es la primera opción de las partes para someter su conflicto y en caso de ser fallida, no tienen más remedio que acudir al proceso judicial; puede darse una vez iniciado el proceso penal (mediación intraprocesal), supuesto en el cual éste se suspende para tratar de obtener una solución del conflicto en vía mediadora, quedando pendiente su continuación o no del resultado de la mediación pudiendo ser una forma de terminación anticipada del proceso (mediación intraprocesal)<sup>934</sup>.

## 6.2.3 Principios que rigen la mediación

### 6.2.3.1 Voluntariedad

La voluntariedad es un punto crucial y un cambio de los esquemas clásicos del sistema penal, donde parece que punición y consentimiento no son compaginables<sup>935</sup>. El principio de voluntariedad debe regir todo procedimiento de

<sup>931</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 63 y 65. El juez penal debe tener vedada la práctica de la mediación por la pérdida de la imparcialidad, que sería irreparable. IDEM, página 344.

<sup>932</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, página 48. También MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 63.

<sup>933</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 9.

<sup>934</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 66 y 309.

<sup>935</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 73.

mediación. Requiere que las partes lleguen a la mediación libremente, sin presión alguna, en pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad; y que logren un acuerdo de forma voluntaria, mismo que tendrá plena validez jurídica<sup>936</sup>.

Antes de empezar el procedimiento de mediación, se requiere que las partes estén perfectamente informadas de sus derechos, opciones, vías de solución y posibilidades. La voluntariedad supone una libertad de la que gozan los sujetos parte de la mediación a lo largo de la misma<sup>937</sup>, lo que implica que las partes debieran poder apartarse de la mediación en cualquier momento<sup>938</sup>, sin necesidad de justificar causas o motivos; y sin merma alguna de las garantías procesales<sup>939</sup>.

La información que debe aportarse a las partes debe permitir que tengan expectativas realistas de lo que va a ocurrir en la mediación y respecto al acuerdo que pueda lograrse, lo que permitirá además un mayor grado de satisfacción con el pacto<sup>940</sup>.

La víctima tiene derecho a que antes de participar en un procedimiento de justicia reparadora, se le ofrezca información exhaustiva e imparcial sobre el mismo, sus

<sup>936</sup> Artículo 12 inciso d) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

<sup>937</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 147. También RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 84.

<sup>938</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 48.

<sup>939</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 96.

<sup>940</sup> ZERNOVA refiere que en las *Family Group Conference* de Nueva Zelandia el 84% de los ofensores y el 85% de sus familiares se sienten satisfechos con los resultados. Sólo la mitad de las víctimas se sienten satisfechas, y de estas, la mitad se siente peor después de la conferencia. Esta insatisfacción se debe al proceso externo a la conferencia, por ejemplo, a deficiencias de los profesionales encargados en informar a la víctima lo que va a ocurrir en la conferencia y sobre el acuerdo de reparación. Sin embargo, dado que hay más satisfacción que en los procesos judiciales, un mayor grado de satisfacción puede significar un éxito relativo. Ver ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 12.

posibles resultados y los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo, para así poder acceder con un consentimiento libre e informado<sup>941</sup>.

Para la víctima, la voluntariedad se justifica en términos de prevenir la revictimización, evitando que se enfrente a ofensores que no son capaces de asumir la responsabilidad por sus actos<sup>942</sup>. Para el victimario, es una opción que nunca implica la eliminación de la vía jurisdiccional, pues el acceso a la jurisdicción, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, está siempre garantizado como derecho fundamental<sup>943</sup>.

Se cuestiona que la voluntariedad del imputado para participar en la mediación no es libre, pues existe la amenaza de la continuación del proceso<sup>944</sup>.

Se argumenta que el proceso penal, en sí mismo, implica necesariamente una limitación del principio de voluntariedad. Se critica que sólo puede hablarse de voluntariedad mientras el infractor no se crea descubierto; pero que desde que se sabe que es perseguido por la comisión de un delito, no puede hablarse ya de una decisión autónoma, pues se da la presión de un proceso penal; por lo que el infractor no se decide por la reparación por fines autónomos, sino porque de lo contrario, debe afrontar sanciones más graves; no es coerción con violencia, pero sí coerción con amenaza y su voluntad consiste sólo en la elección entre dos males, reparar el daño o decidir que el proceso continúe<sup>945</sup>.

<sup>941</sup> Artículo 12, incisos a) y b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

<sup>942</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 57. Los Estados están obligados a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada. Artículo 12.1 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

<sup>943</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 67.

<sup>944</sup> Podría estar en duda la voluntariedad de la reparación cuando la decisión es obtenida a través de la coacción de la iniciación o continuación de un proceso penal si no se realizan los actos reparatorios. GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 39

<sup>945</sup> Sus principales detractores, HIRSCH; SCHILD; y ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, páginas 77- 91. En Austria también existen críticas a la diversion respecto a uno de los supuestos legales de casos susceptibles de ser resueltos mediante este mecanismo comprende aquellos casos en los cuales no existe certeza. En estos casos, muchos acusados aceptan la responsabilidad y esto es tomado como una confesión, lo cual es considerado inaceptable por algunos autores. Ver LOSCHNING-GSPANGL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*,

Se dice que el agresor puede pensar que, caso de desaprovechar la oportunidad de resolver extrajudicialmente el conflicto, su conducta será valorada como obstinación y acabará perjudicándole, aunque la garantía de que esta actitud no operará en su contra está dada por el principio de confidencialidad, que se abordará con posterioridad. Sin embargo basta con una voluntad relativa, en el sentido de que el imputado puede optar entre acudir o no a la mediación<sup>946</sup>; y sobre todo, que acepte voluntariamente el comportamiento que se le exigirá luego de la mediación, procurando que se trate de un esfuerzo sincero para disminuir el daño<sup>947</sup>.

En aquellos sistemas jurídicos que imponen una mediación obligatoria, cuando por disposición legal se establece que esa es la vía para resolver ciertos conflictos, puede vulnerarse el principio de voluntariedad, pues el infractor se ve privado de ejercer la autonomía de su voluntad y se sentirá obligado a consentir en alguna de las propuestas que se planteen en el acto, aunque no la considere justa. Esto puede implicar que el infractor no asuma verdaderamente un compromiso sobre el contenido del acuerdo de reparación, ni que se logre una conversión en su fuero íntimo, por lo que el conflicto mediado puede volver a aparecer en cualquier momento. En España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que nadie está obligado a concluir en un acuerdo de mediación<sup>948</sup>.

Por otro lado, también se cuestiona la verdadera voluntariedad de la víctima, pues su negativa a participar de una mediación puede afectar negativamente su imagen como persona intransigente, poco sensible o intratable, lo que mejoraría indirectamente la posición del imputado, ya que el fiscal y el juez están interesados en que el conflicto pueda resolverse con una mediación<sup>949</sup>.

---

European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>946</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 48.

<sup>947</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 9.

<sup>948</sup> Artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España.

<sup>949</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 48.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España, establece el principio de voluntariedad y libre disposición de la mediación, y una vez pactada, le otorga preferencia frente a otras vías de solución, expresando taxativamente la no obligatoriedad de mantenerse en el procedimiento ni de concluir un acuerdo<sup>950</sup>.

Autores como MARTÍN DIZ consideran que por la trascendencia de todos los derechos y bienes jurídicos en juego, las partes debieran ser asistidas por un abogado<sup>951</sup>.

### 6.2.3.2 Igualdad

Para lograr compaginar la punición y el consentimiento se requiere la igualdad de las partes, que se produce cuando los contendientes se hallan en un plano de paridad, donde no hay predominio o superioridad de una parte sobre la otra, pues de lo contrario no podría lograrse el diálogo, ni una solución autocompositiva<sup>952</sup>.

Esta igualdad se logra con la participación de un mediador profesional e independiente que perciba y neutralice las desigualdades entre las partes que

<sup>950</sup> La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España. Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación un a concluir un acuerdo.

<sup>951</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 352. En el mismo sentido RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 97. También BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 16.

<sup>952</sup> MARTÍN DIZ es de la opinión que en casos de violencia de género la mediación no debe aplicarse por existir una clara situación de desigualdad, pues el agresor se encontrará en una posición de superioridad frente a la víctima por las consecuencias físicas y psíquicas de este tipo de delitos. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 69. La justicia restaurativa requiere un diálogo que presupone la igualdad entre las partes. Ver HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 74

deciden someterse a mediación<sup>953</sup>. La participación de mediadores profesionales permite mantener el equilibrio entre las partes, ayudando a generar un clima suficientemente aceptable para buscar una solución del conflicto considerada por ambos como la más aceptable, gracias al manejo de una serie de técnicas que ayudan al desenvolvimiento del proceso<sup>954</sup>, y pudiendo brindar el soporte necesario a víctimas que están en una posición estructural desventajosa<sup>955</sup>.

La supuesta inexistencia de una verdadera relación de paridad es una de las críticas más frecuentes que se le hace a este modelo, aunque quienes cuestionan la igualdad de posiciones entre la víctima y el victimario en la mediación seguramente nunca han estado en un interrogatorio fiscal ni observado la presión que puede estar inmersa en las técnicas de entrevista que se emplean.

Se alega que la mediación podría favorecer una desigualdad entre víctimas débiles y autores poderosos, crítica que desconoce que en la mayoría de los casos que se someten a la justicia cotidiana, los autores son personas que, una vez atrapadas en el sistema penal, carecen de poder<sup>956</sup>.

Se critica también que los criminales habituales, que cuenten con expertos consejeros legales, pueden resultar beneficiados en un procedimiento de negociación, mientras que los criminales marginales y con pocos recursos pueden ser tratados con dureza y ser inducidos a declararse culpables, aún cuando sean inocentes<sup>957</sup>.

---

<sup>953</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 43. También BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 16.

<sup>954</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 25 y 247. También RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 117 y ss.

<sup>955</sup> CUNNEN, CHRIS, *The Limitations of Restorative Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 151.

<sup>956</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 43.

<sup>957</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, página 96.



En estos procesos se aplica lo que BOBBIO denomina “la regla de la justicia”, según la cual, se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual. La regla de la justicia presupone que se han elegido previamente los criterios para establecer cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes y cuándo dos personas deben considerarse equiparables. Sólo después de que estos criterios hayan sido establecidos, interviene la regla de la justicia para indicar que se traten del mismo modo a aquellos que se encuentren en la misma situación<sup>958</sup>.

Es obvio que el infractor y la víctima tienen distintas necesidades e ingresan al procedimiento de mediación con distintas expectativas. Lo que debe garantizarse es que ambos tengan las mismas oportunidades para expresar sus posiciones, y que en caso en que uno de los partícipes tenga mayor poder (psicológico, económico, político, etario, otros), se procure equiparar a la parte más débil para lograr que tenga la oportunidad de negociar un acuerdo ventajoso sin dejarse intimidar o influenciar. En palabras de GIMÉNEZ-SALINAS, lo que se requiere es un sistema donde la solución del conflicto no vendría “decidida”, sino pactada<sup>959</sup>.

En los modelos restaurativos las partes se colocan en posiciones a un mismo plano y que son transformadas en intereses, que con ayuda de un tercero se restablecen los canales de comunicación y se genera un espacio donde las partes en conflicto se responsabilizan de sus problemas<sup>960</sup>.

Lo que se requiere realmente es la predisposición de las partes a ceder a cambio de recibir como elemento clave en la solución del conflicto. No exige que el acuerdo alcanzado sea equitativo, pues éste puede ser más beneficioso para una de las partes si ambas lo han consentido libremente<sup>961</sup>.

<sup>958</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Argentina, 1993, páginas 64 y 65.

<sup>959</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 101.

<sup>960</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 147.

<sup>961</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, página 49. En el mismo sentido MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 70.

Por ejemplo, en el “Programa Piloto de Mediación - Reparación de la Comunidad de La Rioja”, para salvaguardar la neutralidad, pues *ab initio* podía parecer para el victimario que el servicio se prestaba a favor de la víctima, se diferenció a los profesionales que trabajaban directamente con las víctimas y los que se dedicaban al acto de mediación, para lograr un plano de igualdad, pues el mediador conoce los datos básicos pero prescinde de las versiones previas de las partes<sup>962</sup>.

En España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece el principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, garantizando que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas<sup>963</sup>.

Las complicaciones para situar a las partes en un plano de igualdad real, es el principal factor de oposición a la mediación en casos de violencia de género. La violencia en esta clase de delitos se caracteriza por ser cíclica y de intensidad creciente. Usualmente, la mujer asume una actitud de sometimiento para evitar provocar a su agresor, sumado a otras barreras que la sitúan en una posición de desventaja, tales como el vínculo afectivo, la dependencia económica, el miedo, la culpa y las propias creencias religiosas. En este tipo de delitos parece imposible alcanzar el equilibrio entre víctima y agresor<sup>964</sup>, pues se estima que el agresor ostenta una posición de dominación sobre la víctima que viciaría cualquier tipo de acuerdo, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima, pues la asimetría de poder impediría la construcción de un espacio de libertad para la mediación<sup>965</sup>.

---

<sup>962</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 337.

<sup>963</sup> Artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España.

<sup>964</sup> GARCÍA TORRES, MARÍA LUISA, *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, julio 2010, Editorial La Ley, España, 2010, páginas 11, 12 y 19. Los casos de violencia doméstica y de género se caracterizan por un largo desequilibrio de poder entre las partes. Ver DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto*, publicado en *Diario La Ley*, No. 7701, Sección Doctrina, 23 de septiembre 2011, Editorial La Ley, España, 2011 página 9.

<sup>965</sup> GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL, *La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género*, publicado en *Diario La Ley*, No. 7711, Sección Doctrina, 7 de octubre 2011, Editorial La Ley, España, 2011, páginas 7 y 8.

No obstante el reconocimiento unánime del desequilibrio que se da en los casos de violencia doméstica y de género, algunos autores consideran que la mediación puede ser un instrumento válido para rebajar las tensiones producidas y prevenir la reiteración de hechos violentos similares. DOMINGO DE LA FUENTE considera que, por medio de técnicas y prácticas restaurativas puede proveerse a la víctima de un ambiente seguro, rodeada de personas de su confianza y otras personas que provean a la víctima de una tranquilidad y fortaleza para hacer frente al infractor<sup>966</sup>.

No puede obviarse que en las relaciones de pareja puede sobrevenir una reconciliación, o que aunque esto no ocurra, las partes probablemente necesiten restaurar y mantener un vínculo respecto a las relaciones con los hijos comunes<sup>967</sup>. Tampoco puede dejarse de lado que quienes se involucran en este tipo de violencia, ya sea la víctima o el infractor, padecen un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos cuantitativos e incluso pecuniarios, por lo que resulta preciso afrontarlo desde una perspectiva multidisciplinar, acudiendo a la mediación penal<sup>968</sup>.

### 6.2.3.3 Confidencialidad

La confidencialidad más que un principio es la garantía básica de éxito de una mediación. Implica que nada de lo de allí tratado deberá ser puesto en conocimiento del juez o tribunal o del fiscal, se alcance o no el acuerdo. Sin esta premisa será imposible que la mediación se desarrolle libremente<sup>969</sup>.

La confidencialidad implica la inviabilidad de llevar al proceso penal o de otra naturaleza los reconocimientos plasmados en el proceso de mediación,

---

<sup>966</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto*, Op. Cit., página 3.

<sup>967</sup> GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL, *La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género*, Op. Cit., página 11.

<sup>968</sup> ÍDEM, página 9.

<sup>969</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 49.

salvaguardando así el principio de presunción de inocencia<sup>970</sup>. Todo lo que sucede desde que se deriva el expediente a la mediación hasta que termina el procedimiento es confidencial, salvo el acta de reparación en el que se plasman los acuerdos suscritos, con el fin de homologarla en sus efectos jurídicos<sup>971</sup>.

La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento, impidiendo que puedan declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial posterior<sup>972</sup>.

Sobre este punto existe ya un consenso internacional. Los procesos de justicia reparadora son confidenciales<sup>973</sup>. La recomendación No R (99) del Comité de Ministros de Europa en su punto decimocuarto establece que la participación en la mediación no debe utilizarse como prueba de admisión de culpabilidad en procesos penales posteriores.

De otra manera, se podría vulnerar el derecho a no declarar en contra de sí mismo y no colaborar a su condena, que tratan de garantizar los institutos de la no incriminación y el derecho al silencio, por lo que la participación en la mediación no

<sup>970</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 343. La presunción de inocencia debe respetarse no sólo como versión de regla de tratamiento del imputado, sino también como regla de juicio, es decir, sobre cómo adquirir el convencimiento suficiente para afirmar la hipótesis acusatoria, siendo esta una de las razones por las que MARTÍN argumenta que debe preferirse un modelo de mediación exclusivamente prejudicial. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Op. Cit., páginas 343 a 353. En el mismo sentido MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Op. Cit., página 49.

<sup>971</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 84,

<sup>972</sup> El artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España establece el principio de confidencialidad dentro del procedimiento de mediación. Contempla como excepciones los siguientes casos: a. Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen a los intervinientes del deber de confidencialidad. b. Cuando mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. El mismo artículo establece que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

<sup>973</sup> Artículo 12, inciso e) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

debe ser utilizada como una admisión siquiera indirecta de la autoría del hecho o de la culpabilidad<sup>974</sup>.

Al respecto es criticable la excepción al deber de confidencialidad establecida en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España, que establece que la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación sólo pueda ser requerida mediante resolución judicial motivada, a solicitud de los jueces del orden jurisdiccional penal. Este instrumento jurídico no es el único que contempla excepciones al principio de confidencialidad<sup>975</sup>.

En la mediación, el principio de confidencialidad priva sobre el principio de publicidad del proceso penal ordinario. El proceso de mediación llevado a cabo por el mediador con las partes no puede ser público, sino que ha de rodearse de un clima de privacidad que permita el diálogo, la sinceridad y la obtención de los acuerdos resultantes<sup>976</sup>.

La inclusión de información proporcionada durante un procedimiento de mediación en un proceso penal posterior puede ser violatoria de la garantía de presunción de inocencia, pues cuando el infractor aceptó entrar en la negociación lo hizo con el objeto tratar restaurar el diálogo entre con la víctima y tratar de encontrar medidas de reparación satisfactorias para ambos. La negociación no tenía por objeto entrar a juzgar la culpabilidad del infractor, ni podría tener como consecuencia un pronunciamiento sobre la misma, por lo que la persona afectada podría válidamente hacer uso de todos los recursos legales permitidos por el ordenamiento jurídico respecto a las reglas de la prueba, para excluir del proceso penal la información proporcionada en el procedimiento de mediación.

<sup>974</sup> SÁEZ VALCÁRCCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 13. También BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 16.

<sup>975</sup> La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, también establece la excepción del acuerdo de las partes o la exigencia del Derecho nacional por razones de interés público superior. Ver artículo 12 inciso e) del citado instrumento.

<sup>976</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 8.

#### 6.2.3.4 Responsabilidad o Buena Fe

El pacto de mediación implica que el imputado acepte su responsabilidad y confronte las consecuencias de la comisión del delito<sup>977</sup>. Debe reconocer los elementos fácticos básicos del hecho<sup>978</sup> y debe participar en los mecanismos de corrección de las consecuencias que causó<sup>979</sup>.

Para este modelo se presupone que el ofensor puede asumir la responsabilidad por su ofensa<sup>980</sup>, es decir, se parte de la presunción de la existencia del sujeto responsable.

La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor al castigo, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta sólo un argumento más a favor de la no realización del delito<sup>981</sup>.

Este modelo promueve dejar de concebir al infractor como adversario, admitir la humanidad del otro<sup>982</sup>. El precio inicial que ha de pagar el infractor consiste en el reconocimiento de la existencia del hecho dañoso y de su implicación en el mismo, aunque no se entre a discutir su culpabilidad<sup>983</sup>.

<sup>977</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página. Ver también MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 50.

<sup>978</sup> Artículo 12 inciso c) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012

<sup>979</sup> HEREDIA PUENTE, MERCEDES, *Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*, publicado en Diario La Ley, No. 7257, Sección Doctrina, 1 de octubre 2009, Editorial La Ley, España, 2009, página 1.

<sup>980</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en Debating Restorative Justice, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 44. ZERNOVA también hace referencia al énfasis en responsabilizar a los adolescentes infractores de sus actos. Ver ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 30.

<sup>981</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 98.

<sup>982</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 31.

<sup>983</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 48.

Este reconocimiento podría despertar suspicacias respecto a una posible contradicción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque en un procedimiento de mediación no se entra a valorar la culpabilidad del autor, ni las medidas de reparación que se imponen tienen la naturaleza de sanción jurídica, por lo que el reconocimiento del hecho y la aceptación de responsabilidad en el mismo, no viola el principio de presunción de inocencia en cuanto no hay un pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad<sup>984</sup>

La expiación de la culpa no es una exigencia, pero si es requerido un cambio de actitud del autor para poder cumplir con el fin preventivo especial resocializador<sup>985</sup>. Un derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un derecho penal de la resocialización, pues un acto reparador implica no solamente la reparación a la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización<sup>986</sup>.

En cierto tipo de infracciones ha de reconocerse que el acercamiento agresor-víctima, la comprensión por ambas partes, para una de los motivos de la infracción y para la otra el hacerle ver las consecuencias del acto y asumir su responsabilidad puede ser más beneficioso y justo que un proceso penal. Pactar, planear y desarrollar las compensaciones personales y materiales que reparen la agresión puede ser cuantitativa y cualitativamente más ventajoso que el reproche penal en forma de condena judicial<sup>987</sup>. La confrontación entre el ofensor y la víctima en una mediación puede ser más efectiva porque sensibiliza al ofensor sobre lo que ha vivido la víctima<sup>988</sup>.

<sup>984</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147, páginas 37 y 44.

<sup>985</sup> ÍDEM, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153, página 10.

<sup>986</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 94.

<sup>987</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 324.

<sup>988</sup> FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 105.

La confrontación con los hechos y asunción de responsabilidad convierte al infractor en un agente activo y comprometido en sus obligaciones con la víctima y la comunidad, le permite reconocer el valor intrínseco de la persona y su capacidad para rectificar su propia conducta, siendo una forma de adhesión a las normas sociales y valores de convivencia<sup>989</sup>.

### 6.3 Ventajas

Los procedimientos de justicia negociada tienen muchas ventajas frente a los procesos de justicia formal, tales como el mantenimiento de las relaciones entre las partes, menor victimización secundaria, bajo índice de reincidencia, celeridad y economía procesal.

Una de sus virtudes frente a otras posibilidades de solución del conflicto es la salvaguarda y mantenimiento de la relación entre las personas en conflicto<sup>990</sup>. La mediación, al no ser adversarial, propicia un clima de entendimiento entre las partes involucradas, logrando restaurar el diálogo y la convivencia, favoreciendo con ello a la sociedad.

Otro beneficio que puede observarse de las experiencias acumuladas, es que resulta muy bajo el porcentaje de sujetos que habiendo participado en una instancia de mediación, vuelven a cometer similares ilícitos<sup>991</sup>. La experiencia de Gales, Inglaterra, puede demostrar la eficacia de la justicia restaurativa en términos de reducir la reincidencia<sup>992</sup>. Además de cumplir funciones preventivo generales, pues con la solución del conflicto permite la reafirmación de la norma quebrantada y

<sup>989</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 8.

<sup>990</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 50.

<sup>991</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 40. Sobre el menor grado de reincidencia ver también MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 323.

<sup>992</sup> HOYLE se basa en las experiencias de un estudio piloto realizado en Gales, Inglaterra para sustentar su afirmación. Ver HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 73.



funciones preventivo especiales en el delincuente, gracias al reconocimiento de la infracción a la norma, con mayores posibilidades de reinsertarse en la comunidad<sup>993</sup>.

Otra de las ventajas de los sistemas de justicia negociada es la incuestionable celeridad del pacto<sup>994</sup>; la racionalización de recursos estatales y satisfacción rápida a la víctima, particularmente en aquellos casos en los que la responsabilidad civil no se sustancia conjunta y simultáneamente con la penal.

Desde la perspectiva de política criminal y con criterio financiero, la mediación puede contribuir a la descompresión del sistema judicial y en el ahorro del tiempo y de los costos utilizados en comparación con el proceso tradicional<sup>995</sup>.

Además de la reducción de costos para el Estado respecto a gastos asociados con la Administración de la Justicia y la ejecución penitenciaria, la mediación tiene un menor costo económico para los involucrados, y en el caso de los infractores, la medida de reparación acordada no necesariamente debe consistir en una indemnización económica. En cualquier caso, el proceso de negociación le permite al infractor ofrecer un cumplimiento en la medida de sus propios medios, de forma

<sup>993</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Op. Cit., página 62.

<sup>994</sup> El fin perseguido por medio del sistema de negociación es acelerar el pacto. LUDENÑA cita que en Italia se adoptó este sistema después de numerosas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de la duración razonable del proceso. LUDENÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 89. Diversos estudios coinciden en señalar la celeridad de la mediación frente al proceso penal. El tiempo que supone en promedio un proceso de mediación es de 29 días. En Portugal la duración media no excede de los dos meses. Estos datos se aportan según estudio elaborado por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España sobre las experiencias de la justicia restaurativa y la medición penal entre los años 2005 y 2008. Citado por MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 372 y 381. GIMÉNEZ-SALINAS indica que el promedio de tiempo invertido en España es de dos meses y medio, en Noruega de veinticuatro días, en Francia seis meses, en Austria tres meses, en Alemania de cuatro a seis semanas para los adultos y algo más para los jóvenes. Ver GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 103.

<sup>995</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 41. En determinados problemas de índole contenciosa, la mediación puede aportar una operatividad y eficacia que supere los parámetros que en este sentido pueda proporcionar el proceso judicial. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 62. También DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 9.

más beneficiosa que si fuera demandado civilmente por los daños y perjuicios causados, donde se valoran los daños y no las posibilidades de cumplimiento.

Otra ventaja indiscutible es que la mediación implica para las víctimas una menor victimización secundaria que enfrentarse a un proceso penal común. Las personas que realizan el acto de mediación tienen una preparación que las habilita para tener una intervención reparadora para con las víctimas, generando empatía, confianza y comprensión. La mediación es un proceso de transferencias, en el cual la víctima no sólo expresa su dolor, sino que también puede llegar a ser capaz de comprender los motivos del acto delictivo<sup>996</sup>.

Al respecto, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, establece que los servicios de justicia reparadora requieren garantías para evitar la victimización secundaria, intimidación y represalias. El riesgo de victimización secundaria debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades y limitando el número de interacciones innecesarias. Dicho riesgo debe determinarse mediante evaluaciones individuales a las víctimas, a fin de establecer si están expuestas a algún riesgo de victimización secundaria o reiterada; y decidir qué medidas especiales de protección necesitan<sup>997</sup>.

Finalmente debe resaltarse el alto porcentaje de cumplimiento de los acuerdos de reparación. DOMINGO DE LA FUENTE afirma que el nivel de cumplimiento de los acuerdos es más alto que el de un proceso ordinario, cualquiera que éste fuere. Esto se debe al hecho de que son las propias partes las que fijan, de forma totalmente voluntaria, los compromisos a futuro, no siéndoles impuestos por una persona externa a ellos<sup>998</sup>.

<sup>996</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 22.

<sup>997</sup> Ver consideraciones 46, 53, 55 y 61 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

<sup>998</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista *Lex Nova*, Número 23/2008, España, 2008, página 16.

Por ejemplo, la experiencia piloto de mediación del Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid y los Juzgados de Instrucción No. 32 y 47 de Madrid, reportan que en el 60.57% de los casos que conocen se logra el acuerdo de reparación<sup>999</sup>.

#### 6.4 Formalidades (Homologación)

Diversos autores coinciden en señalar la indispensable necesidad de validar la mediación para que surta plenos efectos. Los acuerdos alcanzados por las partes deben poder adquirir carácter de título de ejecución mediante un sistema de homologación por autoridad competente, o por medio de Escritura Pública<sup>1000</sup>, salvo los ordenamientos donde el legislador opte por conferir al acuerdo autoridad de cosa juzgada<sup>1001</sup>.

La homologación judicial brinda seguridad jurídica; cumple con el principio de publicidad y reconoce el acuerdo entre el infractor y la víctima, por lo que el acuerdo de reparación debe tener naturaleza jurídica de resolución judicial, sin que pueda otorgársele la condición de cosa juzgada hasta tanto no se haya cumplido y en caso de incumplimiento, el procedimiento penal debería continuar allí donde fue interrumpido cuando se produjo la suspensión<sup>1002</sup>.

Una vez cumplido el acuerdo de reparación, sus efectos deben ser de cosa juzgada aún y cuando sea alcanzado dentro de un procedimiento de mediación preprocesal y extrajudicial, por motivos de certeza jurídica, fidelidad a los valores protegidos por las normas y porque es válido para la comunidad donde surtirá sus efectos. No

---

<sup>999</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, *La mediación en el Derecho Penal de adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, Madrid, sin datos de publicación, página 4.

<sup>1000</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, página 49. En el mismo sentido MARTÍN DIZ, quien agrega que deben considerarse mecanismos que eviten el fraude de ley en casos de que la parte obligada sea extranjera y acepte la mediación pensando en sacar ventaja de la posibilidad de que extraterritorialmente no existan mecanismos legales que puedan suponer la ejecución forzosa del acuerdo de mediación. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 360 y ss. Ver también el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

<sup>1001</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 360.

<sup>1002</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 53 y ss.

debe perderse de vista que para que se restaure la armonía comunitaria, un conflicto debe resolverse considerando las particularidades de esa comunidad<sup>1003</sup>. La convivencia pacífica se logra cuando existe un consenso social respecto a los valores aceptados<sup>1004</sup>

Para el infractor, la protección debe extenderse hasta impedir que pueda ser procesado dentro de un procedimiento judicial por los mismos hechos sobre los que ya existe un acuerdo de reparación alcanzado dentro de un procedimiento de mediación, garantizando así el *non bis in idem*.

Sobre este punto existen numerosas experiencias en Guatemala, Bolivia, Colombia y Ecuador<sup>1005</sup>, donde aplicando mecanismos restaurativos propios del derecho indígena, los acuerdos alcanzados son trasladados al derecho oficial para ser homologado a una resolución judicial y tener plena validez jurídica, con todos sus efectos legales. La justicia de los pueblos indígenas se basa en la reparación y al reparar los hechos se satisfacen las expectativas de las sociedades indígenas<sup>1006</sup>. Este punto se aborda ampliamente en el apartado relativo a los mecanismos restaurativos del derecho indígena.

<sup>1003</sup> Este planteamiento no es nuevo en el derecho penal. Ya en 1984 HULSMAN proponía como alternativas mecanismos de conciliación a las *community boards*, que consistía en una comisión integrada por personas cercanas o parecidas a aquellas implicadas en el conflicto, para que se identifiquen mutuamente y ayudar a las personas a reconocer ellas mismas la naturaleza de su conflicto, a escucharse, a llegar a la comprensión de la situación vivida por el otro y a decidir que quieren hacer con su conflicto. HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 123.

<sup>1004</sup> BERGALLI desarrolla la teoría del control social del consenso. Ver BERGALLI, ROBERTO, *Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 40.

<sup>1005</sup> Un ejemplo de esta homologación de acuerdos extrajudiciales se da en Guatemala, mediante los Juzgados de Paz Comunitarios. Aplican métodos de mediación y adoptan sus resoluciones previa deliberación, por mayoría, tomando como base los usos y costumbres de la comunidad, siempre que no se vulnere la ley ordinaria. Guardan una lógica de asimilación con el sistema de justicia formal y se limitan a aplicar usos y costumbres pero de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal. Una vez resueltos los conflictos, el acuerdo alcanzado es trasladado a un juez del derecho oficial para que lo homologuen a una sentencia judicial y tenga validez jurídica. Otro ejemplo es la Conciliación en Equidad de Colombia, creada en aras del reconocimiento del pluralismo jurídico para que las comunidades, de acuerdo a sus propias dinámicas culturales, resuelvan sus controversias de manera pacífica. Ver MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 185.

<sup>1006</sup> La Defensoría y Procuraduría del Pueblo Maya en Guatemala se ha manifestado de la siguiente manera: “Sin aplicar la justicia de reparación se descontenta a la gente. Hay que luchar para aplicar el sistema de derecho indígena”. Nota de prensa publicada en Prensa Libre, Guatemala, edición del 15 de diciembre del 2009.

## 6.5 Procedencia

No todas las causas pueden ser trabajadas desde la perspectiva de la mediación, pero lo cierto es que un gran número de ellas, y que en su mayoría desde el inicio ya están destinadas al archivo o desestimación, posee las características ideales para un tratamiento complementario y distinto al que confiere su remisión al proceso judicial<sup>1007</sup>.

La mediación suele tener como límite material la gravedad de la infracción<sup>1008</sup> o bien depender de una decisión por la autoridad competente<sup>1009</sup>. HASSEMER se refiere a la renuncia a la intervención penal en casos de criminalidad leve y de mediana gravedad, en el marco de lo que llama la “*nonintervention*”. Es indudable que, donde con base en la faceta preventivo individual, puede sustituirse la pena privativa de libertad, debe buscarse la no intervención, lo que se deduce ya del principio de proporcionalidad y se apoya además en el dato de que un tratamiento puede tener más éxito y servir de ayuda más flexible, porque se puede adaptar a los aspectos específicos que plantea el caso concreto<sup>1010</sup>.

La mediación es perfectamente asumible para determinadas infracciones, ubicada dentro de un sistema público institucional independiente y autónomo del Poder Judicial, como complemento a la solución jurisdiccional de determinados delitos o faltas. En cierto tipo de infracciones ha de reconocerse que, el acercamiento agresor-víctima, la comprensión por ambas partes, para una de los motivos de la infracción y para la otra el hacerle ver las consecuencias del acto y asumir su responsabilidad, puede ser más beneficioso y justo que un proceso penal<sup>1011</sup>.

<sup>1007</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 37.

<sup>1008</sup> En España, la ley plantea dos límites materiales para la mediación: la gravedad de la infracción, que limita a faltas y delitos menores de tres años de pena privativa de libertad; y la violencia, excluyendo infracciones en las que ha habido violencia, no forzosamente sobre las personas (por ejemplo vandalismo). QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 15.

<sup>1009</sup> En Francia es el Ministerio Fiscal quien decide qué asuntos son susceptibles de mediación y cuáles no. VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 4.

<sup>1010</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, páginas 376 y 377.

<sup>1011</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 324.

La mayoría de supuestos de procedencia de la mediación giran en torno al principio de oportunidad, como respuesta a la criminalidad de bagatela, los cuales causan una alarma social cada vez menor, pero que suponen una sobrecarga generalizada a los tribunales, para los cuales se busca una vía de agilización de la administración de la justicia<sup>1012</sup>, sin que en ningún caso podamos entender que se trata con ello de llevar a cabo una externalización o “privatización” de la justicia.

## 6.6 Experiencias

Existen experiencias de mediación en aquellos países cuyo ordenamiento jurídico reconoce el principio de oportunidad y de intervención mínima. Las salidas negociadas ganan terreno desde el ámbito normativo supranacional. La Unión Europea, mediante su Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, obligó a adaptar la normativa comunitaria hacia la búsqueda de soluciones negociadas<sup>1013</sup>. Sobre este punto, España no llegó a aplicar tal decisión, lo que ahora se hace inaceptable al tenor de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 que obliga a los Estados a adoptar medidas contra la victimización secundaria o reiterada y a facilitar la derivación de casos a servicios de justicia reparadora<sup>1014</sup>.

En el seno del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se desarrolló una Declaración de Principios Básicos para el uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, Resolución 2002/12 aprobada el 24 de julio de 2002, derivado del significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restaurativa alrededor del mundo, en la que se establece que los programas de justicia restaurativa pueden utilizarse en cualquier etapa del proceso penal, siempre que existan elementos suficientes para inculpar al infractor, siempre que existe un

---

<sup>1012</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, página 51.

<sup>1013</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 305.

<sup>1014</sup> Artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012. Anteriormente el Comité de Ministros del Consejo de Europa había formulado la Recomendación (99) de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal. BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 5.

consentimiento libre u voluntario para participar en el proceso y para llegar a acuerdos de reparación, los cuales deben contener obligaciones razonables y proporcionadas. La Declaración remite a la legislación nacional de cada Estado el desarrollo normativo<sup>1015</sup>.

### 6.6.1 Experiencias en el Derecho Anglosajón

Los primeros Estados que han implantado sistemas legales de justicia reparadora son aquellos de tradición jurídica anglosajona e influencia del *Common Law*, debido fundamentalmente a que en ellos rige con menor rigor el principio de legalidad y existe mayor autonomía del principio de oportunidad<sup>1016</sup>.

En Canadá se desarrolló un modelo de justicia restaurativa llamado *Sentencing Circles*, consistente en un procedimiento para desarrollar consenso entre miembros de una comunidad sobre un plan de sentencia que satisfaga las inquietudes de todas las partes interesadas, que hoy se utiliza en toda Norte América<sup>1017</sup>. El modelo es propio de las comunidades indígenas y ha sido reconfigurado en el sistema judicial como un mecanismo en el cual se invita a los familiares y amigos del delincuente a encontrar la solución que la comunidad necesita y que procure la rehabilitación del infractor. Este modelo se deriva de prácticas indígenas norteamericanas basadas en la mediación y la búsqueda de una solución consensuada. Los círculos involucran a las víctimas, los ofensores, sus familias y amigos y los miembros de la comunidad interesados, así como funcionarios del sistema de justicia<sup>1018</sup>.

---

<sup>1015</sup> Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, E/cn.15/2002/12, del 24 de Julio de 2002.

<sup>1016</sup> BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Número 29, Castilla y León, enero 2013, página 6.

<sup>1017</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 11. Ver también DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 11.

<sup>1018</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 16. También MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 284.

La primera Corte que ordenó una sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario, Canadá, en el año de 1974. El éxito de este caso permitió en establecimiento del primer programa de justicia restaurativa en el lugar<sup>1019</sup>.

En la justicia juvenil de Nueva Zelanda se cuenta con un espacio llamado *Family Group Conference*, a partir de las prácticas *whanau conference* de la comunidad Maori. Consiste en un procedimiento donde las partes interesadas se reúnen para decidir cómo dirigir las consecuencias del crimen<sup>1020</sup>.

Estas prácticas son utilizadas para la criminalidad juvenil, de forma que sólo las ofensas más graves se judicializan. Al inicio del proceso se describe la ofensa y se invita al ofensor a admitir o negar su participación. Si la participación es admitida, se procede a que la víctima describa el impacto que para ella tuvo el crimen. Las víctimas tienen la oportunidad de describir su experiencia, expresar sus emociones e interpelar directamente al ofensor. Las personas que acompañan a la víctima en la conferencia también pueden describir como les afectó el hecho y realizar preguntas. La familia y amigos del ofensor también pueden hablar. Todos los participantes discuten sobre los daños causados y sobre cómo pueden ser reparados. Luego la familia del ofensor prepara un plan sobre lo que tiene que hacerse para corregir las cosas y cómo prevenir futuras ofensas, tomando también en cuenta el punto de vista de las víctimas. Las soluciones más comunes son las disculpas a la víctima y el trabajo a favor de la comunidad. El acuerdo es trasladado a sede judicial y en algunos casos, la corte puede imponer sanciones adicionales<sup>1021</sup>.

En el Reino Unido también opera un programa similar en Thames Valley, dirigido a delincuentes primarios y algunos que delinquen por segunda vez, adultos o jóvenes,

---

<sup>1019</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 5.

<sup>1020</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 11. También DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008, página 10.

<sup>1021</sup> En las Family Group Conference de Nueva Zelanda participan el ofensor, sus familiares, amigos, la víctima o su representante, un defensor juvenil, un oficial de policía y un trabajador social, proceso facilitado por un coordinador de justicia juvenil. Ver ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, páginas 10 a 12.



siempre que se ajusten a determinados requisitos, tales como que exista suficiente evidencia de culpa como para tener una convicción realista, que el infractor admita la ofensa y que la víctima dé su consentimiento<sup>1022</sup>. En East Kent, Inglaterra, funciona un servicio de mediación que atiende problemas comunitarios, vecinales y familiares, así como mediación penal con jóvenes, adultos y personas privadas de libertad<sup>1023</sup>.

Vermont cuenta con los *Community Reparative Boards*, en los cuales los miembros de la sociedad se involucran en el proceso de justicia a nivel local. Estos espacios son una opción para casos de pequeña criminalidad que de ingresar al sistema formal recibirían una *probation* o una pena corta de prisión. Este sistema tiene como solución actividades tales como petición de disculpas, servicio comunitario y similares. El cumplimiento de los acuerdos es revisado en a la mitad de su ejecución y en caso de incumplimiento, los casos son remitidos al sistema formal<sup>1024</sup>.

En Sudáfrica, a partir de 1997, se implementa una iniciativa en Zwelethemba, consistente en desarrollar un sistema de resolución de conflictos basado en comités de paz. Este es un mecanismo que busca la construcción y consolidación de la paz. En Irlanda del Norte también se han establecido varias iniciativas de justicia restaurativa de base comunitaria<sup>1025</sup>.

### 6.6.2 Experiencias en el Derecho Continental

En España ha habido desarrollo de la mediación en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal y se han desarrollado también algunos proyectos de mediación, como el de Valencia del año 1993, el de la Oficina de Atención a la Víctima del Gobierno del País Vasco de 1998 o el Proyecto Piloto de Mediación

<sup>1022</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 14.

<sup>1023</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Conclusiones del Seminario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*, Lovaina, 2009, sin datos de publicación, página 16.

<sup>1024</sup> ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007, página 20.

<sup>1025</sup> ÍDEM, páginas 21 y 23.

Penal con adultos de la Comunidad Autónoma de La Rioja, del año 2001<sup>1026</sup>. También funciona desde enero del 2006 un plan piloto de mediación en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid y Juzgado de Instrucción No. 32 y 47 de Madrid<sup>1027</sup>; la cual cuenta con un Protocolo de Mediación Penal aprobado en el año 2010 por el Consejo General del Poder Judicial<sup>1028</sup>. En Burgos se cuenta con el Servicio de Mediación Penal de Castilla y León<sup>1029</sup>.

En Francia la mediación penal se introdujo<sup>1030</sup> en 1993 como una posible actividad previa al proceso judicial en casos de pequeña delincuencia; y se manifiesta en dos modalidades: una para los conflictos no judicializados (mediación social) y otro para aquellos supuestos en los que la controversia hubiera dado lugar a la incoación de un proceso penal (mediación penal). El fiscal tiene la posibilidad, con carácter previo a su decisión sobre el ejercicio de acciones penales, y siempre que exista acuerdo entre las partes, a remitir el caso a mediación si entiende que tal medida permitirá garantizar la reparación de la víctima, rehabilitar al victimario y ponerle fin al conflicto<sup>1031</sup>.

En Alemania la mediación fue introducida en 1994 y no implica la renuncia al proceso penal, debido a la oposición de un sector de la doctrina alemana que considera de vital importancia el mantenimiento de determinadas garantías en el sistema de justicia<sup>1032</sup>.

<sup>1026</sup> En La Rioja, el proceso de mediación tiene varias fases, tales como la preentrevista con las partes y el proceso en sí mismo, que pasa por la contención de la crisis, la búsqueda de información, el cambio de narrativa y generación de alternativas, la negociación y finalmente el acuerdo. GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 329 y ss.

<sup>1027</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, *La mediación en el Derecho Penal de adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, Madrid, sin datos de publicación, página 3. Sobre la experiencia del plan piloto de mediación de Madrid ver también SÁEZ, CONCHA, *Desarrollo de la experiencia en la Secretaría del Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, sin datos de publicación, páginas 3 y ss.

<sup>1028</sup> [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediación/Que\\_es\\_la\\_mediacion/Protocolos/Mediacion\\_Penal\\_Protocolo\\_de\\_Mediación\\_Penal\\_Pleno\\_del\\_CGPJ\\_de\\_28\\_de\\_enero\\_de\\_2010](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediación/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Mediacion_Penal_Protocolo_de_Mediación_Penal_Pleno_del_CGPJ_de_28_de_enero_de_2010), consultado el 11 de julio de 2013.

<sup>1029</sup> Ver DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Conclusiones del Seminario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*, Lovaina, 2009, sin datos de publicación, página 17.

<sup>1030</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, páginas 4 y 13.

<sup>1031</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 319 y 381.

<sup>1032</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 3.

En el caso de Portugal se instaura un sistema de mediación penal para la solución de conflictos relacionados con la pequeña criminalidad y que permite que víctima y agresor, auxiliados de un tercero imparcial, puedan alcanzar un acuerdo que repare los daños, evitando o poniendo fin al proceso penal sin necesidad de juicio. Queda bajo control de la fiscalía, la cual dispone de la facultad legal de remitir a las partes a la mediación en cualquier momento de la fase de investigación del delito si a su criterio este modelo puede responder adecuadamente a las exigencias de prevención<sup>1033</sup>.

En el Reino de los Países Bajos se presta el servicio de justicia restaurativa por medio de conferencias de familia y conferencias restaurativas, que se realizan tanto en las comunidades y escuelas como hacia partes en conflicto<sup>1034</sup>.

Austria y Bélgica también disponen de mediación penal para infracciones leves. En Austria se dispone de la mediación para ilícitos con pena privativa de libertad de hasta cinco años y a condición de que la infracción no haya causado la muerte de ninguna persona, mientras que en Bélgica puede convocarse, también en casos de delincuencia leve, como vía para lograr una reparación.<sup>1035</sup>

Noruega cuenta con el Servicio de Mediación Noruego, que media en delitos y asuntos civiles<sup>1036</sup>.

En América se han desarrollado programas de mediación y conciliación como mecanismos alternativos, tales como las Conferencias de Conciliación con Moderador de Argentina, que consisten en presentar un caso ante un panel de tres asesores, uno experto en resolución alternativa de conflictos y dos miembros

<sup>1033</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 90 y 378.

<sup>1034</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Conclusiones del Seminario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*, Lovaina, 2009, sin datos de publicación, página 11.

<sup>1035</sup> Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 383.

<sup>1036</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Conclusiones del Seminario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*, Lovaina, 2009, sin datos de publicación, página 13.

respetados de la comunidad, quienes discuten los méritos del caso y resuelven si puede atenderse mediante la mediación o debe ir al sistema de justicia formal<sup>1037</sup>.

## 7. Modelos de suspensión o conmutación del proceso penal formal

### 7.1 Durante el proceso

Dentro del derecho procesal penal existen varias instituciones que ofrecen una salida rápida al proceso desde la propia instancia judicial, conocidos también como mecanismos desjudicializadores o mecanismos alternativos. Los mismos buscan suspender el proceso penal, ya sea mediante la imposición de condiciones o reglas de conducta, o mediante el cumplimiento de una reparación. Los principios de oportunidad y de intervención mínima son los que permiten a la fiscalía y al juez acordar la finalización del proceso por medio de otras vías<sup>1038</sup>.

Estos modelos se basan principalmente en el principio de oportunidad y han sido ampliamente discutidos desde una visión procedimental, respecto a las facultades de persecución, incoación y negociación sobre la causa judicial<sup>1039</sup>. Con base en este principio, el proceso judicial puede suspenderse cuando concurren determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, pago de una indemnización de la víctima, prestar un servicio social u otras determinadas expresamente por ley.

Para algunos autores, la admisión del principio de oportunidad significa una flexibilización del principio de legalidad, de manera que se pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal y sus consecuencias,

---

<sup>1037</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 289.

<sup>1038</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 15.

<sup>1039</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 12.

encaminada a evitar los procedimientos o a abreviarlos<sup>1040</sup>; mientras que para otros su admisión puede constituir una excepción al principio de legalidad en sentido estricto y al de oficialidad, no obstante la propia legalidad prevea la existencia de espacios que se llenarían con una oportunidad o discrecionalidad regladas<sup>1041</sup>.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal desarrollado en España en el año 2011, realiza importantes consideraciones respecto al principio de oportunidad y la mediación, en el sentido de introducir al proceso penal el principio de oportunidad con márgenes legales definidos para que no sea entendido como una discrecionalidad técnica, sino como la materialización de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de la pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad. La mediación no consiste en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*, sino en un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no sea necesaria a los fines públicos de prevención, con la ventaja de que también pueden resultar satisfechos también los intereses de la víctima, es decir, el Anteproyecto concibe a la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad<sup>1042</sup>.

Una figura muy desarrollada, y con algunas similitudes con la reparación, es la *diversion* del derecho anglosajón, que también ha sido adoptada por algunos sistemas del derecho continental. La *diversion* es una forma de solución temprana del proceso penal a cargo del órgano acusador o del órgano judicial en casos de poca o mediana gravedad, realizada mediante procedimientos formales que guardan respeto por la presunción de inocencia.

---

<sup>1040</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, página 52.

<sup>1041</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 19.

<sup>1042</sup> Ver Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Exposición de Motivos, Consideración XXVI, España, 2011.

En Austria, la *diversion* se originó de un proyecto piloto de mediación de jóvenes infractores, que gracias al éxito alcanzado, desde el año 2000 se difundió a la justicia de adultos basado en el principio de oportunidad<sup>1043</sup>.

En Austria la *diversion* comprende los siguientes mecanismos<sup>1044</sup>:

- a) Pago de una cantidad de dinero a la víctima (*Geldbetrag*), el cual puede concretarse en pagos parciales.
- b) Servicio a la comunidad sin remuneración alguna, prestado de forma que no interfiera con la ocupación normal del imputado.
- c) Sometimiento a un período probatorio (*Pflichten*), que puede ser combinado con el cumplimiento de otras obligaciones tales como evitar contacto con la víctima, someterse a una terapia o similares.
- d) Resolución alternativa del conflicto mediante una mediación entre la víctima y el ofensor (*Außergerichtlicher Tatausgleich*), procedimiento que consiste en que el imputado asuma su responsabilidad y afronte las consecuencias de la comisión del delito.

De estos mecanismos, el utilizado mayoritariamente es el pago de una indemnización monetaria, a través del que se resuelven el 60% de los casos<sup>1045</sup>. Esta modalidad es exclusivamente material y excluye cualquier tipo de reparación simbólica. Incluye además la posibilidad de que la reparación sea hecha efectiva por un partícipe del delito, beneficiando a otros autores, fundamentado en razones puramente victimológicas<sup>1046</sup>.

En Alemania se puede prescindir de la persecución penal, suspender condicionalmente el proceso y luego sobreseer cuando el presunto autor acepte

<sup>1043</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>1044</sup> ÍDEM.

<sup>1045</sup> GRAFL, CHRISTIAN, *Diversion in Austria: empirical data*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>1046</sup> GALAIN critica esta forma de reparación por considerar que beneficia a partícipes del delito que no se han esforzado seriamente en reparar el daño o al menos que hayan sugerido al copartícipe la reparación. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 12.

llevar a cabo determinados comportamientos posteriores de reparación<sup>1047</sup>. De la totalidad de casos que ingresan al sistema el 46.1% se desjudicializa<sup>1048</sup>. Esto se logra mediante la conciliación de casos que inician por querrela privada y por medio de la figura del sobreseimiento, donde el tribunal puede interrumpir el proceso a instancia del fiscal en casos de pequeña delincuencia, siempre que medie el consentimiento del acusado, cuando media una condición, previendo la reparación del daño, la entrega de una suma de dinero a favor de un organismo de interés público o el cumplimiento de prestaciones de interés general. Esta figura también puede aplicarse en caso de atentados contra la seguridad del Estado<sup>1049</sup>.

Portugal también ha reconocido el principio de oportunidad y permite una solución consensuada en delitos de hasta cinco años de privación de libertad, siempre que exista consenso entre el imputado, la víctima y el juez, cuando se trate de delincuentes primarios con “culpabilidad leve”. Es propuesta por el fiscal a cambio de la realización de determinadas conductas, requiriéndose también la homologación del juez. Este modelo tiene la ventaja de que considera también a la víctima en la solución del conflicto, quien incluso puede oponerse a la suspensión del proceso o lograr una especie de conciliación teniendo ocasión de pronunciarse sobre las reglas de conducta a imponer<sup>1050</sup>.

Colombia cuenta con los denominados “Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos”, que son modelos de justicia informal y flexible frente al poder judicial, privilegiando los procedimientos naturales y simplificados<sup>1051</sup>. El modelo de justicia negociada es similar al *plea bargaining* bajo la figura de la conciliación<sup>1052</sup>, como

<sup>1047</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 12.

<sup>1048</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.

<sup>1049</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 88.

<sup>1050</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 15 y ss.

<sup>1051</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 193.

<sup>1052</sup> FERNÁNDEZ LEÓN critica duramente este modelo, pues considera que la inclusión de la justicia negociada en el derecho colombiano, con la autorización a los jueces para dictar sentencias condenatorias sin el trámite previo de un proceso y sin oír ni vencer al acusado, se erige en uno de los mayores agravios a las garantías constitucionales, pasando a ser un “inhumano instituto de la autocondena”. Ver FERNÁNDEZ LEÓN, WHANDA, *Condenas Negociadas*, artículo publicado en Unimedios, periódico de la Universidad Nacional de

requisito de procedibilidad para acceder a la justicia en delitos menores. Se presenta en dos modalidades, la Conciliación Extrajudicial en Derecho y la Conciliación Extrajudicial en Equidad, la cual combina lo institucional y legal con lo comunitario<sup>1053</sup>. Los procedimientos relacionados con los usos y costumbres de las comunidades indígenas son abordados en un capítulo específico.

En Francia existen tres formas alternativas de resolver el conflicto: el archivo bajo condición, que se aplica en casos de consumo de estupefacientes; la mediación a iniciativa de la fiscalía que concluye en un compromiso entre las partes; y la “descalificación” subordinada a un acuerdo del juez que termina con una sentencia con una calificación penal menos severa que la prevista en la ley, que se hace omitiendo una circunstancia agravante; no reteniendo el elemento moral o reteniendo la calificación más débil y no la más alta<sup>1054</sup>.

En Guatemala, la primera medida que se orienta en la vía de métodos alternativos es el “Criterio de Oportunidad”, institución procesal que consiste en la potestad que tiene el Ministerio Público, previa autorización judicial, para abstenerse del ejercicio de la acción penal en delitos menores; con el consentimiento del agraviado, siempre que se haya reparado el daño.

*“Criterio de oportunidad. Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes: 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión; 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular; 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años, con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad; 4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a*

---

Colombia, No. 97, septiembre de 2006, <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/Ediciones/68/03.htm>, consultada el 17 de mayo de 2011.

<sup>1053</sup> MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, páginas 183 y ss.

<sup>1054</sup> LUDENA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 88.



*la perpetración del delito sea mínima; 5) Que el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias del delito culposo y la pena resulte inapropiada; 6) El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los siguientes delitos: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro (...)*<sup>1055</sup>.

*“Para aplicar el criterio de oportunidad, en los numerales del 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del Derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (...)*<sup>1056</sup>.

También existen instancias de mediación que implementan procesos de negociación. Estos mecanismos son mayoritariamente implementados en zonas con alto índice de población indígena. La disposición de los usuarios a la mediación indica que las personas son más proclives a la reconciliación que al castigo, además del deseo de reducir los costos que representa la justicia y la búsqueda de soluciones ágiles. En áreas mayoritariamente indígenas, la disposición a conciliar es del 73% del total de usuarios<sup>1057</sup>. Las instancias de mediación pueden provenir del Organismo Judicial, tener intervención de alguna entidad estatal que no sea de la

<sup>1055</sup> Código Procesal Penal de Guatemala. Artículo 25.

<sup>1056</sup> Código Procesal Penal de Guatemala. Artículo 25 bis.

<sup>1057</sup> La estadística corresponde al Municipio de Ixcán, Departamento de El Quiché, Guatemala. El estudio encontró que el 73% de los usuarios en general está dispuesto a conciliar; y respecto a los infractores en particular, el 64% también está dispuesto a conciliar. Sobre la mediación en Guatemala ver INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, publicación del Centro de Apoyo en Justicia Penal y Resolución de Conflictos (CEDAP), Guatemala, 2006, páginas 55 y ss.

administración de la justicia o tener únicamente intervención de particulares<sup>1058</sup>. Recientemente se ha incorporado una importante reforma procesal penal para favorecer la reparación a la víctima dentro del proceso penal ordinario:

*“Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas: 1) La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día. 2) En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediately en la propia audiencia. 3) Con la decisión de reparación y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita. 4) No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación. 5) La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se*

<sup>1058</sup> En Guatemala existe una Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos dentro del Organismo Judicial, Centros de Administración de Justicia donde tiene participación el Organismo Judicial pero no de manera exclusiva, sino con la coordinación de otras entidades del sector justicia; otras instancias de mediación desde el Estado tales como la Defensoría de la Mujer Indígena, la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos, Ministerio de Trabajo, Alcaldías y otras entidades oficiales; o mecanismos de resolución de conflictos totalmente al margen del sistema oficial, por medio de las autoridades indígenas locales y de acuerdo a sus procedimientos. Ver INSTITUTO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN GUATEMALA-INTRAPAZ-, *Prácticas de mediación en Guatemala*, publicación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2004, páginas 37 y ss.

*hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil*<sup>1059</sup>.

La legislación costarricense incluye como formas alternativas de solución de conflictos la conciliación y la suspensión del proceso a prueba y otras formas propias del derecho penal juvenil<sup>1060</sup>.

En México la legislación permite que el proceso penal termine anticipadamente mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, cuando el acusado reconozca su responsabilidad y repare el daño de la forma como le señale el juez, siempre que la víctima esté de acuerdo. También se contemplan criterios de oportunidad para no ejercitar la acción penal, siendo decisión del Ministerio Público<sup>1061</sup>.

En Estados Unidos la justicia negociada encuentra su expresión más acabada en los procedimientos de *plea bargaining* o de *guilty plea*. El *plea bargaining* es una modalidad de la *guilty plea* que consiste en la obtención por el acusado de una serie de concesiones oficiales a cambio de declararse culpable, es decir, se trata de una institución consistente en un “*give and take*”<sup>1062</sup>.

La *plea bargainig* es una institución centrada en una negociación autónoma y discrecional entre las partes, donde el ministerio fiscal y el victimario pactan sobre la culpabilidad, permitiendo incluso aceptar la culpabilidad por un delito de grado

<sup>1059</sup> Artículo 124 del Decreto Legislativo Número 7-2011, del 24 de mayo del 2011 de Guatemala.

<sup>1060</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 2.

<sup>1061</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4epoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4epoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 80.

<sup>1062</sup> La *guilty plea* es una institución típica de los Estados Unidos y cuando en otros ordenamientos jurídicos se habla de la *plea bargaining* se está analizando si se dan acuerdos entre la acusación y la defensa para que los acusados se declaren culpables a cambio de una serie de concesiones. RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, página 34.

inferior distinto al cometido o aceptar la culpabilidad por unos cargos a cambio de no ser acusado por otros<sup>1063</sup>.

RODRÍGUEZ GARCÍA la define la *plea bargaining* como el proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción de los cargos o de una recomendación por parte del Ministerio Público<sup>1064</sup>.

La negociación sobre los hechos imputados puede realizarse en cualquier momento del proceso. En la etapa policial interviene la policía y el acusado; en la instrucción la negociación se da entre el fiscal y el imputado; y en la fase intermedia y juicio oral participan los jueces, el acusado y el fiscal. Algunos autores califican a esta institución como un verdadero contrato, donde los términos de la negociación pueden ser sobre la pena o sobre los hechos y donde la víctima queda al margen de la reparación. Tiene amplia difusión por la economía de los recursos de la justicia y además es de utilidad en la atención de víctimas y testigos que se ahorran declaraciones traumatizantes<sup>1065</sup>, y con ello la repercusión de una eventual victimización secundaria.

En el *plea bargaining* no existe ninguna disposición relativa a tener en cuenta la opinión de la víctima, siendo sólo necesaria la conformidad del acusado, aunque puede hacerse mención de una restitución indemnizatoria que haría parte de la sentencia final<sup>1066</sup>; aunque FERREIRO indica que el fiscal sí tiene en cuenta los puntos de vista de la víctima en las negociaciones previas a adoptar una *guilty plea*.

<sup>1063</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 79.

<sup>1064</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, página 35.

<sup>1065</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 87. El sistema del plea bargaining incluye beneficios penales (plea charge) por declararse culpable (guilty plea, count bargaining, sentence bargaining). Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 17.

<sup>1066</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 85.

Las opiniones de la víctima son importantes al momento de ejercitar su discrecionalidad, dejando de perseguir los delitos en los casos que la víctima exprese su deseo de que así se haga, al ser reflejo de una falta de importancia real del incidente e implicar una dificultad añadida en la persecución, ya que si la víctima es reacia a testificar, las posibilidades de lograr una condena serán menores<sup>1067</sup>. No tomar en cuenta la opinión de la víctima es contrario a sus derechos de participación en el proceso penal, de acuerdo a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder<sup>1068</sup>.

En los procesos norteamericanos con esta modalidad se reduce la cantidad de imputados que son llevados a juicio, porque 90 de cada 100 casos son resueltos por esta vía<sup>1069</sup>.

Otra figura que cuenta con una amplia difusión es la *probation*, propia también del derecho anglosajón. Esta figura produce la extinción de la acción dependiendo de la conducta observada por el imputado con posterioridad al hecho, por lo que se diferencia de la mayor parte de las otras causas extintivas de la acción que provienen de fuentes ajenas a la voluntad del procesado<sup>1070</sup>. Existen muchas instituciones que comparten el común denominador de la prueba con imposición o no de condiciones, tareas o reglas de conducta, en aplicación del concepto de la *probation*<sup>1071</sup>.

En Argentina, dentro del ordenamiento penal existe la institución de la *probation* como mecanismo para extinguir la acción penal, si durante el tiempo fijado por el

<sup>1067</sup> FERREIRO BAAMONDE, XULIO, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, página 377.

<sup>1068</sup> Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada en resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm> consultada el 11 de julio de 2013.

<sup>1069</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 81.

<sup>1070</sup> FIERRO, GUILLERMO J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, página 36.

<sup>1071</sup> El autor hace referencia a mecanismos denominados conferencias familiares y círculos que se aplican en Nueva Zelanda, Canadá y Australia, aptos para transmitir al delincuente la sensación de que no se encuentra solo ni su problema se agota con el posible cumplimiento de la pena. Ver MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 18.

tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas<sup>1072</sup>.

## 7.2 En el momento de la determinación judicial

En la fase de determinación judicial de la pena, se toma en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto, momento en el que el delincuente debe ser castigado de acuerdo a su culpabilidad, la que obliga a imponer la pena dentro de un margen que oscila dentro de un máximo y un mínimo<sup>1073</sup>.

La fijación de la pena en la medida de la necesidad personal de prevención especial en el sujeto concreto evita que él, en lo particular, cometa un nuevo delito y atiende al principio de proporcionalidad<sup>1074</sup>.

En esta etapa también se toman en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, donde los elementos de valoración de la pena no pertenecen a la esencia del delito, por lo que éste existe y puede permanecer sin ellas, pero pueden aparecer circunstancialmente graduando la pena<sup>1075</sup>.

Una de estas circunstancias es la conducta del delincuente posterior al hecho, por lo que la reparación a la víctima puede traer una rebaja de la pena, fundamentada en la disminución de las necesidades de prevención especial en el delincuente<sup>1076</sup>.

No cabe duda que la conducta del condenado evidenciada en un momento posterior al delito y tendiente a reparar el daño causado, debe ser valorada positivamente, en orden a acceder a un beneficio penitenciario. Pensemos en el caso del delincuente

<sup>1072</sup> Artículo 26 ter del Código Penal, Ley 24.316. En FIERRO, GUILLERMO J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, página 34.

<sup>1073</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, Páginas 100 y 101.

<sup>1074</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 27 y ss.

<sup>1075</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 144.

<sup>1076</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 205 y ss. En el mismo sentido PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 77.

que ha asumido conductas tendientes a la reparación, como el pago de indemnizaciones a la víctima; o el caso en el que el delincuente, tras el hecho que se le imputa decide modificar sus circunstancias vitales, por ejemplo, adquiriendo un trabajo; este tipo de circunstancias, debidamente acreditadas, pueden llevar a concluir que el delincuente ha comprendido la importancia de la norma vulnerada y del daño producido por lo que se merece una alternativa a la prisión<sup>1077</sup>.

La reparación como elemento a considerar para la disminución de la cantidad de pena es el más común de los incentivos ofrecidos por el legislador en el derecho comparado y opera como una atenuante ante la circunstancia de delimitar la pena<sup>1078</sup>.

En la fase de imposición de la pena, mediante el principio de oportunidad, se establece la posibilidad incluso de la renuncia a la sanción punitiva, en aquellos supuestos especiales en donde la pena prevista en ley resulta innecesaria por motivos políticos criminales<sup>1079</sup>. La oportunidad de no aplicar los castigos y sanciones es propia de los principios que ordenan las consecuencias jurídicas del delito: el principio de humanidad, el principio democrático, el de reeducación y reinserción social, el de coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y el principio de culpabilidad<sup>1080</sup>.

De esta manera, la actuación estatal es medida y se basa en criterios tales como la adecuación de la sanción a los fines que la justifican; la necesidad de la sanción, que se concreta en el principio de intervención mínima; y la exigencia de la

---

<sup>1077</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 27. En el mismo sentido se manifiesta OBREGÓN GARCÍA, quien afirma que en el comportamiento posterior al delito contrarresta o rectifica la conducta criminal al intentar reparar el daño o al asumir la responsabilidad del hecho al reconocer su comisión, son datos estimables para reducir la responsabilidad que el sujeto, aunque no hay consenso doctrina en cuanto a estimar el comportamiento postdelictivo en la disminución del injusto, de la culpabilidad, de la punibilidad o en el servicio prestado a los fines preventivos. Ver OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 217 y ss.

<sup>1078</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 2.

<sup>1079</sup> ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causada por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 560.

<sup>1080</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 12.

proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la necesidad de un juicio de ponderación entre el daño producido por el hecho y el fin perseguido por la conminación penal<sup>1081</sup>. Cuando no existe una necesidad de castigo, éste no debe imponerse<sup>1082</sup>.

También existen conductas que tienen como objetivo incidir en la medición de la pena, pero que no se basan en el principio de oportunidad sino en un derecho penal premial aplicable a la persecución de delincuencia organizada. Los beneficios penales que se conceden a los partícipes del delito asociativo se fundamentan en consideraciones político criminales, pragmáticas, utilitarias o de convivencia pública, que se concretan en los propósitos de evitar la comisión de futuros hechos delictivos mediante la desarticulación de asociaciones criminales. Busca motivar comportamientos socialmente útiles al servicio de la prevención general y no de la prevención especial y considera el cálculo coste-beneficio, buscando conseguir con el premio lo que no se consiguió con la amenaza. Las atenuantes por colaboración no exigen ni arrepentimiento, ni menor peligrosidad, ni reconocimiento del valor del ordenamiento jurídico, ni transformación moral, ni cambio de actitudes. Los beneficios se construyen sobre la base de la desvinculación del sujeto de sus actividades delictivas y atendiendo a la colaboración con la justicia, como una conducta activa tendiente a disminuir o evitar daños a bienes jurídicos<sup>1083</sup>.

En este tipo de casos, por razones de política criminal, se fomenta la negociación procesal en casos de suma gravedad, sin importar posibles lesiones a principios tan importantes como el principio de igualdad o el de oficialidad<sup>1084</sup>.

También en casos de corrupción, razones de política criminal legitiman que cuando se hable de compensación del daño el comiso ocupe el lugar de la reparación<sup>1085</sup>.

---

<sup>1081</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, página 433.

<sup>1082</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 61.

<sup>1083</sup> Las atenuantes por colaboración también son llamadas colaboración eficaz. BARATA las denomina también amnistía impropia. Ver OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, páginas 222 y ss.

<sup>1084</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 48.



### 7.3 Durante la ejecución penitenciaria

El castigo debe limitarse cuando las necesidades preventivas han disminuido o desaparecido, es decir, cuando la pena deja de ser útil, pues la única pena justa es la que es necesaria para la protección de los bienes jurídicos<sup>1086</sup>. En este sentido, la reparación también tiene cabida dentro del derecho penal en instituciones que modifican la pena, como causa de conmutación o sustitución de la misma.

La reparación también puede aplicarse como forma de suspensión condicional de la ejecución de la pena, antes de empezar a cumplirse, en forma de libertad condicional o libertad anticipada. Esta institución conjuga el juicio de desvalor expresado en el pronunciamiento penal y la llamada voluntad del reo, fortalecida por la amenaza de ejecutar la pena, para que se reinsera socialmente<sup>1087</sup>.

Las condiciones generalmente obedecen a una política de rehabilitación con una finalidad preventiva. La naturaleza de las condiciones es controvertida y se habla de medidas cuasi penales o de sustitutos de la pena encubiertos, que en definitiva permiten una compensación del injusto por medio de la condición en sí misma y la persecución de fines especiales preventivos, sin negarse su carácter sancionador<sup>1088</sup>.

La conducta posterior al hecho tendiente a buscar la reparación a la víctima suele ser considerada como condición para suspender la ejecución de la pena, mediante la imposición de una condición reparatoria que el reo se ve compelido a cumplir. Para la aplicación de esta figura deben considerarse otras características del delincuente que permitan pensar que la condición reparatoria será suficiente para lograr internalizar los valores protegidos por las normas penales.

<sup>1085</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 49.

<sup>1086</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 57 y ss.

<sup>1087</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 38.

<sup>1088</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 4.

En el derecho alemán las reglas de conducta tienen una finalidad resocializadora, de modo que se centran en la persona culpable, mientras que las tareas pretenden fortalecer la función compensatoria de la pena, de forma que por razones de justicia e igualdad debe procurarse que el reo sienta de un modo u otro su condena, lo que les permite configurarse como prestaciones de contenido económico en beneficio de la víctima o de la comunidad<sup>1089</sup>.

Dentro de la ejecución penitenciaria, en los regímenes progresivos, la progresión al tercer grado de tratamiento suele requerir que el interno haya satisfecho la responsabilidad civil como requisito para la obtención de la libertad condicional. En el derecho español este criterio se aplica cuando la condena se ha dado sobre delitos contra el patrimonio o de orden socioeconómico, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, y contra la Administración Pública<sup>1090</sup>.

La reparación también puede ser exigida como condición para conmutar la pena. La conmutación de la pena consiste en sustituir la pena impuesta por otra de diferente especie, igual o de menor intensidad en orden a la duración o a la severidad, por razones humanitarias o de conveniencia social. Esta figura cumple un importante papel en la política penitenciaria, pues constituye un estímulo cierto para el comportamiento y rehabilitación de los internos<sup>1091</sup>. En Bélgica, cuando el fiscal estima que la infracción debe ser castigada con una pena de menos de dos años de prisión, puede citar al autor del hecho para invitarle a indemnizar o reparar el daño.

---

<sup>1089</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 92.

<sup>1090</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 81.

<sup>1091</sup> Esta medida también es llamada en la doctrina sustitución heterogénea. En los países europeos se han presentado casos en que atendiendo a razones humanitarias o de conveniencia social, se procedió a cambiar la especie de pena impuesta que le correspondía a un condenado conforme lo prescribía la ley. FIERRO cita como ejemplo el caso de un sujeto al que se le aplicó una pena de inhabilitación especial que lo privaba de desarrollar una actividad para la cual estaba particularmente capacitado, demostró que dicha sanción no sólo causaba graves daños a su familia sino también a la comunidad que requería de sus servicios debido a la alta especialización de sus actividades; a través de la conmutación se sustituyó la inhabilitación especial por otra de similar entidad, como lo fueron trabajos comunitarios por un plazo similar al de la condena sustituida. Ver FIERRO, GUILLERMO J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, páginas 228 y ss. En similar sentido PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 61.

En Italia el *patteggiamento* se aplica a infracciones con pena de prisión inferior a dos años<sup>1092</sup>.

PRATT considera que el delincuente merece un beneficio penitenciario cuando su acción o comportamiento no ha sido especialmente grave, basándose en la cantidad de reproche o culpabilidad o cuando existe un pronóstico social favorable, lo que significa un juicio hipotético de que el delincuente no volverá a cometer un nuevo delito. La peligrosidad criminal del delincuente puede tener importancia durante la ejecución de la pena, pero no antes, por ello opera en la ejecución de la pena pero no en su fijación o individualización<sup>1093</sup>.

Autores como DURBÁN SICILIA recomiendan que se amplíen los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en consideración a la conciliación entre víctima y condenado posterior a la sentencia, con el fin de incentivar la mediación también en esta fase del proceso<sup>1094</sup>.

En el ámbito penitenciario también se aplica la mediación. Reconociendo la falta de confianza de los internos en la administración penitenciaria y para reforzar el principio de confidencialidad, hay quien propone acudir a mediadores ajenos a prisión, pero otros se inclinan por un equipo mediador integrado por funcionarios especializados. El interés de los penados es el reconocimiento de su buena conducta<sup>1095</sup>. MANZANARES considera que esta mediación tardía difícilmente conectará con las penas de escasa gravedad, quedando reservada más bien para los delitos de cierta relevancia<sup>1096</sup>.

En España la mediación penitenciaria se utiliza para ponderar permisos de salida (Art. 47.2 Ley Orgánica General Penitenciaria), para la progresión en grado y

<sup>1092</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, páginas 87 y ss.

<sup>1093</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 23 y ss.

<sup>1094</sup> DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en La Ley Penal, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 16.

<sup>1095</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 83.

<sup>1096</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 7.

calificación del penado de tercer grado (Art. 256 Reglamento de la Ley Orgánica General Penitenciaria), para la disminución o supresión de las sanciones disciplinarias (Art. 47.2 Ley Orgánica General Penitenciaria), para el acceso a la libertad condicional (Art. 90 y 91.2 del Código Penal), para la supresión del período de seguridad o la aplicación del régimen general de cumplimiento (Art. 36.2 y 78.3 del Código Penal), y puede ser considerada durante la tramitación del indulto (Art. 4.4 del Código Penal)<sup>1097</sup>.

#### 7.4 Reparación como atenuante de la pena

El derecho penal español, luego de las reformas de 1995, contempla la reparación como una atenuante de la pena, con el fundamento de la disminución de la necesidad de la misma<sup>1098</sup>.

*“Artículo 21. Son circunstancias atenuantes:*

1. *Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*
2. *La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2o del artículo anterior.*
3. *La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.*
4. *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*
5. *La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*
6. *Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”*

<sup>1097</sup> SÁEZ, CONCHA, *Desarrollo de la experiencia en la Secretaría del Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, sin datos de publicación, página 12.

<sup>1098</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 205 y ss.

Interesa también en la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, la obtención del tercer grado penitenciario, la libertad condicional, la cancelación de antecedentes penales y el indulto<sup>1099</sup>.

Se observa un aumento de la aplicación de la denominada “sentencia de conformidad premiada”, consistente en una actuación procesal en la que la resolución judicial toma en cuenta la colaboración del acusado al reconocer que los hechos son tal y como figuran en las diligencias previas, recibiendo a cambio un beneficio en la reducción de la pena, tal y como se observa, por ejemplo, en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, para las sentencias dictadas en los denominados juicios rápidos, procedimientos abreviados o juicios de menores, siempre que concurren tres elementos: a) que la iniciativa se decida a instancias del acusado; b) que la pena no sobrepase cierta duración; c) y que haya formulación previa a la manifestación de conformidad<sup>1100</sup>.

En España la regulación procesal contempla supuestos en los que la reparación a la víctima puede incidir para atenuar, extinguir o modificar la sanción impuesta, que según BARALLAT LÓPEZ<sup>1101</sup> son:

- a) La regulación en el Código Penal de la circunstancia atenuante de “*haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*” (artículo 21.5 CP), de cuya aplicación se derivan claros efectos atenuantes de la sanción para el autor del delito, derivados de la reparación a la víctima.
- b) La regulación de la conformidad del causado con los hechos (artículo 779.1.5 LECrim) o con la pena (artículo 787 LECrim) solicitada por las acusaciones como forma de evitar en enjuiciamiento, en cuanto supone un reconocimiento de la culpabilidad de la sanción y por ello una reparación moral de la víctima, que se traduce en la imposición de una pena consensuada.

<sup>1099</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 8.

<sup>1100</sup> Ver ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *¿Por qué la mediación penal?*, Diario La Ley, No 7699, Sección Doctrina, Editorial la Ley, España, 21 de septiembre 2011, página 3.

<sup>1101</sup> BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 12.

- c) La concesión de efectos extintivos de la responsabilidad penal al perdón otorgado por la víctima al autor, que el Código Penal admite en determinados casos.
- d) La relevancia que se otorga al *“esfuerzo por reparar el daño causado”* realizado por el condenado no habitual para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88.1 CP).
- e) La regulación, como requisito para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, de la previa satisfacción de las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo supuestos de imposibilidad (artículo 81 CP).
- f) La relevancia que el Código Penal otorga a la *“petición expresa de perdón a las víctimas del delito”* o a la actuación dirigida a *“atenuar los efectos de su delito”* para la concesión de libertad condicional (artículo 90 CP), así como la participación del penado en *“programas de reparación de las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación”* para el adelantamiento de la libertad condicional (artículo 91.2 CP).

Continuando con la legislación española, la reparación total suele llevar a la cualificación de la circunstancia y su incidencia en la determinación de la pena; y si se repara durante el juicio suele valorarse como atenuante por analogía, algo que puede ocurrir también con la reparación simbólica<sup>1102</sup>.

También en Inglaterra, el *guilty plea* entraña un descuento en la pena que en función de las circunstancias y del momento en que el acusado se declara culpable puede llegar hasta un tercio<sup>1103</sup>.

En el derecho penal alemán se faculta al tribunal, al momento de fijar o suspender la ejecución de la pena, para disminuirla por debajo del mínimo previsto para el correspondiente delito o incluso prescindir de las penas privativas de libertad de

---

<sup>1102</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 9.

<sup>1103</sup> LUDENA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, páginas 87 y ss.

hasta un año o de multa, cuando el autor hace un esfuerzo por reparar el daño al ofendido, totalmente o en su mayor parte o ha intentado seriamente su reparación, contemplando también supuestos que impliquen una prestación o renuncia personal, tal como trabajos para a víctima en el tiempo libre u otros supuestos simbólicos<sup>1104</sup>.

## 7.5 La reparación como alternativa a la pena

Existen formas atenuadas de cumplimiento de la pena de prisión, que no constituyen una alternativa a la misma, sino que buscan que no sea continua y el penado altere períodos de libertad con limitaciones a la misma. Mediante estos mecanismos se puede limitar la libertad a ciertos momentos, como la privación durante ciertos días tales como el fin de semana; la privación durante ciertas horas del día; o la obligación de acudir a ciertos lugares a una hora determinada. También existen otras medidas que implican una restricción relativa de libertad, como la sustitución de la cárcel por medios de control telemático adecuado o las órdenes de alejamiento<sup>1105</sup> y el arresto domiciliario<sup>1106</sup>.

La tendencia que interesa es la que va orientada hacia la búsqueda de alternativas a la pena, particularmente a la privativa de libertad. Hablar de alternativas a la pena implica que deben buscarse opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales<sup>1107</sup>.

Como plantea ROXIN, sólo por lo desilusionante del resultado de los esfuerzos resocializadores actuales, es suficiente para buscar emprender algo nuevo<sup>1108</sup>. De

<sup>1104</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 218 y ss.

<sup>1105</sup> Estos mecanismos requieren ser asumidos de manera voluntaria por el condenado e implican un control del estado para vigilar su cumplimiento. PRAT hace particular referencia al control que debe hacer el Estado para controlar el cumplimiento de las órdenes de alejamiento, pues no se trata de entregar un teléfono móvil a la víctima para que ella vigile su cumplimiento. Sobre las medidas de restricción relativa de libertad ver PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 29 y ss; sobre implicaciones del Estado en el control de estas medidas, páginas 53 y ss.

<sup>1106</sup> ROXIN también se refiere a formas de restringir la libertad en forma atenuada al compararlas con la prisión, tales como el uso de sistemas electrónicos de seguridad, el arresto domiciliario, prohibición de conducir vehículos y otras. ROXIN, CLAUDIUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.

<sup>1107</sup> CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, página 14.

<sup>1108</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 153.

todas formas no es conveniente reaccionar a la mayoría de delitos con penas privativas de libertad. En la medida en que los tipos penales aumentan crecerán también los hechos punibles, ocasionando que los establecimientos penitenciarios no sean suficientes, ni es deseable una política criminal de imposición de penas de manera masiva, por lo que el desarrollo político criminal se debiera ir alejando la pena privativa de libertad<sup>1109</sup>. Aceptar la inclusión de alternativas a la pena requiere renunciar al contenido retributivo de la pena<sup>1110</sup>.

Además una alternativa a la pena privativa de libertad brinda mayores posibilidades de que el sujeto activo pueda reinsertarse, ya que evita que éste entre en contacto con el mundo delictual más violento<sup>1111</sup>.

Dentro del catálogo de alternativas, la más difundida y mayormente utilizada es la pena de multa. La multa tiene una naturaleza jurídica de pena porque su contenido es eminentemente aflictivo y no tiene ningún fin resarcitorio, pues los montos recaudados por este concepto pasan a integrar el patrimonio económico de la hacienda pública o del sistema de justicia.

La pena de multa puede ser una respuesta, aunque presenta algunos inconvenientes relacionados con la capacidad de pago del infractor<sup>1112</sup>. Significativamente, en este sentido, en Alemania, el 83.3% de los casos se resuelve mediante la pena de multa<sup>1113</sup>.

<sup>1109</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.

<sup>1110</sup> PRAT afirma que por el carácter retributivo de la pena, sería muy difícil la aplicación de alternativas a la prisión, aunque se regularan legalmente. <sup>1110</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 13.

<sup>1111</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 32. También QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 17.

<sup>1112</sup> Como crítica a la multa se argumenta que fracasa en aquellos sujetos que no tienen capacidad económica o que saben esconder sus medios económicos a la intervención estatal. Esta medida tampoco puede emplearse en épocas de recesión, ni en países pobres con la misma frecuencia que en las sociedades prósperas de bienestar.

<sup>1113</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.



Otra alternativa interesante se encuentra en el *Common Law* anglosajón, a través de la figura de los *compensatory damages*, que se refieren a los perjuicios o *torts* ocasionados como consecuencia de un daño, tales como la disminución de ingresos, secuelas físicas y morales. Los *compensatory damages* son también una sanción, que aunque es resarcitoria, tienen un fin claramente preventivo y disuasorio. También se contemplan otros tipos de indemnización tales como los denominados “*smart Money*”; “*punitive damages*” o “*exemplary damages*”, que son sumas de dinero que los tribunales ordenan pagar junto a los “*compensatory damages*”, cuando la conducta del responsable es especialmente grave, por existir intencionalidad, malicia, mala fe e incluso indiferencia consiente en la violación de derechos ajenos. Tienen por objeto castigar por la comisión de un acto ilícito que se estima altamente reprobable, servir de escarmiento para que quien lo cometa no lo repita y ser un elemento disuasorio para que los demás se abstengan de cometer actos similares<sup>1114</sup>.

El trabajo en beneficio de la comunidad es otra buena opción alternativa a la pena privativa de libertad, porque compromete más la personalidad del infractor que las otras penas, como la prisión y la multa, que sólo se soportan pasivamente. Se realiza sin atentar la dignidad humana si se promueve la libre voluntad y se impulsa la disposición de cumplir la tarea de forma que provoque en el autor la sensación de haber hecho algo socialmente útil<sup>1115</sup>.

Legislaciones como la española ya contemplan esta sanción, que no requiere el consentimiento del penado, obligando a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, no supeditadas al logro de intereses económicos, que pueden estar relacionados o no con labores de reparación de los daños causados o de apoyo a las víctimas<sup>1116</sup>.

En todo caso, las alternativas deben buscarse en mecanismos que tengan un contenido diferente al castigo y que también tomen en cuenta a la víctima, pues ni la

<sup>1114</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 46.

<sup>1115</sup> ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Op Cit, página 451 y ss.

<sup>1116</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 69 y ss.

pena privativa de libertad, ni la pena de multa sirven a los intereses de las víctimas, sino más bien los perjudican en cuanto reducen o impiden la posibilidad de obtener alguna compensación por el daño. En este sentido, la reparación se considera una buena alternativa a la prisión, que además favorece a las víctimas<sup>1117</sup>, aunque de momento se considera mayoritariamente sólo una reacción adicional en la que se añade a otra sanción que por sí sola responde a la necesidad de punibilidad<sup>1118</sup>.

Sin embargo, no cabe duda que la tendencia en el derecho comparado es incluir progresivamente a la reparación dentro de las instituciones penales, tanto por medio de un mecanismo complementario al proceso penal formal o como un instituto ordinario que ofrezca una alternativa a la pena. Para MENDAÑA, esta apertura es la consecuencia natural en la que, frente a una demanda diversificada en función de la naturaleza de los conflictos, el Estado debe estructurar una variedad de respuestas jurisdiccionales y no jurisdiccionales<sup>1119</sup>.

## 8. ¿Por qué la oposición a la reparación?

Las medidas reparadoras en la legislación comparada no son algo nuevo, se han dado como parte de los requisitos para favorecer a un imputado con medidas alternativas a la pena, ya sea dentro de un modelo de justicia negociado o como alternativa sustitutiva, suspensiva o beneficio penitenciario; o dentro de la justicia juvenil o de menores.

Tanto en la fase de determinación judicial de la pena como en la fase de imposición de la pena, se aplican alternativas a la pena privativa de libertad por la vía sustitutiva

<sup>1117</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 198; ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 108; PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 26; MOLINA BLÁZQUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *La aplicación de la pena, estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 111.

<sup>1118</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, páginas 131- 133. PRATT también se pronuncia sobre la inclusión de la reparación como una alterativa a la prisión en la vía sustitutiva o suspensiva. PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 127.

<sup>1119</sup> MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 11.

o suspensiva o se aplican beneficios penitenciarios a las personas ya condenadas, sin que existan objeciones por parte ni de la víctima, ni de las autoridades, ni de la sociedad en general. Sin embargo, incluir a la reparación como tercera vía del derecho penal, como una consecuencia autónoma del delito, junto a la pena y las medidas de seguridad sigue teniendo resistencia. ¿Por qué hay tanta resistencia a contemplar alternativas desde la fase de conminación legal?

Para OBREGÓN el marco penal abstracto tiene trascendencia porque es el depositario de la prevención general al comunicar a la comunidad la cantidad de pena con que es necesario castigar una conducta para disuadir a todos de su comisión futura. Si a posteriori se presenta una reducción, esto no modifica la amenaza inicial y muy difícilmente puede modificar la eficacia de la prevención general<sup>1120</sup>.

La certeza jurídica consiste en saber la pena máxima a la que se puede ser condenado y si resulta que sí a posteriori, se presenta una atenuación, esto no sustituye la falta de previsibilidad inicial, pues en el momento de comisión del hecho tampoco se tenía certeza de que la pena fuera a ser menor<sup>1121</sup>.

Hay factores que hacen difícil que en el imaginario social se acepte incluir consecuencias jurídicas alternativas a la prisión y más aún, una consecuencia carente del carácter afflictivo que caracteriza al castigo, como lo es la reparación.

También merece la pena revisar que el interés real de las víctimas es, como ya se ha apuntado, el de la reparación y no el de la pena. LARRAURI afirma que la víctima, en ocasiones, quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición. En estos casos parece muy difícil sostener la afirmación de que el

<sup>1120</sup> OBREGÓN agrega que la certeza jurídica consiste en saber la pena máxima a la que se puede ser condenado y si resulta que sí a posteriori se presenta una atenuación, esto no sustituye la falta de previsibilidad inicial, pues en el momento de comisión del hecho tampoco se tenía certeza de que la pena fuera a ser menor. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, páginas 127 y 252.

<sup>1121</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, páginas 127 y 252.

derecho penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada<sup>1122</sup>.

Por el principio de primacía de la víctima resulta injustificada la pretensión del sistema penal de tutelar intereses que vayan más allá de los propios intereses de la víctima<sup>1123</sup>. Esto nos debería llevar a revisar el sistema de sanciones.

En todo caso, lo cierto es que en muchos procesos prima la pretensión de resarcimiento sobre cualquiera otra, lo que no debe ser motivo de escándalo y, lo más importante, ha de ser comprendido y asumido en el sistema penal, que debe dar un sentido político-criminal a ese hecho; pues estamos habituados a oír innovaciones al principio de intervención mínima y al de *ultima ratio* que después parecen no servir de nada, cuando en su esencia, ambos buscan el ideal de conseguir la afirmación del derecho con la menor cantidad posible de represión penal<sup>1124</sup>.

Sin embargo erróneamente se piensa que el supuesto pragmatismo de la reparación se opone a los elevados ideales éticos del derecho penal, como si cualquier arreglo de un conflicto a través de medios materiales fuera necesariamente *indigno*<sup>1125</sup>. En todos los delitos que producen un perjuicio patrimonial, la víctima mantiene la expectativa de ser indemnizada, sobre todo cuando el delito pone en peligro su sustento y el de su familia<sup>1126</sup>. Además la reparación no tiene que tener

<sup>1122</sup> LARRAURI considera que en la demanda de penas severas influyen sin duda múltiples factores, como el tipo de delito, el conocimiento del delincuente, la cercanía en el tiempo y las alternativas existentes. Para llegar a su conclusión se basa en los resultados que arrojan investigaciones criminológicas, entre ellas la realizada por SESSAR en 1986 y por FREHSEE en 1987, las cuales arrojan que la demanda de pena más severa se produce generalmente por personas que no han sido directamente victimizadas, mientras que, las víctimas directas, quieren renunciar a la pena a cambio de una reparación. En estos casos es muy difícil sostener que la intervención del Estado por medio del derecho penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada. Ver LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 82.

<sup>1123</sup> BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, *El derecho penal mínimo y la víctima*, Op Cit, página 256.

<sup>1124</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 21.

<sup>1125</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 40.

<sup>1126</sup> DE JORGE MESAS, LUIS FRANCISCO, *La eficacia del sistema penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 70.

forzosamente un contenido económico, de acuerdo al caso concreto, pudiendo tener extremada importancia la reparación simbólica.

Al contrario que para las víctimas, los Estados sí pueden tener una renuencia ante la reparación por los esfuerzos adicionales que implica organizar el aparato judicial para facilitarla y controlar su cumplimiento; o peor aún, por el costo económico que pueda llegar a tener para el Estado en los ordenamientos jurídicos que reconozca un carácter subsidiario por parte del Estado en cuanto a la reparación.

La Organización de Naciones Unidas, en el año 2006, realizó una evaluación de quince programas de justicia restaurativa, que arrojó como resultado, que a pesar de las objeciones, los programas restaurativos no lo hacen peor que la justicia penal convencional en términos de satisfacer las necesidades de las víctimas y los infractores, llegando a un grado de satisfacción del 95%; y en términos de reincidencia, se aprecia una pequeña, pero significativa reducción, especialmente en infractores de bajo riesgo<sup>1127</sup>.

A continuación se revisarán los principales argumentos en contra de la inclusión de la reparación en el derecho penal.

## 8.1 La eficacia de la reparación respecto a la prevención del delito

La objeción más fuerte que se hace en contra de la reparación se basa en su poca capacidad de lograr el fin de prevención general. Se exige contrastar experiencias sobre su eficacia, sin perjuicio de que tampoco está comprobada la eficacia de la resocialización<sup>1128</sup>. No es justo ni correcto descalificar a la reparación como herramienta porque no soluciona los problemas que el sistema tradicional tampoco

---

<sup>1127</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 40.

<sup>1128</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, páginas 378 y 399.

consigue solucionar, como en el caso de la eficacia del efecto preventivo especial<sup>1129</sup>.

Se argumenta que las instituciones que se construyen sobre la base de satisfacer a la víctima no pueden tener una mayor eficacia preventivo general que la pena<sup>1130</sup>. El argumento más frecuente es indicar que estos modelos permiten al victimario una salida fácil del sistema, una justicia blanda, que no enfrenta la violencia de forma seria, ni manda un mensaje suficientemente fuerte de disuasión, desaprobación y condena<sup>1131</sup>, pues no muestra al público que el castigo es una amenaza real y respecto a la prevención especial, por lo que el sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado, haciendo del delito algo rentable<sup>1132</sup>.

Sería devastador que se percibiera que delinquir es gratis o muy barato<sup>1133</sup>. Si el delincuente, en caso de ser descubierto, sólo necesitase restituir el *status quo ante*, el riesgo se reduciría a la simple entrega del botín, por lo que cesaría toda la intimidación del derecho penal y su efecto preventivo sería igual a cero<sup>1134</sup>.

<sup>1129</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 53. SÁEZ VALCÁRCEL indica que medidas como la mediación puede ser un medio para alcanzar los fines del proceso penal que éste no logra cumplir. Ver SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 7.

<sup>1130</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 38. <sup>1130</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, página 30.

<sup>1131</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 153. También se refiere a esta crítica DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 12.

<sup>1132</sup> QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación\\_perspectivas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación_perspectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 18.

<sup>1133</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 329.

<sup>1134</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 218. SANZ MULAS también es crítica de los efectos intimidatorios de la reparación, e indica que poco disuade el ver en la reparación simplemente el riesgo de devolución de la cosa hurtada o apropiada, es decir, lo único que arriesga el delincuente es el tener que devolver lo hurtado, sin que tenga otra consecuencia adicional; riesgo que ya existe en la actualidad con la acción civil. Ver SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 370. Por su parte HIRSCH también considera que la reparación no aportaría ningún beneficio adicional porque el delincuente ya está obligado civilmente; por el contrario, la reparación podría traer consigo una gran presión psíquica para la víctima en los casos donde se dé una conciliación. HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 89.

Sin embargo, la desconfianza en que los mecanismos restaurativos son un medio de conseguir una fácil impunidad, procede de contemplarla sólo desde la fundamentación abolicionista, reduccionista o de búsqueda de alternativas, olvidándose de las corrientes que buscan la protección de las víctimas y su necesidad de una mayor atención y satisfacción en el derecho penal<sup>1135</sup>.

La problemática de la criminalidad se agrava por la percepción social de la misma, alimentada por los medios de comunicación, que producen una vivencia subjetiva de los riesgos superior a la propia existencia objetiva de los mismos<sup>1136</sup>. Es decir, las personas perciben que existe mayor criminalidad que la que en realidad hay, por lo que magnifican su necesidad de protección. Para poder dar una respuesta seria al problema, debe distinguirse entre el peligro real de la criminalidad, y por otra parte, el pánico o sentimiento de inseguridad pública, que con frecuencia es mayor de lo debido<sup>1137</sup>.

Cuando se transmite la imagen de un comportamiento delictivo de naturaleza “excepcional”, mucha gente, inteligente y benévola, cree justificado que se adopten medidas de excepción respecto de los individuos atrapados por el sistema penal; aunque la criminología anglosajona ha mostrado que el “criminal” tiene un comportamiento más o menos normal y, en todo caso, no peor que el comportamiento de la mayor parte de las personas. La realidad demuestra que las prisiones no están llenas de asesinos peligrosos, pero el imaginario social del riesgo es muy poderoso, por lo que la mayoría de personas aceptan fácilmente el aislamiento de los delincuentes en la prisión, separados de otros, alejados y excluidos de la posibilidad de dañar<sup>1138</sup>. Existe una fuerte tendencia a recurrir a la

<sup>1135</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 60.

<sup>1136</sup> SILVA SÁNCHEZ hace referencia a que a la opinión pública le fascina la muerte y la transgresión, algo que es aprovechado por los medios de comunicación, los cuales dan amplia cobertura a crímenes violentos, lo que hace creer al ciudadano que estos crímenes son más frecuentes de lo que en realidad son. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, páginas 25 y ss.

<sup>1137</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990, página 234.

<sup>1138</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, páginas 34 y 45.

inocuidad como único modo eficaz de combatir la criminalidad violenta<sup>1139</sup>. A *contrario sensu*, se ha comprobado que los autores de crímenes extraordinarios son personas normales, sin enfermedad mental que explique la irracionalidad de su conducta<sup>1140</sup>.

Esa exagerada percepción del riesgo se traduce en una irracional demanda de punición, lo que ha traído como consecuencia la respuesta populista de la expedición y expansión de leyes penales, como solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debería resolverse a nivel instrumental<sup>1141</sup>; pero se prefiere una respuesta de este tipo para luchar contra la criminalidad, porque los costos económicos de la prevención por medio de una política social son más elevados<sup>1142</sup> y porque sus resultados no se ven a corto plazo, lo que dificulta la continuidad de los programas sociales cuando dependen de la voluntad de los gobiernos, y porque en última instancia, políticamente es más populista un discurso de mano dura, para satisfacer electores en sus demandas de mayor protección. Las reacciones punitivas orientadas nada más que a la opinión pública sólo persiguen aplacar reacciones sociales emotivas mediante normas de eficacia limitada al ámbito publicitario, cuya efectividad preventiva está muy lejos de quedar demostrada<sup>1143</sup>.

La legitimidad de una política criminal no reside en su capacidad de dar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir

<sup>1139</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA; I SABORIT, DAVID FELIP; ROBLES PLANAS, RICARDO; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, página 123.

<sup>1140</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 32. La preocupación acerca de cómo gente común puede llegar a cometer atrocidades surgió luego de la Segunda Guerra Mundial. Durante mucho tiempo la tesis se basó en que solamente dementes o personas con serias patologías pueden llevar a cabo serios crímenes, concepción ya superadas, dando paso a una comprensión más compleja e inquietante de las motivaciones y la naturaleza de quienes ejecutan los crímenes extraordinarios. Los estudios sobre los comandantes de los campos de concentración, los médicos nazis, los criminales de guerra y las matanzas cometidas por comunidades enteras ha dado lugar a la idea de que la mayoría de los autores de crímenes son sorprendentemente normales, gente común y corriente. Esto ha puesto de manifiesto que cualquier ser humano está en capacidad de perpetrar un mal extraordinario, influenciados por situaciones que pueden favorecer o inhibir su activación. Ver SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, páginas 44-46.

<sup>1141</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Op Cit, página 19.

<sup>1142</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 42.

<sup>1143</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 56.



dicho fenómeno dentro de los valores democráticos, es decir, prevención eficaz sin pérdida de garantías<sup>1144</sup>.

Sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen un hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una intimidación, y que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados<sup>1145</sup>. El delincuente no tiene en cuenta la amenaza de la pena en su ponderación previa a la comisión del delito, pudiendo decirse que entre la norma penal y su destinatario no hay un diálogo y por lo tanto, la ley fracasa como mecanismo de intimidación<sup>1146</sup>. Más derecho penal, más leyes y penas más severas no significan menos criminalidad<sup>1147</sup>.

Hoy día existe unanimidad respecto a que es la certeza de la pena más que la especial gravedad de la misma lo que resulta determinante a efectos de la intimidación de la colectividad<sup>1148</sup>. No hay nada que intimide tanto a un delincuente potencial como la certeza de un proceso penal<sup>1149</sup>; más aún que la intimidación por el temor de un grave castigo unido a la esperanza de la impunidad<sup>1150</sup>.

Está comprobado que, a medida que las posibilidades de ser detenido, condenado y encarcelado son mayores, más bajas son las tasas de delincuencia. En casos de desastres naturales en los cuales se produce un descontrol de la seguridad, se observa un inusual incremento de saqueadores; mientras que en los días en que se

<sup>1144</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 33.

<sup>1145</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91. También SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 44.

<sup>1146</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA; I SABORIT, DAVID FELIP; ROBLES PLANAS, RICARDO; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, página 121.

<sup>1147</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi*, Op Cit, página 251.

<sup>1148</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Op Cit, página 33. ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91. YOUNG, JOCK, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993, página 14.

<sup>1149</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 47.

<sup>1150</sup> BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, Op Cit, página 271.

aumenta la seguridad por algún despliegue policial específico, las tasas de criminalidad bajan<sup>1151</sup>.

También se comprueba con frecuencia que el aumento de la intensidad de las penas no disminuye necesariamente los delitos, por ejemplo, las cifras de homicidios imprudentes por hechos de seguridad vial no se evitarán con un aumento de la pena, ni tampoco se elevaría el número de asesinatos si se castigaran con la sanción de los homicidios imprudentes<sup>1152</sup>.

Otro aspecto a considerar es el que la eficacia real de las leyes no depende del rigor de las mismas, sino de su aceptación social y efectiva aplicación<sup>1153</sup>. Los límites entre el bien y el mal son una valoración moral que va ligada a la percepción de lo justo dentro de una sociedad<sup>1154</sup>. El cumplimiento de las normas no es simplemente un asunto de obediencia o de temor al castigo, sino de convivencia y consentimiento con lo establecido<sup>1155</sup>.

Existen otros argumentos que cuestionan que sea la intensidad de la pena o respuesta penal la que disuada del delito. SILVA SÁNCHEZ se refiere a que la capacidad preventiva del sistema se basa también en el “efecto preventivo de la ignorancia”, explicando que buena parte de la eficacia preventiva del derecho penal se asienta en el desconocimiento por parte de la sociedad de los concretos mecanismos a través de los cuales el Estado reacciona contra el delito<sup>1156</sup>.

<sup>1151</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, página 40.

<sup>1152</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 44.

<sup>1153</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendo*, en *Estudios Penales y Jurídicos*, Coordinador Juan José González Rus, Publicación de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, página 253.

<sup>1154</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 39.

<sup>1155</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47 y ss.

<sup>1156</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, página 57.

El derecho penal prácticamente se convierte en un instrumento cuasi-policial que determina la imposición de medidas asegurativas cuando se ha manifestado la peligrosidad de un sujeto en un delito concreto<sup>1157</sup>.

Si la prevención de los delitos fuera el único fin del derecho penal, la vía más eficaz y a la vez más justificada sería “el terrorismo punitivo confiado directamente a los brazos armados del Estado”. Precisamente, porque el derecho penal tiene también la finalidad de impedir arbitrios y excesos punitivos, debe garantizar no sólo el desincentivar los delitos como forma de protección de los perjudicados, sino también la tutela de los delincuentes o de los presuntamente tales frente a castigos arbitrarios o excesivos. Si un derecho penal determinado resultase inidóneo para ese fin y produjera daños mayores, o en todos caso, no menores que los prevenidos, carecería de justificación<sup>1158</sup>.

El problema del aumento de la delincuencia no puede ser resuelto con medidas conservadoras de penas draconianas, sino con un incremento de la efectividad preventiva<sup>1159</sup>. La solución a la inseguridad no debe buscarse en el derecho penal sino en la efectividad preventiva, su lugar natural. La aspiración de seguridad es legítima, pero lo que es cuestionable es que se convierta en la idea rectora del derecho penal<sup>1160</sup>.

El desencanto del sistema de sanciones tradicionales no es sólo fruto del reconocimiento de la escasa eficacia preventivo especial de la aplicación de la pena, sino también de las dudas respecto de la satisfacción por parte de ellas del fin de prevención general negativa. Si lo que hace que los potenciales delincuentes se abstengan de delinquir no es la gravedad de la sanción, sino el riesgo de ser

---

<sup>1157</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA; I SABORIT, DAVID FELIP; ROBLES PLANAS, RICARDO; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, página 123.

<sup>1158</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *El paradigma del derecho penal mínimo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 64.

<sup>1159</sup> YOUNG, JOCK, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993, página 14. ROXIN considera que lo que realmente intimida y puede tener algún éxito es la intensificación de la persecución penal, por ejemplo con refuerzo y mejor entrenamiento de la policía. CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91

<sup>1160</sup> SILVA también reflexiona respecto a que este tipo de consideraciones son las que llevan a algunos a propugnar por prisiones privadas y policías privas. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, página 57.

descubiertos, la amenaza de la pena no resulta ser imprescindible, por lo que no parece que haya ningún inconveniente, desde esta perspectiva, para ampliar el espectro de sanciones alternativas<sup>1161</sup>.

La eficacia del sistema penal no se mide sólo por su capacidad disuasoria, potencial o comprobada, sino por el grado real de satisfacción de las diversas expectativas que el crimen, como problema social genera. Las actitudes de la víctima hacia el sistema legal y la respuesta de éste a las expectativas de la víctima son, por tanto, indicadores muy significativos de la eficacia del sistema<sup>1162</sup>. La pasividad de la víctima, su desconfianza y falta de colaboración reflejan algo más que un incremento de la cifra negra.

No es convincente afirmar que en nuestras sociedades la única forma de evitar la violencia arbitraria es mediante la imposición de una pena<sup>1163</sup>. El incluir a la reparación dentro de la política criminal de un Estado no tiene por qué disminuir la prevención del delito pues no todos los delitos requieren de una pena como respuesta<sup>1164</sup>. Las estadísticas demuestran que con medidas reparadoras existe una menor reincidencia en comparación con los métodos judiciales tradicionales, particularmente en el campo de la justicia de adolescentes infractores<sup>1165</sup>. También se han obtenido buenos resultados en casos de delincuencia leve y mediana<sup>1166</sup>. En

<sup>1161</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2000, página 58

<sup>1162</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria*, en *Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen XV, Edición del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, página 290.

<sup>1163</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 83.

<sup>1164</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 50.

<sup>1165</sup> Sobre el éxito de la aplicación de mecanismos alternativos en delitos leves y en el proceso de adolescentes infractores ver ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, páginas 4 y 6. VENTAS SASTRE afirma que en la jurisdicción de adolescentes infractores se ha comprobado estadísticamente que la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos no ha generado niveles más altos de reincidencia que aquellos que se resuelven por un procedimiento estrictamente penal. VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 23.

<sup>1166</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 4.

Austria no se pone en duda el efecto preventivo general y preventivo especial de figuras como la *diversion*<sup>1167</sup>.

Existen experiencias<sup>1168</sup> que demuestran que mecanismos de reparación tales como la mediación han resultado sumamente eficaces para lograr el cumplimiento de los acuerdos alcanzados y se reporta un bajo número de casos de reincidencia.

El hecho de que el autor se ocupe personalmente del daño, piense y actúe en una lógica próxima a la víctima, lo obliga a enfrentarse con su acción y en esta confrontación puede llegar a entender el dolor de la víctima, lo que produce un efecto pedagógico, que puede servir al autor para activar un mecanismo de consternación psicológica que tenga un efecto resocializador en su vida futura<sup>1169</sup>.

Los programas de justicia restaurativa no eliminan algunas de las variables criminológicas que han sido tradicionalmente asociadas con la prognosis del comportamiento delictivo, esto es, la situación de desventaja social y económica y la existencia de antecedentes penales. No obstante, es una realidad que este tipo de programas fomentan la no reincidencia, bien porque existe una concepción de ser tratado justamente y desarrollar un comportamiento ajustado a derecho, bien por la carga moral y en último lugar, por la fuerza y activación de mecanismos de control social informal que refuerzan la red social sobre el individuo infractor. Es la socialización y no el castigo la defensa más fuerte contra la comisión del crimen. La cada vez mayor aceptación de la mediación es un indicador de que es percibida como un camino idóneo de rehabilitación en mayor medida que la pena<sup>1170</sup>.

---

<sup>1167</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>1168</sup> En el Programa de Mediación Penal Juvenil llevado a cabo en Cataluña, durante el período 1990-1997 sólo existió reincidencia en un 17% de los casos. En un estudio realizado en San Diego, Estados Unidos, se ha logrado un cumplimiento de los acuerdos en un 87%. Otro estudio estadístico de la Universidad de Minnesota, Estados Unidos, habla de un margen de éxito en programas de reparación-mediación penal de un 79-98% y el índice de reincidencia fue menor que en la justicia tradicional. Ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 148 y ss.

<sup>1169</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 17.

<sup>1170</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 149- 153.

Si la reparación cumple con el cometido de prevenir el delito y a la vez favorece a la víctima e incluso elimina la ofensa al bien jurídico penal, su incorporación al sistema penal no debería plantear duda alguna<sup>1171</sup>.

## 8.2 La privatización del conflicto

Los mecanismos que devuelven el protagonismo a la víctima en la resolución del conflicto son puestos en entredicho por cuanto puedan suponer privatizar un conflicto que se ha calificado previamente como penal<sup>1172</sup>, con la trascendencia que ello depara. Se argumenta que por medio de los mismos la víctima y el agresor están disponiendo del *ius puniendi*, que es de exclusiva titularidad del Estado y este cambio de titularidad vendría a significar una privatización de la persecución penal, pasando de la esfera pública a la privada<sup>1173</sup>. Estos mecanismos no privatizan el conflicto, sino que devuelven en cierta medida la respuesta al delito a los protagonistas del hecho, frente al monopolio absoluto del Estado<sup>1174</sup>.

Algunos autores basan sus críticas en que el modelo restaurativo busca reducir la responsabilidad del Estado favoreciendo las fuerzas del mercado “privatizando” los conflictos<sup>1175</sup>; o que surge ante la incapacidad del Estado de garantizar el orden, por lo que “privatizar” las disputas es una forma de “lavarse las manos”<sup>1176</sup>.

<sup>1171</sup> RIBAS, EDUARDO RAMÓN, *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (compilación), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 255.

<sup>1172</sup> Como respuesta a los efectos negativos del derecho y el proceso penal, surgen otros fenómenos análogos que buscan privatizar los conflictos llamados delitos, con una respuesta excesivamente suave, que SILVA SÁNCHEZ llama una justicia dulce. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, páginas 30 y 56.

<sup>1173</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 315. También se refiere a esta crítica MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 5.

<sup>1174</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 32.

<sup>1175</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 19.

<sup>1176</sup> CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 143.

Otros se refieren a la privatización del conflicto provocado por el delito, entendido en el sentido de remitir al derecho civil la reacción jurídica consistente en ordenar la reparación del daño, de manera que pareciese que se están otorgando fines sancionatorios al derecho civil<sup>1177</sup>.

Si bien ya se ha abordado la diferencia entre la indemnización del derecho civil y la reparación como institución del derecho penal, debe quedar claro que la reparación en sentido penal sí puede llegar a contener una solución indemnizatoria, pero ésta no tiene que ver con la indemnización civil. La reparación puede utilizar la indemnización como una de sus formas, pero también puede ir más allá de las compensaciones estrictamente económicas, porque pretende una solución global al conflicto y por ello, permite otro tipo de satisfacciones que se pueden calificar como simbólicas y beneficiar tanto a la víctima como a toda la sociedad<sup>1178</sup>. La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil porque ambas no siempre coinciden y ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales<sup>1179</sup>.

La naturaleza pública del derecho penal no se ve afectada por la intervención de la víctima en el procedimiento penal, puesto que también está llamado a considerar los intereses de la víctima<sup>1180</sup>, sin que esto deba interpretarse como un regreso a la venganza privada<sup>1181</sup> ni a la autotutela. La víctima no tiene un derecho al castigo del infractor, sino un derecho a la recuperación de su dignidad su reintegración a la vida social como un sujeto pleno de derechos, que le autoriza a participar en la solución de un conflicto jurídico penal<sup>1182</sup>.

<sup>1177</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 12.

<sup>1178</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 37.

<sup>1179</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 95.

<sup>1180</sup> JESECHECK hace referencia a algunos supuestos donde el derecho penal toma en cuenta los intereses de la víctima, como sucede respecto al consentimiento del lesionado como causa de justificación; porque esto responde a que algunos bienes protegidos pueden estar sometidos al poder dispositivo del individuo. Ver JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 13.

<sup>1181</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 83.

<sup>1182</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 11.

La preocupación por los intereses de la víctima no es una privatización, sino que se encuadra dentro de una concepción garantista del sistema penal, de inspiración principalmente liberal, a la que resulta esencial la protección de valores individuales –lo cual no es sinónimo de privados-, entre los que se incluyen, además de los del infractor, los derechos de las víctimas<sup>1183</sup>.

Restituir a la víctima su calidad de sujeto protagonista del proceso penal incrementa el sentido de justicia<sup>1184</sup>; incluso algunos autores hablan de una “democratización del sistema penal”, consistente en el retorno a los intereses de las personas implicadas<sup>1185</sup>. Incorporar el interés directo de la víctima en el concepto de interés público del Estado puede dotar de legitimidad adicional al sistema de justicia<sup>1186</sup>.

El derecho penal no puede centrar su interés exclusivamente en la prevención del delito y una vez fracasado en esa tarea, erradicar de la solución penal a la víctima directa. La reparación a la víctima no es una cuestión de interés exclusivo entre particulares, como sucede con la indemnización o la compensación del daño, sino una cuestión que guarda relación con el daño social causado por el delito, razón por la cual supera los límites de los problemas entre sujetos privados y atañe a toda la sociedad, pues a la vez que se ofende a una víctima en concreto, se ha vulnerado una norma fundamental de convivencia<sup>1187</sup>.

En cuanto a la política criminal, se abre el debate sobre la prioridad que debe darse a la represión del delito en nombre del interés de la colectividad, frente a la atención a lo que más convenga a la víctima de ese delito<sup>1188</sup>.

<sup>1183</sup> ALONSO RIMO, ALBERTO, *Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 51.

<sup>1184</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 41.

<sup>1185</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, *Fines de la Pena y Justicia Reparadora*, en Sobre la Mediación Penal, Editorial Arazandi, Madrid, 2012, página 143.

<sup>1186</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 239.

<sup>1187</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 18.

<sup>1188</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 24.



Existe una transformación social de considerable importancia mediante la cual el sufrimiento de la víctima ha dejado de pertenecer al ámbito de lo privado y personal para obtener una dimensión colectiva y social. La sociedad actual se muestra como un conjunto de víctimas potenciales que demandan mayor protección y con ello mayor intervención penal, aunque sea a costa de la libertad y de las garantías<sup>1189</sup>. La reparación a las víctimas no es un asunto privado, sino un asunto de interés público<sup>1190</sup>.

Si bien los mecanismos de justicia negociada tienen un componente privado en cuanto a la gestión y tramitación del conflicto a cargo de las propias partes, ello no impide su integración funcional en un sistema de solución de conflictos de carácter público administrado por órganos estatales<sup>1191</sup>. Mediante su aplicación no se deja al arbitrio de la víctima la solución del conflicto, pues siempre hay un tercero que en representación del Estado interviene en el procedimiento.

De igual forma ocurre en los modelos que permiten la flexibilización de la pena, en los cuales la única variante es la consecuencia jurídica del delito. El ingreso de la reparación al sistema penal no significa que se privatice el mismo, incluso si llegara a sustituir a la pena, porque sólo reemplaza la reacción del derecho, más no la aplicación del derecho penal, ya que no se trata de una composición privada del conflicto, sino de un procedimiento penal donde se aplica una reacción reparadora<sup>1192</sup>. La intervención por medio del derecho penal se mantendría aunque la consecuencia jurídica sea distinta, conservando así el significado simbólico-comunicativo que tienen la intervención de los tribunales penales<sup>1193</sup>. En este proceso la pena de prisión no desaparece, sólo deja de ser el elemento esencial<sup>1194</sup>.

---

<sup>1189</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 25.

<sup>1190</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 235.

<sup>1191</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 60.

<sup>1192</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 195.

<sup>1193</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, páginas 124 y 125.

<sup>1194</sup> CARMENA CASTRILLO, MANUELA, *Humanización, racionalización del derecho penal y justicia restaurativa*, en Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 294.

Tampoco debe considerarse a la reparación como una pena privada, aunque comparta su finalidad y causa, sino como una consecuencia del delito<sup>1195</sup>. A las partes les sigue estando vedado imponer penas, pues las negociaciones resultantes de la mediación o la reparación no tienen ese carácter, y la imposición de penas sigue estando reservada a los órganos jurisdiccionales.

La conformidad de la víctima en las medidas de reparación no debe ser interpretada como una forma encubierta de expropiar la facultad del Estado de imponer una pena, sino como una conquista de las víctimas en cuanto a lograr un espacio en el proceso penal. DOAK afirma que debe modificarse la concepción de que el delito constituye solamente una ofensa contra el Estado y por eso no se precisa el interés de las víctimas en participar<sup>1196</sup>.

Otros autores consideran que la condición de la conformidad de la víctima es otra reminiscencia de las analogías construidas a partir de la responsabilidad civil, donde la pretensión de ser restituida se basa en principio en las peticiones de la víctima como requisito formal<sup>1197</sup> y en los presupuestos de legitimación del perjudicado del derecho civil<sup>1198</sup>.

La conformidad de la víctima respecto a la reparación es un requisito comúnmente sostenido en los ordenamientos penales para aplicar medidas sustitutivas o suspensivas, aunque no puede exigirse a todas las víctimas que acepten la reparación<sup>1199</sup>. La experiencia de la *diversion* en Austria muestra que, no obstante el consentimiento de la víctima debe ser tenido como esencial, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, puede ser obviado, por ejemplo, cuando no se

<sup>1195</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, *Fines de la Pena y Justicia Reparadora*, en *Sobre la Mediación Penal*, Editorial Arazandi, Madrid, 2012, páginas 141 a 143.

<sup>1196</sup> Este es uno de los postulados del derecho adversarial que deben ser modificados puesto que muchas de las ofensas se relación con derechos individuales específicos. Ver DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 292.

<sup>1197</sup> Sobre la conformidad del actor civil en el proceso civil por daños y perjuicios ver FONT SERRA, EDUARDO, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, página 90.

<sup>1198</sup> GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO, *La acción civil en el proceso penal colombiano*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, página 173.

<sup>1199</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 71 y 123 y ss.

logra un acuerdo entre la víctima y el ofensor o cuando la víctima no desea participar en el proceso de reparación<sup>1200</sup>.

La tutela pública se mantiene incólume, pero refleja el interés por tutelar también el interés de la víctima, sobre el cual también tiene interés la colectividad, ya sea porque se identifica con ella o por el riesgo de ser una víctima potencial.

No se trata de una privatización del conflicto dado que es el mismo Estado autoriza y legitima a los ciudadanos para solucionar el conflicto y otorga protección y seguridad a la solución acordada; luego, lo que hace es reconocer su legitimidad<sup>1201</sup>. Los acuerdos de reparación no permanecen en el ámbito privado, sino que requieren de una homologación en la cual el sistema penal avale el comportamiento positivo posterior voluntario del autor, otorgándole efectos jurídicos<sup>1202</sup>.

El derecho penal no debe edificarse a espaldas de la realidad proveniente de las personas que han sufrido las injusticias. Esta incorporación puede realizarse sin menoscabo alguno del principio de monopolio punitivo estatal. No se pretende atribuir a las víctimas el derecho a determinar la pena o a imponer o controlar su ejecución, sino que lo que se persigue es transmitir al Estado, titular exclusivo del derecho a penar, la mirada invertida de las víctimas, la visión que ve lo que no resulta perceptible por el victimario o el tercero: el significado del sufrimiento<sup>1203</sup>.

En la práctica, mecanismos tales como la mediación y la reparación, no suponen un decaimiento de la acusación penal pública o semipública, ni una inmediata disminución de la responsabilidad penal, salvo a manera de atenuante, por lo que

---

<sup>1200</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>1201</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 78.

<sup>1202</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 20.

<sup>1203</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 28.

siguen rigiendo los principios de legalidad, de indisponibilidad de la acción penal, y de persecución penal pública<sup>1204</sup>.

Debe quedar claro que incorporar este tipo de mecanismos en la solución de conflictos no representa un intento de privatización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de la Justicia, sino una forma de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen un arreglo, por lo que no se trata de privatizar la justicia, sino de institucionalizar las decisiones prejudiciales<sup>1205</sup>.

Por estas razones, la reparación como tercera vía no coincide con las teorías reprivatizadoras del derecho penal. No estamos ante una de las manifestaciones del abolicionismo o de la privatización de la justicia, sino ante una nueva forma de concebir el derecho penal<sup>1206</sup>.

### 8.3 La despenalización de las conductas

Otra de las críticas más usuales a la inclusión de la reparación se basa en que, si para solucionar un conflicto se recurre a mecanismos de negociación y ello no genera mayor desestabilización de la norma penal, debería pensarse en la despenalización de dichas conductas<sup>1207</sup>.

<sup>1204</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 32.

<sup>1205</sup> ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *¿Por qué la mediación penal?*, Diario La Ley, No 7699, Sección Doctrina, Editorial la Ley, España, 21 de septiembre 2011, página 7.

<sup>1206</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 26.

<sup>1207</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, páginas 36 y ss. También MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 189. También QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambiano.com/.../conf-mediación\\_perspectivas.doc](http://www.alfonsozambiano.com/.../conf-mediación_perspectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 21. También LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 84. LARRAURI desconoce por qué en determinados ámbitos se está más dispuesto a aceptar la descriminalización. Quizá debido a que es difícil observar la línea causal entre acción y daño social, debido a que se piensa que la realización del daño no es intencional, o debido a que asumimos que “todos” podríamos realizar esos delitos y para “nosotros” una sanción administrativa sería suficiente. En cualquier caso, la posibilidad de descriminalizar tiene poca relación con el daño objetivo de una determinada acción y tiene más relación con personalidades asociadas a tipos de delito. Ver LARRAURI PIJOAN, ELENA,

Una variante de esta postura es sostenida por un sector de la doctrina que propugna por trasladar al ámbito civil o administrativo determinados hechos punibles por considerar que el mismo brinda una reacción adecuada<sup>1208</sup>. Esto equivaldría a degradar bienes jurídicos penales a la categoría de bienes jurídicos civiles o administrativos y a trasladar sanciones penales al ámbito del derecho civil y del derecho administrativo, y entonces sí trasladar el fin punitivo fuera del radio de acción del derecho penal; lo que para GALAIN implica impregnar el ámbito civil (y también administrativo) de un contenido y espíritu punitivo, además de provocar una lesión al principio de última ratio, podría lesionar el principio constitucional de doble punición<sup>1209</sup>.

En cualquier caso, la despenalización de conductas no parece ser una alternativa factible. No parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un derecho penal mínimo. Por el contrario, todo apunta hacia una sociedad con mayor preocupación por los riesgos.

La tendencia actual no permite pensar que haya posibilidades de limitar la cantidad de tipos penales existentes, sino apunta más hacia derecho penal hiperlegislado, con penas más severas; e incluso a la criminalización de sectores del derecho civil, mercantil, administrativo o laboral, donde aparecen infracciones de cierta gravedad<sup>1210</sup>.

Tal como afirma GARLAND, la tendencia actual es punitiva. Existen condenas más severas y aumento del encarcelamiento, las leyes establecen condenas obligatorias,

---

*Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 86.

<sup>1208</sup> Algunas tendencias favorecedoras de la reparación responden en realidad más que a una intención protectora del perjudicado a una privatización del conflicto provocado por el delito; entendida en el sentido de remitir al derecho civil la reacción jurídica consistente en ordenar la reparación del daño, es decir, la resolución del conflicto creado por el delito. Esta privatización, se afirma, tiene por causa la ineficacia del sistema de penas para satisfacer los fines de prevención y resocialización que tiene señalados y se manifiesta en la despenalización expresa y encubierta de conductas. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, páginas 11 y 12.

<sup>1209</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 36.

<sup>1210</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 1.

“tres strikes y estás fuera”; las leyes autorizan prisiones “sin comodidades” y “cárceles austeras”; se ha introducido la retribución en los tribunales juveniles, el encarcelamiento de niños, el restablecimiento de la cadena de forzados y del castigo corporal, las prisiones de alta seguridad extrema, la multiplicación de delitos a los que se les puede aplicar pena de muerte, las ejecuciones efectivas de las penas capitales, las leyes de notificación a la comunidad y los registros de pedófilos, las políticas de tolerancia cero y una amplia lista de medidas punitivas<sup>1211</sup>.

En síntesis, la tendencia apunta a una mayor intervención penal, aunque sea a costa de un detrimento de la libertad y de las garantías. Se identifica una evolución hacia lo que SILVA SÁNCHEZ llama la sociedad de la inseguridad, la tendencia apunta a la expansión de los tipos penales y al incremento de las sanciones, la disminución de garantías, el abandono de tesis resocializadoras y el incremento de intimidación individual e inocuidad<sup>1212</sup>.

La despenalización de conductas está más lejana de lo que parece, pues cada vez hay más personas que, sin encontrarse en una situación victimológica, se sienten en una situación de amenaza, a lo que se reacciona con lo que HASSEMER llama una política criminal emocional, consistente en crear nuevos tipos penales a pesar de que aquellos de los que se dispone son suficientes, elevar las penas al máximo a pesar de que todos los que están bien informados saben que no comportan efecto especial alguno; en la que se recortan los derechos de los detenidos y procesados a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido número de sospechosos; se introducen leyes especiales para los terroristas y medidas penitenciarias especiales que ofrecen serios reparos de constitucionalidad, reduciendo el derecho penal a una mera función simbólica, con normas penales sobre las que recaen serias dudas de su efectividad frente al delito, las cuales sólo pueden tener el sentido de que el sistema penal demuestre presencia y capacidad de reacción ante el interés

---

<sup>1211</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 239.

<sup>1212</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, página 97. En el mismo sentido SOUTO, quien afirma que expansión del derecho penal impone un derecho penal preventivo del riesgo o de la seguridad, misma que se multiplica por la globalización e integración supranacional multiplican, con una tendencia a restringir las garantías clásicas. Ver SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 57.

socializado de la víctima, es decir, de transmitir la apariencia de efectividad y protección social<sup>1213</sup>.

GALAIN afirma que el legislador prefiere ignorar principios y garantías del debido proceso para no perder autoridad en cuanto a la función de control social, por lo que en lugar de discriminar del injusto penal algunas conductas que a priori parecen situarse por debajo del umbral del injusto penal, se inclina por mantenerlas dentro del sistema penal<sup>1214</sup>.

---

#### 8.4 Disminución de límites entre el derecho y la moral

Otro de los argumentos que se esgrimen en contra de la reparación se basa en que se confunde el derecho penal con la moral, porque se exige el arrepentimiento del ofensor y el perdón de la víctima<sup>1215</sup>; aunque la discusión sobre si la reparación presupone el arrepentimiento aún no ha llegado a un consenso<sup>1216</sup>. También se le critica por tener un alto contenido psicológico respecto a la personalidad del delincuente, lo que puede acabar por transformarse en un elemento de pedagogía social y llegar a exceder las funciones del derecho penal<sup>1217</sup>.

Estos elementos de reproche social no están ausentes de otras figuras penales, como las consecuencias accesorias de la amonestación pública o privada o de la publicación de sentencias, las cuales además de su efecto preventivo tienen un claro componente moral, para afirmarse en el sistema de valores sociales<sup>1218</sup>.

---

<sup>1213</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 95.

<sup>1214</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 35.

<sup>1215</sup> Ver SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 62. Ver también CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007, página 173.

<sup>1216</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 12.

<sup>1217</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 8.

<sup>1218</sup> LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (Medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Lex Nova, Valladolid, 2004, páginas 236 y 237.

Los argumentos esgrimidos son un contrasentido con la búsqueda eficaz disuasoria de la reparación, pues para lograrla es indispensable que el autor afronte las consecuencias de su acto y ver con sus propios ojos las repercusiones que para la víctima ha tenido su comportamiento. De esta forma el autor puede experimentar, incluso de una manera más intensa que la pena, el reconocimiento de la norma penal<sup>1219</sup>; pues más que ser un sujeto pasivo en espera de condena, pasaría a ser un sujeto activo sobre cómo actuar correctamente en una próxima vez. Las condiciones actuales del proceso penal hacen que el delincuente pierda la oportunidad de explicarse frente a alguien cuya opinión podría haber sido importante, perdiendo de este modo, una de las posibilidades más importantes para ser perdonado<sup>1220</sup>.

Actualmente existe una tendencia que se centra en la prevención especial del delito a través de la actuación de la víctima sobre su agresor. Esta tendencia se basa en la idea de la conciliación y mediación, la que indica que la víctima logra una mayor motivación del autor que el sistema penal y ofrece una nueva legitimación a la resocialización<sup>1221</sup>.

El acto de reparación implica un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso de interiorización, pero no implica necesariamente que se produzca una aceptación íntima o identificación personal completa con el contenido del acuerdo, ni que se recupere íntegramente el estado de una relación interpersonal existente antes de que se produjere la situación conflictiva<sup>1222</sup>.

---

<sup>1219</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 34. VENTAS también se refiere a la importancia del arrepentimiento como forma de reconocimiento de la injusticia cometida al comentar el proceso de adolescentes infractores en la legislación española. VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 22.

<sup>1220</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Op Cit, página 172.

<sup>1221</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 24.

<sup>1222</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 73 y 348.



## 8.5 Equilibrio e igualdad dentro del proceso

También se argumenta que estos procedimientos afectan el equilibrio y la igualdad dentro del proceso, pudiendo acarrear que se imponga la voluntad del más fuerte, además de vulnerar otras garantías fundamentales del acusado, como la presunción de inocencia, pues el sujeto activo prácticamente se ve obligado a aceptar su responsabilidad y con ello la reparación, que ni siquiera es consecuencia del proceso contradictorio, sino un modo “anómalo” de evitarlo. Estos argumentos son los mismos que se presentan para objetar la existencia de una verdadera voluntariedad dentro de modelos de soluciones negociadas en mediación.

Se argumenta que en estos procedimientos las partes pactan en condiciones de desigualdad, dado que cuando el imputado acepta someterse voluntariamente a la mediación, no está en condiciones de elegir libremente, ni siquiera está en la misma situación de la víctima, pues de no aceptar su responsabilidad el proceso penal seguirá con todas sus consecuencias, pudiendo operar en su contra la renuencia a la conciliación; sumado a que los sujetos son tratados según sus posibilidades personales o materiales frente a la reparación a la víctima<sup>1223</sup>.

BERISTAIN afirma que para lograr la igualdad de los desiguales, “la balanza de la justicia debe quebrar la tradicional horizontalidad e inclinarse a favor de los más débiles”<sup>1224</sup>.

Los detractores de la reparación agregan que es un modelo inspirado en criterios economicistas para favorecer a los sectores afortunados, que ponen precio a la justicia y donde quien tenga posibilidades para pagar por su crimen no sufrirá las mismas consecuencias que el que no lo tenga<sup>1225</sup>, sin que se elimine totalmente el

<sup>1223</sup> QUERALT, JUAN J., La mediación en España y perspectivas internacionales, publicado en [www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 18. En el mismo sentido se manifiesta ARIAS MADRIGAL, quien cuestiona la disparidad en la que se encuentran la víctima y el acosado, pues este último se ve prácticamente compelido a declarar su responsabilidad por el temor de ingresar al sistema de justicia tradicional. ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, páginas 8 y ss.

<sup>1224</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, página 150.

<sup>1225</sup> Con ocasión de la aparición de la mediación dentro del proceso penal nicaragüense, CUAREZMA expresó que “con la mediación, se introduce un “regateo de la justicia”, donde las personas pueden llegar a “un acuerdo

riesgo de que la reparación a la víctima ceda frente a las realidades a que se ven enfrentados los órganos de justicia de lograr soluciones rápidas a los conflictos, de forma que la víctima pasaría a convertirse en un agente legitimador de un modelo punitivo que busca esencialmente la eficiencia<sup>1226</sup>, incluso en detrimento de la propia justicia.

Al igual que se analizó en el apartado relativo a la mediación, este supuesto desequilibrio se evita o se minimiza mediante la intervención de terceros ajenos al conflicto, que moderan las posiciones de las partes en la negociación para procurar que discutan en una posición de paridad.

En aquellos mecanismos que cuentan con un control judicial, estas aparentes desigualdades quedan superadas al comprobarse la culpabilidad del infractor, misma que debe ser la base de la medición de la reparación, de igual forma que determina la pena<sup>1227</sup>, razón por la que es preferible que quede plenamente demostrada en juicio, con todas las garantías del debido proceso.

A pesar de las críticas, que de acuerdo con LUDEÑA BENITEZ provienen del denominado mundo académico inmovilista, es indudable que el sistema de medidas alternativas se implanta en todo el mundo<sup>1228</sup>. Lograr que el ciudadano y el jurista asimile la reparación penal no va a ser fácil ni inmediato<sup>1229</sup>.

---

de precio por el muerto”; y donde “quien tenga dinero para pagar por un muerto (...) no irá a la cárcel y el que no tenga dinero, se le aplicará el Código Procesal Penal. Agrega que este modelo está inspirado en criterios economicistas y que surge por la celeridad y porque “hay una lucha de los mercados económicos y para establecerse fuera de sus fronteras, requieren de un sistema jurídico que le brinde seguridad a los inversionistas, es decir, los países desarrollados exportan su modelo jurídico para sentirse más cómodos a la hora de invertir”. CUAREZMA, SERGIO, Justicia negociada o regateada, entrevista a cargo de la periodista Aura Lila Moreno, publicada en El Nuevo Diario, Nicaragua, el día 13 de diciembre de 2002.

<sup>1226</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 39.

<sup>1227</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 21. En el mismo sentido, PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 23 y ss.

<sup>1228</sup> LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011, página 80.

<sup>1229</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 304.

Desde 1960 se han incrementado sustancialmente en el derecho anglosajón mecanismos que proveen alguna forma de reparación a la víctima, tales como las *compensation orders*, *reparation orders* y mecanismos de justicia restaurativa alternos al proceso formal, particularmente en justicia juvenil<sup>1230</sup>.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en recomendación No R (85) 11 adoptada el 28 de junio de 1985 en la 387ª reunión, recomendó a los Gobiernos de los Estados miembros revisar su legislación y su práctica respetando las líneas siguientes directrices: “d) Juicios: 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. E) En el momento de la ejecución: 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. / Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros: 1. Examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación”<sup>1231</sup>.

---

<sup>1230</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 290.

<sup>1231</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, *Código de los derechos de las víctimas. Compilación de disposiciones normativas del ámbito Internacional, Europeo, Estatal y Autonómico, sobre protección de los*

También el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla la reparación a las víctimas e incluso plantea la creación de un Fondo Fiduciario para garantizar el derecho a la reparación<sup>1232</sup>.

## 9. La Reparación como Tercera Vía

El derecho a la reparación ha tenido un importante desarrollo en el campo de los derechos humanos, por ser considerada un derecho fundamental de la persona humana, como se desprende de su reconocimiento en diversos instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se menciona el particular derecho a ser indemnizado en el artículo 10, la indemnización compensatoria en su artículo 68 y la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada en el artículo 63 párrafo 1.

En el Sistema Universal, el derecho a la reparación se menciona en el artículo 9 párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, contiene una disposición por la que se garantiza a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para una rehabilitación lo más completa posible, como lo es su artículo 14, párrafo 1.

También reconoce el derecho a la reparación el artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada o Involuntaria, donde se dice que las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familias tienen derecho a obtener una reparación, así como el derecho a exigir una

---

*Derechos de las Víctimas de Delitos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, página 231 y ss.

<sup>1232</sup> Artículos 75 y 79 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, <http://www.un.org/spanish/law/icc/>, consultado el 5 de febrero de 2012.

indemnización justa y adecuada, incluidos los medios de obtener la más amplia rehabilitación posible.

Existen instrumentos que prevén la indemnización conforme a la ley o de conformidad con la legislación nacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 párrafo 6; y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 11. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial contiene disposiciones relativas a la reparación o satisfacción por daños, ya que en su artículo 6 prevé el derecho de las víctimas a pedir una satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su artículo 15 párrafo 2 hace referencia a una indemnización equitativa, a la indemnización en dinero y con las garantías apropiadas, y a la plena indemnización por cualquier pérdida o daño, en su artículo 16 párrafos 4 y 5.

El derecho a la reparación es también un derecho del cual es titular la niñez y la juventud, y se menciona específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 39, donde se dispone que los Estado Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño o niña víctima. Así mismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, contienen una disposición específica a efectos de que para facilitar el trámite discrecional de los casos de personas menores de edad, se procurará facilitar a la comunidad de programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de las víctimas.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder también hace referencia al derecho a la reparación, sobre todo de daños que no son resultado propiamente de violaciones a los derechos fundamentales, sino de delitos, señalando que en esos casos la obligación

corresponde a los delincuentes o terceros responsables, y que en última instancia, los Estados procuraran indemnizar financieramente.

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, la reparación se menciona desde su inicio. De sus antecedentes más remotos, puede citarse a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y su Protocolo I, donde ya se incluyen disposiciones específicas sobre demandas de indemnización por incumplimiento a las obligaciones contraídas, tales como el artículo 55 del Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, artículo 91 del Protocolo I, artículos 50 y 51 del Convenio para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; los artículos 51 y 52 del Convenio para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; los artículos 130 y 131 del Convenio sobre el trato de los prisioneros de guerra; y los artículos 147 y 148 del Convenio sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

En el derecho penal, ya desde el siglo XIX existe una honda preocupación por las relaciones entre delincuente y víctima, con la reparación como principal consecuencia de las infracciones con resultado lesivo<sup>1233</sup>. En la actualidad, existen tres soluciones para elaborar jurídicamente la idea de la reparación: a) la composición privada del conflicto; b) la incorporación de la reparación como una tercera clase de pena, junto a la privativa de libertad y a la multa; c) la introducción de la reparación en el derecho penal como fin<sup>1234</sup>.

Para efectos de este estudio, es de interés el tercer supuesto, que considera a la reparación como un nuevo fin del derecho penal. Desde hace varios años ha surgido con cierta fuerza una corriente con miras a la víctima, que busca otras respuestas al delito, después de fracaso de los conceptos fundados en el tratamiento del mismo<sup>1235</sup>; la cual pretende incorporar al derecho penal un nuevo fin reparador, introduciendo la obligación de reparar el daño ocasionado con el

---

<sup>1233</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 18.

<sup>1234</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 28.

<sup>1235</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, traducción de Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 56.

delito<sup>1236</sup>, lo que en palabras de ROXIN, constituye la más importante conquista política criminal de los últimos tiempos<sup>1237</sup>.

El escaso éxito del derecho penal para reducir la criminalidad, efectos colaterales y personas afectadas, ha abierto el paso hacia otras ideas, que han dado lugar a una profunda revisión de las ideas sobre la función del sistema penal y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos<sup>1238</sup>.

Actualmente las legislaciones contemplan que la sanción a un delito es una pena o medida de seguridad, pero no contemplan ninguna otra consecuencia<sup>1239</sup>. Las penas y las medidas de seguridad deberían dejar de ser las únicas consecuencias jurídicas del delito para incluir a la reparación como una “tercera vía” del derecho penal, en la que reparación se convertiría en una consecuencia posible, autónoma, principal, única<sup>1240</sup>, general y básica<sup>1241</sup>.

<sup>1236</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 108. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 58. También ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 5; y TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación de la víctima en el derecho penal*, Op Cit, Página 179-183. También MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 9. Sobre la incorporación de fines reparadores al derecho penal ver también SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 13.

<sup>1237</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 34.

<sup>1238</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 24.

<sup>1239</sup> ROIG se opone a considerar a la reparación como una institución del derecho penal argumentando que el legislador ha indicado que la sanción a un delito es una pena o medida de seguridad y en ningún caso una obligación civil. Ver ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, publicación de Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 96.

<sup>1240</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 108. En el mismo sentido, ALONSO RIMO, quien acepta a la reparación como una sanción penal autónoma si tiene lugar en el marco de delitos de escasa gravedad, de tal forma que el acuerdo reparatorio sea eficaz para satisfacer por sí mismo la necesidad de pena. Ver ALONSO RIMO, ALBERTO, *Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 50. También ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 5. GRACIA MARTÍN, LUIS; BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, ALASTUEY DOBÓN, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 395; en igual sentido, LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 145, aunque la llama responsabilidad civil. También CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 31. En el mismo sentido, QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en

La reparación no puede ser una pena ni una medida de seguridad, sino una medida penal independiente que contiene ciertos elementos de derecho privado y que cumple con los fines de integración y de prevención especial<sup>1242</sup>. Respecto a la viabilidad de que la reparación satisfaga los fines de la pena, ya ROXIN se ha manifestado respecto a que la reparación reúne las condiciones necesarias para alcanzar los objetivos que desde las distintas teorías se atribuyen a la pena<sup>1243</sup>. Estos aspectos ya han sido abordados en un capítulo específico.

A partir de esta idea, a efectos de este estudio, la reparación es una sanción como sinónimo de consecuencia jurídica, por ser un concepto más amplio<sup>1244</sup>; en contraposición de la concepción tradicional de “castigo”, proveniente de la

---

[www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011, página 7. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 49. SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 368. En el mismo sentido MOLINA BLÁZQUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *La aplicación de la pena, estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, página 111. También PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 127. MENDAÑA también hace referencia a este aspecto. El autor agrega que otra forma sería la de incorporar a la reparación al catálogo de penas, junto con la multa, postura que no se comparte en este estudio por considerar que la reparación no es una pena, como ya se ha expresado en el capítulo específico. En MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 9. También mencionan que la reparación puede llegar a convertirse en una tercera vía autónoma BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, IGANACIO, FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 168, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997, página 17. También GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 2. La reparación aparece como una consecuencia jurídica distinta de la clásica pena o medida de seguridad. Ver GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 98. También BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 6.

<sup>1241</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, página 100.

<sup>1242</sup> El autor cita a ROXIN en la afirmación. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 14.

<sup>1243</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Política criminal y estructura del delito*, traducción de BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORNAZAÁBAL, H., Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

<sup>1244</sup> Se utiliza este concepto por ser incluyente, de acuerdo a MAPELLI CAFFARENA, sanción es un concepto formal más amplio, que significa consecuencia jurídica de un determinado supuesto fáctico o hecho culpable. En MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 18.



venganza, como mal que la víctima o un tercero, buscando su propia satisfacción apasionada y ciega, inflige a otra persona para que ésta sufra un daño ilimitado o un daño proporcional al crimen<sup>1245</sup>. La reparación vendría a atender dos dimensiones fundamentales, la atención a la víctima y la responsabilización del autor<sup>1246</sup>.

Respecto a la víctima, se pueden identificar tres objetivos: la reparación del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad y la resolución de problemas asociados con la victimización secundaria; y respecto al autor, se puede incentivar o reforzar lógicas de contenido rehabilitador al propiciar la asunción de responsabilidad del autor por el hecho y su consecuencia<sup>1247</sup>.

Previamente se ha definido el contenido de la reparación como el intento por llevar las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de la comisión del delito. También puede definirse como una manifestación de justicia restaurativa, como el compromiso y posterior realización de determinadas acciones en beneficio de la víctima o el de la comunidad<sup>1248</sup>, con el objeto de atender el conflicto<sup>1249</sup>, centrándose en elaborar el conflicto a través del reconocimiento del daño, la petición de disculpas y su compensación<sup>1250</sup>, es decir el tratamiento del hecho, sus consecuencias y el significado de las actividades mediante las cuales se alcanza la reparación<sup>1251</sup>.

<sup>1245</sup> BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, página 253.

<sup>1246</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación, página 5.

<sup>1247</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007, página 7.

<sup>1248</sup> LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 289; también TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA, *Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Actualidad Penal, Madrid, 2002, página 655; PERIS RIERA, JAIME, *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la L.O. 5/2000*, Revista Jurídica La Ley, España, 2001 (2) página 1649 y ss.

<sup>1249</sup> La atención del conflicto implica que el mismo debe ser sometido a una solución racional. Ver PÉREZ SANZBERRO, GUADALUPE, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, página 20.

<sup>1250</sup> CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007, página 172.

<sup>1251</sup> TAMARIT señala que esta valoración del conjunto de actividades que constituyen la reparación son las que dotan de sentido a la reparación y las que la diferencian de la responsabilidad civil, que sólo atiende a criterios objetivos más no valora el significado. Ver TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La mediación reparadora*, en Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 67.

Como ya se ha mencionado al abordar el modelo de justicia restaurativa, la propuesta de una tercera vía implica un cambio de paradigma en cuanto al castigo, en el cual la cuestión central dejaría de ser el atribuir culpas y se profundizaría en una discusión sobre lo que podría hacerse para deshacer lo hecho o atenuar las consecuencias del delito sufridas por la víctima<sup>1252</sup>. La reparación no trata de castigar, sino de lograr el restablecimiento del interés lesionado. El bien jurídico lesionado con el delito no se restaura porque el culpable de la lesión cumpla su pena<sup>1253</sup>.

La reparación confirma la vigencia de la norma que reconoce como norma de comportamiento; reconoce el valor del bien jurídico lesionado; refuerza la confianza de los ciudadanos en que la ley conforma la vida social; apacigua la conciencia jurídica de los miembros de la comunidad que percibe el esfuerzo del victimario para resolver el conflicto que anida en el delito<sup>1254</sup>. De esta forma la reparación cumple no sólo una función individual del autor respecto a la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del derecho penal<sup>1255</sup>.

Este planteamiento ha obligado a un proceso de revisión de las fronteras entre el derecho civil y el derecho penal<sup>1256</sup>, derivado de la postura mayoritaria que ubica a la reparación como una institución del derecho civil, aunque como ya se ha abordado en uno de los capítulos precedentes, la reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil<sup>1257</sup>. Esto implica una revisión de las funciones jurídicas que deben producir la reparación del daño ocasionado por el delito transitando desde una naturaleza civil a una naturaleza penal<sup>1258</sup>. Sin embargo, a la

---

<sup>1252</sup> CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Op Cit, página 172.

<sup>1253</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 24.

<sup>1254</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 32.

<sup>1255</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 73.

<sup>1256</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELEN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Op Cit, páginas 3 y 4. En el proceso de revisión de funciones entre el derecho civil como interés privado y el derecho penal como tutelador del interés público al reaccionar frente a un daño, se advierte la incorporación de fines reparadores al derecho penal y fines sancionatorios al derecho civil. ÍDEM, página 13.

<sup>1257</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 73

<sup>1258</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 24.

fecha, la consideración de la reparación como instituto civil es una de las razones por la que no se la acepta como una sanción autónoma o al menos como una forma de reemplazar a la pena total o parcialmente<sup>1259</sup>.

## 9.1 Experiencias

En el derecho comparado se encuentran algunas experiencias de sistemas reparatorios, ya sea como una atenuante, eximente o sustitutivo de la pena, o como una sanción autónoma o como un mecanismo procesal<sup>1260</sup>.

Destaca en el sistema anglosajón la aplicación de la reparación impuesta por un tribunal de forma equivalente a una pena, lo que ERIAS denomina “sanción de reparación”; como es el caso de las llamadas “*compensation orders*”, que pueden incluir desde el incremento del resarcimiento en función de la pena (*punitive damages*), a la entrega de sumas de dinero e incluso hasta el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad (*community service*) o a favor de la propia víctima, aunque la misma no tiene incidencia ya que la decisión está en manos del juez<sup>1261</sup>. Las *compensation order* son aplicadas en las cortes de Inglaterra y Gales<sup>1262</sup> desde 1973.

Una verdadera manifestación de la reparación como tercera vía es la institución de la *diversion*. Los mecanismos de *diversion* son considerados auténticas sanciones desde el punto de vista sustantivo<sup>1263</sup>.

En Alemania se introdujeron estos mecanismos desde 1994, de la mano con la mediación, como una tercera vía de reacción del derecho penal junto a las penas principales y las medidas educativas y de seguridad. En Austria, la *diversion* es

---

<sup>1259</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 135.

<sup>1260</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 2.

<sup>1261</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 29.

<sup>1262</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, página 232.

<sup>1263</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

considerada por el legislador como una especie de tercera vía punitiva, en relación con la voluntariedad de los actos reparatorios y sus consecuencias con relación a la pena. Estas modalidades no ponen el acento en el esfuerzo que puedan significar para el autor, sino en que sean llevadas a cabo con éxito. La reparación y la tercera vía es una realidad en los sistemas penales de Alemania, Austria y Portugal que aceptan el instituto de la reparación dentro del sistema penal, cumpliendo diversas funciones en relación con la resolución del conflicto<sup>1264</sup>.

También se encuentran ejemplos de la utilización de la reparación como consecuencia jurídica al responsabilizar penalmente a las personas jurídicas<sup>1265</sup>.

La reparación ya es tenida como atenuante genérica o específica de la pena o incluso como causal de exención de responsabilidad en algunas legislaciones<sup>1266</sup>, como por ejemplo, su aplicación en España en las experiencias piloto sobre mediación penal.

La inclusión de la reparación como mecanismo procesal se observa en las modalidades de aplicación de la mediación como cuestión prejudicial o en la suspensión del imponiendo un período de prueba o una condición al imputado, quien deberá cumplir con una serie de pautas impuestas por el juez durante un período determinado. Este modelo, denominado “*suspensión del juicio a prueba*” o comúnmente *probation*, puede incluir entre sus medidas la reparación del daño o trabajos comunitarios. En este sistema tampoco importa la opinión de la víctima para imponer la regla de conducta<sup>1267</sup>. Estos mecanismos ya han sido previamente abordados.

---

<sup>1264</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 páginas 11- 24.

<sup>1265</sup> ÍDEM consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 21.

<sup>1266</sup> Por ejemplo, en la legislación española la reparación es una condición suspensiva o sustitutiva de la pena, una atenuante y una causal de exención de responsabilidad en materia de delitos tributarios y contra la seguridad social. Ver PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 122.

<sup>1267</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 29.

## 9.2 Sanción autónoma

Dentro de la corriente que aboga por la inclusión como tercera vía resalta el modelo alemán contenido en el Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal (AE-WGM) ya mencionado<sup>1268</sup>. Dicho proyecto contempló la inclusión de la reparación como tercera vía del derecho penal como respuesta única para delitos de baja a mediana gravedad y como respuesta combinada con la pena para casos graves en los cuales las necesidades de prevención especial o general no pueden ser satisfechas de otra manera. Según dicho proyecto, la reparación puede servir para sustituir la pena, para suspender la pena, para atenuarla y como mecanismo para permitir la libertad condicional.

De la misma manera que los sistemas dualistas o vicariales respecto a las medidas de seguridad, en los cuales la medida sustituye o completa la pena como segunda vía donde ésta, a causa del principio de culpabilidad no puede satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo la reparación sustituiría como tercera vía a la pena o la atenuaría complementariamente en los casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin disminución alguna<sup>1269</sup>.

En los sistemas dualistas, la concurrencia de consecuencias jurídicas no es posible cuando la pena agota todos los aspectos de la reprobación que cabe hacer al autor del hecho punible; por lo que las medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas cuando la pena no pueda ser aplicada, o no suponga más que parte de la respuesta penal que se considera adecuada al contenido del injusto y a las características del autor; entonces, se unen como una respuesta penal más elaborada o compleja, capaz de atender a las necesidades preventivo generales y especiales<sup>1270</sup>.

---

<sup>1268</sup> El Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) es un proyecto alternativo elaborado en 1992 por un grupo de profesores de derecho Penal de Alemania, Austria y Suiza, el cual ha sido la base de la reforma penal alemana.

<sup>1269</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 110; mantiene su afirmación en ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 155.

<sup>1270</sup> RIBAS, EDUARDO RAMÓN, *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 208.

De igual forma a como en el pasado se discutió acerca de la conveniencia de combinar las penas con las medidas de seguridad, en el futuro se discutirá la conveniencia de combinar las penas con la reparación. Esta combinación no tendrá el defecto que tuvo la discusión de la segunda vía, pues se cumpliría con el principio de culpabilidad y no se recurriría a criterios de peligrosidad en el agente, ni se tendrían solamente en cuenta criterios de proporcionalidad.

Así como el principio de culpabilidad reclama la segunda vía, el principio de subsidiariedad y *ultima ratio* reclama la tercera, otorgando a la reparación un lugar de preferencia frente a la pena<sup>1271</sup>. Para MAIER, privilegiar la reparación como reacción frente al delito no parece una propuesta irracional, pues en realidad la restitución del status quo ante es teóricamente la respuesta ideal<sup>1272</sup> y para MENDAÑA debería ser la sanción primaria<sup>1273</sup>.

En algunos casos será necesaria la combinación de la pena y la reparación y en otros la reparación será suficiente para lograr un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del delincuente, logrando además dar una sensación de satisfacción y de restauración del orden social en la colectividad. Esta combinación también permitiría cumplir con la orientación de los fines de la pena en el caso individual. Dentro de la doctrina se encuentra menos resistencia a incluir la reparación de forma combinada con la pena que como sanción autónoma<sup>1274</sup>.

Los supuestos en los cuales proceda la reparación como consecuencia exclusiva o combinada, es motivo de un análisis detallado. De acuerdo al Proyecto Alternativo Alemán la reparación no puede sustituir a la pena cuando la personalidad del autor

---

<sup>1271</sup> El autor cita a ROXIN en la afirmación. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 14.

<sup>1272</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 207.

<sup>1273</sup> MENDAÑA cita una serie de ideas para concluir que en un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debiera ser la sanción primaria y la forma de terminar el litigio por medio de la compensación del daño. MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 10.

<sup>1274</sup> Por ejemplo, en la legislación española la reparación es una condición suspensiva o sustitutiva de la pena, una atenuante y una causal de exención de responsabilidad en materia de delitos tributarios y contra la seguridad social. Ver PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 122.

o la gravedad del hecho exijan la aplicación de la pena, pues los principios de personalidad del autor (prevención especial) y de gravedad del hecho (prevención general) son los criterios decisivos para la admisión de la reparación como sustituto de la pena<sup>1275</sup>.

La reparación podría aplicarse como consecuencia exclusiva en aquellos casos en los cuales, por motivos preventivo especiales, no existe peligro de reincidencia en el delincuente, pero atendiendo a motivos preventivo-generales, y a la pacificación de la conciencia social, el hecho no puede dejar de traer una consecuencia, o donde la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio por la comunidad, pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación<sup>1276</sup>, con un quebranto grave tanto a la pacífica convivencia social como a la propia seguridad jurídica.

### **9.3 La legitimación político jurídica de la reparación como una tercera vía del sistema de sanciones**

#### **9.3.1 Intervención mínima**

El derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado, pero no es el único mecanismo de control social formal<sup>1277</sup>. Los comportamientos deben ser incriminados sólo cuando ello sea absolutamente imprescindible, cuando de no hacerlo se pudieran generar males mayores que los que representa la intervención punitiva. La pena es necesaria cuando signifique el mal menor, justificándola si causa un daño menor que lo que representa su ausencia; pues la consecuencia jurídica del delito tiene que ser justa y no sólo eficiente, lo que se logra diferenciando su fundamento de la finalidad, considerando al individuo como un ser racional que puede llegar a comprender y asumir el valor de sus actos y no

---

<sup>1275</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 5.

<sup>1276</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 97.

<sup>1277</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 169.

como un mero instrumento que deba ser resocializado o utilizado por el sistema para influir negativa o positivamente en la sociedad<sup>1278</sup>.

La pena debiera realmente ser la ultima ratio a la que el régimen legal recurre solamente a falta de otro tipo de soluciones, en tanto que el entorno punitivo no respeta ni responde las necesidades de los penados ni tampoco las necesidades de las víctimas<sup>1279</sup>. Debiera estar reservada a la resolución de conflictos de gran intensidad y alto impacto, ya que sin dudas representa el máximo nivel de intervención estatal en la conflictividad social, debiendo promoverse otro tipo de respuestas en aquellos conflictos que no ameritan una persecución intensiva del Estado<sup>1280</sup>.

La legitimación político jurídica de la reparación del daño como una tercera vía del sistema de sanciones viene dada por los principios de subsidiariedad, oportunidad, intervención mínima y *ultima ratio*<sup>1281</sup>, en la medida que ésta satisfaga los mismos fines que la pena, lo que implica que debe preferirse: la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito<sup>1282</sup> y se satisfacen los fines de la pena<sup>1283</sup>.

Por el principio de subsidiariedad, cuando la reparación sea suficiente para la restauración de la pacífica convivencia y la solución del conflicto social causado por

<sup>1278</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 8 y 11.

<sup>1279</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Op Cit, página 178.

<sup>1280</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 26.

<sup>1281</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Po Cit, página 78. También MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 77. En el mismo sentido GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 14.

<sup>1282</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 77.

<sup>1283</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, páginas 137 y 154. En el mismo sentido SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000, página 372. Respecto a la necesidad de satisfacer los fines de la pena ver también CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, página 34.



el delito, deberá preferirse a la pena<sup>1284</sup>. TAMARIT considera que tras el principio de subsidiariedad se encuentra el de mínima aflicción y humanidad de las penas, pues desde el punto de vista político criminal también se procura reducir el grado de aflicción de la sanción<sup>1285</sup>.

El principio de subsidiariedad vendría a legitimar la posibilidad de la renuncia de la pena en la medida en que se vieran satisfechas las necesidades preventivas a través de la realización de una prestación positiva orientada a la superación de las consecuencias del delito, pese a la existencia de la amenaza abstracta de la pena<sup>1286</sup>.

### 9.3.2 No necesidad

Otro criterio para valorar la inclusión de la reparación es recurrir al criterio de necesidad de la pena. La respuesta al delito no tiene que ser forzosamente punitiva en los supuestos donde no existe una necesidad de castigo, ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general, por carecer de justificación teórica y de legitimación social<sup>1287</sup>.

Si el acto de reparación ha logrado cumplir la totalidad o gran parte de los fines preventivos que la pena pretende lograr con la ejecución, la fundamentación para no recurrir a la pena es el principio de necesidad, formulado en sentido negativo (no necesidad). La pena sólo es necesaria cuando ofrece una posibilidad de prevenir o corregir el daño y el perjuicio social<sup>1288</sup>.

---

<sup>1284</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 43.

<sup>1285</sup> El autor cita a TAMARIT en la afirmación. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 41.

<sup>1286</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 178.

<sup>1287</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 61.

<sup>1288</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 7.

La necesidad de pena se orienta a que, sin eliminar el desvalor criminal, por razones político criminales no se exige la ejecución de la pena, toda vez que sin dejar de ser merecida, su cumplimiento no se hace necesario. Si se defiende la obligatoriedad de la pena sería asumir la postura de que con el castigo se persiguen fines retributivos y aún cuando la pena admita un fundamento retributivo, ello no exige su aplicación en todos los delitos, pues la existencia de institutos procesales como el principio de oportunidad, sugieren el rechazo de la interpretación de lo retributivo con naturaleza absoluta y la adopción de los parámetros de la proporcionalidad y necesidad del castigo, que permiten siempre la decisión más racional y más justa, atendidas las circunstancias del caso concreto<sup>1289</sup>.

Desde una perspectiva preventivo-especial, debe analizarse el grado de necesidad de sanción en el sujeto en el caso concreto, lo que implica una evaluación sobre las consecuencias que las sanciones tendrán en la vida del sujeto<sup>1290</sup>. Para GALAIN, el fundamento de la reparación reside en que el acto de reparación posterior se valora como una excusa absolutoria o también puede entenderse como un acto de relevancia para la restauración del orden jurídico que compensa la culpabilidad de tal forma que permite la exención de la pena, complementado por la falta de interés general en el castigo o en la persecución en casos donde la culpabilidad no sea grave<sup>1291</sup>.

Para poder cumplir con los fines buscados sobre el delincuente, la reparación debería en lo posible ser un resultado espontáneo y voluntario, o cuando menos, conseguido por la vía del acuerdo y no tener que ser impuesto como pena<sup>1292</sup>.

La reparación voluntaria logra la paz jurídica y posiblemente, tras encuentros personales entre el autor y la víctima, también la paz social. La reparación como

---

<sup>1289</sup> ÍDEM, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 9 y 10.

<sup>1290</sup> RODRÍGUEZ, ALEJANDRO, *Mecanismos de salida al procedimiento común*, Op Cit, página 20.

<sup>1291</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 32- 41.

<sup>1292</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 29.

consecuencia penal ofrece una solución del conflicto que va más allá de la solución jurídica<sup>1293</sup>.

Al igual que se expresó al analizar la presunta posición de igualdad entre las partes dentro de los procesos de mediación, también se argumenta que la conducta posterior al delito no es voluntaria, porque es producto de la coacción que ejerce la fiscalía durante el proceso de negociación. Sobre este punto, la jurisprudencia norteamericana considera legítimas las “presiones” que tengan soporte en evidencias probatorias; como sucede por ejemplo, en el caso *Bordenkircher v. Hayes*<sup>1294</sup>, que se cita como jurisprudencia desde 1978.

Es difícil de separar del principio de necesidad el de merecimiento de pena. El merecimiento de pena se orienta al pasado, al hecho cometido y determina cuando merece ser punido, mientras que la necesidad de pena lo hace hacia el futuro, se relaciona con los fines de la pena y colabora en la determinación de cuan necesaria es la pena para evitar futuros delitos. Esto ha llevado a que algunos tratadistas consideren que la necesidad o merecimiento de pena podrían llegar a conformar una cuarta categoría dentro de la teoría del delito, junto con la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Una conducta es merecedora de pena cuando ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, pero el hecho de que una conducta sea merecedora de pena no significa que en la oportunidad esa pena sea necesaria. La necesidad de la pena requiere idoneidad, necesidad y proporcionalidad y estos tres requisitos, junto

<sup>1293</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 4 y 15.

<sup>1294</sup> Existe jurisprudencia norteamericana en la cual se establece que las presiones en el ámbito de discrecionalidad del ministerio fiscal pueden hacerse siempre y cuando en realidad se tengan los elementos de convicción del supuesto hecho sobre el que se erige la presión, porque el sistema se funda en la cuestión de partes y no está orientado como en los sistemas continentales al principio de legalidad. BERNAL SUÁREZ analiza el caso *Bordenkircher v. Hayes*, de 1978, donde la Corte Suprema de Kentucky condenó a un imputado que se negó a declararse culpable por un delito menor (falsificación de documentos) aplicando la figura del *plea bargaining*, caso en el cual el acusado alegó presión indebida. En dicho caso, el fiscal advirtió al sindicado que, de no aceptar la declaración de culpabilidad, volvería al gran jurado aplicando además un estatuto de delincuente habitual de Kentucky. En sus argumentos, la Corte indica que “*al momento de la acusación original, el ministerio fiscal tenía toda la evidencia para establecer la delincuencia habitual y que no había controversia, en cuanto a lo que llevó al fiscal a imputar la delincuencia habitual, fue el rechazo del acusado a declararse culpable del cargo original*”. La Corte Suprema de Kentucky rechazó las objeciones constitucionales de Hayes en cuanto a presión indebida y resolvió que “*la decisión del fiscal de procesarlo como delincuente habitual era legítima bajo las realidades del proceso de negociación*”. Ver BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, páginas 83 y 84.

con el merecimiento de la antijuridicidad y la culpabilidad, crearían un presupuesto material autónomo del delito<sup>1295</sup>.

### 9.3.3 Principio de Oportunidad

Con base en el principio de oportunidad, en los hechos de escasa culpabilidad y ausencia de interés público en la persecución penal se puede prescindir de la pena.

Los ordenamientos jurídicos han venido incluyendo progresivamente el principio de oportunidad dentro del proceso penal. RODRÍGUEZ GARCÍA hace referencia a su amplio desarrollo en la institución de la *guilty plea* de los Estados Unidos, y su inclusión en el ordenamiento jurídico portugués a partir del Código de Proceso Penal de 1987; y en Italia a partir del Código Procesal Penal de 1988, de una forma más conservadora<sup>1296</sup>.

El desarrollo normativo del principio de oportunidad sigue avanzando y en España actualmente se analizan importantes consideraciones respecto al mismo, en el sentido de establecer limitaciones legales para que no sea entendido como una discrecionalidad técnica, sino como la materialización de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de la pena en el caso concreto, o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad, por una decisión del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no sea necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar satisfechos también los intereses de la víctima<sup>1297</sup>.

Al tenor del principio de oportunidad se reconocen figuras análogas a la reparación como mecanismo de resolución temprana del conflicto o como alternativa a la pena, otorgando una amplia participación a la víctima.

---

<sup>1295</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 páginas 7 y 8.

<sup>1296</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, página 14.

<sup>1297</sup> Ver Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Exposición de Motivos, Consideración XXVI, España, 2011.

La posibilidad de que el fiscal no interponga la acusación en delitos públicos y semipúblicos en ejercicio del principio de oportunidad, o que el juez suspenda el proceso sometiendo al sindicado a una condición no significa otra cosa que reconocer que a través de estas acciones reparadoras se compensa el injusto y por lo tanto no se merezca la pena y de ese modo se pueda prescindir del reproche penal y de la pena, por no haber necesidad. Es decir, la cuestión de fondo no es que con la aplicación de esta norma pueda simplificarse una causa penal con el consentimiento de los implicados, sino el legislador admite una negociación entre la administración de la justicia y el presunto culpable<sup>1298</sup>.

Dentro de esta negociación entre el sistema de justicia y el imputado, aunque exista un marco legal que indique los supuestos de procedencia, opera un margen de discrecionalidad judicial o fiscal. Se cuestiona la discrecionalidad del sistema penal para aplicar el principio de oportunidad a determinados delincuentes, pero por otro lado se tolera la discrecionalidad que opera en la omisión de juzgar crímenes graves en el marco de la justicia de transición. ¿Por qué admitimos la amnistía en aras de la reconciliación nacional pero nos resistimos a aceptar otras figuras que guarden un margen de discrecionalidad de acuerdo a las necesidades de prevención especial de un sujeto?

Algunos procesos judiciales pueden seguir diversos caminos que llevan siempre al mismo resultado: la falta de resultados. O sea, el archivo, demoras en su trámite, desestimaciones, prescripciones, cuando no la pérdida literal del expediente. El expediente es el gran protagonista del laberinto judicial<sup>1299</sup>.

La aplicación del principio de oportunidad aporta ventajas para el infractor, tales como el hecho de evitar la publicidad negativa de los debates, el pronunciamiento de una sentencia de condena, así como la eventual experiencia carcelaria; también para el sistema de justicia, el cual obtiene una disminución del número de procesos penales pendientes y un aumento en los resultados de casos resueltos; el sistema penitenciario, que se beneficiará de una reducción de población penitenciaria que

<sup>1298</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 9.

<sup>1299</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 27.

cumple la ejecución de penas cortas de privación de libertad<sup>1300</sup>; y la propia víctima, que tendrá un menor riesgo de victimización secundaria y una mayor probabilidad de ver satisfechas sus expectativas de una reparación.

En la justicia formal, a pesar de primar el principio de legalidad, en numerosas ocasiones el propio sistema procesal y la práctica llevan a su incumplimiento por razones de economía, falta de interés en la persecución o similares, que genera actuaciones discrecionales de archivo bajo un principio de oportunidad mal utilizado. En la práctica se desjudicializan conflictos por razones prácticas y no éticas.

El derecho penal no puede someterse absolutamente al principio de legalidad, pues por mucho que el Estado invierta en recursos preventivos, investigativos y judiciales, nunca se alcanzará el objetivo utópico de aplicar el reproche penal a toda conducta delictiva. Incluso en el caso que fuera viable, carecería de sentido, pues el ejercicio incondicionado de la acción penal en todo tipo de supuestos y circunstancias no siempre lleva a la mejor solución, ni desde la perspectiva de la víctima, ni en lo que atañe al responsable de la infracción<sup>1301</sup>.

La introducción del principio de oportunidad ofrece una mejor respuesta desde el punto de vista del tratamiento del responsable, pues contribuiría a su reinserción social. El planteamiento de un posible archivo de las actuaciones, actuaría como un estímulo para la resocialización del infractor<sup>1302</sup>.

### 9.3.4 ¿Existe alguna contradicción con principios del Derecho y del Proceso Penal?

Para HASSEMER, la teoría del proceso judicial toma como punto de partida la idea de que en el orden de las cosas existe, por una parte, “la certeza de que se va a producir una decisión” y por otra “la inseguridad acerca de cuál vaya a ser la decisión que se toma”. Estas percepciones se traducen en expectativas normativas,

<sup>1300</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, página 133.

<sup>1301</sup> DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 10.

<sup>1302</sup> ÍDEM, página 11.

las cuales se sostienen también contra experiencias que contradicen aquellas, de las que LUHMANN concluye que la función del proceso judicial consiste en una reestructuración de las expectativas normativas, que deben convertirse en expectativas aprendidas o en otras palabras, que el sujeto no ponga de nuevo en cuestión el resultado de un proceso que contradice sus expectativas iniciales, que acepte el resultado<sup>1303</sup>. Respecto al proceso, HASSEMER afirma que el derecho es un fenómeno comunicacional, en el cual la legitimación de una resolución jurídica no se asienta en la “verdad “o la “justicia”, sino en un “proceso” acertado, logrando la “reestructuración de las expectativas” mediante el proceso jurídico<sup>1304</sup>.

Desde el punto de vista del finalismo, la punición se legitima siempre y cuando sirva para la conservación de un sistema de valores apropiado, justo y ético que brinde seguridad y permita la vida en común por medio del establecimiento y conservación de determinadas expectativas de los individuos y de toda la sociedad. En época reciente el funcionalismo pretende justificar la intervención penal siempre que sirva para conservar la vigencia del ordenamiento jurídico, puesto en duda o desobedecido por uno de sus destinatarios, de modo de reafirmar por medio de una pena la validez de las expectativas normativas que permitan la relación entre personas<sup>1305</sup>.

El proceso penal puede llegar a reestabilizar las expectativas normativas desde un punto de vista comunicativo post delito. Un proceso penal sin declaración de culpabilidad ni sentencia de condena, sin embargo, no habría pasado el umbral de la sospecha. En estos casos el proceso no sería la reacción adecuada sino sólo un medio de presión para obtener un acuerdo de reparación extrajudicial<sup>1306</sup>.

La reparación como sanción se acerca más a los fines preventivos y será vista por la sociedad como algo más útil que la mera privación de libertad en el sentido retributivo del término. La norma se verá reafirmada en su vigencia porque la

---

<sup>1303</sup> El autor cita a LUHMANN para sustentar sus afirmaciones. Ver HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 124.

<sup>1304</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 125.

<sup>1305</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 4.

<sup>1306</sup> ÍDEM, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 46.



flexibilidad de la sanción le permite calcular de una forma mejor la proporcionalidad y con ello el contenido de reproche y la culpabilidad por la conducta realizada<sup>1307</sup>.

No cabe duda que una de las tareas jurídicas más complejas sigue siendo la de determinar la cantidad de pena adecuada a la culpabilidad en un caso concreto. Lo más importante debiera ser preguntarse cuánto mal se ha causado con el delito que concentrarse en cuestiones que atañen a la prevención<sup>1308</sup>.

Para la determinación de la pena son relevantes, entre otros elementos, la culpabilidad del sujeto, los efectos de la pena que son esperables que se produzcan en la vida futura del sujeto; sus motivos y fines; la conciencia que el hecho revela; su vida anterior; sus relaciones personales y económicas y su comportamiento posterior al delito<sup>1309</sup>.

La inclusión de la reparación como una consecuencia jurídica del delito implica necesariamente una explicación de los diferentes parámetros que deberán utilizarse en su aplicación, para lograr que la colectividad la asuma como una verdadera forma de reparar el orden social. Siempre habrá diferencias, tanto en cuanto al daño que se ocasiona a cada víctima en particular o sobre el valor que esa víctima le dé al daño que ha sufrido, y diferencias en cuanto a la necesidad de prevención especial de cada delincuente, por lo que GALAIN indica que debe ponderarse la lesividad de la conducta delictiva<sup>1310</sup>.

Como sanción, la reparación debe tener un quantum, que deberá adecuarse a la culpabilidad del autor del delito de la misma forma que se adecua la pena, tema que ya hemos analizado; adecuarse a las necesidades particulares de prevención especial del agente, que se verán según el caso concreto; y adecuarse a la proporcionalidad con el grado de ataque al bien jurídico protegido.

---

<sup>1307</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 37.

<sup>1308</sup> El autor cita a HAS-JORG ALBRECHT en la afirmación. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 20.

<sup>1309</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 127.

<sup>1310</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 14.



El principio de culpabilidad debe ser la base de la medición de la sanción a imponer, incluso respecto a la reparación, de la misma forma que se hace en materia de sanciones alternativas<sup>1311</sup>. El principio en mención debe limitar el quantum de la sanción global, impidiendo que sea más grave que aquella que satisface por completo el sentimiento de justicia<sup>1312</sup>. La proporcionalidad será el otro principio que limitará el quantum de la sanción global, incluso cuando se combine la pena con la reparación.

En este punto encontramos un problema en aquellos supuestos en los cuales la reparación se aplique como consecuencia de un proceso de mediación, la *diversion* u otro mecanismo procesal en el cual no se cuente con una declaración de culpabilidad.

En este sentido las medidas para la reparación del daño no se imponen como consecuencia de un juicio de culpabilidad del autor, y por ello, no tienen naturaleza de sanción jurídica, de ahí que la aceptación de responsabilidad no viola el principio de presunción de inocencia en cuanto no hay un pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad<sup>1313</sup>

Algunos autores objetan este mecanismo por no ver acertado que el procesado renuncie a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso y acepte cumplir las medidas<sup>1314</sup>, porque en la práctica, la reparación evitaría la aplicación de la pena y se convertiría en la única consecuencia jurídica del delito<sup>1315</sup>. En cualquier

---

<sup>1311</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 21. En el mismo sentido, PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 23 y ss.

<sup>1312</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 149.

<sup>1313</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 páginas 37 y 44.

<sup>1314</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 83.

<sup>1315</sup> Para GALAIN, la compensación del injusto que se exige como contraprestación para sobreseer al sospechado requiere de una declaración de culpabilidad, de lo contrario, por más que la solución sea aceptada por quien repara el orden social y compensa el injusto, se produce una vulneración del principio de inocencia. ÍDEM consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL1.974.161, página 19.

caso, la presencia de un abogado a lo largo del proceso permitiría un mejor control de la garantía de la presunción de inocencia<sup>1316</sup>.

Para GALAIN, no se lesiona el derecho fundamental principio de presunción de inocencia cuando se parte del interrogante de la culpabilidad que se mantiene sólo mientras dure el proceso, aunque el sospechoso tenga que soportar algunas intervenciones en sus derechos, como la prisión provisional, pero sí se vería lesionado si el presunto autor tiene que cumplir con determinadas condiciones que pretenden realizar fines educativos o resocializadores, que no forman parte de los objetivos del procedimiento penal en sí mismo, sino de la finalidad de las penas. La presunción de inocencia no impide que un sujeto reciba tratamiento procesal como sospechoso de haber cometido un delito, pero sí debería oponerse a que ese sujeto, sobre el que recae una sospecha de culpabilidad, reciba una consecuencia de naturaleza similar e incluso anticipatoria a la pena sin una declaración judicial en su contra<sup>1317</sup>.

Es curioso que dentro del debate respecto a la inclusión de la reparación, la doctrina propugne la presunción de inocencia, pero en la práctica se acepte afectar bienes y derechos de quien se presume inocente. En materia de criminalidad organizada se premia la delación o la colaboración eficaz, pero se cuestiona que el autor reconozca su culpabilidad y repare a su víctima por medio de mecanismos de justicia restaurativa.

También se argumentan objeciones respecto a la delimitación del quantum de la reparación. OBREGÓN GARCÍA propone una formula desarrollada dentro de la teoría de la pena, que podría solventar el problema de la medición de la pena, a partir de una ecuación matemática, en la cual se asignen valores a la culpabilidad, a circunstancias atenuantes, al contenido del injusto y los límites máximo y mínimo de

---

<sup>1316</sup> Esta afirmación es la utilizada en procesos de mediación, pero puede ser válidamente trasladada, *mutatis mutandi* a la reparación. Sobre este punto ver RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 97.

<sup>1317</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 páginas 35-44.

la pena. Con esta ecuación se lograría una mayor aproximación a la homogenización de la pena en cuanto a su extensión. Su propuesta se deriva del problema de la desigualdad de valoraciones, según el juez del que se trate, lo que en su criterio se resuelve mediante la vinculación de la actividad judicial a criterios legales y jurisprudenciales, la exigencia de la motivación en las valoraciones jurídicas, el aumento de las posibilidades de recurrir las resoluciones judiciales como complemento del ordenamiento jurídico<sup>1318</sup>.

Una fórmula de este tipo vendría a resolver las objeciones que se anteponen a la reparación por la desigualdad que puede presentarse en su cuantificación. Dicha fórmula debe tener en cuenta presupuestos tales como la magnitud del daño, su significado para la víctima y las necesidades de prevención especial del autor. La disparidad en la fijación de indemnizaciones es considerada por los críticos un grave defecto de la reparación, pues debería respetarse el principio de igualdad manifestado en “a igual daño, igual indemnización”<sup>1319</sup>. En opinión de LARRAURI, con la reparación no resultan infringidos los principio de legalidad y culpabilidad, pero sí el de igualdad<sup>1320</sup>, al tratar de forma desigual a sujetos con idéntica responsabilidad criminal, pero que recibirán distintas consecuencias jurídicas<sup>1321</sup>.

Se argumenta que la multiplicidad de respuestas sancionadoras frente a hechos equivalentes vulnera los principios de igualdad y proporcionalidad, además de no observar el principio de “*pena certa*”, es decir, de determinación previa de los rangos de la sanción a imponer<sup>1322</sup>, lo que puede poner en peligro la seguridad

<sup>1318</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 269.

<sup>1319</sup> YAGÜE RICARDO DE ANGEL, *Valoración de la vida e integridad física. Derecho Comparado, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 224, citando las actas del Coloquio de París de 1988.

<sup>1320</sup> LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, página 69.

<sup>1321</sup> El autor se refiere a la multiplicidad de respuestas del sistema de justicia norteamericano al aplicar la institución de la *guilty plea*, pero puede trasladarse *mutatis mutandi* a la multiplicidad de respuestas que pueden darse al aplicar la reparación. Ver RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, páginas 96 y 114.

<sup>1322</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 8.

jurídica, pues por la discrecionalidad del juez, la diferencia de consecuencias puede parecer carente de explicación para los ciudadanos<sup>1323</sup>.

El riesgo a los principios de igualdad y de seguridad jurídica se disminuiría con una adecuada regulación de los supuestos en los que cabe hacer uso del principio de oportunidad, las circunstancias que deben ser tomadas en consideración y las condiciones para su mantenimiento<sup>1324</sup>.

Lo que ocurre es que la justicia restaurativa aplica un enfoque criminalístico del hecho delictivo, y se ocupa de la clase de delito, sus causas y características, a fin de darle una respuesta adecuada, de ese modo, ante dos delitos de igual pena, va más allá de la respuesta formal e indaga sobre la distinta naturaleza de los mismos, a fin de valorar la oportunidad de aplicarle un proceso restaurativo y, de darse las condiciones para ello, estudiar su concreto tratamiento<sup>1325</sup>.

También se critica que el daño causado a la víctima puede valorarse de muchas maneras según las características individuales de la misma, por ejemplo, para valorar el lucro cesante de una persona se tiene en cuenta sus ingresos económicos, edad, cargas familiares y similares<sup>1326</sup>.

Ante la dificultad de medir el impacto de las consecuencias jurídicas del delito en la vida de la víctima, una opción es otorgarle al juez la valoración de la suficiencia de la prestación ofrecida por el acusado, de forma que no sea la víctima la que tenga el poder de disposición sobre la misma<sup>1327</sup>.

<sup>1323</sup> ZOIDO ALVAREZ, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física, en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Op Cit, página 171.

<sup>1324</sup> DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en La Ley Penal, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 12.

<sup>1325</sup> DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 9.

<sup>1326</sup> También se difiere en cuanto a la valoración del impacto de determinada lesión en la vida de una persona también determinada, pues por ejemplo, una lesión física tiene menor impacto en una persona que se desarrolla en condiciones sedentarias que otra que se dedica a actividades fundamentalmente físicas.

<sup>1327</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 209.

La solución para realizar estas valoraciones debe buscarse mediante el auxilio de herramientas propias del derecho de daños<sup>1328</sup> o mediante el auxilio de dictámenes de expertos, para evitar injusticias, aunque siempre estarán presentes desigualdades en función de las características de la víctima y del infractor.

En los supuestos donde se combine la pena con la reparación, para mantener limitado el quantum de la sanción global, la sumatoria de ambas debe estar dentro del espacio entre los límites inferior y superior de la respuesta penal proporcional al delito; de manera que la pena se *complemente* con la reparación, pero siempre guardando la debida proporcionalidad. La prestación reparadora no tiene en sí misma un carácter sancionador sino reparador, que complementará la respuesta penal sin aumentar la aflicción del condenado, sino más bien, ayudándole a aceptar como justa la medida y guardando proporción con la gravedad del hecho.

En el derecho anglosajón existen instituciones que ya realizan las valoraciones a las que se ha venido haciendo referencia, tales como los “*punitive damages*”, “*exemplary damages*” y los “*torts*”. La reparación que brindan estos institutos no son una *restitutio ad integrum* en sentido estricto, pues al momento de valorar económicamente los daños, consideran tanto la capacidad económica del ofensor como la gravedad del daño sufrido por la víctima, para cuidar que la reparación no desvirtúe su objetivo al convertirse en un mecanismo de enriquecimiento de la víctima<sup>1329</sup>.

En Austria se aplica la figura de la *diversion*, en la cual, para decidir que mecanismo es el más adecuado al caso concreto, el acusador debe pedir su opinión a un funcionario con experiencia en mediación, que ha tenido contacto previo con la víctima, el imputado y las instituciones involucradas, teniendo siempre como criterio preferente los intereses de la víctima<sup>1330</sup>.

---

<sup>1328</sup> Un referente puede buscarse en sistemas de baremos como los adoptados en algunos ordenamientos del derecho de daños; pero no debe ser la medida preferida, por la desigualdad que pueden surgir en razón del daño producido en la víctima concreta y respecto a la capacidad de pago del infractor.

<sup>1329</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, páginas 49 y ss.

<sup>1330</sup> LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

Dentro de la tendencia denominada *nonintervention*, también se consideran sanciones que se adapten con mayor precisión a la persona del delincuente y se consideren menos gravosas<sup>1331</sup>.

GORDILLO afirma que este modelo no es válido para todos los conflictos ni para todos los casos, no se trata tanto de modalidades de conflictos, sino que algunos conflictos y sus implicados, por una u otra razón prefieren o esperan una solución más punitiva del problema<sup>1332</sup>.

La solución al delito quizás no se encuentre en un sólo tipo de respuesta posible para los distintos delitos, con ello no resolveremos el problema. Partamos de que no todos los delitos son iguales, y lo que es más importante, no todos los delincuentes son iguales.

## 10. Ámbito objetivo de la reparación

Pueden regularse las conductas susceptibles de reparación catalogándolas en función del bien jurídico al que afectan, según su gravedad; o indicando cuales tipos de delitos quedan excluidos expresamente<sup>1333</sup>.

### 10.1 La reparación atendiendo a la gravedad de los delitos

La clasificación de las acciones punibles por criterios de gravedad no son universales ni estáticas, sino más bien son relativas, no se deducen de un principio superior, sino que son producto de valoraciones generales históricamente condicionadas<sup>1334</sup>, por lo que pueden variar dependiendo de la sociedad y del momento histórico de que se trate.

<sup>1331</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 376.

<sup>1332</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 166.

<sup>1333</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 335. También DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 13.

<sup>1334</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Segunda Edición, Akal, Madrid, 1994, página 10.

Lo importante es el valor que la comunidad le otorga al bien jurídico protegido, pues para el criterio de la lesión a la norma, no existen diferencias entre los distintos bienes, valorándose de igual manera por ejemplo, la vida que la propiedad. La clasificación de los bienes jurídicos responde a la importancia que revisten en relación con el individuo concreto, pues no pertenecen al mundo jurídico, sino a las personas, por lo que el daño social no se cuantifica según la hipotética lesión del ordenamiento jurídico, sino de acuerdo con la entidad del ataque a los intereses básicos de las personas que conforman la sociedad<sup>1335</sup>.

El parámetro para graduar la intensidad de la pena debe responder a la escala penal de cada ordenamiento jurídico, pues por ejemplo, en el sistema alemán, se acepta la reparación como consecuencia única en delitos sancionados con privación de libertad de máximo un año de privación de libertad, parámetro que no puede extrapolarse a otros sistemas penales que tienen una escala penal mucho más alta, para no restringir en demasía esta alternativa a la pena<sup>1336</sup>. En la práctica se objeta la determinación del daño y el ámbito de cobertura del mismo<sup>1337</sup>.

La reparación encuentra algún grado de aceptación de incluir la reparación en delitos leves, pero bastante más resistencia en el caso de los delitos graves, basándose en la cantidad de reproche o culpabilidad que merece el comportamiento<sup>1338</sup>. Esta resistencia debe contrastarse con los casos de justicia de

<sup>1335</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 8.

<sup>1336</sup> ÍDEM, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL1.974.155, página 6.

<sup>1337</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 9.

<sup>1338</sup> Se adoptan las justificaciones planteadas por PRAT cuando estima que puede concederse una alternativa de prisión a los comportamientos que no han sido especialmente graves. PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 23 y ss. En el derecho penal francés también tiende a favorecer la reparación en materia de dispensa, aplazamiento o suspensión de la pena si se repara el daño causado, pudiendo aplicarse a penas de mediana intensidad y no requiere que se trate de un delincuente primario. Ver TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 219. MENDAÑA estima que ampliar este tipo de medidas a delitos que vayan más allá de la bagatela ayudará a sustituir muchas prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, favoreciendo el reposicionamiento de las víctimas y la reapropiación del conflicto. En MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%20Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011, página 7. En Austria son susceptibles de mecanismos como la *diversion* delitos que implican una ofensa leve o delitos con una culpabilidad leve, que generalmente no sean castigados con penas de más de cinco años de prisión. También están excluidos los delitos de los cuales se deriva pena natural. Ver

transición donde es perfectamente aceptable la reparación incluso como consecuencia única en casos de graves violaciones a los derechos humanos en crímenes incluso de lesa humanidad. Esto debería llevarnos a la reflexión.

La posición mayoritaria, desde un punto de vista de merecimiento y necesidad de la pena, indica que para poder aplicar la reparación la gravedad del daño social debe ser leve o de mediana entidad<sup>1339</sup>.

## 10.2 La reparación en delitos leves

La aceptación del uso de la reparación para delitos leves se debe a que ha sido promovida como criterio de selección de conflictos de acuerdo a razones político criminales que buscan mecanismos de solución temprana de este tipo de conflictos. También se debe al éxito de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, lo que hace pensar que en delitos poco graves, medidas distintas a la pena puedan tener incluso mayor eficacia intimidatoria<sup>1340</sup>.

Un sector de la doctrina acepta la reparación del daño en el derecho penal por los buenos resultados obtenidos en la delincuencia leve y mediana, siempre que no se renuncie a garantías constitucionales, penales y procesales<sup>1341</sup>. Los delitos de bagatela o de mínima importancia son conductas idóneas por aplicación del principio de oportunidad y su relación con la clase e intensidad de la lesión y del

---

LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página. En Austria los casos que generalmente se diversifican se refieren a delitos relacionados con drogas, violencia doméstica, infracciones, hurtos, lesiones y en menor medida, agresiones sexuales. Ver GRAFL, CHRISTIAN, *Diversion in Austria: empirical data*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.

<sup>1339</sup> El autor concluye en esa afirmación luego de evaluar los sistemas de Alemania, Austria y Portugal. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 26. También DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 13.

<sup>1340</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 219.

<sup>1341</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 4.



bien jurídico afectado<sup>1342</sup>. De ahí que se acepte mayoritariamente que en casos se castigan con una pequeña pena de multa, se prescinda de la pena cuando se produce una reparación del daño<sup>1343</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, la tendencia denominada *nonintervention*, consistente en la renuncia a la intervención jurídico penal en amplios sectores de la criminalidad de escasa y mediana gravedad, ofrece en su lugar posibilidades fuera del derecho penal, como la restitución, posibilidades que se adaptan con mayor precisión a la persona del delincuente y se consideran menos gravosas<sup>1344</sup>.

En delitos leves la posibilidad de acuerdo entre las partes es más factible, así como el hecho de que el reproche penal tampoco es de gran entidad<sup>1345</sup>. En estos casos la reparación podría ser el hilo conductor hacia una conciliación o un acuerdo entre autor y víctima que motive al autor a la asunción de un compromiso consigo mismo, con la sociedad y con la propia víctima<sup>1346</sup>, logrando restablecer la paz jurídica por medio del resarcimiento de la víctima y la conciliación de ésta y el delincuente<sup>1347</sup>.

En el derecho comparado existen experiencias de aplicación de la reparación en delitos leves, como por ejemplo en Portugal, donde se distingue entre la pequeña criminalidad y la criminalidad grave, contemplando la primera a soluciones de consenso<sup>1348</sup> como las acá sugeridas, por la vía de la mediación, que se aplica para delitos privados y semipúblicos con pena no superior a cinco años, excluyendo delitos contra la libertad sexual, la apropiación indebida, la corrupción y el tráfico de influencias<sup>1349</sup>.

<sup>1342</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 313. También DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en La Ley Penal, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 12.

<sup>1343</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109.

<sup>1344</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 376.

<sup>1345</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 339.

<sup>1346</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 15.

<sup>1347</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Op Cit, página 35.

<sup>1348</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.161 página 14.

<sup>1349</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 378.

### 10.3 La reparación en delitos graves

Los supuestos de criminalidad grave son los que verdaderamente ponen a prueba la elección ciudadana entre privación de libertad y otras posibles sanciones. Algunos autores consideran que estas respuestas no debieran tener cabida los delitos públicos graves<sup>1350</sup> y limitarse a delitos sin un componente violento<sup>1351</sup>.

Generalmente se argumenta que equiparar la respuesta penal de los delitos graves a la de los delitos leves supondría un debilitamiento del efecto inhibitor de la prohibición de los primeros<sup>1352</sup>; y propugnan por mantener el modelo clásico de imputación y principios en el núcleo duro de los delitos, frente a un modelo más alejado del núcleo criminal con penas más próximas a sanciones administrativas<sup>1353</sup>.

Esta objeción responde a la tendencia a recurrir a la inocuización como único modo eficaz de combatir la criminalidad grave, en la cual las penas asumen un papel semejante a las medidas de seguridad en cuanto se convierten en una respuesta a la peligrosidad del sujeto.<sup>1354</sup>

<sup>1350</sup> Para MARTÍN DIZ, podría ser apropiado en delitos que no comporten una pena de privación de libertad, delitos de lesiones, delitos contra el honor, delitos en el ámbito de relaciones familiares (excluyendo la violencia) y delitos contra el patrimonio. Deben excluirse aquellos que se cometan utilizando violencia, delitos contra la libertad sexual y delitos de violencia de género, porque en ellos destaca el hecho de que se ha quebrado la igualdad entre las partes como consecuencia de la acción delictiva, material y psicológicamente el agresor se ha colocado en una posición de cierta supremacía sobre la víctima (atemorizada), por lo que decae el principio fundamental de igualdad entre las partes. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, páginas 336 y 338. En el mismo sentido BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 14. Algunos pueden encontrar argumentos para afirmar que no es posible la justicia restaurativa para criminales graves o violentos o muy problemático de establecer a gran escala. Ver WEITEKAMP, ELMAR, *Calculating the damage to be restored: lessons from the national survey of crime severity*, En Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 220.

<sup>1351</sup> No debería permitirse en los delitos violentos graves. GARCÍA TORRES, MARÍA LUISA, *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*, publicado en La Ley Penal, No. 73, julio 2010, Editorial La Ley, España, 2010, página 19.

<sup>1352</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979, página 24. PRAT considera que sí puede admitirse la reparación en los delitos leves y faltas, pero no en los delitos graves; tampoco considera posible reparar delitos donde la vulneración normativa ha sido plena y ha producido una limitación o anulación de la libertad de la víctima. PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 19 y 123.

<sup>1353</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1999, páginas 124 y 125.

<sup>1354</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA; I SABORIT, DAVID FELIP; ROBLES PLANAS, RICARDO; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, Atelier, Barcelona, 2003, página 123.

Quizás lo que deberíamos preguntarnos es si la afirmación de que la justicia restaurativa no es viable como mecanismo de regulación de conflictos severos se debe más a convicciones morales o éticas que a la efectividad o no de este mecanismo como válido para la regulación de este tipo de procesos. ¿Por qué se admite, por ejemplo, como válida en las negociaciones entre la guerrilla y el Gobierno colombiano, con las muertes que lleva la historia que representa este conflicto y no se admite en un homicidio en particular?<sup>1355</sup>

La situación es diferente si lo que se propone es solamente que la reparación disminuya la pena<sup>1356</sup>. Tal parece que en el imaginario colectivo la sensación de restauración del orden social en delitos graves no sería posible si no se aplicará la pena, por lo que por razones de prevención general es aconsejable mantenerla, combinándola con la reparación, pues por razones de igualdad y equidad, no es justo que las víctimas de delitos leves puedan acceder a la reparación mientras que las víctimas de delitos graves, que han sufrido de mayores perjuicios, no puedan acceder a ella.

Sin embargo, en el derecho comparado pueden encontrarse algunas experiencias de reparaciones incluso en el ámbito de los homicidios y otros casos graves, pudiendo encontrarse prácticas viables realizadas en Estados Unidos, Bélgica<sup>1357</sup> y Nueva Zelanda<sup>1358</sup>. En delitos como el de lesiones, la experiencia de Alemania, Austria y Australia ha demostrado el éxito de la reconciliación del delincuente con la víctima y la sociedad<sup>1359</sup>.

Por el principio de igualdad, no es conveniente aceptar la reparación para delitos leves pero dejarla al margen en delitos graves, en los cuales la víctima ha resultado más gravemente afectada.

---

<sup>1355</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 156.

<sup>1356</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109.

<sup>1357</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, páginas 153 y 346.

<sup>1358</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 73.

<sup>1359</sup> BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 14.

En la reparación rige el principio de aplicabilidad universal, que significa que los efectos de la reparación pueden ser aplicados a cualquier delito<sup>1360</sup>; pues con el delito, el autor no sólo ha tomado una ventaja sobre la víctima que ella no tiene por qué soportar, sino que ha desconocido su condición de sujeto de derechos, situación que el derecho penal debe reparar para el retorno del equilibrio de las relaciones en el seno de la sociedad<sup>1361</sup>.

Si recurrimos a la evidencia empírica arrojada por algunos estudios comparativos entre justicia restaurativa y retributiva, encontramos que en los crímenes violentos y crímenes donde hay una víctima individualizada, la justicia restaurativa es más efectiva en términos de satisfacción a la víctima y reducción de la reincidencia, cuando se usa de forma adicional a la justicia retributiva, por ejemplo, combinando la prisión con actos restaurativos<sup>1362</sup>.

#### 10.4 La reparación atendiendo a la tipología criminal

La posibilidad de reparar o restituir un bien jurídico es la razón por la cual muchos autores se muestran anuentes a la reparación en los delitos patrimoniales o con un referente económico<sup>1363</sup>. Para este tipo de delitos, desde un punto de vista político criminal se considera especialmente adecuada la aplicación de medidas reparadoras tales como el trabajo en beneficio de la comunidad<sup>1364</sup>.

<sup>1360</sup> El autor también hace referencia a la universalidad de la mediación. GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 344. En el mismo sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, quien hace referencia a que el Proyecto Alternativo de Reparación (AE-WGM) plantea que la reparación puede ser aplicada a todos los delitos y a todos los delincuentes. Ver LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *La tercera vía*, en *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 120.

<sup>1361</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 24.

<sup>1362</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 47.

<sup>1363</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas *Letras Jurídicas*, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 7. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 223. BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 14. También DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 5.

<sup>1364</sup> Por ejemplo, en la justicia juvenil española, el trabajo en beneficio de la comunidad es la segunda medida más aplicada estadísticamente, tras la libertad vigilada. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ EDUARDO,

La situación es diferente cuando los daños recaen sobre bienes sin dicho referente, aunque como ya se ha expresado, la postura mayoritaria afirma que es posible la reparación respecto a daños inmateriales, incluso mediante medidas simbólicas, siempre que las mismas comprendan determinadas acciones en provecho de la víctima o de la comunidad<sup>1365</sup>.

Otra variante respecto a la reparación por tipo de delito tiene que ver con la titularidad del interés. MARTÍN DIZ considera que este tipo de soluciones no deben practicarse cuando las partes carezcan del poder de disposición sobre el objeto del proceso<sup>1366</sup>. Se encuentra menor resistencia a aceptar la reparación en delitos privados o de instancia particular<sup>1367</sup> que cuando se trata de intereses públicos. Nótese que este aspecto surge históricamente en la etapa de la concentración del poder en manos de las monarquías absolutas, en el cual tenía el sentido de que toda infracción a la norma estatal, en tanto ofensa al soberano, debía ser perseguida hasta sus últimas consecuencias *ex officio, per inquisitionem*<sup>1368</sup>.

Hay delitos que ofenden el núcleo central de la persona, su personalidad, por lo que la consecuencia jurídica tendría que considerar la satisfacción del interés individual especialmente lesionado<sup>1369</sup>.

---

*Sobre las medidas no privativas de libertad en la ley española de responsabilidad penal de los menores*, en *El Menor como víctima y victimario de la violencia social*, Dykinson, Madrid, 2010, página 258.

<sup>1365</sup> Respecto a la mediación, MARTÍN DIZ considera que no debiera aceptarse un acuerdo final de mediación que solamente comprendiera actos de reparación simbólica, es decir, la petición de perdón a la víctima sin ningún otro tipo de reparación, pues esto sería prácticamente estar ante una terapia, pero no ante un sistema de justicia que trata de compensar a la víctima por el daño sufrido y debe comprender el compromiso de realizar determinadas acciones en provecho de la víctima o de la comunidad. MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 359.

<sup>1366</sup> MARTÍN DIZ considera que no deben practicarse porque en materia penal rige la garantía jurisdiccional y los principios de legalidad y necesidad, que imponen como vía de resolución el debido proceso penal. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 88.

<sup>1367</sup> VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas *Letras Jurídicas*, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009, página 7.

<sup>1368</sup> EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010, página 24.

<sup>1369</sup> Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 27.

Algunos autores se muestran reticentes a considerar la reparación como consecuencia jurídica en delitos tales como el homicidio, por considerar que la vida es algo esencialmente no reparable<sup>1370</sup>.

En Nueva Zelanda se aplica la justicia restaurativa para todos los casos excepto asesinato y violación, pueden ser manejados mediante el mecanismo denominado conferencias familiares “*family group conferences*”. Adicionalmente, en el Estado de Vermont, la mayoría de delitos no violentos son resueltos por “*community boards*” para lograr la reparación a las víctimas, teniendo la justicia restaurativa un papel dominante en la política criminal<sup>1371</sup>.

No es posible determinar en abstracto cuáles deben ser los tipos de delitos para los cuales la reparación es idónea<sup>1372</sup>. La justicia restaurativa puede desempeñar un papel en la mayoría de las ofensas, tanto las leves como las graves, pero cada tipo de ofensa, requerirá diferentes combinaciones o diferente balance de justicia restaurativa y retributiva. Para la mayoría de delitos contra la propiedad la justicia restaurativa suele ser lo único necesario, pero para crímenes violentos, debe combinarse la prisión con encuentros restaurativos<sup>1373</sup>.

## 11. Ámbito subjetivo de la reparación

### 11.1 La reparación respecto a la víctima

Cada víctima es diferente y las repercusiones que un hecho delictivo tiene en su vida varían según una serie de factores. En los criterios para evaluar el ámbito subjetivo de la reparación respecto a las víctimas, debe ser determinante la significación subjetiva que una víctima en particular le da al hecho, al margen de su

---

<sup>1370</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, páginas 206 y 223.

<sup>1371</sup> BAZEMORE, GORDON; SCHIFF, MARA, *Understanding Restorative Community Justice: Why and Why Now?*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001, página 25.

<sup>1372</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABETIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 98.

<sup>1373</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 47.

calificación jurídica penal. Una infracción penal, sea grave o sea leve, debe tener un componente personal relevante para que merezca el esfuerzo de encuentro entre las partes; y que se aprecie la susceptibilidad del hecho y de las partes para que el conflicto subyacente deba ser solucionado con carácter más estable, de modo que se prevenga que surjan nuevos conflictos en el futuro<sup>1374</sup>.

La valoración de la reparación respecto a la víctima debe tomar en cuenta el impacto y significado que los efectos del delito han tenido en la vida de la víctima, pues lo que se busca es la reparación de su *status quo ante*. Este aspecto ya ha sido abordado en el primer capítulo de este estudio.

En el ámbito subjetivo de la reparación, una de las críticas más importantes radica en la supuesta imposibilidad de aplicarla en delitos donde no existe una víctima determinada o la posibilidad de reparar a personas distintas de la víctima directa del sujeto, llegando incluso a afirmar que sin una víctima no puede existir reparación<sup>1375</sup>. Esto se debe a que el origen de la justicia restaurativa se encuentra en el movimiento victimológico, por ello se enfoca principalmente en los supuestos penales donde existen víctimas individualizadas<sup>1376</sup>, sin embargo este es un punto sobre el que no existe uniformidad en la doctrina<sup>1377</sup>.

La tendencia suele ir encaminada a permitir incluso la aplicación de la reparación aún en supuestos donde no se cuenta con una víctima determinada, la víctima es anónima, no existe una víctima o cuando ésta se niega a participar en el proceso de negociación de la solución, como lo demuestran experiencias en países que aplican

<sup>1374</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 98.

<sup>1375</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 65. Tampoco acepta la reparación en delitos sin víctima concreta MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 89. También MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008, página 5.

<sup>1376</sup> GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 347.

<sup>1377</sup> Existen autores que sí admiten la reparación en delitos sin víctima. Ver LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página.



mecanismos al tenor de la *diversion*, aplicando soluciones orientadas a la comunidad<sup>1378</sup>.

## 11.2 La reparación respecto al delincuente

El derecho penal no puede considerar al delincuente como una fuente de peligro, un sujeto cuya peligrosidad puede despertar en cualquier instante. Debe considerársele como un sujeto con el que se puede dialogar a efectos de que asuma voluntariamente su responsabilidad, más allá de catalogarlo como culpable o peligroso, el ordenamiento penal lo debería considerar capaz de asumir voluntariamente su responsabilidad<sup>1379</sup>, pues muchos delincuentes tienen la necesidad de reparar a su víctima<sup>1380</sup>.

La determinación de la reparación en función del delincuente presenta dos problemas:

- a) las necesidades de prevención especial del delincuente en particular
- b) su capacidad para cumplir la reparación.

### 11.2.1 Las necesidades particulares de prevención especial

Si no se consideran las características del delincuente, la reparación fracasaría, igual que ha fracasado la pena. Algunos partidarios de la justicia restaurativa han adoptado una pirámide de respuestas penales para indicar como debe ser aplicada la justicia restaurativa. Ésta se sitúa para casos de delincuentes primarios; y en la

---

<sup>1378</sup> TAMARIT acepta la reparación en delitos sin víctima siempre que tengan un referente económico, tales como los daños al medio ambiente, a la hacienda pública o la propiedad industrial. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, páginas 206 y 223. Sobre experiencias en varios países de aplicación de la reparación en delitos sin víctima, sin víctima determinada o con víctima que se niega a negociar, ver GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, página 347. En Austria, la *diversion* puede aplicarse cuando no existe una víctima individualizada o cuando la víctima no desea participar del proceso. Ver LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001, sin numeración de página. TAMARIT acepta la reparación en delitos sin víctima siempre que tengan un referente económico, tales como los daños al medio ambiente, a la hacienda pública o la propiedad industrial. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, páginas 206 y 223.

<sup>1379</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 16.

<sup>1380</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 140.



medida que falla en la rehabilitación del delincuente el Estado debe buscar respuestas más fuerte, siendo la prisión la que se sitúa en el último nivel<sup>1381</sup>.

La mayor parte de la discusión actual acerca de la justicia restaurativa y sus prácticas se limita a delincuentes primarios<sup>1382</sup>. Generalmente hay acuerdo en cuanto a que el delincuente que puede ser candidato a la reparación es aquel que no ha delinquido con anterioridad, se encuentra en los primeros estadios de su carrera delictiva<sup>1383</sup> o al menos, no ha delinquido contra el mismo bien jurídico, pues las necesidades de prevención especial son mayores si se trata de una persona que ha iniciado una carrera criminal, mientras que en el caso de delincuentes primarios, debe procurarse las más amplias oportunidades de reinserción en la sociedad<sup>1384</sup>.

Por esta valoración, la reparación sería una respuesta adecuada para delincuentes primarios; delincuentes con culpabilidad mínima y delincuentes imprudentes, todos favorecidos al tenor del principio de oportunidad, por la poca o nula necesidad de prevención especial.

Por el contrario, las promesas de buen comportamiento de reincidentes deben ser valoradas con extrema cautela, además de que, con frecuencia, en estos casos subyace un problema de fondo de más difícil solución<sup>1385</sup>.

También es un factor importante la edad del delincuente, pues la víctima será más proclive al perdón cuando su victimario sea joven, e incluso puede implicarse

<sup>1381</sup> HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, página 48.

<sup>1382</sup> WEITEKAMP, ELMAR, *Calculating the damage to be restored: lessons from the national survey of crime severity*, En *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 220.

<sup>1383</sup> GARCÍA TORRES, MARÍA LUISA, *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, julio 2010, Editorial La Ley, España, 2010, página 19. También BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013, página 14.

<sup>1384</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 páginas 26- 29. En similar sentido se manifiesta MARTÍN DIZ, quien considera que lo buscado es un cambio de conducta que no parece ajustarse al delincuente habitual. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 340.

<sup>1385</sup> DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 13.

gustosamente en el intento de reconciliación social de aquel sin el estigma del juicio y de la pena<sup>1386</sup>.

### 11.2.2 La capacidad para cumplir la reparación

La determinación de la reparación también debe tener en cuenta la capacidad del autor de cumplir con la prestación reparadora que se le impone, con el objetivo de no tornar ilusoria esta figura.

El sistema de sanciones debe ser proporcional a la situación económica del delincuente, pues de lo contrario la reparación fracasaría en los casos en los cuales se impone una reparación con referente material y el autor carece de medios económicos para cumplirla; o en los casos en los cuales el autor cuenta con una gran capacidad económica por lo que el pago de una indemnización no supondría ningún esfuerzo para él<sup>1387</sup>. Según el Proyecto Alternativo Alemán, las prestaciones de reparación no pueden requerir al autor de forma desproporcionada o inexigible<sup>1388</sup>.

Si sólo se admite la reparación material, sólo podrá cumplirse cuando el culpable es solvente, lo que implicaría que no todos los delincuentes podrían beneficiarse con ella aunque lo deseen. Esto no deja de introducir un elemento de desigualdad de

<sup>1386</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 22. Respecto a la edad del infractor, MARTÍN DIZ hace referencia a la necesidad de que, para aplicar medidas tales como las nacidas de la mediación, es importante que las partes tengan plenas capacidades. Ver MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 340. Sobre adolescentes, ver también WEITEKAMP, ELMAR, *Calculating the damage to be restored: lessons from the national survey of crime severity*, en *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998, página 220. También DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010, página 13.

<sup>1387</sup> La determinación judicial de la situación económica del autor es necesaria para declarar la imposibilidad total o parcial de hacer frente a una reparación económica, contenida en el artículo 81.3 del Código Penal español es una fórmula equilibrada que atiende razonablemente el interés de los perjudicados a la satisfacción de su crédito y al del autor a no verse sometido a un régimen que materialmente viniera a suponer una suerte de prisión por deudas, aunque en la práctica presenta problemas de aplicación dada la limitada capacidad de investigación del juez. Ver TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, páginas 203 y 211.

<sup>1388</sup> Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 4.

trato por cuanto la voluntad de reparación no va siempre acompañada por la disponibilidad de medios para llevarla a cabo<sup>1389</sup>.

Por ello se requiere determinar judicialmente la verdadera capacidad económica del autor, para evitar que acceder a la reparación se vuelva prácticamente imposible para la persona sin recursos económicos y sea presentada como un recurso que favorece solamente a las personas pertenecientes a las clases más acomodadas. Esta tarea implica una investigación financiera pues en muchos casos, la solvencia del gran defraudador de cuello blanco, suele disminuirse con entramados societarios y de otra clase, de forma que pueden disfrutar de lujos y ostentaciones mientras que no se encuentra ningún tipo de bien o patrimonio de su titularidad<sup>1390</sup>.

En los casos de delincuentes con poca capacidad económica pueden considerarse prestaciones simbólicas que no tengan referente material<sup>1391</sup>. Por medio de prestaciones no pecuniarias, no se favorece una justicia de clases y se ofrece a todos los ciudadanos las mismas posibilidades de reparación<sup>1392</sup>.

La prestación que se le encomiende debe estar relacionada con la lesión del bien jurídico concreto, para que de esa manera se logre interiorizar el desvalor de la acción evitable materializada en la lesión al mismo, así como interiorizar las consecuencias concretas que el delito produjo en la víctima y hacerse responsable de las mismas.

Otra solución que ofrece el derecho comparado es considerar el esfuerzo que pone el autor en reparar el daño causado, lo que en la legislación española se denomina “reparación en la medida de las propias fuerzas”, que supone para el autor una mayor exigencia que el mero esfuerzo por reparar el daño causado aunque no

---

<sup>1389</sup> MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, página 89.

<sup>1390</sup> ÍDEM, página 90.

<sup>1391</sup> ALASTUEY considera que pueden tomarse como referencia el resto de las pretensiones reclamadas. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 100.

<sup>1392</sup> Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 4.

logre la reparación efectiva<sup>1393</sup>. El esfuerzo del autor se debe valorarse según su situación personal o económica<sup>1394</sup>.

Esto también impone a los tribunales la difícil tarea de valorar en cada caso si la reparación ha sido relevante, para lo cual habrían de tener en cuenta la situación económica del autor, entre otros datos referidos a la magnitud objetiva del daño y el impacto del mismo sobre la víctima<sup>1395</sup>.

Para aplicar la reparación también debe considerarse la circunstancia de aquellos supuestos donde intervienen diversos autores materiales. Si el objetivo de la reparación, además de la atención a la víctima, es la de lograr un efecto en el infractor mediante la asunción de la responsabilidad por los actos, debe considerarse la forma en la cual todos los partícipes pueden contribuir a la reparación.

Al respecto, MARTÍN DIZ hace referencia que respecto a la mediación debe considerarse individualmente sin depender del grado de participación, puesto que para cada uno de ellos tanto la reparación a acordar con la víctima como la posible posición de inicio de la víctima hacia ellos puede ser diferente. Esta fórmula también es válida respecto a la reparación, aunque como afirma el citado autor, es insólito un número elevado de responsables en delitos susceptibles de ser resueltos mediante una reparación<sup>1396</sup>.

El dar entrada a la reparación dentro del sistema punitivo puede suponer una importante alternativa a la prisión. Como se ha mencionado no supone una entrada absoluta e indiscriminada, siempre que se supedite la reparación a los dos presupuestos mencionados, voluntad y tipología delictiva, su intervención puede ser efectiva. Haría desaparecer del derecho penal su vertiente represiva y lo acercaría

---

<sup>1393</sup> Esta postura es criticada porque de poco o nada le sirve el esfuerzo a la víctima si no ha habido una reparación efectiva. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, página 205 y ss.

<sup>1394</sup> Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, TOL1.974.155 página 4.

<sup>1395</sup> TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. *La víctima en el derecho penal*, Op Cit, página 209.

<sup>1396</sup> MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, página 341.

como mecanismo de solución de conflictos. Podrá aceptarse o cuestionarse, pero debe partirse de admitir a la reparación como un presupuesto de alternativa a la prisión, ya sea en vía sustitutiva, suspensiva o como pena autónoma<sup>1397</sup>.

La reparación es capaz de alcanzar los objetivos que desde las distintas teorías se atribuyen a la pena, la resocialización del delincuente y la prevención por integración en tanto que sirve al restablecimiento de la paz pública. Con la reparación el autor del delito reconoce la vigencia de la norma que ha conculcado y se produce una satisfacción social, garantizando a la comunidad su confianza en el derecho, e incluso puede tener los efectos intimidatorios del derecho penal en la medida que se acompaña de la amenaza de un proceso penal y el pronunciamiento de culpabilidad, de modo que también contribuye a la realización de los fines de la pena.

## **12. Toma de postura en cuanto a los casos en que procede la reparación**

Los casos concretos en los cuales puede aplicarse la reparación tienen mucho que ver con la opción de aplicarla como consecuencia exclusiva del delito o de forma combinada con otra sanción. No debiera considerarse su aplicación para un catalogo cerrado de delitos, sino más bien, valorar en cada caso concreto el merecimiento y necesidad de una pena. Esto requiere que el juzgador maneje un margen de discrecionalidad para valorar la clase e intensidad de la lesión, y las necesidades de prevención especial del infractor en cada caso concreto.

La reparación procede, sin lugar a dudas, como consecuencia exclusiva en los delitos que han producido un daño social leve, salvo que las particulares necesidades de prevención especial aconsejen combinarla con una pena. En estos casos, razones de política criminal debieran también favorecer la aplicación de una reparación en una etapa temprana del conflicto, para poder concentrar los recursos de persecución penal del Estado a los casos graves.

---

<sup>1397</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, páginas 125 y ss.

También desde un punto de vista de factibilidad práctica, en los delitos leves es más probable lograr un acuerdo de reparación entre las partes.

Así mismo, debiera considerarse aplicar una reparación como consecuencia exclusiva, cuando existe una relación previa entre la víctima y el infractor, con un componente personal relevante para merecer el esfuerzo de procurar un encuentro y reconciliación entre las partes; y el interés por resolver el conflicto subyacente, de forma de prevenir que en el futuro se repita un conflicto de la misma naturaleza.

La reparación no debiera excluirse de los delitos graves, por el contrario, por el principio de igualdad, y dese el punto de vista de la protección y asistencia a las víctimas, si se aplica en delitos leves, que han producido un escaso daño social, con más razón debiera aplicarse en delitos que producen gran daño social. Lo que ocurre en estos casos, es que en el imaginario social colectivo no es posible restaurar el orden social si no se aplica una pena, por lo que, por razones de prevención general, lo aconsejable es mantenerla, pero esta circunstancia no excluye la viabilidad de combinarla con medidas de reparación.

La combinación de penas u otras sanciones con medidas de reparación, requerirán de una ponderación para establecer cómo influye en el quantum de la pena, pues para mantener la proporcionalidad de la respuesta penal acorde con el grado de reproche social, en casos donde se combine la pena con la reparación, la pena debe disminuirse en una parte, la cual será compensada con la aplicación de la reparación, pues de lo contrario, al acumular las consecuencias jurídicas, nos colocaríamos en un escenario donde la pena automáticamente se vería aumentada.

La reparación procede en los delitos con un referente económico, teniendo en consideración las particulares necesidades de prevención especial en cada caso concreto, por lo que éste sería otro supuesto donde podría combinarse con otra consecuencia jurídica. En estos casos, además de ser posible la perfecta restitución, se logra desalentar el delito al privar al infractor del fruto de su delito, a la vez que se evita que los productos de un delito puedan aprovecharse para la comisión de otros delitos futuros.

La reparación también procede, sin lugar a dudas, en los delitos privados y puede ser una respuesta idónea en los delitos donde la víctima tiene poder de disposición, en cuyo caso, en atención a la tutela de los intereses de la víctima, debe contarse con su conformidad.

Para ponderar la reparación, en todos los casos debe considerarse el impacto y significado que los efectos del delito han tenido en la vida de la víctima, pues no debe olvidarse que uno de los objetivos de esta vía es lograr un equilibrio con los intereses de la víctima.

Lo anterior no quiere decir que la reparación no es posible en aquellos delitos que no tienen una víctima determinada, pues siempre existe una comunidad que se verá favorecida con la restauración de la armonía rota por el delito. Muchos de los delitos sin víctima lesionan intereses de toda una colectividad; además de que con la reparación también se busca lograr efectos resocializadores en la persona del infractor.

Las medidas reparación exigibles al infractor no pueden ser desproporcionadas a las capacidades de cumplirla, para que la reparación no se torne ilusoria o sólo accesible para cierto tipo de infractores. La reparación debe permitir que el autor asuma su responsabilidad. La prestación que se exija debe estar relacionada con la lesión del bien jurídico concreto, para que de esa manera el infractor interiorice el desvalor de su acción, e interiorice las consecuencias concretas que el delito produjo en la víctima y se haga responsable de las mismas. Para esta situación, en el derecho comparado se toma en consideración el esfuerzo que pone el autor en reparar el daño causado, lo que en la legislación española se denomina “reparación en la medida de las propias fuerzas”, aunque no logre reparar el daño en todas las esferas donde dejó consecuencias.

Las experiencias del derecho comparado aportan números ejemplos de aplicación de medidas restaurativas al tenor del principio de oportunidad. Por esta razón, la reparación es la respuesta idónea para los casos en los cuales el infractor no ha delinquirido con anterioridad, se encuentra en los primeros estadios de su carrera delictiva o al menos, no ha delinquirido contra el mismo bien jurídico, en atención a

las necesidades de prevención especial. Por esta valoración, la reparación procede para delincuentes primarios; delincuentes con culpabilidad mínima y delincuentes imprudentes, todos favorecidos al tenor del principio de oportunidad, por la poca o nula necesidad de prevención especial. También es una respuesta adecuada en casos de adolescentes, casos que tienen la ventaja de aportar un valor pedagógico en la formación del joven, y hacen probable que la víctima se implique gustosamente en el intento de reconciliación social de aquel sin el estigma del juicio y de la pena.

### 13. Necesidad de desarrollo legislativo

El legislador debería conceder a la reparación un espacio más amplio en el derecho penal<sup>1398</sup> y en el proceso penal. Sólo se podrá hablarla reparación en un derecho penal de tres vías cuando el legislador tenga en cuenta la reparación en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta de la actual<sup>1399</sup>.

Este planteamiento también implica la necesidad de revisar la manera en que se concibe el sistema penal, su fundamento y sus funciones así como a modificar las instituciones penales, para que el derecho penal además de culminar con una pena pueda cumplir también con la reparación del daño<sup>1400</sup>.

El legislador, valiéndose de razones político criminales decide como sancionar las conductas<sup>1401</sup>. Desde un punto de vista político criminal, por el principio de necesidad de la pena, el centro de atención reside en que el sistema no pierda credibilidad con la no aplicación de la pena, es decir, que no se resientan las finalidades del derecho penal<sup>1402</sup>.

---

<sup>1398</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 156.

<sup>1399</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 110.

<sup>1400</sup> ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 141. QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 40. Sobre la inclusión de la reparación como un nuevo fin del derecho penal, también ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 5.

<sup>1401</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 51.

<sup>1402</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, TOL1.974.155 página 12.



Cuando el legislador decide tipificar una conducta, hay que partir de que el conflicto social que causa la realización de aquella requiere una respuesta penal, la cual no debe consistir necesariamente en una pena, pudiendo ser una alternativa a la pena o ninguna respuesta, atendiendo a razones de prevención general y prevención especial<sup>1403</sup>.

Algunos autores observan vulneraciones al principio de legalidad en la actual regulación de alternativas a la pena privativa de libertad, tanto por ausencia de una determinación taxativa y falta de criterios que guíen su aplicación concreta, convirtiendo en imprevisible el uso que se pueda hacer de esta amplia discrecionalidad judicial, como por ejemplo en el caso de la imposición de la suspensión, atendiendo generalmente al criterio de la peligrosidad del reo<sup>1404</sup>. Para PRAT, por el principio de legalidad, las alternativas a la pena privativa de libertad también deben reguladas en la misma norma que dispone la sanción, justificándose en la naturaleza de la pena<sup>1405</sup>.

En la actualidad algunos ordenamientos jurídicos contemplan a la reparación dentro de la parte procesal del derecho penal, como condición para la modificación de la pena, graduándola, suspendiéndola o como una alternativa a la pena.

El principio de legalidad opera tanto en la definición de las conductas prohibidas como en la definición de sus consecuencias jurídicas, por lo que las sanciones en general deben aplicarse y ejecutarse conforme a las prescripciones legales. En cualquier sanción diferente de la pena, el texto legal debe reconocer que su carácter es distinto de la misma, pues el fundamento material de una pena y una sanción alternativa es diferente, por lo que debe expresar su carácter sancionatorio y las restricciones de bienes o derechos que implican<sup>1406</sup>.

---

<sup>1403</sup> ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Op Cit, página 104.

<sup>1404</sup> SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Op Cit, página 384; también CID MOLINÉ, JOSÉ; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Penas alternativas a la prisión*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, página 32.

<sup>1405</sup> PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Op Cit, página 12.

<sup>1406</sup> ROBLEDO RAMÍREZ, JORGE, *Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales*, Editorial Edersa, Madrid, 1996, página 147-150. Para GALAIN, el acuerdo de reparación tiene naturaleza

La inclusión de la reparación como tercera vía requerirá que los ordenamientos jurídicos la incluyan siguiendo el procedimiento de reforma legislativa previsto. En cumplimiento del principio de legalidad, su inclusión debe hacerse tanto en la parte sustantiva como en la procesal del ordenamiento penal.

La inclusión legislativa de la reparación como una tercera vía del derecho penal requerirá de disposiciones en cuanto a la determinación de la pena y consideraciones sobre ella tanto en la parte general como especial de los códigos penales para buscar y procurar la reparación del daño<sup>1407</sup>.

La aplicación de la reparación como una consecuencia jurídica del delito implicará que, para cierto tipo de delitos, se aplique la reparación de manera conjunta con la pena, lo que probablemente traerá consigo la necesidad de disminuir los límites inferiores de las penas, pues al adicionarse la reparación a la pena el quantum de la sanción se aumentará. En caso de no realizarse esta adecuación, nos encontraríamos automáticamente aumentando las penas por encima del límite máximo que contempla el tipo penal, lo que no es de ninguna manera lo buscado.

El problema de combinar la pena con la reparación se da en mantener los límites del quantum de la sanción global, que incluye pena y reparación, dentro del límite de la culpabilidad y proporcionalidad.

Se requerirá de criterios objetivos para graduar el quantum de la reparación, sobre todo cuando se trate de medidas inmateriales y cuando se presente de forma combinada con la pena, por lo que necesariamente habrá que modificar los mecanismos normativos de determinación de la pena o exclusión de la misma, para evitar los problemas que se presentan en cuanto a las medidas de seguridad, donde el mandato de determinación plantea especial dificultad para delimitar con precisión suficiente el presupuesto de peligrosidad del sujeto por no ser subjetiva, así como la duración y características concretas de las propias medidas, pues para la imposición

---

punitiva porque es compensatorio del mal hecho. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, TOL1.974.147 página 41.

<sup>1407</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 40.

de las medidas de seguridad sólo se exige la comisión de un delito previo y ni siquiera se señalan los límites máximos a la duración de las medidas<sup>1408</sup>.

Dado que el contenido de la reparación será diferente según el delito y según las particularidades de la víctima y del delincuente, debe encontrarse un mecanismo que permita establecer el quantum de la reparación. Generalmente es aceptada la libertad en el arbitrio del juez para imponer la reparación, es decir, éste será quien determinará la forma de reparación que se adoptará, atendiendo la lesión y las características de la víctima, mediante criterios técnicos, de ser posible con participación de la víctima, atendiendo los acuerdos que puedan lograrse entre ella y el delincuente, o atendiendo a dictámenes de expertos.

En cualquier caso, no sería conveniente crear un *numerus clausus* de delitos que pudieran recibir como consecuencia jurídica la reparación, pues de esta forma se limitaría la utilización de esta posibilidad<sup>1409</sup>; sino más bien debe permitirse cierta discrecionalidad al juez para adecuar la reparación al caso concreto y un amplio catálogo de posibilidades en cuanto a las medidas de reparación permitidas, pudiendo incluso ser *numerus apertus*, limitadas únicamente por el principio de culpabilidad y por el respeto de los derechos humanos. La motivación judicial deberá expresarse en la sentencia para fundamentar las razones que llevaron a adoptar la medida de reparación para el caso concreto.

El juez determinará la mejor forma de reparar la lesión causada por el delito, atendiendo a otros principios tales como el de proporcionalidad y el de culpabilidad, cuidando en todo momento que la reparación pueda ser cumplida por el sindicado, atendiendo a su capacidad, para que no se torne ilusoria; y que satisfaga las necesidades de la víctima sin llegar a constituir un enriquecimiento ilícito. La determinación legal previa es necesaria para cumplir con la garantía jurisdiccional del derecho penal.

En las consecuencias jurídicas del delito se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque la seguridad está dada en

<sup>1408</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 78.

<sup>1409</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Op Cit, página 27.

el principio de culpabilidad y los principios codificados de la medición de la pena<sup>1410</sup>. La falta de elaboración científica de una teoría de la medición de la pena genera obstáculos para determinar con exactitud el grado de culpabilidad y por lo tanto la sanción.<sup>1411</sup>

Para PRAT la mejor opción es un sistema genérico de sustitución o de alternativas legales a la prisión<sup>1412</sup>, donde el juez tenga la facultad de aplicar la sanción que más convenga en el caso concreto, lo que implica una mayor confianza en el órgano jurisdiccional. Un sistema de este tipo permitiría que todas las penas privativas de libertad de hasta una determinada duración puedan ser sustituidas, de manera que no sería preciso disponer legalmente de sanciones alternativas en los distintos tipos penales. Ello acercaría las alternativas a la prisión a la condición personal y cantidad de reproche o culpabilidad por el hecho cometido<sup>1413</sup>.

Para cumplir con la garantía de ejecución, el cumplimiento de la reparación deberá estar también sujeto a control judicial, para garantizar que efectivamente se lleve a buen término, sobre todo en los casos en los cuales se cumplirá por medio de actividades o prestaciones de tracto sucesivo. Esta garantía implica la capacidad instalada de los servicios judiciales para poder dar seguimiento a la forma de cumplimiento de la reparación<sup>1414</sup>.

---

<sup>1410</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 175.

<sup>1411</sup> Sobre la necesidad de una teoría sobre la determinación de la pena se han pronunciado también autores como ROXIN y GARCÍA PABLOS. Por todos OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 257.

<sup>1412</sup> Por ejemplo, en la legislación española, el delito de robo y hurto de vehículos a motor obliga al juez a elegir entre un arresto de 12 a 24 fines de semana o una multa de 3 a 8 meses por el mismo delito.

<sup>1413</sup> Esto implicaría que la aplicación de la alternativa se explicara y razonara en la sentencia y sobre todo se aprecia en atención a las circunstancias del hecho y del culpable. Sobre esto ver PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Op Cit, páginas 20 y ss.

<sup>1414</sup> En España se critica que se ha incluido a la reparación como modalidad de trabajo en beneficio de la comunidad, pero no se han dispuesto procedimientos para llevar a cabo dicha reparación. Debiera existir personal especializado en el control y seguimiento de trabajos comunitarios, de forma similar a los llamados "funcionarios de *probation*" anglosajona. De igual forma, el autor hace referencia a la necesidad de que el Estado adopte mecanismos de control de cumplimiento de medidas, citando el ejemplo de las órdenes de alejamiento, las cuales no pueden controlarse dando un teléfono móvil a la víctima para que ella vigile su cumplimiento PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, página 69 y ss.

## 14. Rompiendo el paradigma de la prevención y la retribución: la reparación como fin del derecho penal

### 14.1 ¿Es el restablecimiento de la convivencia un fin del derecho penal?

El Estado, en su posición de garante del bien común, crea el derecho en general y el derecho penal en particular como mecanismo para resolver los conflictos sociales, encomendando al derecho penal restaurar el orden social y la armonía de la convivencia que se ha roto por el delito. La sociedad confía en que el Estado puede resolver estos conflictos, tiene una justa expectativa en este sentido.

Para resolver estos conflictos sociales, surge el derecho penal. Las normas jurídico penales son siempre respuesta, acertada o no, a una cuestión nacida de la convivencia de seres humanos dentro de una sociedad organizada. En otras palabras, son la solución de un problema planteado por la necesidad de coexistir<sup>1415</sup>.

En aras de resolver esos conflictos, el derecho penal debe cumplir con varios fines de protección y de prevención, tales como la protección de la convivencia de la sociedad en tanto asegura la paz pública y la protección de bienes jurídicos<sup>1416</sup>.

Esto significa que se rompe con el dominio del más fuerte y se posibilita a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad mediante la conciencia de seguridad general. La seguridad general no es una situación en la que no se cometa ningún delito, pero sí una en la que la criminalidad se mantiene dentro de ciertos límites y se halla controlada por el Estado, en el sentido de que los delitos cometidos son aclarados en un alto porcentaje y se persiguen sin discriminaciones por razón de la persona que los cometa<sup>1417</sup>.

Respecto a la protección de los bienes jurídicos, es una protección fragmentaria, porque no se castigan todos los ataques que producen determinada lesión en

---

<sup>1415</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Séptima Edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1979, página 11.

<sup>1416</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 186.

<sup>1417</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 2.

dichos bienes jurídicos, sino sólo las modalidades más peligrosas de los mismos<sup>1418</sup>, función que legitima la intervención del derecho penal, por lo que deberíamos preguntarnos ¿si uno de los fines del derecho penal es proteger bienes jurídicos, por qué no presta especial atención a repararlos cuando se han lesionado? En cualquier caso, qué mejor protección de los bienes jurídicos que reafirmar la confianza de quien confía en la norma, de modo que pueda ajustar su comportamiento a las expectativas fijadas por la norma y confirmadas por la respuesta penal<sup>1419</sup>.

Para autores como GALAIN, la reparación del orden social no es un fin del derecho penal, pues su único fin posible es la prevención del delito, finalidad que abarca la prevención en todas sus formas y por lo tanto, no se necesita de un nuevo fin, por lo que la reparación no puede llegar a ser un nuevo fin<sup>1420</sup>.

Sin embargo, otros autores como JESCHECK apuntan a que el fin del derecho penal es en primer lugar el mantenimiento de la paz y de la seguridad jurídica gracias a la protección de los valores básicos de la convivencia en comunidad, y luego, en segundo término, la satisfacción de la víctima<sup>1421</sup>.

Si dicha convivencia se rompe con el delito, entonces su restablecimiento sería el fin del derecho penal. Pero ¿cómo se restablece el orden jurídico y social conculcado por el delito? ¿Cómo se restablece esa convivencia? ¿Realmente, como afirmó en

---

<sup>1418</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, Páginas 106 y 107. De acuerdo a LUZÓN, la pretensión de realización de la justicia se contradice con el carácter fragmentario del derecho penal y la protección parcial de los bienes jurídicos y sólo frente a determinados ataques; por ejemplo, la medida de la punición en los delitos contra la propiedad no viene dada tanto por la gravedad del ataque como por su peligrosidad (mayor probabilidad de comisión de ciertos delitos), como igual sucede con muchas agravantes, que responden a la peligrosidad, es decir, a necesidades de prevención; e igualmente son incompatibles con la idea de justicia absoluta instituciones como la condena condicional, prescripción del delito o de la pena, amnistía, indulto, perdón del ofendido o la existencia de condiciones objetivas de punibilidad o excusas absolutorias. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979, página 23.

<sup>1419</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 58.

<sup>1420</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.155 página 13.

<sup>1421</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 13.

su momento HEGEL, es la pena la que cumple ésta función? La respuesta es negativa.

La pena puede reafirmar al ordenamiento jurídico y cumplir con fines retributivos y de prevención general y especial, pero no repara ese orden social. Con excluir al delincuente de la sociedad privándolo de libertad en una cárcel no se repara nada, es más, esa separación romperá absolutamente el orden social y la convivencia para ese delincuente. La pena tampoco repara el daño ocasionado por el delito<sup>1422</sup>.

De acuerdo con HIRSCH, la función de satisfacción de la pena concreta para la generalidad consiste en la confianza en la conservación del ordenamiento jurídico, resultante de un castigo justo del autor; mientras que con respecto a la víctima, se trata de la satisfacción obtenida con el justo castigo del autor<sup>1423</sup>.

Si las penas son símbolos abstractos de desaprobación, sin relación sustancial con la naturaleza de la infracción penal, la reparación, que sí tendría esa relación sustancial, aparece como una contribución a la confirmación normativa<sup>1424</sup>.

Este concepto va ligado a la idea de efectividad del derecho penal. El mal social no se restablece con la pena, aunque su imposición sí tranquiliza a la sociedad.

Por su parte, ROXIN considera que el orden social se repara sólo cuando se ha reparado el daño, pues de esta forma la víctima y la comunidad considerarán eliminada la perturbación social originada con el delito<sup>1425</sup>.

<sup>1422</sup> Autores como MUÑOZ CONDE, afirman que la pena no tiene la misión de reparar el daño ocasionado a la víctima, sino confirmar ante los ciudadanos la vigencia del derecho penal como protector de bienes jurídicos, y en definitiva, constatar la presencia del Estado para la realización de los fines preventivos. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 532.

<sup>1423</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 63. Para los retribucionistas, el castigo puede justificarse como una forma de restablecer el orden moral. KISS, ELIZABETH, *Moral ambition within and beyond political constraints: Reflection on restorative justice*, en Truth v. Justice: The morality of truth commissions, Princeton University Press, USA, 2000, página 80.

<sup>1424</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 58.

<sup>1425</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 109.

Pero el derecho penal no incluyó a la víctima ni a la reparación entre sus fines y tareas; y el derecho procesal penal sólo le reservó a la víctima un papel secundario y penoso, el de informar para el conocimiento de la verdad<sup>1426</sup>.

## 14.2 Fines del derecho penal en la justicia de transición

El derecho penal es más que la pena<sup>1427</sup>. Existe una forma positiva de entender el derecho, y ésta es la de la reparación a las víctimas<sup>1428</sup>. Al analizar los fines que busca el derecho penal en casos concretos, nos encontramos ante evidencias que nos demuestran que con su aplicación se buscan otros fines distintos a la prevención, particularmente en casos de justicia de transición.

Por justicia de transición se entiende una concepción de justicia vinculada a momentos de transición política de una situación de dictadura hacia la democracia o de una situación de conflicto armado o de guerra civil hacia la paz, que busca lidiar con un pasado de graves violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, afrontando los crímenes cometidos<sup>1429</sup>. Procura armonizar las peticiones de las víctimas y los derechos de los victimarios, buscando a la vez la verdad y la reconciliación, intentando superar las contradicciones en las entran las diferentes demandas y siendo además respetuosa con las obligaciones que incumben al Estado en virtud del derecho internacional para hacer efectivamente justicia<sup>1430</sup>.

La internacionalización de la persecución penal tiene como fin evitar la impunidad de los autores de los crímenes internacionales, ocurridos casi siempre en el contexto

<sup>1426</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 186.

<sup>1427</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 51.

<sup>1428</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 107.

<sup>1429</sup> RINCÓN, TATIANA, *Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la justicia transicional*, en *Debates Democráticos*, publicación de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, página 26.

<sup>1430</sup> BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 124.



de una guerra internacional o interna, en la cual ha habido una participación de autoridades y funcionarios públicos, por lo que, confiar en los criterios clásicos de atribución de la jurisdicción, nos lleva a resultados penales desde la perspectiva de la justicia material<sup>1431</sup>.

La justicia de transición es casi tan antigua como la misma democracia<sup>1432</sup>. Se ha implementado en sociedades en transición, luego de un conflicto o durante el conflicto en curso, y supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial, con distintos niveles de participación internacional o sin ella; y que puede consistir en persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones o una combinación de todas ellas<sup>1433</sup>.

En casi todas las transiciones, la extensión de las atrocidades y el elevado número de responsables hace que sea imposible lograr la clase de castigo que la aplicación estricta de la justicia y el imperio de la ley requeriría. La magnitud de los crímenes limita la capacidad de respuesta, incluso en los sistemas judiciales más competentes<sup>1434</sup>.

La mayoría de las víctimas y de los perpetradores de crímenes masivos jamás encontrarán la justicia en un tribunal y por lo tanto, resulta necesario complementar los enjuiciamientos con otras estrategias<sup>1435</sup> y consecuencias.

---

<sup>1431</sup> BUJOSA VADELL, LORENZO, *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Editorial Atelier, España, 2008, página 70.

<sup>1432</sup> ELSTER cita los primeros procesos de justicia transicional en Atenas en los años 411 a.C. y 403 a. C., tras superar el derrocamiento de la oligarquía, épocas en las cuales se adoptaron severas medidas de retribución y se dictaron leyes para impedir que futuros oligarcas intentaran retomar el poder. Afirma que puede aplicarse tanto en el momento de consecución de la independencia por parte de las colonias, períodos de democratización y períodos postconflicto. El autor sistematiza las experiencias conforme a dos criterios: la naturaleza y duración del régimen y la naturaleza y duración del proceso de transición. Ver ELSTER, JON, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, páginas 17 y ss.

<sup>1433</sup> AMBOS, KAI, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en Justicia de Transición con Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Publicación de Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2009, página 27.

<sup>1434</sup> Según los historiadores, el número de autores materiales de los crímenes perpetrados durante el nacionalsocialismo podría llegar a quinientos mil; en Ruanda, se estima que en los crímenes participaron hasta 650,000 personas. SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 56.

<sup>1435</sup> PARRA, JORGE, *Verdad y reparación*, en Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010, página 187.

Si bien el estudio del protagonismo de la justicia en tiempos de transición se remonta a la antigüedad, sólo después de las atrocidades sin precedentes cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, el interés académico y práctico pasó a tratar la cuestión de la responsabilidad por los crímenes masivos de una manera más sistemática. Las discusiones estaban relacionadas con la naturaleza jurídica de los delitos, su enjuiciamiento y la psicología de los autores<sup>1436</sup>, pues en aquella época se desarrolla un derecho penal centrado en el delincuente o criminal-céntrico<sup>1437</sup>.

TEITEL utiliza una genealogía para ilustrar que la justicia de transición ha pasado por varias etapas: una primera etapa que abarca el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, basada en la esfera de acción del régimen sucesor y de los tribunales, particularmente respecto al modelo de Nuremberg; y una segunda etapa, donde pueden agruparse los procesos de transición posteriores a 1970, en los que las instituciones relevantes estaban asentadas fuera del derecho y de la política e incluyeron iglesias, ONG's y grupos de defensores de los derechos humanos que incorporaron una amplia gama de alternativas en la resolución de conflictos. Mientras la política de justicia de la *fase I* sencillamente asumió la legitimidad de castigar los abusos a los derechos humanos, en la *fase II* la tensión entre castigo y amnistía se complicó con la admisión y reconocimiento de dilemas inherentes a períodos de cambio político<sup>1438</sup>.

<sup>1436</sup> Los crímenes de lesa humanidad condujeron al establecimiento de los tribunales internacionales para el juzgamiento de crímenes de guerra en Nuremberg y Tokio. Ver SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 13.

<sup>1437</sup> BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 13.

<sup>1438</sup> El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase 1 en la forma del Tribunal Penal Internacional, la nueva institución internacional establecida a fines del siglo XX, tribunal que fue precedido por los tribunales criminales internacionales ad hoc convocados para responder a conflictos genocidas en los Balcanes y en Ruanda. Este tribunal simboliza el afianzamiento del modelo de Nuremberg: la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad como una materia de rutina bajo el Derecho Internacional. TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Sobre la creación de mecanismos tales como el establecimiento de tribunales especiales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y posteriormente, la Corte Penal Internacional, ver también CONSORCIO ACTORAS DE CAMBIO, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala*, primera reimpresión, F&G Editores, Guatemala, 2007, página xiv.

Los nuevos regímenes democráticos generalmente experimentan serias limitaciones en sus esfuerzos por confrontar el pasado, lo que ha conducido a mecanismos alternativos de rendición de cuentas, tales como las comisiones de la verdad<sup>1439</sup> y a procesos de amnistías<sup>1440</sup>.

En el seno de las Naciones Unidas, a lo largo de varias décadas, dominó la idea de que la impunidad era el precio a pagar como un mal necesario para asegurar la transición a la democracia, el “retorno de los militares a sus cuarteles” o la superación de conflictos armados internos, lo que ha quedado deslegitimado a partir de la creación de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona, así como de la Corte Penal Internacional<sup>1441</sup>, entes que sustentan con normas de derecho internacional la obligación de impedir la impunidad de los crímenes más graves bajo el derecho internacional y de someter a la justicia a sus autores<sup>1442</sup>, es decir, la intervención judicial de la jurisdicción

<sup>1439</sup> Respecto a las comisiones de la verdad, TEITEL las define como un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico. Argentina estableció la primera comisión oficial transicional de investigación de la era moderna. Si bien era una comisión de verdad, su objetivo no era la reconciliación sino fue la primera fase de la justicia argentina posterior a la junta, tras el colapso del régimen militar después de la derrota de guerra de Las Malvinas. IDEM página 11 de la traducción. Es frecuente que en los períodos de transición se establezcan mecanismo oficiales encargados de sacar a luz lo ocurrido en el período precedente, comúnmente denominados Comisiones de la Verdad, aunque también se conocen como “Comisión de encuesta e investigación” o “Comisión de Clarificación”. Ver BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 155. La Comisiones de la Verdad se constituyen con el objeto de investigar objetiva y críticamente el pasado en sociedades que han padecido situaciones trágicas de violencia interior, con el fin de curar las heridas producidas y evitar que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro. Ver RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 36.

<sup>1440</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 15.

<sup>1441</sup> Los Estados están en el deber de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales, y de forma complementaria, la Corte Penal Internacional puede entrar a conocer estos crímenes. La Corte sólo está prevista para los casos más graves y llamativos, seleccionados por el propio tribunal. Basa su actuación en el principio de jurisdicción universal, según el cual, de acuerdo con el derecho penal internacional, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, siguiendo el principio de jurisdicción universal, son punibles en cualquier lugar y por cualquier Estado, sin consideración a la nacionalidad del presunto autor, la víctima o el lugar donde el crimen se cometió. Ver BUJOSA VADELL, LORENZO, *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Editorial Atelier, España, 2008, página 82 y ss.

<sup>1442</sup> COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Guía para Profesionales No. 3, Publicación de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008, páginas 3-10.

extraterritorial se da por la necesidad de evitar que un crimen internacional permanezca en la impunidad<sup>1443</sup>.

La justicia de transición va más de la justicia retributiva y abarca más que la demanda de responsabilidades penales, pues incluye interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de toda una sociedad e incorporar diversos valores de un Estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación para la reconstrucción de una nación, teniendo como propósito principal el construir una historia alternativa a los abusos del pasado<sup>1444</sup>.

La justicia de transición no sólo tiene que ver con la garantía de la justicia retributiva penal, sino que pretende dar cuenta de una noción mucho más amplia de justicia, en la que el conocimiento de lo que pasó, la reparación de los daños causados a las víctimas y el diseño y fortalecimiento de instituciones que garanticen que los horrores del pasado no volverán a repetirse<sup>1445</sup>.

Estas prácticas ilustran como en épocas de transición, el derecho penal tiene como objetivo la reconstrucción de la convivencia y se auxilia de herramientas que se encuentran más allá del derecho penal y por supuesto, más allá de la pena, pues generalmente se trata de hechos que son atendidos por el derecho penal mucho tiempo después de que se consumaran, luego de haberse conseguido una transición a la legalidad.

¿Qué finalidad puede atribuirse a la sanción penal para legitimar la justicia retroactiva sobre delitos de lesa humanidad? La pena no puede tener fines disuasivos ni resocializadores sobre un grupo de fanáticos omnipotentes; tampoco podría alegarse la finalidad de reforzar la confianza pública en el sistema, cuando

---

<sup>1443</sup> BUJOSA VADELL, LORENZO, *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Editorial Atelier, España, 2008, página 77.

<sup>1444</sup> TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, página 10 de la traducción.

<sup>1445</sup> RINCÓN, TATIANA, *Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la justicia transicional*, en Debates Democráticos, publicación de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, página 26.

éste permitió la muerte de miles de personas; ni su capacidad para impedir la reiteración de los hechos lesivos, porque los involucrados ya perdieron su poder<sup>1446</sup>.

Es cuestionable el hecho de que establecer responsabilidades criminales a nivel internacional contribuya a una mayor disuasión. Visto con retrospectiva histórica, parece bastante claro que los juicios nacionales tras la Primera Guerra Mundial no evitaron la Segunda<sup>1447</sup>.

¿La finalidad es entonces simple retribución? La respuesta necesariamente debe responderse en sentido negativo, pues como ya se ha expresado, la tendencia dominante ya no concibe a la pena como un fin en sí misma, sino como un medio para alcanzar la finalidad de prevención<sup>1448</sup>, donde la retribución no es tomada en cuenta ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención. Si el proceso estuviera únicamente orientado a castigar a los responsables a cualquier precio, de acuerdo a los principios de la justicia retributiva, terminaría por convertirse en una justicia de vencedores en el sentido más negativo del término, en una “justicia de vengadores”<sup>1449</sup>.

Sin embargo, sólo la teoría de la retribución puede justificar el castigo de los criminales nazis, ancianos, que actualmente viven socialmente integrados y ya no representan ningún peligro<sup>1450</sup> o que cometieron los crímenes en momentos

<sup>1446</sup> DUFFY, MARIA VIRGINIA, *Fines y límites de la justicia penal en el ámbito de la Justicia Transicional. Análisis y propuestas desde la experiencia argentina*, Trabajo Final del Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2010, página 14.

<sup>1447</sup> TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, página 8 de la traducción. En similar sentido se manifiesta CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, quien afirma que los juicios públicos y políticos no evitan las atrocidades pero sí pueden contribuir a estigmatizar y aislar socialmente a los criminales. Ver CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 43.

<sup>1448</sup> RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 92.

<sup>1449</sup> Uno de los ejemplos más recientes de esta práctica lo constituye el juicio a Saddam Hussein por los graves crímenes cometidos durante su mandato, que desembocó en la imposición de la pena de muerte y ulterior ejecución del ex dictador. BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, página 146.

<sup>1450</sup> Si tales asesinatos quedaran sin castigo, es posible que se quisiera invocar el mismo tratamiento en cualquier otro autor de homicidio en el cual no hay peligro de reincidencia. En ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte*

históricos que no volverán o motivados por situaciones personales irrepetibles<sup>1451</sup>. El debate sobre la conveniencia o necesidad de imponer una pena en circunstancias donde no existen necesidades de prevención especial sigue estando pendiente<sup>1452</sup>.

Entonces, en estos casos, salvo que aceptemos que la función del derecho penal es la legitimación del poder y control social<sup>1453</sup> o la forma de reforzar el poder soberano<sup>1454</sup>, debemos abrir la posibilidad de que busca otro fin. Es más, habría que preguntarnos si el derecho penal en realidad cumple con los fines que declara o si cumple otros distintos, que son los que realmente lo legitiman y sostienen<sup>1455</sup>.

Junto a los fines clásicos del derecho penal, es decir, la pena encaminada al autor o a la colectividad, aparece una nueva función, que sería llamada “reconstrucción de la paz jurídica”, cumpliendo con ello una función pacificadora, que ha sido denominada la tercera vía (*dritte Spur*)<sup>1456</sup>.

---

*General*, Op Cit, página 98. Por su parte, LARRAURI afirma que nadie defiende una pena exclusivamente con base en consideraciones preventivas, la pena debe ser además justa, proporcional, humana y no desocializadora, si fuera sólo preventiva no habría ningún argumento para establecer límite a la pena de prisión. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación, en Penas alternativas a la prisión*, Op Cit, páginas 188 y 189.

<sup>1451</sup> SOUTO considera que estas situaciones irrepetibles serían impunes en aras de la prevención especial. Ver SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 48.

<sup>1452</sup> OBREGÓN afirma que es preciso armonizar las exigencias de los fines de prevención especial y prevención general, puesto que sería absurdo no aprovechar la oportunidad de satisfacer la prevención especial si ello no supone merma de la prevención general. En caso de absoluta incompatibilidad hay que dar preferencia a la prevención general, de modo que las exigencias mínimas de prevención general prevalecerán ya en la fase de imposición y determinación sobre las exigencias de prevención especial que pudieran aconsejar ir aún más lejos, porque si la resocialización o prevención especial fracasa, será solo frente a una persona delincuente y no respecto a muchos potenciales delincuentes, como ocurriría si se sacrificase la eficacia de la prevención general como barrera inhibitoria frente a la generalidad. Ver OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 81.

<sup>1453</sup> La tradicional filosofía punitiva va quedándose sin argumentos cuando los recursos punitivos han sido aplicados a otras políticas estatales no criminales. La función del control social del derecho penal queda en evidencia. Un amplio desarrollo se ha dado desde el estructural funcionalismo. BERGALLI, ROBERTO, *Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 29 y ss.

<sup>1454</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, página 239.

<sup>1455</sup> RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 53.

<sup>1456</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999, página 98.

Si bien dentro de la justicia de transición se procura también garantizar la no repetición de los hechos, sus objetivos centrales trascienden ese fin. La justicia transicional busca principalmente la verdad y la reconciliación social<sup>1457</sup>. La justicia de transición busca alcanzar la estabilidad de la sociedad y lograr un modelo de Estado efectivo y justo que garantice una paz duradera<sup>1458</sup>.

El éxito de la justicia transición se mide por la medida en la que contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia<sup>1459</sup>.

HIRSCH afirma que actualmente la discusión está en dilucidar si el derecho penal tiene una función de pacificación general o sólo una función referida a la pena<sup>1460</sup>. Las tendencias orientadas a la víctima proponen que el derecho penal se centre también en la pacificación social, en la cual el delito es la quiebra del sano diálogo social<sup>1461</sup>.

En general la discusión parece estar alejándose gradualmente del enfoque centrado en los perpetradores de los crímenes (*¿qué hacer con los culpables?*) y aproximándose hacia un enfoque centrado en las víctimas (*¿cómo reparar y enmendar el daño causado?*). De esta manera parece estarse resolviendo el dilema entre perseguir y castigar o perdonar y olvidar, para dar paso a un concepto de justicia que pretende, fundamentalmente, reivindicar los derechos de las víctimas y empoderarlas<sup>1462</sup>.

Las experiencias de justicia de transición ponen de manifiesto que se busca otro fin diferente a la retribución y a la prevención. La doctrina mayoritaria entiende que la

<sup>1457</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 27.

<sup>1458</sup> BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, páginas 124 y 141.

<sup>1459</sup> AMBOS indica que es la contribución a la consolidación de la democracia y la calidad de las reformas políticas logradas lo que permite medir el éxito de la justicia de transición. Ver AMBOS, KAI, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en Justicia de Transición con Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Publicación de Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2009, página 27.

<sup>1460</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, Op Cit, página 63.

<sup>1461</sup> MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, documento sin paginación.

<sup>1462</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 23.

reparación no guarda relación con los fines de la pena, por lo que un sector de la doctrina penal alemana ha admitido que la reparación pueda ser considerada un nuevo fin del derecho penal<sup>1463</sup>, un fin independiente<sup>1464</sup> y autónomo<sup>1465</sup>.

Si el derecho penal ha de buscar y procurar también la reparación del daño, necesariamente habrá de modificar lo que se haya dicho sobre su fundamento y su función<sup>1466</sup>.

A criterio de MAIER, integrar la reparación a la víctima como uno de los fines del derecho penal constituye uno de los problemas actuales del derecho penal y es una meta racional<sup>1467</sup>. HASSEMER afirma que con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo de los fines del derecho penal: la satisfacción o la reparación a la víctima<sup>1468</sup>.

En la justicia de transición, la mayor parte del discurso normativo se encuentra fuera del derecho, especialmente desde la ética, la medicina y la teología; de hecho, su base moral radica en un discurso ético religioso<sup>1469</sup>. El discurso de las víctimas está fuertemente influenciado por la religión, por la identificación con un *pueblo*

<sup>1463</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 108 y ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Op Cit, página 141. En el mismo sentido ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 5; también se refiere a este nuevo fin GALAIN PALERMO, aunque a su criterio, se trata de un nuevo fin de la pena para de esta forma no volver a excluir a las víctimas del delito y considera que la reparación se encuentra inmersa en la prevención general integradora. Ver GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 8 y TOL1.974.147 página 12.

<sup>1464</sup> ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011, página 5.

<sup>1465</sup> La reparación debe ser un fin sobresaliente del derecho penal, no un carácter accesorio. BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 69.

<sup>1466</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994, página 40.

<sup>1467</sup> MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, páginas 191-208.

<sup>1468</sup> HASSEMER afirma que la reparación no solo significa la reposición material del daño causado; pues con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal. Ver HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, sin año de publicación, página 110.

<sup>1469</sup> TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, páginas 14-16 de la traducción



*crucificado*. Las grandes injusticias de la historia y la impotencia o al menos inacción de Dios sobre los victimarios, hace que las víctimas encuentren consuelo en la justicia divina y que muchas víctimas asocien el martirio político con el martirio religioso<sup>1470</sup>.

## 15. La reparación y la reprobación social del hecho

### 15.1 El proceso penal en sí mismo

Como ya ha sido abordado, la reparación incluye una serie de medidas simbólicas. Pueden entenderse como medidas de reparación la declaración oficial de la verdad de los hechos, las sentencias judiciales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, la publicidad de la verdad de los hechos, las medidas de satisfacción y garantía de no repetición<sup>1471</sup>. Debe resaltarse particularmente que la sentencia judicial por sí sola constituye una forma de reparación moral<sup>1472</sup>, que produce un efecto psicológico en la sociedad<sup>1473</sup>.

El proceso penal en sí mismo es importante porque, como afirma HASSEMER, el derecho es un fenómeno comunicacional, en el cual la legitimación de una resolución jurídica no se asienta en la “verdad” o la “justicia”, sino en un “proceso” acertado, logrando la “reestructuración de las expectativas” mediante el proceso

<sup>1470</sup> SOBRINO, JON, *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, UCA Editores, El Salvador, 1999, página 77. CABRERA también hace referencia a la asociación de símbolos religiosos con el martirio político de las víctimas. Se refiere principalmente a la identificación del calvario de Jesús y el calvario de las víctimas. CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 139.

<sup>1471</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 8.

<sup>1472</sup> La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la sentencia judicial por sí misma constituye per se una compensación del daño moral. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana)*, Sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párrafo 55; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la “Panel Blanca” (Caso Paniagua Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76, párrafo 105. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88, párrafo 57. De la misma forma lo ha contemplado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del término “satisfacción equitativa”, sosteniendo como criterio en gran parte de su jurisprudencia que una sentencia o decisión favorable podía constituir por sí sola una satisfacción moral. VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución...* Op Cit, párrafo 85.

<sup>1473</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 59.

judicial<sup>1474</sup>. Si un procedimiento por el que se resuelve una disputa es percibido como justo, puede ser experimentado con satisfacción a pesar de que el resultado sea adverso, lo que se denomina *efecto del procedimiento justo*<sup>1475</sup>. Sólo si la justicia penal es percibida como justa tiene el poder de reducir el conflicto<sup>1476</sup>.

Desde una perspectiva psicosocial, los juicios tienen importancia en varios niveles: legal, porque los responsables reciben una justa sentencia; y moral, porque aplicar la justicia permite restablecer socialmente la diferencia entre el bien y el mal, sancionando lo que está prohibido legalmente en una sociedad. También implica reconocimiento de la verdad, confirmando públicamente lo ocurrido<sup>1477</sup>. Los juicios por sí mismos revelan la verdad<sup>1478</sup> y es una obligación del Estado lograr la verdad a través de los procesos judiciales<sup>1479</sup>.

El efecto psicológico de satisfacción que las víctimas encuentran en la sentencia se apoya en factores muy diversos de la necesidad de venganza. La historia y la antropología confirman que se basa en otro tipo de legitimaciones. No es la duración o el horror del sufrimiento infligido en el condenado lo que calma a la víctima, sino la dimensión simbólica de la pena, es decir, el sentido que se le atribuye en cuanto a reprobación social del hecho<sup>1480</sup>.

La dimensión ética de rechazo y condena moral de la opinión pública hacia las aberraciones de los represores es importante para las víctimas y les devuelve parte de la confianza que han perdido con el delito y, *contrario sensu*, la impunidad

---

<sup>1474</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 125.

<sup>1475</sup> LOSADA DURÁN, RAQUEL; HERRERO ALONSO, CARMEN; GARRIDO MARTÍN, EUGENIO, *La psicología social de la justicia procedimental en la justicia restauradora: revisión y propuesta de un nuevo planteamiento de investigación*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 247.

<sup>1476</sup> CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, página 158.

<sup>1477</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 176. En el mismo sentido, JESCHECK hace referencia a como la pena satisface la demanda de justicia de la sociedad. Ver JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 56.

<sup>1478</sup> HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 145.

<sup>1479</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid-Arellano*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, Número 154, párrafo 150.

<sup>1480</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 110.

confirma la convicción de las víctimas de que los poderosos son impunes al delito y que la justicia no es imparcial. La aplicación de la justicia y el consecuente castigo legal, son necesarios para defender el honor de las víctimas, para que la impunidad no las degrade, es decir, la justicia restaura la dignidad de las víctimas<sup>1481</sup>.

Afrontar a los agresores en los juicios tiene diversos significados para las víctimas. Entre estos debe resaltarse que ver al agresor despojado de su poder es tranquilizador para las víctimas, porque neutraliza el temor a la repetición de la violencia, permite enfrentarse y reclamar al agresor, ayuda a superar los estados de negación, re-evocar el trauma y desahogarse emocionalmente, lo que genera cierta satisfacción, por no tener que fingirse respeto al adversario que se detesta, y además permite buscar una reinterpretación del hecho, valorando la resistencia y lucha por la justicia<sup>1482</sup>.

Algunas víctimas y familiares de personas asesinadas, afirman que el hecho de que se diga públicamente toda la verdad puede hacer sentir “algo” de justicia. Después de años de negación y silencio es importante que se reconozca el daño causado; además, el hecho de que los nombres de los victimarios se hagan públicos, supone una sanción moral para los malhechores<sup>1483</sup>.

Los juicios también pueden convertir la culpa en vergüenza, puesto que la acción pública supone una sanción moral sobre los responsables, lo que es ya una ganancia para el proceso, aunque al final se concluya que no es procedente la sanción judicial<sup>1484</sup>.

Durante el juicio los acusados escuchan *“si es que aún les queda un poco de vergüenza, los delitos que cometieron. Están también frente a ellos el valor y la verdad, con su dolor, por cierto muy profundo, pero con toda la dignidad y la frente*

---

<sup>1481</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, páginas 42 y 175.

<sup>1482</sup> ÍDEM, páginas 221 y ss.

<sup>1483</sup> HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 153.

<sup>1484</sup> CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, página 162.

*en alto para decirles que reclaman justicia y aunque ésta no se diera, la oportunidad que ante el mundo han tenido las víctimas de hablar, de enfrentar su historia, su verdad, su dolor y su miedo, es parte ya de su justicia, el declarar “para que todo el mundo lo sepa”. Romper el silencio, contar y contar, repetir y repetir lo que se les ha obligado por años a callar”* (Juicio por el delito de genocidio contra el ex jefe de Estado de facto Efraín Ríos Montt, Guatemala)<sup>1485</sup>.

Rendir testimonio facilita a las víctimas la expresión de sus sentimientos y constituye un espacio oficial para reconocer la verdad y dar legitimidad o validez a este sufrimiento, lo que se logra durante el juicio o durante otros rituales tales como el ofrecimiento de testimonio para las comisiones de la verdad<sup>1486</sup>.

En el proceso judicial además se emite un juicio de existencia, importante en el contexto histórico. Si se estudia la verdad desde el contexto histórico, es problemático plantear que es verdad “objetiva” y mutatis mutandi ser trasladada al terreno de lo jurídico, pues entra en juego la objetividad del juez frente a la objetividad del narrador<sup>1487</sup>.

El valor de lo judicial, además del reconocimiento de los casos específicos, es que se reconoce a las personas como víctimas<sup>1488</sup>. El reconocimiento público significa una validación social por haber soportado semejantes niveles de sufrimiento y silencio<sup>1489</sup>.

El juez penal cumple con la función simbólica comunicativa más importante en relación a la víctima, porque con la sentencia señala la existencia fáctica del delito,

<sup>1485</sup> ALBIZURES, MIGUEL ANGEL, *La voz sin voz*, columna de opinión publicada en Diario El Periódico en edición del día 16 de abril de 2013, Guatemala, 2013, página 18.

<sup>1486</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 477.

<sup>1487</sup> BERTOLINO, PEDRO J., *La verdad jurídica objetiva*, Depalma, Argentina, 1990, páginas 40 y ss.

<sup>1488</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico*, en *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 47.

<sup>1489</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 35.

determina una reacción jurídica contra el autor y reconoce a la víctima como sujeto de derechos. Tanto la víctima como el culpable tienen derecho a esta declaración pública de sus respectivos estatus, misma que además brinda certeza jurídica y es también necesaria para el resto de la sociedad, porque satisface el derecho a saber y se convierte en una forma de reparación, además de que la publicidad es un elemento importante para la garantía de no repetición<sup>1490</sup>.

## 16. La verdad

La principal virtud que se reconoce en el proceso penal, es el cotejo de una narración con los medios materiales para la demostración de la veracidad de ésta, lo cual lleva a la afirmación y comprobación ante un estrado imparcial<sup>1491</sup>.

La verdad del proceso penal no es una verdad construida libremente por las partes, está determinada, no por solucionar el conflicto, sino por la necesidad de lograr convicción judicial de las hipótesis planteadas en el juicio<sup>1492</sup>.

En la doctrina no existe unanimidad respecto a si los juicios penales adversariales son la mejor manera de determinar la verdad, pues la investigación criminal puede no dar todas las respuestas. Al respecto, DOAK indica que los abogados construyen la “teoría del caso” que es la versión de los eventos que ellos creen que ocurrieron para ser relatados en la corte como una historia, intentando convencer al juzgador de que es la verdad, por lo que la verdad se convierte en la historia mejor contada por el mejor abogado, habiendo mayor margen discrecional en los sistemas anglosajones. En cualquier caso, la ley es aplicada a la versión particular de los hechos que el juzgador ha determinado como ciertos<sup>1493</sup>.

<sup>1490</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.153 página 25 y TOL1.974.147 páginas 11- 13.

<sup>1491</sup> PARRA, JORGE, *Verdad y reparación*, en *Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad*, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010, página 187.

<sup>1492</sup> BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, página 65.

<sup>1493</sup> DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008, páginas 180-195.

Situémonos en que existen dos tipos de verdad. Primero, la verdad jurídica, que surge del proceso penal, la que consta de elementos probatorios y de convicción, también denominada verdad procesal o verdad fáctica. Esta verdad puede no reflejar totalmente la verdad histórica o material, pues se limita a los hechos que pudieron probarse en juicio y que suscitaron la convicción del juzgador como hechos probados.

El denominado juicio histórico es una de las partes estructurales de la sentencia. La descripción judicial de lo ocurrido en la esfera vital de un elenco de personas constituye la base sobre la que se cimenta el sistema institucional de composición de las controversias<sup>1494</sup>.

La verdad forense aspira a descubrir abrumadoras evidencias materiales, con el fin de establecer una incontrovertible verdad fáctica y presentarla de manera convincente y científicamente irreprochable, haciendo imposible argumentar que los hechos nunca ocurrieron<sup>1495</sup>.

El proceso tiene un valor reparador y su resultado es restaurador, por el valor de la disculpa, del reconocimiento y la expresión de los puntos de vista de las partes, la participación y la posibilidad de obtener información<sup>1496</sup>. En contextos de transición, el juicio es un ritual público que cumple la función de un rito de paso de la dictadura a la democracia<sup>1497</sup>.

La aplicación de la justicia no es tan sencilla en contextos de justicia de transición, dónde parte de la reconstrucción social requiere articular al propio sistema de justicia encargado de juzgar lo ocurrido. La capacidad del sistema de justicia suele depender de la escala de los crímenes previos, así como también del grado en que

---

<sup>1494</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 311.

<sup>1495</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 65.

<sup>1496</sup> LOSADA DURÁN, RAQUEL; HERRERO ALONSO, CARMEN; GARRIDO MARTÍN, EUGENIO, *La psicología social de la justicia procedimental en la justicia restauradora: revisión y propuesta de un nuevo planteamiento de investigación*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, página 251.

<sup>1497</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 176.

éstos se convirtieron en sistemáticos o fueron patrocinados por el aparato del Estado. En democracias débiles, la aplicación de justicia puede provocar agudos dilemas sobre el Estado de Derecho, razón por la que en muchos países se tomó la decisión de renunciar a procesos penales en favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos<sup>1498</sup>.

En un escenario postconflicto, la búsqueda de la justicia y la verdad constituyen un esfuerzo que se debe supeditar a su vez a la búsqueda y consolidación de la paz. Para algunos autores, las comisiones de la verdad se convierten en sustitutos inadecuados de la justicia plena; mientras que para otros, la justicia plena no es posible porque supone la funcionalidad de las mismas instituciones que la operación de la paz tiene la tarea de construir<sup>1499</sup>.

## 17. La reconciliación o restablecimiento del orden social

Si la reparación es incluida como un fin del derecho penal, realizaría la misión de restablecer el orden social quebrantado por el delito o reconciliar a las partes enfrentadas. La función del derecho penal debiera ser servir a los ciudadanos, que necesitan resolver sus conflictos de convivencia<sup>1500</sup>.

<sup>1498</sup> El intento por hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal generó a menudo dilemas propios del Estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento al proceso y un poder judicial si suficiente autonomía. En la medida en que la imposición de la justicia penal incurrió en tales irregularidades, corrió el riesgo de desvirtuar la contribución de la justicia puede hacer para el restablecimiento del estado de derecho. El fracaso de los juicios en democracias novatas, tales como Ruanda, ejemplifican los conflictos que se suscitan entre los procesos nacionales de reconciliación y la justicia penal; siendo el fondo del debate acerca de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para crear un tribunal penal internacional en Ruanda. Ver TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, página 9 de la traducción.

<sup>1499</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 69.

<sup>1500</sup> La existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Esta convivencia no es idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. Esta es la base de la Teoría del Contrato Social, que busca dar legitimidad a todas las normas jurídicas. Como antecedente, el lusnaturalismo parte de que el “Estado de Naturaleza” de la sociedad civil estaba llevando a la humanidad a la destrucción, por lo que fue necesario consolidar una “sociedad política”, basada en la sujeción de normas que regularían su convivencia y en la sujeción a un poder político que se encargaría de velar por el respeto de esa convivencia y de fomentarla. Para ello era necesario crear normas de convivencia, para lo cual se delega en la clase política la confianza para elaborarlas. Esas normas de convivencia son el derecho, materializado a través de la norma jurídica. Esas normas son vinculantes para las persona en tanto son miembros de la comunidad y su acatamiento es condición indispensable para la

Si se entendiera la reparación como una función del derecho penal se comprendería, dentro de su concepto, los procesos de paz en casos de macrovictimización, pues la reparación tendría un fundamento sólido y comportaría tanto medidas individuales como generales y colectivas en beneficio de las víctimas<sup>1501</sup>.

Este restablecimiento de las relaciones tiene una dimensión personal para las víctimas y una dimensión colectiva para la sociedad a la que pertenecen.

El primer objetivo de la reparación debería pasar por el reconocimiento de las víctimas. Este factor se encuentra claramente identificado dentro de modelos de justicia restaurativa, donde la esencia es afirmar la dignidad de las víctimas<sup>1502</sup>; particularmente en modelos de justicia de transición.

En aquellos supuestos en que sea posible la matemática compensación del daño causado, la misma será suficiente para la satisfacción requerida por la deuda a reparar, logrando la reparación una función compensatoria<sup>1503</sup>.

La reparación cumpliría la función de satisfacción con la perfecta compensación del daño, es decir, si por ser posible, deja indemne al perjudicado. De ahí que cuando la naturaleza del daño lo permita, deben proporcionarse al perjudicado los medios

---

convivencia. MUÑOZ CONDE cita a FREUD diciendo que frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. Continúa citando el planteamiento funcionalista de PARSONS del Sistema Social, diciendo que la convivencia supone un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consume a través de una relación estructural, que en la sociología se denomina expectativa (cualquier persona puede esperar que otra se comporte de acuerdo a la norma y viceversa). La convivencia se regula por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de un conjunto de normas; pero estas expectativas muchas veces no se cumplen, se frustran, surgiendo entonces la necesidad de solucionar esas frustraciones, o en la medida que sean inevitables, de cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. Para resolver este problema surge el derecho penal, como mecanismo para resolver los conflictos sociales. Cfr. En MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al derecho penal*, Bosch Editorial, Barcelona, 1975, páginas 11 y ss.

<sup>1501</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 24.

<sup>1502</sup> KISS, ELIZABETH, *Moral ambition within and beyond political constraints: Reflection on restorative justice*, en Truth v. Justice: The morality of truth commissions, Princeton University Press, USA, 2000, página 71.

<sup>1503</sup> . Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, páginas 29- 31.



necesarios para poder alcanzar los mismos fines que le proporcionaban los medios insustituibles de los que ha sido privado<sup>1504</sup>.

Pero en muchos casos el daño puede no ser reparable. Cuando el daño es irreparable o incuantificable, el perjudicado se ve obligado a aceptar una compensación que en cierta medida otorga un valor cuantificable al daño. Esto no implica una forma de enriquecimiento para el perjudicado, pues es el daño injusto lo que le ha forzado a asumir una consecuencia a la que no estaba obligado y que el ordenamiento no quería, por lo que precisamente señalaba a ese daño como injusto<sup>1505</sup>.

El dolor no tiene precio, no puede comprarse. Por ello muchas víctimas reclaman más que meras proporcionalidades, exigen una reconciliación, un rescate, la redención de sus vidas frustradas<sup>1506</sup>, saber la verdad de lo que pasó y cerrar su duelo con solemnidad, rindiendo incluso homenaje a sus seres perdidos<sup>1507</sup>.

La recuperación de las víctimas de experiencias traumáticas, particularmente las que destruyen referentes de la identidad tales como la tortura, requieren constatar que no importando lo que hayan dicho o lo que hayan sentido, son aceptados y respetados<sup>1508</sup>.

---

<sup>1504</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, página 28.

<sup>1505</sup> Esta reflexión es llamada teoría de la segunda mejor opción, tratando de la necesidad de respetar la autonomía y voluntad de los sujetos. La función de satisfacción explicaría así mismo la preferencia de la reparación en forma natural sobre la reparación en metálico. Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, páginas 29-31. BONET cita las posturas que se manifiestan en contra de la función de satisfacción de la pena, con el argumento de que la sanción penal debe ir orientada no a obtener la satisfacción individual de la víctima, sino a evitar que el autor vuelva a delinquir. Ver BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999, página 12.

<sup>1506</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 24.

<sup>1507</sup> La experiencia del trabajo chileno con familiares de desaparecidos permite plantear que el daño sufrido no es reparable; sin embargo, conocer qué les ocurrió a las víctimas y darles sepultura con la solemnidad y homenaje que se merecen aminora en esfuerzos por conocer la verdad y hacer justicia. BAEZA FERNÁNDEZ, VICTORIA, *La respuesta del Estado de Chile ante la responsabilidad por establecer la verdad del paradero de los desaparecidos: el apoyo psicosocial del programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior a familiares de víctimas, Caso Chile*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 122.

<sup>1508</sup> BARUDI, J.; PÁEZ, D.; MARTENS, J.; GRUPO DE TERAPIA COLAT, *La reconstrucción del sí mismo traumatizado por la tortura. El proceso terapéutico*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 312.

El recordar la historia y la afirmación compartida de otras verdades, es un proceso que afirma las identidades y contribuye al perdón. Tratándose de víctimas y verdugos es necesario el reconocimiento mutuo de los errores cometidos<sup>1509</sup>.

Para contribuir a superar las divisiones políticas, rupturas institucionales y violaciones de derechos humanos del pasado, así como reafirmar los valores que deben prevalecer en la convivencia futura, es preciso que los distintos sectores que transgredieron dichos valores, lo reconozcan, pues lo contrario equivale a negar tales valores<sup>1510</sup>.

Reconciliar sociedades es una tarea más compleja. La reconciliación puede definirse como un proceso de acomodación mutua entre antiguos antagonistas, que se asocia con un proceso que involucra decir la verdad públicamente, implementar medidas al menos parciales de justicia, redefinir las identidades sociales de ambos bandos y efectuar un compromiso nacional de paz<sup>1511</sup>.

### 17.1 ¿Cómo se rompe el orden social?

La violencia rompe las relaciones comunitarias y el sentido de la ley, y para restaurarlos, se requiere de la justicia<sup>1512</sup>. Pero se requiere también de otros elementos para restituir la cohesión social, lo que constituye un aspecto esencial de la justicia restaurativa. Se requiere de la adopción de medidas simbólicas colectivas, que expresen el reconocimiento moral del Estado y la sociedad hacia los afectados, dignificándolos y tratando de restablecer un orden que ha sido roto<sup>1513</sup>.

<sup>1509</sup> STOLZ, SHEILA, *El derecho a la verdad y la justicia: recoger la palabra y la memoria de las mujeres acerca de la dictadura militar brasileña*, en Justicia, Estados de Excepción y Memoria. Por una justicia anamnésica de las víctimas, Editora Unisinos, Colombia, 2011, página 199.

<sup>1510</sup> ZALAUQUETT, JOSÉ, *La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos*, Revista Perspectivas, Volumen 2, Número Especial, Publicación de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, Santiago, 1999, página 18.

<sup>1511</sup> SPRINGER cita que varios autores identifican once guerras civiles y veintiún casos de guerra interestatal a partir de 1945 en los cuales acontecieron eventos de reconciliación según esta definición. Ver SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 48.

<sup>1512</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 198.

<sup>1513</sup> NADAL, OCTAVIO; PIROTTO, EDUARDO; ROBAINA, MARÍA CECILIA; *Acompañamiento psicosocial en procesos de exhumaciones de detenidos-desaparecidos, Caso Uruguay*, en Resistencias contra el

Una sociedad donde se vuelve habitual el uso de la violencia para resolver los problemas, es una sociedad donde las relaciones humanas están dañadas de raíz<sup>1514</sup>.

El ser humano funciona según los referentes sociales y vínculos de solidaridad. En contextos de violencia, los crímenes masivos apuntan a dañar, destruir, romper esos referentes, la represión actúa sobre toda la comunidad, cuando por ejemplo, se hace desaparecer a uno de sus miembros; por ello el enfoque de atención tiene que ser psicosocial<sup>1515</sup>. Los crímenes masivos apuntan a debilitar las fuerzas del enemigo mediante la destrucción del tejido comunitario<sup>1516</sup> y la deshumanización del adversario, con un fuerte impacto en la identidad de las personas y de los pueblos, por los mecanismos psicológicos que operan en torno a las atrocidades.

La deshumanización de una sociedad consiste en modificaciones en los esquemas cognoscitivos y en los patrones de conducta de una parte considerable de la población, lo que supone un empobrecimiento de valores humanos, tales como la indiferencia al dolor y la tragedia de los demás, lo que por consiguiente, da lugar a un marcado deterioro de la convivencia social<sup>1517</sup>.

La prolongación de la guerra supone la normalización de relaciones sociales deshumanizantes, que impactan en las personas porque asumen como normal el desprecio por la vida humana, la ley del más fuerte como criterio social y la

---

olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 211.

<sup>1514</sup> MARTÍN- BARÓ, IGNACIO, *Guerra y salud mental*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 29.

<sup>1515</sup> El abordaje debe ser realizado respetando los recursos culturales, que son el patrimonio y acervo de búsqueda, donde está la respuesta del proceso comunitario que tarde o temprano encontrará las respuestas. Ver PORTILLO, CARLOS, *Primeros pasos desandando el pasado, Caso Paraguay*, en *Resistencia contra el olvido*. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 241.

<sup>1516</sup> Los mecanismos de violencia utilizados durante los conflictos armados tienen por objeto debilitar las fuerzas del enemigo, pero en el caso de Guatemala, además buscaban humillar a las comunidades indígenas y destruir el tejido comunitario. CONSORCIO ACTORAS DE CAMBIO, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala*, primera reimpresión, F&G Editores, Guatemala, 2007, páginas 7 y ss.

<sup>1517</sup> SAMAYOA, JOAQUÍN, *Guerra y deshumanización: una perspectiva psicosocial*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 44.

corrupción como estilo de vida, precipitando un círculo vicioso que tiende a perpetuar la guerra; haciendo necesario sanear las relaciones sociales y trabajar para establecer un nuevo marco de convivencia que permita la interacción colectiva<sup>1518</sup>.

Las atrocidades pueden justificarse en la mente de los perpetradores por muchas razones, siendo común la de negar la condición de víctima del sujeto pasivo de la agresión, haciendo una especie de inversión del papel de víctima al declarar que el agresor es la víctima real de las provocaciones y que los hechos fueron una necesidad<sup>1519</sup>. Es común escuchar narraciones que justifican crímenes debido a que el sujeto pasivo “se lo merecía”, “en algo estaba metido”, “algo hizo para que le pasara lo que le pasó”, algunos estimará que estará expiando un pecado con el daño que le hicieron, como castigo divino<sup>1520</sup>. Se requiere una justificación social que deshumanice al otro como condición para infligir violencia, pues es ésta deshumanización de la víctima lo que legitima la actuación del perpetrador, quien encuentra la justificación ideológica-doctrinaria para matar, en el mecanismo psicológico del autoengaño, que le brinda las justificaciones suficientes para sofocar la culpa por los crímenes<sup>1521</sup>.

La noción de enemigo dentro de las guerras revolucionarias, no siempre puede ser identificado con entera claridad por ninguna de las partes contendientes. Los grupos que pugnan por el poder inducen a la sociedad a crear y reforzar definiciones que pueden ser aceptadas y utilizadas para identificar al enemigo y para justificar y promover formas de agresión contra él. La ambivalencia es explotada mediante la propaganda, cuyo objetivo es disipar confusiones representando al enemigo como

---

<sup>1518</sup> MARTÍN-BARÓ, IGNACIO, *Violencia política y la guerra como causas del trauma psicosocial en El Salvador en Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, páginas 82 y 83.

<sup>1519</sup> COHEN indica que las justificaciones más populares son la obediencia a la autoridad, la conformidad con la autoridad, la necesidad y la disociación como forma de autoengaño. Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*, publicación del Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2005, página 116 y ss.

<sup>1520</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010, página 277.

<sup>1521</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 32.

insensible, cruel, irracional, en una palabra, inhumano, y por supuesto, el enemigo es el único responsable de las atrocidades<sup>1522</sup>.

El trauma psicosocial experimentado por las personas denota unas relaciones sociales enajenantes, que niegan el carácter humano del “enemigo”, al que se rechaza como interlocutor y al que incluso se busca destruir<sup>1523</sup>, razón por lo que se hace tan necesario el reconocimiento del estatus de víctima en contextos de transición.

La impunidad tiene implicaciones psicosociales en las víctimas. Invalida y niega la experiencia de sufrimiento vivida, produce impotencia, culpa y vergüenza, altera la necesidad de protección del ser humano, destruye la confianza social, amenaza la creencia en la democracia y promueve la justicia por mano propia<sup>1524</sup>.

El impacto que la guerra y la violencia dejan en una sociedad se conoce como trauma psicosocial y depende de la vivencia individual de cada miembro, condicionada por su condición social y su grado de participación en el conflicto. La herida que afecta a cada persona no tiene su raíz en el individuo, sino en la sociedad, por lo que la naturaleza del trauma psicosocial se alimenta en la relación entre el individuo y la sociedad<sup>1525</sup>.

La represión afecta todas las esferas sociales y se expresa incluso en lo económico. La experiencia de amenaza vital en el área de la subsistencia material se relaciona estrechamente con el sentimiento de estar amenazado en la realización de la vida,

---

<sup>1522</sup> SAMAYOA, JOAQUÍN, *Guerra y deshumanización: una perspectiva psicosocial*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 56 y ss.

<sup>1523</sup> MARTÍN-BARÓ, IGNACIO, *Violencia política y la guerra como causas del trauma psicosocial en El Salvador en Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 80.

<sup>1524</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 177.

<sup>1525</sup> MARTÍN-BARÓ, IGNACIO, *Violencia política y la guerra como causas del trauma psicosocial en El Salvador en Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, páginas 77 y 78.

en el proyecto vital, puesto que la subsistencia es una condición necesaria e indispensable para la continuidad de la vida<sup>1526</sup>.

La guerra requiere de una ruptura de la racionalidad para poder actuar sobre las opiniones, para inducir al cambio de conductas o para crearlas, por medio de acciones persuasivas que se dan por medio de la educación; acciones sugestivas que se dan al influir sobre el público con mentalidad más simple y menos instruida; y mediante acciones compulsivas, que buscan obtener que la persona se someta acudiendo a formas instintivas que atienden a la conservación de la vida en situaciones de terror o tormento<sup>1527</sup>.

En los regímenes represivos se acude a mecanismos de guerra psicológica. Estos mecanismos conciben a la sociedad como un objetivo militar, y el punto más crítico del ser humano es su mente. Cuando su mente es alcanzada, el “animal político” ha sido derrotado sin que necesariamente haya recibido un proyectil. El miedo se constituye en un instrumento psicológico utilizado con fines políticos, planificado científicamente y destinado a influir en la conducta social y política de toda la población<sup>1528</sup>.

Todo lo que se construyó sobre la base de la coherencia de que la vida estaba protegida por leyes que excluyen el crimen y el tormento, queda de pronto barrido y aparece en su lugar el terror impune y la angustia, capaces de transformar la voluntad social de las personas<sup>1529</sup>, pues se procura asegurar ante todo la vida, aún a riesgo de perderlo todo, hasta la dignidad<sup>1530</sup>.

---

<sup>1526</sup> LIRA KORNFELD, ELIZABETH, *Guerra psicológica: intervención política de la subjetividad colectiva*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 156.

<sup>1527</sup> ROZITCHNER, LEÓN, *Efectos psicosociales de la represión*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 118.

<sup>1528</sup> LIRA KORNFELD, ELIZABETH, *Guerra psicológica: intervención política de la subjetividad colectiva*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, páginas 141 y 151.

<sup>1529</sup> ROZITCHNER, LEÓN, *Efectos psicosociales de la represión*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 119.

<sup>1530</sup> LIRA KORNFELD, ELIZABETH, *Guerra psicológica: intervención política de la subjetividad colectiva*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 152.

El proceso de tortura involucra una contracción de la civilización en la celda, donde cada objeto, incluyendo el cuerpo de la víctima, puede ser transformado en un arma de tortura, reafirmando el poder del agresor. Enfrentando la realidad de la tortura, la degradación personal, no puede haber duda respecto a la necesidad moral de restablecer la dignidad humana de la víctima en un proceso reparador<sup>1531</sup>.

Esta ruptura de las condiciones de vida más elementales, tiene un efecto psicosocial devastador. Los métodos psicológicos extremos utilizados durante la represión, provocan un trauma psicosocial muy profundo. La confianza en los miembros de la comunidad se destruye y por lo tanto, la idea misma de comunidad desaparece.

También se rompen las creencias básicas del ser humano sobre la benevolencia del mundo en general y la confianza en las demás personas. Esto quiere decir que tendemos a pensar que las personas, por lo general, son buenas, razón por la que nos sentimos integrados socialmente con ellas; pero ante los actos de violencia masiva, se tergiversa el sentido del mundo y de la justicia, porque creemos que las cosas ocurren no por azar, sino que recibimos lo que nos merecemos, es decir, lo que ocurre es justo<sup>1532</sup>.

Los sucesos traumáticos tales como la violencia colectiva, cuestionan profundamente los criterios centrales de nuestro bienestar, asociados a su vez a las creencias básicas positivas sobre el mundo, la sociedad y el yo<sup>1533</sup>. El sufrimiento de

<sup>1531</sup> DU TOIT, ANDRÉ, *The moral foundations of Truth Commissions. Truth as acknowledgement and justice as recognition as principles of transitional justice in the practice of the South African TRC*, en Truth v. Justice, Princeton University Press, New Jersey, 2000, página 22 (traducción).

<sup>1532</sup> ARNOSO, MAITANE; BILBAO, MARÍA DE LOS ÁNGELES; TECHIO, ELZA; ZUBIETA, ELENA; PÁEZ, DARÍO; IRAURGI, IOSEBA; KANYANGARA, PATRICK; RIMÉ, BERNARD; PÉREZ-SALES, PAU; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; DÍAZ, DARÍO; BLANCO, AMALIO; CÁRDENAS, MANUEL, *Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 250.

<sup>1533</sup> ARNOSO, MAITANE; BILBAO, MARÍA DE LOS ÁNGELES; TECHIO, ELZA; ZUBIETA, ELENA; PÁEZ, DARÍO; IRAURGI, IOSEBA; KANYANGARA, PATRICK; RIMÉ, BERNARD; PÉREZ-SALES, PAU; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; DÍAZ, DARÍO; BLANCO, AMALIO; CÁRDENAS, MANUEL, *Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 252.

violaciones como la tortura va acompañado de un rompimiento en la confianza en el mundo social y por lo tanto, un colapso de la confianza básica de sí mismo<sup>1534</sup>.

Los traumas colectivos rompen los lazos de relación entre el individuo y la comunidad y cuestionan el criterio de bienestar de integración social, de sentirse parte de la comunidad, al generar sensación de exclusión y soledad existencial, al cuestionarse las creencias de inclusión social<sup>1535</sup>.

Es por ello que la reconstrucción social después del conflicto es un proceso lento, que tiene lugar en múltiples niveles y está fuertemente influido por factores como la identidad social, el miedo, la memoria colectiva, la seguridad y las relaciones previas con los miembros del grupo opuesto<sup>1536</sup>.

Esto hace que sea preciso desarrollar una actividad reparadora colectiva, donde la destrucción sea encarada teniendo en cuenta la profundidad con la que la represión ha calado en cada miembro de la sociedad<sup>1537</sup>.

Respecto a la sociedad, la aspiración de justicia y el castigo pueden representar una forma de olvidar y de autoeximirse de culpa<sup>1538</sup> o vergüenza<sup>1539</sup> por la propia responsabilidad de la sociedad en los hechos. COHEN hace un interesante análisis

<sup>1534</sup> DU TOIT, ANDRÉ, *The moral foundations of Truth Commissions. Truth as acknowledgement and justice as recognition as principles of transitional justice in the practice of the South African TRC*, en Truth v. Justice, Princeton University Press, New Jersey, 2000, página 23 (traducción).

<sup>1535</sup> ARNOSO, MAITANE; BILBAO, MARÍA DE LOS ÁNGELES; TECHIO, ELZA; ZUBIETA, ELENA; PÁEZ, DARÍO; IRAURGI, IOSEBA; KANYANGARA, PATRICK; RIMÉ, BERNARD; PÉREZ-SALES, PAU; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; DÍAZ, DARÍO; BLANCO, AMALIO; CÁRDENAS, MANUEL, *Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 252.

<sup>1536</sup> HARVEY M. WEINSTEIN Y ERIC STOVER, *Introduction: Conflict, Justice and Reclamation*, en My Neighbor, My Enemy, Cambridge University Press, Cambridge 2004, página 4. En el mismo sentido, SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 49.

<sup>1537</sup> ROZITCHNER, LEÓN, *Efectos psicosociales de la represión*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 133.

<sup>1538</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 175.

<sup>1539</sup> Es necesario distinguir la culpa de la vergüenza colectiva. La culpa colectiva surge del reconocimiento de acciones inmorales por parte del grupo de pertenencia; la vergüenza colectiva surge de comprometer la imagen del grupo que proviene de su implicación en las acciones inmorales. Ver LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 363.



de la culpabilidad que puede sentir una sociedad espectadora de violaciones a los derechos humanos por su pasividad, identificando diferentes graduaciones de responsabilidad moral, pues la sumisión externa no significa que no haya preocupación o incomodidad<sup>1540</sup>.

Cuestiones morales y prácticas muy complejas se plantean respecto a quienes no han participado materialmente en crímenes masivos, pero cuyas omisiones e incluso apoyo abierto a los autores, facilitaron e hicieron parte integral del ambiente de violencia, conocidos como mayorías silenciosas<sup>1541</sup>; o para aquellos beneficiarios indirectos, que se refugiaron en el silencio sin cometer atrocidades, pero sacaron provecho de la situación y mejoraron sus condiciones económicas, de estatus o poder político<sup>1542</sup>. Nadie está exento de tener que enfrentar al represor, al militar, al cura, al delator y al perseguidor en uno mismo<sup>1543</sup>.

<sup>1540</sup> En los conflictos políticos los observadores pueden compartir la misma ideología e identificarse con los perpetradores; o pueden sentir miedo y odiar a los perpetradores e identificarse con la víctima, o ellos mismos pertenecer al grupo de víctimas. Cualquiera de estas posibilidades puede llevar a observar en silencio. Las trabas morales de los espectadores son extremadamente opacas, ya sean estados previos de saber o no saber, o una decisión posterior entre el silencio y la intervención. Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*, publicación del Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2005, páginas 162 y 163. En el mismo sentido BERISTAIN indica que también puede haber mucha gente que ha permanecido como espectadora impasible de la violencia, paralizada por el miedo o indiferente frente a lo que pasaba, que se defiende con falsa ignorancia o con justificaciones, una suerte de complicidad colectiva que constituye frecuentemente un contexto facilitador si el cual difícilmente se pueden llevar a cabo las atrocidades. Ver BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 26. Por su parte, CASTELLANOS MORALES apunta al problema de los familiares de los victimarios, dando especial consideración a que ellos también sienten culpa por las actitudes de sus allegados, incluso sufren el rechazo social que se dirige a sus familiares. Ver CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, página 175.

<sup>1541</sup> SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 30. La situación de las personas neutrales es muy compleja. La apatía o indiferencia pueden de hecho ser formas de resistencia, pueden considerarse una asistencia pasiva, correspondiente con la idea de “quien no está conmigo está contra mí”; pero esta misma pasividad también puede interpretarse desde otra perspectiva, como un apoyo, lo que se corresponde con la idea de “quien no está contra mí está conmigo”. Ver ELSTER, JON, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, página 135.

<sup>1542</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 26.

<sup>1543</sup> ROZITCHNER, LEÓN, *Efectos psicosociales de la represión*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 134.

En este sentido son útiles los juicios penales, pues su objetivo es individualizar las responsabilidades, dado que no se puede traspasar la culpa a las colectividades<sup>1544</sup>.

Por otro lado, también ocurre un fenómeno conocido como privatización del daño, en el cual la propia víctima de traumas extremos, particularmente en contextos de represión política, se siente culpable por no haber resistido o se siente humillada por no haber protegido suficientemente su integridad<sup>1545</sup>.

La culpabilidad es también un instrumento de control social, una justificación para las atrocidades y una forma de mantener la impunidad de los responsables reales<sup>1546</sup>. Además de que repartir las responsabilidades entre toda la sociedad facilita poder imponer el olvido, también diluye las responsabilidades institucionales, pues el discurso del “*Estado capturado por la violencia del sistema*” justifica los hechos. La disputa entre participación política y reparto de responsabilidades confirma la importancia que puede tener para las víctimas la memoria como reapropiación crítica del pasado<sup>1547</sup>.

## 17.2 ¿Cómo se repara el orden social?

Como se ha expresado, el planteamiento de traumas sociales tiene que ser abordado desde un enfoque psicosocial y por medio de medidas de reparación colectivas. Los crímenes masivos no solo afectan a las víctimas directas, sino que dañan a la sociedad entera que las padece y sus efectos se prolongan durante

<sup>1544</sup> CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, página 162.

<sup>1545</sup> Esta privatización del daño, en términos psicodinámicos, tiene la ventaja de reemplazar la vivencia de impotencia absoluta por otra que, por lo menos, restablece la potencia y el control. Ver BECKER, DAVID; CASTILLO, MARÍA ISABEL; GÓMEZ, ELENA; KOVALSKYS, JUANA; LIRA, ELIZABETH, *Psicopatología y proceso psicoterapéutico de situaciones políticas traumáticas*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 299.

<sup>1546</sup> Por medio de la culpa el sobreviviente se atribuye responsabilidad en los hechos, culpándose por haber estado en determinadas situaciones o haber pertenecido a ciertas agrupaciones. Las personas piensan que estaba en sus manos proteger a sus seres queridos. Ver ANLEU HERNÁNDEZ, CLAUDIA MARÍA, *Resiliencia: la fuerza de la vida. Un estudio sobre familiares de niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala*, publicación del Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial y F&G Editores, Guatemala, 2005, páginas 52 y 53.

<sup>1547</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 34.

generaciones<sup>1548</sup>. Las formas de reparación a favor de la comunidad han sido tratadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual incluye casos donde las víctimas son comunidades a quienes les ha sido violada colectivamente la dimensión de sus derechos o a quienes las violaciones produjeron efectos colectivos<sup>1549</sup>.

Dependiendo de la fortaleza del vínculo comunitario, los eventos trágicos pueden ser experimentados más con un sentido colectivo que individual<sup>1550</sup>. Las sociedades tienen su propia identidad colectiva, constituida por los éxitos y fracasos del grupo<sup>1551</sup>. Ante hechos de represión masiva, comunidades enteras pueden verse afectadas por el dolor<sup>1552</sup>.

En el nivel individual, para que las personas puedan interiorizar los daños y amortiguar sus efectos, influyen diversos factores tales como la historia personal de la vida, las características de la personalidad, el conflicto intrapsíquico, la integridad del yo, el apoyo familiar y afectivo, las redes sociales, las oportunidades laborales y

<sup>1548</sup> Al referirse a los crímenes cometidos durante los conflictos armados latinoamericanos, VIÑAR afirma que cuando el dolor se sabe pero no se admite, se da una transmisión activa de la negación, la trivialización del crimen horroroso, del que muchos conocen y del que nadie habla. Ver VIÑAR, MARCELO, *Resistencias contra el olvido*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 30.

<sup>1549</sup> Ver el análisis que realiza RINCÓN respecto a comunidades, grupos o colectividades de víctimas, donde aborda la dimensión colectiva de los derechos y efectos colectivos de las violaciones. RINCÓN, TATIANA, *Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la justicia transicional*, en *Debates Democráticos*, publicación de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, páginas 90 y ss.

<sup>1550</sup> Por ejemplo en el caso de los pueblos indígenas, el concepto de comunidad es más fuerte. Las comunidades de Guatemala, en general, son sociedades tradicionales, con cultura e identidad definidas, en las que prevalece una cualidad más colectivista, con gran apreciación hacia los valores como la cooperación, equilibrio, respeto, reciprocidad y reparto. Ver NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 72.

<sup>1551</sup> LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 359.

<sup>1552</sup> BECKER, DAVID; CASTILLO, MARÍA ISABEL; GÓMEZ, ELENA; SALAMOVICH, SOFIA, *Muerte y duelo: los familiares de ejecutados y su psicoterapia*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 439.

educativas y la inclusión en distintos grupos de pertenencia. Pero simultáneamente influyen también los impactos del manejo sociopolítico de la temática<sup>1553</sup>.

La realización de la justicia contribuye a ordenar las relaciones humanas, teniendo una función que dota de estructura al propio psiquismo humano: las amenazas, el miedo y la impunidad afectan el psiquismo de los seres humanos, agravando la situación de dolor; mientras que la verdad y la justicia ayudan al menos a cicatrizar, con el tiempo, las heridas profundas causadas por la muerte violenta de un ser querido<sup>1554</sup>.

La ruptura del tejido social comunitario, una vez superado, permite que se restablezcan las relaciones sociales. El proceso de duelo comunitario contribuye a que las personas se reincorporen a su comunidad y satisfagan la necesidad de recibir apoyo social adecuado de su entorno<sup>1555</sup>. Los rituales de duelo colectivo tienen efectos de cohesión social, porque logran la identificación colectiva entorno a la experiencia traumática que los vincula<sup>1556</sup>.

La participación en juicios también reduce las percepciones estereotipadas de los “otros” tanto por parte de las víctimas, como por parte de los perpetradores; y como se ha expresado, la exteriorización de sentimientos de forma pública, tiene un

<sup>1553</sup> NADAL, OCTAVIO; PIROTTO, EDUARDO; ROBAINA, MARÍA CECILIA; *Acompañamiento psicosocial en procesos de exhumaciones de detenidos-desaparecidos, Caso Uruguay*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 201.

<sup>1554</sup> CANCELADO TRINDADE, ANTONIO, *Voto razonado del Caso de los “Niños de la Calle”*, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 6.

<sup>1555</sup> Por ejemplo, los familiares de víctimas de desaparición forzada no reciben el apoyo que normalmente se presta en caso de fallecimiento. Ver NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 72.

<sup>1556</sup> Para CABRERA, existen tres intereses que fortalecen la cohesión social: a) gestión de ayudas; b) apoyo mutuo entre sobrevivientes; y c) denuncia y lucha política en materia de verdad y justicia. Ver CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, páginas 139 y 153.

impacto en la sensibilización del grupo ajeno al proceso, con la consecuencia lógica del fortalecimiento de la cohesión social<sup>1557</sup>.

Compartir una memoria colectiva constituye una fuente de cohesión en el seno del grupo, porque la narración crea, simultáneamente, una solidaridad horizontal entre todos los miembros contemporáneos del grupo y una solidaridad vertical con los miembros pasados y futuros del grupo<sup>1558</sup>.

En estos escenarios, la necesidad de realizar acciones dirigidas a toda la sociedad se torna indispensable para la reparación del orden social. Rituales y actividades tales como la entrega de restos de desaparecidos a sus familiares tiene particular trascendencia para la reconstrucción del tejido social<sup>1559</sup>. Los actos colectivos en general ayudan a fortalecer las relaciones sociales<sup>1560</sup> y refuerzan aspectos positivos emocionales como la disminución de hostilidad en los victimarios y la restauración de la dignidad de las víctimas<sup>1561</sup>.

Muchas de las formas alternativas de reparación a las cuales ya se ha hecho referencia van dirigidas hacia la sociedad en su conjunto. Estas estrategias

---

<sup>1557</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 484.

<sup>1558</sup> LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 358.

<sup>1559</sup> Los rituales también tienen trascendencia para las víctimas individuales. La participación de la sociedad en los rituales de entrega de los restos permite a los familiares resarcirse de algunos atropellos sufridos, como la imposibilidad de realizar rituales de despedida al familiar muerto, por la metodología de la desaparición. Ver TUMINI, MARÍA CARINA; GARAY, LUCÍA SOLEDAD; BANCHEIERI, CARLA MARÍA, *Procesos de exhumaciones: un espacio posible*, Caso Argentina, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 181.

<sup>1560</sup> STORNAIUOLO, MARTHA; CHAUCA, ROSA LÍA; BACA SOTO, NÉLIDA, *Acompañamiento psicosocial en procesos de investigación antropológica forense en Perú, Caso Perú*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 98.

<sup>1561</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 481.

alternativas, teológicas<sup>1562</sup> o terapéuticas<sup>1563</sup>, tienen como objetivo final la reconciliación.

<sup>1562</sup> Muchos sobrevivientes tienen en común que para ellos la fe es la fuerza que afirma la vida allí donde está amenazada radicalmente. ANLEU refiere que en su estudio, la fe es el recurso más verbalizado por los sobrevivientes de la tragedia. Es una forma de evasión de la realidad por medio de la cual se delega en Dios las responsabilidades humanas. Se trata de “poner en manos de Dios” lo que es imposible para los sobrevivientes. Mediante valores religiosos, las personas filtran la experiencia de dolor, logrando asumir las pérdidas con espíritu resignado y esperanzador. ANLEU HERNÁNDEZ, CLAUDIA MARÍA, *Resiliencia: la fuerza de la vida*. Un estudio sobre familiares de niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala, publicación del Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial y F&G Editores, Guatemala, 2005, páginas 76 y ss. La influencia religiosa también se observa en víctimas de pertenencia cultural a pueblos indígenas. CABRERA relata que para la Comunidad Aurora en Guatemala, víctimas de la masacre de Xamán, la violencia es el castigo de los dioses cuando son despreciados como guardianes del territorio. Otras asociaciones con figuras propias a la religión cristiana son expresiones del sincretismo religioso. CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 148. Las grandes injusticias de la historia y la impotencia o al menos inacción de Dios sobre los victimarios hace que las víctimas encuentren consuelo en la justicia divina, en la que al final sí habrá justicia y el verdugo no triunfará sobre la víctima sino que será condenado. El relato que se expresa en la memoria es *memoria passionis*, pero también memoria celebrativa y esperanza, celebra una esperanza: que hay un futuro para las víctimas. El Dios crucificado y por ello cercano, resucita. SOBRINO, JON, *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, UCA Editores, El Salvador, 1999, páginas 77 y 449.

<sup>1563</sup> La atención terapéutica es conocida como reparación psicosocial o acompañamiento psicosocial, mecanismo muy difundido en América Latina, como consecuencia de la negación de los hechos por parte de las autoridades, obstáculos legales y miedo persistente de las víctimas. Es frecuente encontrar que son los mismos familiares quienes informalmente se da apoyo psicosocial recíprocamente. En el Caso de la Masacre de El Mozote, en El Salvador, la institución Tutela Legal del Arzobispado de El Salvador afirma que no les consta que alguna institución brinde algún tipo de acompañamiento psicológico o psicosocial a las víctimas. HERNÁNDEZ, MARÍA JULIA, *Masacre de El Mozote y sitios aledaños: la búsqueda de espacios para la lucha legal*. Caso El Salvador, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 43. Muchas víctimas se han organizado para “ayudarse ayudando a otros familiares. En Guatemala se han organizado grupos de familiares de desaparecidos, de los que resalta el Grupo de Apoyo Mutuo (GAM), la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Guatemala (FAMDEGUA) y otras. NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 62. También GÓMEZ LÓPEZ, ANA MARÍA; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Retos para el acompañamiento psicosocial de familiares de personas desaparecidas en el contexto de las exhumaciones, Caso Colombia*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 53. El apoyo psicosocial es necesario en diversas circunstancias relacionadas con las graves violaciones a los derechos humanos. GÓMEZ Y BERISTAIN distinguen en tres tipologías de atención psicosocial en casos de desaparición forzada, cuando se sabe que la persona está muerta: a) la desaparición donde posiblemente se han encontrado o se pueden obtener los restos de las víctimas; b) la desaparición donde se desconoce el lugar de entierro de las víctimas; y c) la desaparición donde difícilmente se podrán recuperar los restos de las víctimas, por ejemplo cuando fueron arrojados a ríos y similares. GÓMEZ LÓPEZ, ANA MARÍA; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Retos para el acompañamiento psicosocial de familiares de personas desaparecidas en el contexto de las exhumaciones, Caso Colombia*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 56. En Colombia, el acompañamiento a los familiares de personas desaparecidas se ha desarrollado durante años mediante a) un apoyo psicológico individual a las familias afectadas en su lucha por encontrar a sus familiares; y b) programas de acompañamiento psicosocial grupal a familiares. ÍDEM, página 52. En Guatemala, al inicio del trabajo de exhumaciones, se prestó nula o poca atención psicosocial tanto para las víctimas como para los expertos involucrados en los trabajos de exhumación. En situaciones esporádicas se produjeron intentos de abordaje psicosocial en las primeras exhumaciones, aunque nunca de manera integrada. El acercamiento fue generalmente antes y durante las exhumaciones, pero no hubo un trabajo posterior. Es hasta 1997 que se incorpora el trabajo psicosocial en los procesos de exhumaciones de forma constante. Desde 1992

De la misma forma que ocurre en los delitos comunes, donde en muchos casos existe un vínculo previo entre el agresor y la víctima, en casos de violencia colectiva, los miembros de grupos en conflicto viven juntos en el mismo territorio nacional. En estos casos, la gestión del pasado conflictivo se sitúa al menos en tres niveles: a) el de las personas traumatizadas que reclaman que sus sufrimientos sea reconocidos y que la justicia los repare; b) el de las identidades sociales de los grupos implicados, a menudo puestas en cuestión; y c) el de la identidad nacional, también puesta en peligro. En estos casos, si se privilegia la unidad nacional, se hace a riesgo de no satisfacer ni las necesidades de reconocimiento de los sufrimientos individuales, ni las necesidades de valorización identitaria de los grupos<sup>1564</sup>.

La reconciliación en la etapa de transición se asocia con valores como la consecución de la paz y con la posibilidad de emprender una nueva etapa y el consiguiente cierre del pasado, por lo que también se le asocia con el arrepentimiento y el perdón<sup>1565</sup>.

La reparación puede ayudar a dicha reconciliación, al perdón entre las partes enfrentadas, la reconstrucción de la sociedad y al logro de la paz social<sup>1566</sup>. Existe una tendencia a relacionar el derecho a la justicia con la petición de perdón. Siguiendo esta idea, si el Estado pide perdón, eso lleva implícito que la víctima debe perdonar<sup>1567</sup>.

---

hasta el 2006, en Guatemala se han realizado aproximadamente 700 exhumaciones. NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, páginas 64 a 69.

<sup>1564</sup> LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 365.

<sup>1565</sup> CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, página 174.

<sup>1566</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 24.

<sup>1567</sup> NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007, página 70.

La disculpa pública aporta más a la reconciliación y a la cohesión social en un nivel social general, que a la reconciliación y al perdón entre víctimas directas y perpetradores, en un plano interpersonal, es decir, los rituales ayudan en el plano social, pero no en el plano de superación del sufrimiento de las víctimas<sup>1568</sup>.

De acuerdo a la clasificación de TEITEL, ya abordada, en la segunda etapa de la justicia de transición el objetivo fue el perdón y la posibilidad de redención política, desde la óptica de que la reconciliación mira hacia el futuro, por lo que el perdón de las víctimas se convirtió en la contrapartida de la petición política de disculpas<sup>1569</sup>. En este sentido, la experiencia del proceso de transición de Sudáfrica constituye un importante aporte al estudio de la relación de la verdad, la reconciliación nacional y la renovación democrática<sup>1570</sup>.

Respecto a lo que se ha dicho sobre el perdón, hay que hacer una distinción entre reconciliación individual y reconciliación nacional. El conocimiento de la verdad tiene la capacidad de alentar la reconciliación nacional, porque permite hablar abiertamente de los hechos del pasado silenciados o muy conflictivos, permite que un ente idóneo esclarezca los casos, permite el debate y relaja las tensiones. La reconciliación de las víctimas para con los victimarios, a título individual, es más compleja porque requiere el perdón y la reparación del daño, que son procesos profundamente personales y que pueden ser diversos en cada persona<sup>1571</sup>.

La reparación, aunque no logre realmente revertir las cosas al estado anterior al crimen, alivia el sufrimiento humano y por eso se torna absolutamente necesaria. El

---

<sup>1568</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011, página 484.

<sup>1569</sup> TEITEL, RUTI G., *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, páginas 69-94, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, páginas 15 y 16 de la traducción

<sup>1570</sup> En Sudáfrica se instauró un ambicioso mecanismo de justicia transicional que se dio a conocer como Comisión de la Verdad y la Reconciliación, la cual se sirvió de una poderosa combinación entre audiencias públicas para las víctimas y garantía de amnistía individual para perpetradores a cambio de confesión plena, como contribución al estudio de la relación de la verdad, la reconciliación nacional y la renovación democrática. Ver SPRINGER, NATALIA, *¿Negociar la paz o hacer justicia?*, Editorial Aguilar, Colombia, 2010, página 16.

<sup>1571</sup> HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 211.



mal cometido no desaparece, es tan sólo combatido y mitigado. Las reparaciones otorgadas tornan la vida de los familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, aún ante el silencio, la indiferencia y el olvido, la persona ha logrado sobreponerse a las atrocidades, y el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia, propia del espíritu. En otras palabras, las reparaciones significan que, en el caso concreto, la conciencia humana ha prevalecido sobre el impulso de destrucción. En este sentido, las reparaciones, aunque no plenas, revisten de innegable importancia en la labor de salvaguardia de los derechos inherentes al ser humano<sup>1572</sup>.

En este panorama debe entenderse la posibilidad de que el autor y la víctima lleguen a acuerdos de reparación, y que dicha reparación sea un nuevo fin del derecho penal, reafirmando que la intervención penal es solamente fragmentaria, y los más graves conflictos sociales no pueden solucionarse de una forma racional y funcional, contando únicamente con los medios que actualmente ofrece el derecho penal<sup>1573</sup>.

---

<sup>1572</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO, *Voto razonado del Caso de los “Niños de la Calle”*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 43.

<sup>1573</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.147 página 45.



## **CAPÍTULO III**

# **PRESENTACIÓN DE CASO: LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INDÍGENA**



## CAPITULO III

### LA REPARACIÓN Y EL DERECHO INDÍGENA

#### 1. Cuando los iguales son diferentes

La afirmación “todas las personas son iguales”, se contrapone a situaciones u ordenamientos en los cuales no todos, sino sólo algunos pocos, disfrutan de bienes y derechos de los que otros carecen. En aquellas sociedades donde coexisten diversos pueblos, la interrelación suele ser complicada, pues generalmente, no se basa en un modelo de relaciones igualitarias entre los pueblos, sino de dominación de un grupo por sobre otro. En países pluriculturales donde debiera existir una relación horizontal de acceso al poder<sup>1574</sup>, la convivencia entre indígenas, mestizos, negros y otros, en la práctica, configura una pirámide vertical que muchos autores han denominado sociedad de castas<sup>1575</sup>, lo que se traduce en que no todas las personas tienen el mismo acceso al ejercicio de sus derechos.

En el contexto actual de las sociedades, resulta posible distinguir en la idea de igualdad al menos dos aspectos o facetas generales de la misma: la igualdad de la ciudadanía democrática y la igualdad de condiciones, expectativas de vida u oportunidades. La igualdad de ciudadanía se vincula a la idea de que cada miembro de la sociedad debe gozar en modo igualitario de los derechos básicos; pero la igualdad de oportunidades, pone de manifiesto la brecha existente en las oportunidades entre quienes están mejor o peor situados en la sociedad, en términos de bienestar, ingresos, acceso a la salud, a la educación y similares<sup>1576</sup>.

En nuestros días, es un problema no resuelto la coexistencia de dos grupos diferenciados de ciudadanos: los indígenas y los no indígenas, con sus

<sup>1574</sup> La pluriculturalidad es una corriente de pensamiento que acepta la existencia y convivencia de varias culturas distintas a la vez dentro de un país. TORRES RIVAS afirma que el Estado plural no es monista, ni vertical ni autoritario; es un proceso de constitución de un poder que busca reconocer y respetar la pluralidad de los grupos etnoculturales que forma la nación, en una relación horizontal de acceso al poder. Ver TORRES RIVAS, EDELBERTO, *Guatemala: Estado, heterogeneidad estructural y ciudadanía, una visión etnocultural*, F&G Editores, Guatemala, 2005, página 28.

<sup>1575</sup> CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 15.

<sup>1576</sup> ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS, *La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público*, ponencia presentada en el Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000, página 4.

consiguientes diferencias en torno a su concepción del mundo y su concepción de la justicia.

La desigualdad es la más amplia violación a los derechos humanos que sufren los pueblos indígenas latinoamericanos. La negación por parte del Estado y de la sociedad dominante, de las costumbres jurídicas de los pueblos indígenas, conduce a la denegación de algunos derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos<sup>1577</sup>, donde destaca, para fines de este estudio, el derecho a regularse mediante sus propias prácticas jurídicas, particularmente, en cuanto a aplicar la figura de la reparación como respuesta jurídica al conflicto ocasionado con el delito.

## 2. Definiciones

Indios son los individuos que conservan características de los nativos concentrados y remodelados en los pueblos bajo presiones del régimen colonial<sup>1578</sup>. Para efectos de este estudio se prefiere utilizar el término indígenas en vez de indios, por considerar que el término indígena es reivindicativo de la discriminación y opresión<sup>1579</sup>; y por ser el mayoritariamente aceptado en el derecho internacional, no obstante, el término “*indio*” está siendo objeto de reivindicación en Sudamérica<sup>1580</sup>.

<sup>1577</sup> Citando el informe de Naciones Unidas elaborado por Stavenhagen e Iturralde. En AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 25. Cuando un Estado reconoce la existencia de un Pueblo Indígena dentro de su territorio se concede espacio para la autodeterminación interna de estos grupos dentro del Estado soberano. Respecto al reconocimiento de las minorías por parte de los estados nacionales correspondientes, se han asumido diferentes posiciones; una postura integracionista que se apoya en los principios de igualdad y no discriminación, considerándose que los derechos de la minoría son derechos individuales; otra postura multiculturalista, que procura preservar la identidad del grupo y la participación grupal en la vida del país en todos los niveles, siendo aquí los derechos de la minoría derechos grupales, que dan oportunidad de salvaguardas especiales y de atender a la vulnerabilidad propia de las minorías. La cuestión previa en lo que a minorías mismas se refiere es la del reconocimiento. En MORALES, PATRICIA, *Pueblos Indígenas, Derechos Humanos e Interdependencia Global*, Siglo XXI Editores, México, Edición en Español 2001, páginas 13-15 (xiii-xv).

<sup>1578</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 43.

<sup>1579</sup> La autora es guatemalteca y como tal adopta el término utilizado en uno de los Acuerdos de Paz de Guatemala, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1995, por medio del cual se buscaba sentar las bases para posibilitar desarraigar la opresión y la discriminación. Mediante dicho Acuerdo se reconoce la pluralidad de expresiones socioculturales de Guatemala y se les reconoce como Pueblos. Se les llama indígenas y no indios como una reivindicación, pues en la historia guatemalteca el término indio ha sido

Al hacer referencia a la colectividad, se preferirá el término pueblos indígenas. Este término ha evolucionado respecto a su significado y alcances.

A partir del *Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes* de 1957, se utilizó el término “*poblaciones*”, para definir a los pueblos indígenas; aunque la locución más difundida y reconocida por el derecho internacional, durante muchos años, fue el de “*minorías*”. En la etapa de internacionalización de los derechos humanos se crea la categoría de minorías, como categoría de colectividad humana, pero sin reconocérseles identidad colectiva y sin atribuirles las condiciones para formar “*pueblos*” como sinónimo de Estados, en cuanto al orden internacional y en donde “*minorías*” es sinónimo de exclusión<sup>1581</sup>.

Este término fue posteriormente superado en 1989, con el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, convenio que marca la transición del concepto “*minoría*” al de “*pueblo*”.

El concepto de *minorías* utilizado tradicionalmente, actualmente se encuentra en crisis, debido al peso demográfico de los indígenas al interior de los Estados latinoamericanos, particularmente en países como Bolivia y Guatemala, donde los indígenas constituyen la mayoría de la población, en tanto que en Perú y Ecuador, representan un importante porcentaje de la población total<sup>1582</sup>.

---

usado peyorativamente y su uso denota desprecio o discriminación. Políticamente, es incorrecto el uso del término “indio” dentro del territorio nacional.

<sup>1580</sup> “Nos llamamos indios, con este nombre nos han sojuzgado por cinco siglos y con este nombre hemos de liberarnos. Ser indio es nuestro orgullo”. Esta es una de las conclusiones del I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica, realizado en Cuzco en 1980. Citada por HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 379.

<sup>1581</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América, Siglo Veintiuno* Editores, México, 2009, página 70.

<sup>1582</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 3.

En el seno del derecho internacional, se habla de pueblos indígenas con derechos propios hasta la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, del año 2006.

La identidad de los pueblos, es un conjunto de elementos que los definen y a su vez los hacen reconocerse como tal. El reconocimiento de la multiculturalidad, busca el reconocimiento de la existencia de diversas etnias y culturas diferentes en una nación, reclamando la igualdad entre todas ellas, contraponiéndose a la asimilación, con la finalidad no solamente de asegurar que tales relaciones fluyan sin conflictos, sino que puedan establecerse relaciones que enriquezcan la vida material y espiritual de los participantes<sup>1583</sup>.

### 3. Pueblos Indígenas

Conforme a lo establecido en el artículo 1 del *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, se considera pueblos indígenas a los pueblos descendientes de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. El criterio más importante para calificar a una persona como indígena es el de su auto identificación como tal<sup>1584</sup>.

Según la Relatora Especial ERICA IRENE DAES, en su informe al Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, existen cuatro factores relevantes para entender el concepto de pueblo indígena: a) prioridad en el tiempo

<sup>1583</sup> TORRES RIVAS, EDELBERTO, *Guatemala: Estado, heterogeneidad estructural y ciudadanía, una visión etnocultural*, F&G Editores, Guatemala, 2005, página 29.

<sup>1584</sup> En algunos contextos la auto identificación de las personas como indígenas se refiere a una presunción identidad heredada. Algunos grupos no pueden distinguirse de otros no por su fenotipo no por su cultura, porque la han ido perdiendo, por lo que sólo hay una presunción de herencia sobre su ascendencia. SMITH estudia particularmente la presunción de identidad heredada de los estadounidenses descendientes de irlandeses. Ver SMITH, CAROL A., *Interpretaciones norteamericanas sobre la raza y el racismo en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 139.



con respecto a la ocupación y uso de territorios específicos; b) la perpetuación voluntaria de las distinciones culturales, que incluyen aspectos del lenguaje, de las organizaciones sociales y de los modos religiosos y espirituales, modo de producción, leyes e instituciones; c) una experiencia de subyugación, exclusión, desposesión o discriminación que persista o no en el presente; y d) auto identificación como indígenas, así como también el reconocimiento de su propia diferencia respecto a otros grupos<sup>1585</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo considera que los elementos que caracterizan a los pueblos indígenas, según el Convenio 169, incluyen sus estilos tradicionales de vida; su cultura y modo de vida diferente a los de los otros segmentos de la población nacional, como por ejemplo su forma de subsistencia, idioma o costumbres; su organización social e instituciones políticas propias; su vida en una continuidad histórica en un área determinada previa a la colonización<sup>1586</sup>; y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen o dominan en los mismos territorios o en partes de ellos<sup>1587</sup>. Son comunidades transgeneracionales con atributos significativos de cohesión política y cultural que buscan su permanencia y desarrollo.

Existen diversos pueblos indígenas, que aunque difieren en algunos rasgos, no son radicalmente distintos. Solamente desde la antropología cultural, se puede sostener que la diversidad de grupos sociales significa la diversidad de culturas<sup>1588</sup>.

En contextos específicos, se considera más útil el enfoque de identificar a los pueblos indígenas que el de definirlos<sup>1589</sup>. Las especificidades de cada grupo étnico están dadas, no sólo por el acervo cultural que conserven, sino también por el

<sup>1585</sup> DAES, ERICA IRENE, *Informe sobre el concepto de pueblos indígenas*, Organización de las Naciones Unidas, E/CN.4/sub.2/AC.4/1996/2.

<sup>1586</sup> <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>, consultada el 13 de abril del 2012.

<sup>1587</sup> MARTINEZ COBO, JOSÉ, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, documento de la Organización de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/476; E/CN.4/Sub.2/1982/2M E/CN.4/Sub.2/1983/21 (1981-1983).

<sup>1588</sup> En Guatemala por ejemplo, esta aparente diversidad se debió principalmente a que el conquistador español trató de resaltar diferencias tribales. GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 22.

<sup>1589</sup> FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA-UNICEF-, *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*, publicación de UNICEF, Primera Edición, Argentina, 2008, página 21.

contexto de las relaciones históricas del que ha participado y en el cual han construido la noción de su propia diferencia y hecha efectiva su particular continuidad<sup>1590</sup>.

Entre los pueblos indígenas, los mayas, habitantes de la región que ancestralmente ocupó parte de México y Centro América, pueblo que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales de su identidad: la descendencia directa de los antiguos mayas; sus idiomas provenientes de una raíz común, su cosmovisión basada en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, una cultura basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y respeto de sus semejantes, una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales, y la auto identificación para con estos elementos<sup>1591</sup>.

El contexto de relaciones históricas entre indígenas y no indígenas, cuyo origen se encuentra en la época colonial y se perpetúa aún en nuestros días, permite entender la situación en la cual se encuentran los pueblos indígenas y justifican sus luchas sociales por el reconocimiento de sus derechos. Para entender este contexto se presentan a grandes rasgos algunos antecedentes históricos:

#### **4. Antecedentes históricos**

##### **4.1 La época colonial**

Al tiempo de la llegada de los europeos, los pueblos originarios contaban con formas de organización social y política, que variaban desde aquellas complejas de los incas, mayas y aztecas, hasta las más simples de las sociedades silvícolas de la Amazonía. Se trataba, en general, de pueblos soberanos que rejían sus destinos libremente. Dicha soberanía se manifestaba en la existencia de sistemas

<sup>1590</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 41.

<sup>1591</sup> Definición prevista en el Punto I del ACUERDO SOBRE IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, uno de los Acuerdos de Paz de Guatemala, firmado en México el 31 de marzo de 1995.

normativos que regulaban la vida comunitaria y familiar entre sus integrantes, así como su relación con la tierra y los recursos naturales<sup>1592</sup>. Tenían una organización social de castas<sup>1593</sup>.

El descubrimiento de América, llamado “*encuentro de dos mundos*”, contraponía en esencia dos formas particulares muy distintas de vida, de cosmovisión, de cultura, de ordenamiento sociopolítico y de lucha. En relación a la tierra, la cosmovisión de los indígenas era integral, mientras que la de los conquistadores, de dominio. Para los indígenas la tierra y el ser humano eran parte de un todo, mientras que para el europeo español y cristiano, era puesta por Dios para el servicio del hombre<sup>1594</sup>.

Con la conquista, la población indígena en América fue sujeta a dos tipos de dominación: la dominación cultural y la dominación física, apoyadas en la fuerza y la violencia. La dominación física incluyó el exterminio, el despojo a la tierra y la explotación económica, mientras que la dominación cultural, además de los efectos del asesinato de sus líderes, se realizó por medio de procesos de integración y aculturación<sup>1595</sup>.

Hubo un primer período sangriento, en la que los colonizadores, en su afán de enriquecerse a toda prisa, esclavizaron a los indígenas que presentaron una resistencia armada a la conquista. Su fundamento legal fue un instrumento denominado *Requerimiento*, que supuestamente debía leerse –en castellano- a los

<sup>1592</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 3.

<sup>1593</sup> Los *Caciques* eran los legítimos herederos de la nobleza prehispánica. Nobles y caciques eran exactamente lo mismo, sólo los caciques eran nobles y sólo los nobles eran caciques. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 255. *Ajawb* era la clase dominante de los mayas *kichés*, *caqchikeles* y *tz’utujiles* antes de la llegada de los españoles. CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 40.

<sup>1594</sup> OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, página 18.

<sup>1595</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, páginas 50 y 51. Respecto a la dominación material y cultural así como el despojo de la tierra, se manifiesta en el mismo sentido HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 373.

indígenas, para llamarlos a aceptar pacíficamente la soberanía del monarca español; pero en caso que la rechazaran, el instrumento autorizaba a los conquistadores a usar la violencia para dominarlos:

*“certifícoos que con la ayuda de Dios nosotros entraremos poderosamente contra vosotros, y os haremos guerra por todas las partes y maneras que pudiéremos, y os sujetaremos al yugo y obediencia de la Iglesia, y al de sus Magestades, y tomaremos vuestras personas, e a vuestras mujeres e hijos, e los haremos esclavos, e como tales los venderemos, y dispondremos de ellos como sus Magestades mandaren, e os tomaremos vuestros bienes, e os haremos todos los daños e males que pudiéremos, como vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su Señor y se resisten e contradicen...”*

Esta última amenaza era el punto clave del requerimiento y su verdadera razón de ser, porque servía para justificar la esclavitud y el robo de bienes. El *Requerimiento* se convirtió en parte integrante del equipo que todo conquistador había de llevar consigo a América<sup>1596</sup>.

En en la época colonial, en el territorio gobernado por el Reino de Guatemala, integrado por los territorios que hoy ocupan Chiapas, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, se estableció como modalidad económica la de los Pueblos de Indios, con sus dos elementos: el trabajo y el tributo<sup>1597</sup>. El pueblo de indios fue una pieza clave en la estructura de la sociedad colonial, que requería la existencia de unas tierras que los indígenas pudieran trabajar para sustentarse, para tributar y para estar en condiciones de trabajar en forma casi gratuita con los colonos<sup>1598</sup>. Los Pueblos de Indios reproducían en cierta medida el modelo prehispánico, en el cual las masas indígenas o *maseguales*, vivían en grandes

<sup>1596</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, páginas 64 y 65.

<sup>1597</sup> Sobre el cobro del tributo y crueldad de los caciques, ver CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 40. Los antecedentes tributarios de la población maya así como la densa población son características que hacen que el período colonial de Guatemala sea diferente al del resto de América Central. En CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Op Cit, página 25. Sobre las castas mayas y la obligación de tributo ver también OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Op Cit, página 16.

<sup>1598</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, página 158.

extensiones de tierra sobre la que probablemente tenían propiedad comunal, tributando a los *caciques* o *cabezas de calpul*, tributación que era trasladada parcialmente a los *Señores* o nobleza nativa. Ya en la época colonial, el tributo comprendía las ganancias comerciales e impuestos sobre operaciones mercantiles, llamado alcabala<sup>1599</sup>. En este modelo, los indígenas mantenían una relación de propiedad sobre las tierras que habitaban, modelo que fue perpetuado gracias al discurso de sumisión transmitido por la Iglesia<sup>1600</sup>.

También se crearon el repartimiento y la encomienda, instituciones coloniales que nacieron unidas, teniendo dos momentos diferentes, en la etapa de la conquista por medio del requerimiento, y ya durante la colonia por medio de las Leyes Nuevas. En los primeros años de la colonización, el repartimiento consistía en repartir tierras y también indígenas para trabajarlas, aspecto que se justificaba diciendo que los indígenas eran “*encomendados*” para que el encomendero velara por su cristianización. La encomienda fue el pretexto para repartirse a los indígenas y explotarlos, pues como no había ningún control, acabaron por estar esclavizados. Las arbitrariedades que se cometieron en este período son increíbles<sup>1601</sup>. Existen datos que afirman que durante los primeros años de la conquista se comerció con indígenas como esclavos<sup>1602</sup>.

Es entonces cuando los pueblos indígenas perdieron el control de sus sistemas de producción. Sus economías se basaron en producir en función de la demanda

<sup>1599</sup> En MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 28 y 48.

<sup>1600</sup> PALMA, GUSTAVO, *Acceso a la tierra y desalojos en el Valle del Polochic*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012.

<sup>1601</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Op Cit, página 62. Sobre el repartimiento en Nicaragua ver ROMERO VARGAS, GERMÁN, *Los indígenas del Pacífico de Nicaragua*, en en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 164. También HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 373. Ver también CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 54. CASAUS cita estudios que evidencian las diferencias entre la institución de la encomienda en Guatemala y en México: A mediados del Siglo XVI existían 160 encomiendas en la jurisdicción de Santiago de los Caballeros de Guatemala, frente a las 30 que había en el distrito de México. En CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Op Cit, página 25.

<sup>1602</sup> ROMERO VARGAS indica que en Nicaragua, ante la decepción de los conquistadores de no encontrar oro, los españoles se dedicaron a la exportación de esclavos indígenas hasta antes de 1540. Era una actividad ilegal, salvo en algunas circunstancias, sin embargo, hay relatos que hasta el propio gobernador Pedrarias Dávila exportó esclavos. En ROMERO VARGAS, GERMÁN, *Los indígenas del Pacífico de Nicaragua*, en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 155.

externa, aunque ese modelo no satisficiera las necesidades alimentarias internas. Para esto, fue necesario someter militar y políticamente a los indígenas. Para estabilizar los territorios, se creó el ordenamiento jurídico, que preveía la explotación indígena y su segregación<sup>1603</sup>; pudiendo afirmarse que imperó un sistema de segregación racial y cultural<sup>1604</sup>.

Para justificar la invasión occidental y la dominación, se generó una ideología basada en la filosofía griega de la igualdad natural, concibiéndose a los indígenas como seres salvajes e inferiores<sup>1605</sup>, haraganes<sup>1606</sup>, miembros de una cultura menos desarrollada que la dominante, seres a los que hay que educar, cristianizar y, en definitiva, incorporar a la cultura superior, razón por la que la monarquía española adoptó una posición tutelar respecto a los habitantes de los nuevos territorios<sup>1607</sup>.

La discriminación racial fue un factor ideológico del imaginario de las élites criollas y de la monarquía, que cumplió la función del despojo y sometimiento de los indígenas, que tenía el objetivo de romper la identificación del indígena con sus referentes principales, como religión, idioma, cosmovisión y costumbres a través de

<sup>1603</sup> Las Leyes de Indias institucionalizaron una sociedad dual de europeos e indígenas en la que ambos eran interdependientes y mutuamente excluyentes. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, página 34.

<sup>1604</sup> Durante la época colonial imperó un sistema de segregación racial y cultural por medio de los *pueblos de indios*. Prácticamente existían dos repúblicas, la de los indios y la de los españoles. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, páginas 18 y 19.

<sup>1605</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 3. En el mismo sentido, IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011. También GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 19. CASAUS aporta un dato interesante al citar el concepto de pureza de sangre en América para justificar las desigualdades de los españoles peninsulares y criollos frente a los indígenas y posteriormente también contra los mestizos. Para mantener dicha pureza se crearon certificados de limpieza de sangre, donde constaba la filiación de una persona, particularmente exigido a las mujeres antes de tomarlas como esposas. La "pigmentocracia" continúa siendo en Guatemala un instrumento de la clase dominante para justificar la opresión y explotación del indígena. Ver CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, páginas 27 y 38.

<sup>1606</sup> El prejuicio criollo de la innata holgazanería del indio no era más que la resistencia al trabajo forzado y al trabajo gratuito. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, página 253 y ss.

<sup>1607</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 392.

la destrucción gradual y sistemática de su pasado y de la implantación de los valores occidentales<sup>1608</sup>. A pesar de estas condiciones adversas, los indígenas procuraron conservar sus tradiciones y creencias. La resistencia a la plena cristianización encubrió una resistencia a la conquista espiritual, y esto era sabido por los colonizadores, que se percataban de que la incidencia de rebeldía era más elevada donde la cristianización era menos profunda<sup>1609</sup>.

En el caso de América Latina, los españoles cuestionaron la humanidad de los indígenas para justificar moralmente sus acciones, aunque finalmente llegaron a afirmar que los indígenas “*sí eran hijos de Dios*”<sup>1610</sup>, pero los “*hermanos menores de los españoles*”; siendo estos dos factores en los que se basó la institución de la *tutela* indígena, que consistió en que se les tratara como a niños, a quienes hay que definirles todo, por lo que de esta manera, los indígenas se constituyeron en objeto de tutela de la corona, y sus representantes en América podían definirles el modelo de desarrollo que les conviniera<sup>1611</sup>.

La tutela era aplicable a ciertas categorías de ciudadanos, los “*rústicos, miserables y menores*”. El estatus de *miserables* era aplicable para aquellos que no podían valerse socialmente por sí mismos, y precisaban de un amparo especial, como en el caso de los indigentes o los huérfanos. La *rusticidad* implicaba la falta de participación en la cultura letrada y, consecuentemente, la necesidad de una guía; la *minoría* era un estado que inhabilita por una falta evidente de capacidad; lo que para los indígenas mayores de edad, se presumía que tenían una limitación de la razón, es decir, no gozaban de razón plena, por lo que debían vivir sujetos a una tutela<sup>1612</sup>.

<sup>1608</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 64.

<sup>1609</sup> Los indígenas se mantuvieron sustraídos de la conquista espiritual, la religión indígena se mantuvo viva y los indígenas apegados a sus creencias, escondiendo sus ritos, enterrando sus figuras religiosas enterradas y en muchos casos combinaron elementos cristianos para desarrollar una religión mixta. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, páginas 209 y ss.

<sup>1610</sup> El movimiento encabezado por Fray Bartolomé de las Casas logró que en 1537, el Papa declarara que los indios eran seres humanos. CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 53.

<sup>1611</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1612</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 14. En tiempos recientes aún se observan antecedentes de esta posición jurídica, en el caso de Brasil, donde aún en 1973, mediante el Estatuto del Indio, Ley 6.001, se considera a los indígenas

La tutela consideraba al indígena como una persona menor de edad necesitada de protección<sup>1613</sup>, por su falta de capacidad para determinarse, derivada de su condición salvaje.

En un segundo momento, con las Leyes Nuevas, los indígenas perdieron el estatus de esclavos y llegaron a ser vasallos libres de la corona de Castilla y tributarios del Rey<sup>1614</sup>. Pero su estatus era el resultado de la concurrencia de tres viejos estatus previamente acuñados, el estado de rústico, el estado de persona miserable y el estado de menor, ya mencionados<sup>1615</sup>.

La defensa que se hizo de los indígenas era, en el fondo, una medida para evitar su destrucción, pues su existencia servía a los intereses de la monarquía que se encontraban enfrentados con la voracidad de conquistadores y colonos<sup>1616</sup>.

A pesar de que los indígenas ocupaban un espacio social con muchas limitaciones, mantuvieron la existencia de algunas autoridades tradicionales, como los

“relativamente incapaces”, como si jurídicamente fueran menores de edad y sometidos a un régimen especial de tutela ejercido por la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), órgano gubernamental encargado de asuntos indígenas. Según esta ley, sin una comunidad indígena “demuestra su integración en la comunidad nacional”, entonces el Presidente puede, a petición de sus miembros, declarar su “emancipación”. De igual manera los individuos que cumplan con este criterio pueden solicitar su “emancipación” ante un tribunal. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 126.

<sup>1613</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 391. La consideración jurídica de menores de edad significaba que no tributaban ni prestaban servicio militar, pero tampoco portaban armas, no montaban a caballo y no se podían ausentar de sus pueblos, pero sí podían ser explotados por medio de figuras como la encomienda, por medio de la cual daban su mano de obra a cambio de la evangelización. Ver OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, página 19.

<sup>1614</sup> Los escritos que los religiosos enviaban a la Corona tocaban como punto central que los indígenas eran una preciosa fuente de riqueza que el rey no estaba aprovechando. En MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Op Cit, página, 72. Sobre Leyes Nuevas y prohibición de la esclavitud ver también CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Op Cit, página 53.

<sup>1615</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 12.

<sup>1616</sup> Si bien en la primera etapa de la colonia la Corona de España no aprobó los vejámenes que se cometieron en su nombre tuvo que tolerarlos, porque la despiadada explotación de los indígenas fue el aliciente de la conquista y el pago de la implantación del imperio en América. El repartimiento no era más que la explotación hasta la aniquilación. Las cartas de Fray Bartolomé de las Casas contienen párrafos que indican que “pierde Vuestra Majestad y su real corona infinito número de vasallos que le matan (...) pierde tesoros y riquezas grandes (...)” y “... No conviene a la seguridad del estado de Vuestra Majestad que en la tierra firme de las Indias haya ningún gran señor (...) sino Vuestra Majestad”, en MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Op Cit, página 69. También se refiere a este aspecto WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, página 34.



*Caciques*<sup>1617</sup>; y también mantuvieron una parte de su derecho propio y costumbres, pero sólo aquella parte que los conquistadores consideraron conveniente para sus intereses.

La aceptación del derecho de los pueblos originarios devino de una actitud tolerante y pragmática, pues los colonizadores percibieron bondades en la organización social y en muchas costumbres indígenas, y además, percibieron que un grupo relativamente pequeño de españoles no podrían controlar una población indígena mucho mayor, si no utilizaban las estructuras locales de poder y control<sup>1618</sup>.

El gobierno colonial estaba dispuesto a permitir leyes indígenas si no chocaban con leyes cristianas y de la colonia, llamándolas “*usos y costumbres*”<sup>1619</sup>, término que aún se encuentra en instrumentos jurídicos de nuestros días, es decir, el entonces llamado derecho indiano, se completaba con las costumbres de los “*naturales*”, siempre que no fueran contrarias a los intereses de los conquistadores<sup>1620</sup>.

Debido al estatus que ocupaban los indígenas, se consideraba que podían guiarse en materias privadas conforme a sus propias costumbres, sin que por esto las mismas fueran reconocidas como un derecho propio. Los jueces podía actuar a su arbitrio frente a ellos, sin atenerse a los procedimientos a las leyes o las costumbres, salvo que les conviniera considerar estas últimas<sup>1621</sup>. La jurisdicción

<sup>1617</sup> Los *Caciques* eran los legítimos herederos de la nobleza prehispánica, aceptada por el sistema colonial e incorporada a los pueblos con funciones de autoridad. Los nobles y caciques era exactamente lo mismo, sólo los caciques eran nobles y sólo los nobles eran caciques. Tenían derecho exclusivo a los puestos del Cabildo indio. La palabra principales designaba a los que ejercían o habían ejercido puestos de autoridad en el Cabildo, lo que equivale a decir que designaba a los nobles o caciques y era sinónimo de esos dos términos. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 255. *Ajawb* era la clase dominante de los mayas (*kichés*, *caqchikeles* y *tz’utujiles*) antes de la llegada de los españoles. CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Op Cit, página 40.

<sup>1618</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, página 11.

<sup>1619</sup> Ver Ley de Carlos V de 1555. En IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011. En el mismo sentido COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 389.

<sup>1620</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Op Cit, página 11.

<sup>1621</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 13.

criminal de los *Caciques* no era aplicable a los españoles, sino sólo operaba entre los indígenas, y sólo con respecto a delitos menores, de lo contrario, el asunto se remitía a los Gobernadores de las Audiencias y Gobernadores de la Jurisdicción Suprema<sup>1622</sup>.

De esta forma, el gobierno colonial sobre los indígenas era indirecto y por razones prácticas la colonia tuvo que dar algunas potestades de control social a las autoridades indígenas, pues era imposible poder manejar la autoridad en todo el vasto imperio, en lo que IRIGOYEN llama un “*pluralismo jurídico subordinado*”, pues es un modelo de pluralismo jurídico, pero de manera subordinada a la ley colonial, que permitía o se complementaba con las leyes indígenas que eran útiles para sus intereses<sup>1623</sup>.

La política colonial de España le permitía a los colonizadores o criollos, seguir viviendo con la fastuosidad con la que estaban acostumbrados, disfrutando de los frutos de la colonización, sin los inconvenientes de tener que procurárselos<sup>1624</sup>. El espacio colonial para los criollos, a su vez, tenía restricciones con respecto a los españoles peninsulares.

Por su parte, en el espacio colonial, los indígenas se encontraban situados en una posición de derecho, pero de derecho ajeno, derecho de los colonizadores, un derecho de la colonización, que les dejan un margen de mantenimiento de sus costumbres, pero no como derecho propio y sin poder limitar a la parte colonizadora<sup>1625</sup>.

Como afirma MARTÍNEZ PELÁEZ, *la patria del criollo no fue en modo alguno la patria del indígena, sino que el indígena fue un elemento de la patria del criollo, una parte del patrimonio que estuvo en disputa con España*<sup>1626</sup>.

---

<sup>1622</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1623</sup> ÍDEM.

<sup>1624</sup> HARVEY, ROBERT, *Los libertadores. La lucha por la independencia de América Latina*, Primera Edición, RBA Libros, Barcelona, 2002, página 94.

<sup>1625</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 19.

<sup>1626</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Op Cit, página 44.

Con pocas excepciones, los conquistadores impusieron sus sistemas jurídicos y políticos<sup>1627</sup>. A diferencia de los colonizadores ingleses y franceses, los españoles no suscribieron con los indígenas acuerdos o tratados que reconocieran a estos últimos como naciones con soberanía política y territorial, siendo una de las pocas excepciones conocidas a esta regla, los parlamentos celebrados a lo largo del período colonial entre españoles y los indígenas mapuches, en la parte austral del territorio actual de Chile, mediante los cuales se reconoció a estos últimos la soberanía política y territorial sobre sus territorios a cambio de la paz; dichos parlamentos, al igual que los tratados entre Norte América y Oceanía<sup>1628</sup>, constituirían instrumentos jurídicos de carácter internacional que mantienen su valor original, siguen estando vigentes y son fuente de derecho y obligaciones para todas sus partes, las que deben respetar sus disposiciones de buena fe<sup>1629</sup>.

En esencia, los pueblos indígenas en la época colonial se encontraron en un estado de marginación, desentendimiento y abandono por parte del derecho<sup>1630</sup>; lo que limitó cualquier espacio para auto determinarse como pueblo. El derecho a la libre determinación les fue mermado hasta llegar al punto de ruptura, cuando el estatus quo estaba representado por el dominio colonial<sup>1631</sup>.

---

<sup>1627</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 3.

<sup>1628</sup> En México, América Central y América del Sur, ni los españoles ni los portugueses siguieron una política de celebrar tratados con los pueblos indígenas. Ambos imperios se basaron en la autoridad de dos bulas *Inter Caetera* promulgadas por el Papa Alejandro VI en mayo de 1493. Con estas bulas papales se zanjó la disputa entre Portugal y Castilla sobre los territorios del Nuevo Mundo, trazaron una línea fronteriza imaginaria y atribuyeron poderes para realizar actividades misioneras. La excepción fue Chile, donde los mapuches resistieron los intentos bélicos de conquista de los españoles. Ello determinó que España firmara con ellos el Tratado de Paz de Quillín de 1641, en el que reconoció a los Mapuches como una nación independiente y estableció una frontera permanente entre ambos países en el río Bio-Bio, frontera respetada informalmente por el gobierno chileno hasta finales del Siglo XIX. Sin embargo BOU FRANCH reporta que en violación a dicho tratado, el Gobierno de Chile cedió o vendió las tierras de los Mapuches a los colonizadores europeos. En Oceanía, la corona británica celebró el Tratado de Waitangi con los Maoríes de Nueva Zelanda reconociéndoles algunos derechos sobre la tierra. Australia es el único caso de colonización británica en el que no se celebraron tratados con los pueblos indígenas. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 129-135.

<sup>1629</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 4.

<sup>1630</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 13.

<sup>1631</sup> ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Artículo presentado en la

## 4.2 Época Republicana o Liberalismo

La idea esencial de que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho a ejercer el control sobre sus propios destinos, y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho –lo que más adelante se definiría como la libre determinación de los pueblos–, promovió el hundimiento de las estructuras coloniales clásicas<sup>1632</sup>.

La independencia de Estados Unidos seguida de la Revolución Francesa, repercutió en el mundo entero y estremeció tanto a los terratenientes y comerciantes criollos como españoles peninsulares. La Corona española decidió acomodarse al liberalismo que recorría Europa y dictó una serie de ordenanzas que a favor del igualitarismo de los grupos sometidos en América, lo que incomodó a los criollos, quienes además, estaban agobiados con los impuestos elevados, bajos precios con los que vendían sus productos a España y la prohibición de comerciar con otro país que no fuera la metrópoli<sup>1633</sup>. Estos acontecimientos propiciaron revueltas que desembocaron en la independencia de las repúblicas Latinoamericanas.

La emancipación de los pueblos americanos favoreció a los criollos, o hijos de españoles nacidos en América, que encabezaron el movimiento independentista y lograron tomar el poder de las nuevas repúblicas<sup>1634</sup>. Las ideas liberales que inspiraron los procesos de independencia, por regla general, significaron el término de las instituciones coloniales aplicadas a los indígenas, aunque la situación para ellos no varió sustancialmente<sup>1635</sup>.

---

Conferencia Internacional sobre libre determinación Sami: ámbito y aplicación, celebrada del 4 al 6 de febrero de 2008 en Alta, Noruega, página 11.

<sup>1632</sup> ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Op Cit, páginas 4 y 5.

<sup>1633</sup> HARVEY, ROBERT, *Los libertadores. La lucha por la independencia de América Latina*, traducción de Carmen Aguilar, Primera Edición, RBA Libros, Barcelona, 2002, página 95 y ss.

<sup>1634</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 374. En el mismo sentido COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 397.

<sup>1635</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, 2003, página 5. En Guatemala, CABEZAS refiere como el pueblo indígena no tomó parte en el movimiento independentista. CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Op Cit, página 83.

En este período, se establecieron los primeros ordenamientos constitucionales y las instituciones basadas en la división de poderes. Pero la posición tan arraigada de dominación colonial sobre los indígenas, no podía desaparecer simplemente por el advenimiento del constitucionalismo que trajo el período liberal<sup>1636</sup>.

Los primeros Estados influidos por las ideas liberales derivadas del movimiento revolucionario francés, consagraron entre sus valores y principios fundamentales el principio de igualdad<sup>1637</sup>. La ideología de libertad e igualdad, permitió a la burguesía acceder al poder político mediante la creación de la categoría de ciudadanos<sup>1638</sup>.

Se parte del principio de que la ley se aplica por igual a todas las personas, pues la propia naturaleza de la ley hace que ésta sea impersonal, representando la unidad del derecho en medio de la multiplicidad de intereses humanos<sup>1639</sup>. Para el liberalismo, basado en los principios de libertad e igualdad, todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante el Estado, por lo que, a partir del principio de igualdad pregonado en las constituciones de las nacientes Repúblicas, se liberó los pueblos indígenas del estatus de “*rústicos, miserables y menores*” al que habían sido sometidos durante el período colonial, y se les declaró ciudadanos libres y con capacidad contractual<sup>1640</sup>. Pero en la práctica, los indígenas no estaban en una situación de igualdad para con los criollos.

Un nuevo escenario el racismo contra los indígenas se manifestó de diferentes maneras, siendo ejercido directamente del Estado y expresado en las legislaciones,

<sup>1636</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 19.

<sup>1637</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 390.

<sup>1638</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1639</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 91.

<sup>1640</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5. Autores como BOU FRANCH reportan algunas excepciones al pleno goce de los derechos civiles, por ejemplo, en Brasil, donde la Ley 6.001, Estatuto del Indio de 1973, contempló que los indígenas no podían ser legalmente propietarios de tierras ni iniciar acciones jurídicas ni iniciar acciones jurídicas para defender sus derechos de posesión y usufructo de las tierras del Estado. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 126.

relaciones laborales, reestructuración político administrativa, en el imaginario de las élites y otras<sup>1641</sup>.

De todas las determinaciones históricas que proclaman la igualdad, la única universalmente recogida en las Constituciones, es la que afirma que todas las personas son iguales ante la ley, afirmación que falla en los Estados donde los ciudadanos están divididos en categorías distintas<sup>1642</sup>. Durante la época liberal se dio la transición de una sociedad de castas a una sociedad de clases y a pesar de la legislación a favor de la igualdad, se buscaron nuevos mecanismos de diferenciación que permitieran sostener el nuevo sistema de explotación económica y de dominación política<sup>1643</sup>.

Durante la época, se afirmó que aunque todas las personas tienen iguales derechos, su condición en la sociedad no es la misma, por lo que, para mantener un equilibrio social, debían crearse leyes que amparar el débil contra el fuerte, y por esta necesidad se protegería a las personas que, por su sexo, edad o falta de capacidad cultural, carecen de ilustración suficiente para conocer y defender sus propios derechos<sup>1644</sup>. Este modelo no era más que la continuación de la figura de la tutela colonial. Las desigualdades sociales son justificables sólo si ellas forman parte de un esquema que mejora las condiciones de vida de los miembros menos aventajados en la sociedad<sup>1645</sup>, lo que no era el caso de las condiciones a las que

<sup>1641</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 65.

<sup>1642</sup> El autor hace referencia a las sociedades de castas. En BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Argentina, 1993, páginas 70-72.

<sup>1643</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, Op Cit, página 69.

<sup>1644</sup> TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 346. En 1839, la Constitución de Guatemala reconoció que los indígenas eran una mayoría de la población del Estado y que era del interés público no solamente protegerla, sino fomentarla, “mejorando sus costumbres y civilización”, como respuesta a las tensiones históricas del momento entre liberales y conservadores, donde los liberales propugnaban por la asimilación mientras que los conservadores preferían un tratamiento paternalista, devolviéndoles el tratamiento de “menores” por el riesgo de rebelión y violencia. Esta actitud paternalista negaba la igualdad de los indígenas. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, páginas 178 y 636.

<sup>1645</sup> ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS, *La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público*, ponencia presentada en el Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000, página 13.

se sometía a los indígenas. En este caso, lo que se buscaba era perpetuar el modelo de explotación.

Los indígenas, que durante la colonia estaban reconocidos como un grupo socio-racial, pasaron a ser invisibilizados durante el nuevo Estado liberal y pasaron a ser ciudadanos imaginarios, en base a la igualdad de la ley, pero en la práctica, fueron un grupo profundamente diferenciado ética y políticamente<sup>1646</sup>. Si bien los indígenas fueron reconocidos formalmente como ciudadanos, mantuvieron muchas restricciones para el ejercicio de sus derechos civiles, pues “*dada su condición, no estaban preparados para hacer uso de sus libertades civiles*”<sup>1647</sup>. En la práctica, fueron ciudadanos de segunda categoría, por no reconocérseles por ejemplo el derecho político a elegir, dado que para ejercer el derecho al voto era necesario saber leer y escribir, requisitos que no solían reunir los indígenas. El derecho al voto no fue reconocido hasta muchos años después<sup>1648</sup>. El derecho a ser electos no era pensable en aquella época.

La situación de los pueblos indígenas durante la época no tuvo mayores variaciones en los países latinoamericanos. En el Reino de Guatemala<sup>1649</sup>, a partir de 1839, se incorporó a la política de Estado republicano la dimensión indígena negada por el proyecto de igualdad ciudadana. En 1851 hubo un restablecimiento de las *leyes de indias* para proteger a los indígenas de los abusos de la oligarquía de la época<sup>1650</sup>.

<sup>1646</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 70.

<sup>1647</sup> GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 6.

<sup>1648</sup> HURTADO POZO hace referencia al caso de Perú, donde hasta en la Constitución del año 1844, todavía se exigía como requisito para el voto el saber leer y escribir, condiciones que no llenaban los pueblos indígenas. Es hasta la Constitución de 1961 que se elimina esta exigencia. En HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 375. En el mismo sentido se manifiesta COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 396. En Guatemala por la misma época también se negaba el derecho al voto a los indígenas y analfabetos. En GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, Op Cit, página 21.

<sup>1649</sup> En el Reino de Guatemala, integrado por lo que hoy es Chiapas, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

<sup>1650</sup> TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Op Cit, páginas 397 y 434. Este restablecimiento tuvo beneficios para los indígenas porque protegió sus tierras y costumbres, les protegió del trabajo forzado y recobraron el control de sus propios asuntos políticos y económicos. Esto ocasionó reacciones en las legislaciones de todo el Istmo, particularmente en Nicaragua, donde leyes revivían

Este pensamiento conservador fue una reacción al liberalismo, que buscaba mantener los valores hispánicos tradicionales y mantener la estructura de clases<sup>1651</sup>.

Tanto liberales como conservadores explotaban a los indígenas, pero había una diferencia cualitativa entre los dos, pues los conservadores, al volverse hacia la tradición hispánica, ofrecían algún grado de protección contra la tendencia liberal de someterlos a un proceso de proletarización que los privaría de su tierra y de su cultura, a cambio de un nivel de vida más bajo, en nombre de la modernización y del progreso<sup>1652</sup>.

Este reconocimiento jurídico y político de la igualdad de los pueblos indígenas con los demás habitantes, significó también el sometimiento de las tierras indígenas a las normas de derecho común<sup>1653</sup>; pues el concepto de propiedad privada, sagrado para el liberalismo, como derecho inalterable que debe ser salvaguardado y protegido por la ley, no contemplaba el modelo de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. El sistema liberal no reconoció tierras comunales, promovió la concentración de tierras<sup>1654</sup>, permitió el despojo de las tierras comunales y el desmantelamiento del sistema comunitario indígena<sup>1655</sup>.

---

esencialmente las disposiciones de las Leyes de Indias WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Op Cit, páginas 206 y 229.

<sup>1651</sup> WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Op Cit, 2011, página 32.

<sup>1652</sup> La actitud paternalista de los criollos además difundía el concepto de que el indígena vivía bien y estaba feliz en su pobreza, como uno de los prejuicios más arraigados de la época. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Op Cit, páginas 178 y 636. La política paternalista hacia los pueblos indígenas también estuvo presente en El Salvador y también significó para ellos la forma de mantener el reconocimiento de derechos. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 378.

<sup>1653</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5.

<sup>1654</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011. Al respecto BOU FRANCH también narra cambios de políticas respecto a tierras indígenas, donde en países como Perú, en 1854, el Gobierno desconoció las tierras comunales y vendió a particulares la mayor parte de tierras indígenas. En Bolivia del siglo XIX, el presidente de facto Mariano Melgarejo mediante un Decreto obliga a las comunidades del altiplano a vender sus tierras comunales a los hacendados recién llegados al continente, que incluso “compran” a los habitantes, convirtiéndolos en “pongos” o esclavos. En otros Estados, como Brasil, hasta antes de la Constitución de 1988 se reconocía el derecho a la ocupación primaria de la tierra, aunque la propiedad era del Gobierno federal y los indígenas tenían sobre la misma la posesión y el usufructo de los recursos naturales. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 121 y ss.

<sup>1655</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 374.



En esta etapa surgió en Guatemala un nuevo modelo económico: la finca, que continuaba con el sistema instituido por medio del *Pueblo de Indios* de la época colonial, aunque con algunas variantes, siendo la más importante, el que los trabajadores eran despojados de la tierra para asegurarse que trabajaran en la finca, la cual era habitada por los trabajadores, y el finquero era el dueño del tiempo de sus trabajadores. Los trabajadores se asentaron en la finca sin tener ningún derecho sobre la tierra, ocasionando con ello mucha precariedad<sup>1656</sup>.

Los indígenas trabajadores nacían y morían en la finca con deudas<sup>1657</sup>. En esta etapa, en Guatemala además se promulgaron leyes que pusieron a los indígenas completamente a merced de los nuevos terratenientes, mediante el Reglamento de Jornaleros, Ley de Vialidad y la Ley de la Vagancia, que facilitaron la mano de obra forzada o por deuda<sup>1658</sup>. De esta forma, los indígenas guatemaltecos fueron convertidos en mano de obra obligatoria, gratuita y esclavista dentro de las

<sup>1656</sup> PALMA, GUSTAVO, *Acceso a la tierra y desalojos en el Valle del Polochic*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012.

<sup>1657</sup> CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 57.

<sup>1658</sup> El Reglamento de Jornaleros dejaba al jornalero totalmente a merced del finquero. La Ley de la Vagancia definió al vago de manera que resultaban serlo todos los hombres sin tierras que no demostraran haber trabajado o estar trabajando un número elevado de jornales al año en las fincas, arrojando así en esa dirección mano de obra abundante. Ver MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 39 y 40. También se legisló la obligación de trabajar gratuitamente en los caminos, como una forma de continuar con el modelo colonial en el cual los indígenas eran los encargados de construir y dar mantenimiento a las vías y caminos que comunicaban los pueblos. En PALMA, GUSTAVO; TARACENA, ARTURO; BAUMEISTER, EDUARDO, *Cambios en la tenencia de la tierra: tendencias históricas*, publicación del Programa de las Naciones Unidas en Guatemala, Guatemala, 2004, página 75. En la época que siguió a 1871, se usó ampliamente la coacción laboral a través de leyes de vagancia y peonaje legalizado por deuda. En BULMER THOMAS, VICTOR, *La Economía Política de Centroamérica desde 1920*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala, Serviprensa, Guatemala, 2011, página 62. Los terratenientes fueron introduciendo el sistema de adelantar dinero entre los indígenas a lo largo del año, lo que se denominó “habilitar”, a cambio de trabajo para la época de la cosecha; como no logaban pagar lo adeudado, tenían que quedarse laborando como mozo colonos en la finca. Estos sucesos se dan alrededor de 1876. Ver CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, páginas 111 y 115. La legislación iba orientada a favorecer a los terratenientes en la tarea de conseguir y mantener trabajadores para sus grandes fincas. Los terratenientes ofrecían suministrar a los indígenas parcelas en usufructo para su propio cultivo de alimentos y les ofrecían que se mudaran allí con su familia para establecer un nuevo poblado. También fueron el medio para favorecer la esclavitud por deudas exigiendo a los campesinos que al solicitar un nuevo trabajo debían presentar una cartilla en la cual constaba que no tenía ninguna deuda con su patrono anterior. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, páginas 634 y 635.

fincas<sup>1659</sup>. Hasta la década de 1940, el apremio corporal para el trabajo de los indígenas en las fincas, continuó justificado<sup>1660</sup>. Como agravante, el finquero era protegido por las leyes para hacer justicia dentro de su finca, documentándose casos donde el propio patrono ordena la eliminación física de personas dentro de su territorio<sup>1661</sup>. Esta situación, a pesar del paso de los años, no ha variado mucho<sup>1662</sup>.

El liberalismo también promulgó el individualismo como eje central del desarrollo, por encima de todo aspecto colectivo, desconociendo de esta forma la diversidad étnica y cultural de los nacientes Estados<sup>1663</sup>; y desconociendo que los pueblos indígenas no conciben a la persona humana desde la perspectiva individualista, sino desde su dimensión como sujeto de un colectivo mayor, la comunidad indígena<sup>1664</sup>.

En esta etapa, el modelo de Estado de toda América latina se basó en la separación de poderes, que tuvo como efecto disminuir aún más el reconocimiento de la justicia indígena, pues en las nuevas repúblicas sólo el poder judicial podía administrar justicia<sup>1665</sup>. El modelo político de las repúblicas del Siglo XIX planteó la eliminación de los modelos indígenas bajo el concepto de Estado Nación, porque en un Estado sólo cabe un modelo jurídico. Por todas estas razones los sistemas

<sup>1659</sup> VELÁQUEX NIMATUJ, IRMA ALICIA, *Traje, folclorización y racismo en la Guatemala postconflicto*, en *Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004, página 257.

<sup>1660</sup> GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 9. La Ley de la Vagancia fue abolida hasta 1947. Esta época coincide con el triunfo electoral de los gobiernos de Arévalo y Arbenz, momento que marcó un cambio político en Guatemala. CAMUS, MANUELA, *La movilización indígena en Huehuetenango*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 272.

<sup>1661</sup> Testimonio de la guatemalteca Juana Santos Cardona, refiriéndose a cómo por órdenes de un importante finquero se asesinó a su familia en la zona del Río Polochic, Departamento de Alta Verapaz, Guatemala, en 1982. Su esposo fue exhumado el 21 de abril del 2005. El finquero era Walter Widmann suegro de quien fuera Presidente de Guatemala en el período 2004-2007, Oscar Berger. En CENTRO DE ANÁLISIS FORENSE Y CIENCIAS APLICADAS, *La verdad bajo la tierra. Guatemala, el genocidio silenciado*, Primera Edición, Barcelona Press, Barcelona, 2006, página 36.

<sup>1662</sup> Dentro de las Disposiciones Generales Finales del Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73, que data de 1973 y esta vigente en la actualidad, se indica lo siguiente: *Artículo III. El propietario de la finca rústica, su representante legal, arrendatario, usufructuario, administrador o quien haga sus veces, está equiparado a agente de la autoridad, dentro de la circunscripción del inmueble de que se trate.*

<sup>1663</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5.

<sup>1664</sup> FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 248.

<sup>1665</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

normativos de los indígenas, así como la jurisdicción de sus autoridades, fueron desconocidos por las nacientes repúblicas, imponiéndose sobre éstos la normatividad e instituciones emanadas de los Estados<sup>1666</sup>. La noción de Estado Nación se basó en modelos de organización social definidos, principalmente, por la integridad del dominio territorial y la autoridad jerárquica y centralizada<sup>1667</sup>.

Los gobiernos republicanos dieron impulso a políticas que persiguieron la asimilación de los indígenas a las culturas dominantes. Dichas políticas se manifestaron, en particular, en el ámbito de la educación, donde los indígenas fueron progresivamente integrados a escuelas que negaban sus lenguas, culturas e historias<sup>1668</sup>. Las políticas nacionales integracionistas o asimilacionistas que se siguieron durante aquellos años, relegaron a las peores condiciones socioeconómicas a los pueblos indígenas, forzándolos a sucumbir o adoptar los nuevos modos de vida<sup>1669</sup>. El prejuicio racial sirvió de vehículo para la elaboración de sistemas sociales y políticos, programas de eugenesia y otras formas de sometimiento social<sup>1670</sup>. Diversos estudios sugieren que la asimilación se produjo en los países que contaban con grandes poblaciones de indígenas, mientras que, las políticas de blanqueo de la población por medio del mestizaje, se produjeron en aquellos en los que quedaban pocos indígenas<sup>1671</sup>.

<sup>1666</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5.

<sup>1667</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 105.

<sup>1668</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5.

<sup>1669</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 106.

<sup>1670</sup> ADAMS, RICHARD N., *De la hegemonía a la antihegemonía*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 173. En Honduras se dio una propuesta de eugenesia promoviendo el mestizaje para “mejorar la raza”, como política indigenista. BARAHONA, MARVIN, *Del mestizaje a la diversidad étnica y cultural: la contribución del movimiento indígena y negro de Honduras*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 222. En Guatemala CASAUS ARZÚ ilustra con esta cita la situación de intolerancia: “la única solución para Guatemala es mejorar la raza, traer sementales arios para mejorarla. Yo tuve en mi finca durante muchos años a un administrador alemán, y por cada india que preñaba le pagaba extra 50 dólares”. CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 251.

<sup>1671</sup> ADAMS, RICHARD N., *De la hegemonía a la antihegemonía*, Op Cit, página 183.

En esta época recobraron un inusitado auge las ideas evolucionistas propias del positivismo, y acorde con ellas, la concepción del indígena como un ser inferior<sup>1672</sup>. Se justificó el racismo con el discurso de la disposición social de las desigualdades, explicadas a partir de los atributos del grupo subordinado, llegando a afirmar que sus cualidades son determinadas biológicamente<sup>1673</sup>.

Los discursos y publicaciones de aquella época, estaban llenos de agravios hacia los indígenas, con referencias discriminatorias<sup>1674</sup>. El sistema educativo formal y los medios de comunicación difundieron contenidos donde, básicamente, se enseñaba la superioridad del blanco y la pretendida inferioridad del indígena; lo que limitó la expresión de sus culturas y en alguna medida, terminó por desvirtuar y deformar sus manifestaciones<sup>1675</sup>.

El sometimiento de los pueblos indígenas en todas las esferas de sus vidas a los Estados creados a lo largo del Siglo XIX, no variaron significativamente con el devenir histórico, perpetuando el denominado sistema de colonialismo interno<sup>1676</sup>, que permanece invariable, como se observa en la continuidad del sistema de producción eminentemente agrícola, muy poco diversificado, dirigido a satisfacer intereses de países importadores, apoyado en el latifundismo y en la explotación

<sup>1672</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 397.

<sup>1673</sup> VELÁQUEX NIMATUJ, IRMA ALICIA, *Traje, folclorización y racismo en la Guatemala postconflicto, en Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004, página 214. En Nicaragua también se desarrolló un discurso que justificaba las prácticas “civilizadoras” con argumentos tales como la resistencia o evasión de los indígenas al trabajo forzoso no es más que una muestra de su maldad e irresponsabilidad. Ver GOULD, JEFFREY L., *Y el buitro respondió: “Aquí no hay indios!/: la cuestión indígena en Nicaragua occidental, 1920-1954*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 511.

<sup>1674</sup> TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 324. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 3.

<sup>1675</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Op Cit, páginas 50 y 51.

<sup>1676</sup> Es el término utilizado por JOSÉ AYLWIN, CARLOS GUZMÁN BOCKLER, RAQUEL IRIGYEN, JEAN LOUP HERBERT, JUAN RAMÓN GONZÁLEZ Y CAROL SMITH, entre otros. Por todos AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 5. Debe notarse que en realidad estas sociedades han pasado por un doble proceso de colonización. GUZMÁN BOCKLER sitúa en este proceso a tres actores: la potencia colonizadora; los colonizados intermediarios, representados por los criollos nacidos en América y finalmente, los colonizados explotados, víctimas de las dos formas de colonialismos. El autor concluye que se trata de un proceso de doble explotación colonial, la interna y la externa. GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 179.

laboral, pésimamente remunerada, a lo que debe añadirse la discriminación hacia los indígenas<sup>1677</sup>.

## 5. Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

Existe cierto acuerdo en situar a la Conferencia de Pátzcuaro, México, de 1940, como el punto de arranque de una nueva visión de los Estados respecto a los indígenas, en la cual se definió una política indigenista, con el propósito de la integración de estos grupos a la cultura dominante, proporcionándoles los instrumentos necesarios para su articulación en dentro de una sociedad moderna<sup>1678</sup>. Como uno de los compromisos de dicho instrumento, los Estados signatarios debían fundar un Instituto Indigenista en su territorio, encargado de promover políticas indigenistas o de asimilación o mestizaje<sup>1679</sup>.

Una de sus premisas básicas fue el conceptualizar al indígena como un ser social, económica y culturalmente débil<sup>1680</sup>. Esta visión se consolidó unos años más tarde, en 1957, con la aprobación en el seno de la Organización Internacional del Trabajo del *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes*; en el cual se concluyó que, la integración en la sociedad dominante, era la mejor forma de que esos grupos participaran en el proceso de desarrollo de los países donde habitaban; lo que en la práctica, se transformó en un concepto que significaba la extinción de las formas de vida distintas a las de la sociedad dominante<sup>1681</sup>. El citado Convenio 107 fomentó el modelo de subordinación política de los pueblos indígenas al indicar que, debía respetarse el derecho consuetudinario, sólo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el

---

<sup>1677</sup> GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 180.

<sup>1678</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 400.

<sup>1679</sup> GOULD, JEFFREY L., *Y el buitre respondió: “Aquí no hay indios!": la cuestión indígena en Nicaragua occidental, 1920-1954*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 529.

<sup>1680</sup> GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 12.

<sup>1681</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 143.

Estado podía someter a las poblaciones indígenas<sup>1682</sup>, concepción que permanece hasta nuestros días.

A lo interno de las nuevas Repúblicas, los ordenamientos jurídicos nacionales llevaron a una situación de marginalidad jurídica o incluso de inexistencia legal a los pueblos indígenas<sup>1683</sup>, a partir del reconocimiento constitucional del principio de igualdad, pero sin considerar la situación de desigualdad en la que se encontraban los pueblos indígenas desde la colonia.

El significado del mestizaje fue diferente en cada República. En Guatemala por ejemplo, no se adoptó el término mestizo y en su lugar se introdujo el concepto ladino, para desaparecer la connotación del mestizaje en el lenguaje oficial, en aras de su negación<sup>1684</sup>. En Nicaragua el discurso iba encaminado a crear una identidad indohispana<sup>1685</sup>. En El Salvador, las políticas dominantes de la sociedad fueron de negación de los indígenas, lo que progresivamente concluyó en la extinción de la identidad indígena<sup>1686</sup>, e hizo impensable la idea de que, las culturas indígenas se recrearan a sí mismas, sin referencia a emblemas étnicos como lenguaje y vestido, sumado a las similitudes entre ladinos (no indígenas) y campesinos indígenas, que se dan en la parte occidental de Nicaragua, en Honduras y El Salvador<sup>1687</sup>.

<sup>1682</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, página 16.

<sup>1683</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 106.

<sup>1684</sup> TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 444. En Guatemala el mestizaje es distinto no sólo de los otros países de Centroamérica, sino también de cualquier otro del continente. Después de 1871, el objetivo de la “ladinización” fue homogeneizar culturalmente a los ladinos y no aculturar a los mayas. Guatemala nunca ha tenido un proyecto nacional de mestizaje cuyo objetivo no fuera enaltecer al mestizo. Guatemala se convirtió en la patria del ladino, como un conglomerado opuesto al indígena. SMITH, CAROL A., *Las contradicciones del mestizaje en Centroamérica*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 587.

<sup>1685</sup> El discurso de SANDINO iba dirigido a la lucha de clases, pero en uno de sus discursos indica que se trataba de una lucha antiimperialista y de lucha por la raza indohispana refiriéndose al mestizaje como una identidad en sí misma. Ver GOULD, JEFFREY L., *Proyectos del Estado-nación y la supresión de la pluralidad cultural: perspectivas históricas*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 53.

<sup>1686</sup> LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaopera*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 431. Debe sumarse el fenómeno de la erosión de características indígenas que se dio como producto de la constante y fuerte interacción externa en el ámbito laboral. SMITH, CAROL A., *Las contradicciones del mestizaje en Centroamérica*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 604 y 605.

<sup>1687</sup> GOULD, JEFFREY L., *Nacionalismo revolucionario y memoria local en El Salvador*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 398.

No es sino hasta 1960 que empezó a discutirse la importancia de la identidad como un componente esencial de etnicidad<sup>1688</sup>. Respecto al movimiento maya, algunos autores coinciden al afirmar que no se puede hablar de movimiento indígena sino hasta finales de los años sesentas, en que se madura el pensamiento y las organizaciones indígenas reivindican su identidad y promueven la defensa de sus derechos<sup>1689</sup>. Las Constituciones de las repúblicas que reconocen la diversidad cultural o Constituciones pluralistas, empiezan a surgir en la misma época, donde se inicia la integración de indígenas dentro del modelo constitucional, pero sin que se les reconozca su sistema jurídico. Para IRIGOYEN, este reconocimiento constitucional tiene tres ciclos progresivos: el simple reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, los Estados pluriculturales y los Estados plurinacionales<sup>1690</sup>.

En la primera etapa, de reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, empezó con las antiguas Constituciones Políticas de Bolivia en 1967 y Panamá de 1972, donde se reconoció la existencia de los pueblos indígenas. Más tarde, la antigua Constitución de Ecuador de 1978 reconoció los idiomas indígenas. Luego inicia progresivamente el reconocimiento constitucional en otros Estados. En Canadá, la Constitución de 1982 reconoció la herencia multicultural de los canadienses, dos idiomas oficiales, el acceso a todos los derechos en igualdad de condiciones a los grupos étnicos; Guatemala en 1985, también contempló el reconocimiento, respeto y promoción de los grupos étnicos; Nicaragua en 1987, reconoció el derecho a la diversidad cultural; seguidos por Brasil en 1988; Colombia en 1991; México en 1992; Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994 y

<sup>1688</sup> ADAMS, RICHARD N., *De la hegemonía a la antihegemonía*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 193.

<sup>1689</sup> Este fenómeno se denominó “la toma de conciencia maya” y dio vida a un nuevo patrón de organización y resistencia. Ver AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b’aq’ tun: retos y desafíos*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 175.

<sup>1690</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

Venezuela en 1999<sup>1691</sup>. Las constituciones de Bolivia de 2009 y Ecuador de 2008 se encuentran ya en otra etapa, por lo que se abordarán con posterioridad.

El reconocimiento constitucional cuestiona los elementos constitutivos de los Estados desde la colonia.

La siguiente etapa, de los Estados pluriculturales, es marcada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de Naciones Unidas, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, en el cual se reconoce la capacidad de determinación de los pueblos dentro de los Estados donde habitan, es decir, una superación de la época tutelar, y la capacidad de tener sus propios sistemas. En esta etapa, todos los países andinos, con excepción de Chile, reconocen a las autoridades indígenas, y muchos incluso les reconocen su derecho a administrar justicia de acuerdo a sus propias normas, dentro de su ámbito territorial, pero sólo en casos menores<sup>1692</sup>. La mayor parte de las constituciones de los Estados Latinoamericanos se encuentran en esta etapa, con excepción de Bolivia y Ecuador, que se encuentran en un nivel superior respecto al reconocimiento y vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. Otras naciones como Colombia, han instaurado criterios de diálogo intercultural y multiculturalidad, a partir de la jurisprudencia de la Corte de Constitucional de Colombia.

Se reconoce la coexistencia compleja y dinámica de distintas racionalidades, de diferentes cosmovisiones, de distintas maneras de vivir o, si se requiere, de construir el tiempo y el espacio; y que a su manera, cada cultura comporta su propia y singular noción de lo universal<sup>1693</sup>.

<sup>1691</sup> Algunos Estados ya reconocían la diversidad cultural con anterioridad, pero la Constitución que se cita en este documento es la actualmente vigente, como en el caso de Bolivia, cuya Constitución de 1967 ya reconocía que Bolivia era una nación multiétnica pero dentro del modelo unitario.

<sup>1692</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1693</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 34. TORRES RIVAS afirma que el Estado plural no es monista, ni vertical ni autoritario; es un proceso de constitución de un poder que busca reconocer y respetar la pluralidad de los grupos etnoculturales que forma la nación, en una relación horizontal de acceso al poder. Ver TORRES RIVAS, EDELBERTO, *Guatemala: Estado, heterogeneidad estructural y ciudadanía, una visión etnocultural*, F&G Editores, Guatemala, 2005, página 28.



Se introducen al debate dos nuevos criterios, el de multiculturalidad y el de interculturalidad para explicar la forma en que las culturas se relacionan. Algunos defensores de la multiculturalidad, parten de la idea de que no puede haber relaciones interculturales en condiciones de desigualdad y que, por lo tanto, primero es necesario fortalecer las culturas para luego pasar a la interculturalidad. Para los defensores de la interculturalidad, es necesario dar el salto hacia nuevas relaciones interculturales, con miras a que se reconozca la diversidad cultural dentro de la unidad nacional. Algunos lo ven como procesos que deben seguir ciertas etapas, otros, como algo simultáneo<sup>1694</sup>.

Con el reconocimiento del principio de diversidad, entendido como el respeto por las diferencias<sup>1695</sup>, se inicia una nueva etapa para los pueblos indígenas, pues por ser también un principio constitucional, se encuentra al mismo nivel que el principio de igualdad.

A partir del reconocimiento del principio de diversidad en mención, surge el criterio de diálogo intercultural entre sistemas jurídicos, como la forma de entendimiento intercultural en conflictos de jurisdicción, el cual se desarrolla en el momento en que se reconoce dicha coexistencia de diferentes culturas, y se acerca el conflicto entre las jurisdicciones de los pueblos indígenas, en relación a los derechos constitucionales y fundamentales<sup>1696</sup>.

Sobre el desarrollo de la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional de Colombia ha sentado en los últimos años jurisprudencia que la respalda en una amplia gama de materias (autonomía, tierras, recursos, medio ambiente); y ha analizado en

---

<sup>1694</sup> DUQUE, VILMA, *Repensando Guatemala: el valor del multiculturalismo, la importancia de la interculturalidad*, en Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004, página 81 y ss.

<sup>1695</sup> ACOSTA VARGAS, GLADYS, *Los derechos humanos de las mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas, en Diversidad en Beijing. Una experiencia de participación*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997, página 97.

<sup>1696</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 17.

diversos fallos, los límites que los derechos fundamentales establecerían al reconocimiento de la diversidad étnica y ejercicio de la jurisdicción indígena<sup>1697</sup>.

Aún existen objeciones al reconocimiento constitucional de los sistemas indígenas con el argumento de que se va a generar un caos por la creación de muchos sistemas, pero los textos constitucionales no están creando algo que no exista, de hecho, ya en la realidad social, simplemente lo están reconociendo y permitiendo crear puentes de entendimiento, articulación y condiciones para su desarrollo<sup>1698</sup>.

Por lo general, el reconocimiento constitucional no es suficiente para la plena vigencia de los derechos de los pueblos indígenas, sino se requiere, además, del desarrollo de leyes que establezcan los mecanismos de aplicación que obliguen a aplicar el derecho reconocido<sup>1699</sup>.

Es el caso, por ejemplo, de las leyes de compatibilización o coordinación de las jurisdicciones indígenas con los sistemas jurídicos estatales, las que siguen sin ser dictadas, lo que obstaculiza el desarrollo de tales jurisdicciones. Colombia constituye una excepción en este sentido, pues en los últimos años, el desarrollo de la jurisdicción indígena ha sido respaldado por numerosos fallos de la Corte Constitucional de ese país<sup>1700</sup>.

Otra lucha que aún se viene gestando dentro del movimiento indígena, es el reconocimiento de los Estados del deber de consulta a los pueblos indígenas, antes de llevar a cabo actividades que les afecten<sup>1701</sup>. La consulta no se imita a la mera

<sup>1697</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 26.

<sup>1698</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, ponencia presentada en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre del 2003.

<sup>1699</sup> El autor hace referencia específica a los derechos territoriales. En BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 176.

<sup>1700</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 14.

<sup>1701</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas, JAMES ANAYA, en su informe dedica mucha atención al análisis del derecho de consulta de los pueblos indígenas. En el caso de Guatemala, realiza un documento específico adicionado a su informe, sobre la aplicación del principio de consulta respecto al caso de la minería. ANAYA, JAMES, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/37, del 19 de julio de 2010, párrafos 26 en adelante.

información o un simple plebiscito, es un proceso que implica un diálogo de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas, e implica una negociación para lograr el consentimiento de los pueblos sobre las medidas propuestas por el Estado<sup>1702</sup>. En Guatemala, la idea política de las consultas o *Patqum* es desarrollar una forma propia de autonomía “de hecho”, generando un organismo asambleario que recoja las tradiciones políticas mayas de los ancianos de reunirse, discutir, dialogar y sacar conclusiones que favorezcan a la comunidad<sup>1703</sup>.

Nicaragua ha tenido un avance importante a partir de la Ley de Autonomía y de Gobiernos Autónomos, proceso que aún se encuentra en marcha<sup>1704</sup>. Las autonomías implican para los pueblos mestizos, responder jurisdiccionalmente al gobierno regional autónomo<sup>1705</sup>.

En la última etapa, la de los Estados plurinacionales, a partir de la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas*, del 2006 en adelante, se reafirma el derecho de todos los pueblos a ser diferentes y ser respetados como tales, y se reconoce la necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas. Se reconoce constitucionalmente la libre determinación de los pueblos, en virtud de la cual, un pueblo puede determinar libremente su condición política y se reconocen las relaciones entre Estados y pueblos indígenas como ente colectivo.

---

<sup>1702</sup> En el caso de Guatemala, realiza un documento específico adicionado a su informe, sobre la aplicación del principio de consulta respecto al caso de la minería. ANAYA, JAMES, *Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin*, Adendum al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/37/Add.8, del 8 de julio de 2010, párrafo 15.

<sup>1703</sup> El derecho de consulta surge con mucha fuerza con ocasión de las consultas comunitarias antiminería. CAMUS, MANUELA, *La movilización indígena en Huehuetenango*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 296.

<sup>1704</sup> En 1998 se intentó elegir autoridades de los Gobiernos Autónomos, con un abstencionismo del 60%, pues las organizaciones indígenas manifestaron desconocer las elecciones y proclamar la existencia de dos Estados en una sola nación. LARA MARTÍNEZ Y RODRÍGUEZ HERRERA, disienten en el caso de El Salvador, afirmando que la división interna de la población indígena constituye su mayor debilidad, que es lo que impide que los indígenas puedan desarrollar un proyecto étnico unificador frente al sector ladino. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaopera*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 487.

<sup>1705</sup> RIZO ZELEDÓN, MARIO, *Campesinos de la frontera agrícola: sujetos sociales desconocidos e identidades negadas*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 553.

En la etapa de los Estados plurinacionales se encuentran en la actualidad Bolivia y Ecuador, cuyas Constituciones, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, van más allá y reconocen la paridad del derecho indígena y el derecho ordinario de forma explícita. En vez de agregar nuevos derechos sobre una estructura político legal existente, estas Constituciones pretenden refundar sus respectivos Estados como naciones pluriculturales<sup>1706</sup>.

En Bolivia, los pueblos indígenas son sujetos constituyentes<sup>1707</sup>, es decir, participaron en la redacción de la Constitución, donde se indica que existen naciones originarias y en ejercicio de su libre determinación, por lo que el Estado debe ser plurinacional, lo que transita del concepto de derechos humanos homocéntrico occidental, al reconocimiento y protección de otros derechos colectivos<sup>1708</sup>.

Cualquier sistema político que desee cumplir con las exigencias de la no-discriminación, debiera acreditar que cumple con garantizar la igualdad en la democracia participativa, por ejemplo, al no distinguir entre indígenas y ladinos en acceso a los servicios públicos; y al mismo tiempo, la igualdad de las condiciones u oportunidades para cumplir sus expectativas en la vida, situándose en posiciones relativamente igualitarias en términos de bienestar, donde todos gocen de un nivel mínimo común de beneficios sociales<sup>1709</sup>.

<sup>1706</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la recuperación del Derecho Indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de la Posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2001, página 18.

<sup>1707</sup> MONZÓN hace la siguiente cita de Eduardo Galeano en su libro *Los hijos de los días*: “El 26 de enero del año 2009, el plebiscito popular dijo sí a la nueva Constitución propuesta por el presidente Evo Morales. Hasta ese día, los indios no eran hijos de Bolivia: eran nada más que su mano de obra. En 1825, la primera Constitución otorgó la ciudadanía al tres o cuatro por ciento de la población. Los demás, indios, mujeres, pobres, analfabetos, no fueron invitados a la fiesta. Para muchos periodistas extranjeros, Bolivia es un país ingobernable, incomprensible, intratable, inviable. Se equivocan de in: deberían confesar que Bolivia es para ellos un país invisible. Y eso nada tiene de raro, porque hasta el día de hoy, también Bolivia había sido un país ciego de sí”. Citado por MONZÓN, MARIELOS, en su columna de opinión titulada “Un país ciego de sí”, publicada en diario Prensa Libre, del 15 de mayo de 2012.

<sup>1708</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1709</sup> ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS, *La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público*, ponencia presentada en el Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000, página 4.

## 6. Hacia la reivindicación de las diferencias

Conforme el Estado ha ido sometiendo a los pueblos indígenas a procesos de discriminación, de explotación o de olvido, se ha fomentado en ellos la solidaridad y autonomía de grupo, sin que falten algunas manifestaciones de división a lo interno del movimiento indígena<sup>1710</sup>.

Como consecuencia de procesos de dominación, algunos sectores indígenas fueron asimilados<sup>1711</sup> o cedieron sus esquemas culturales a cambio de ventajas económicas limitadas<sup>1712</sup>, llegando incluso a rechazar su condición de indígenas<sup>1713</sup>.

<sup>1710</sup> LARA MARTÍNEZ Y RODRÍGUEZ HERRERA, disienten en el caso de El Salvador, afirmando que la división interna de la población indígena constituye su mayor debilidad, que es lo que impide que los indígenas puedan desarrollar un proyecto étnico unificador frente al sector ladino. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaopera*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 449. BRETT, RODDY, *De movimiento indígena a complejidad política: la evolución de las políticas indígenas 1996-2007*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, página 85.

<sup>1711</sup> En Australia, la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades demostró que durante décadas habían existido políticas que arrancaban a la fuerza a niños indígenas de sus familias para adjudicárselos a familias blancas y así assimilarlos. Ver HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, página 45. La denominada política indigenista fue responsable de un fuerte proceso de aculturación en los pueblos indígenas. Esta política, sumamente conservadora, trataba de enajenar a los indígenas de su cultura. En GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 169. También se observan casos donde las características se fueron perdiendo por la interacción con otros grupos. GOULD ilustra con la siguiente cita de un indígena anciano de El Salvador: “La gente simplemente dejó de hablar el nahualt porque los ladinos no lo entendían y nosotros teníamos que tratar más con ellos”. GOULD, JEFFREY L., *Nacionalismo revolucionario y memoria local en El Salvador*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 417. En Nicaragua las reivindicaciones indígenas son algo indistinguible de los derechos campesinos. GOULD, JEFFREY L., *Y el buitre respondió: “Aquí no hay indios!: la cuestión indígena en Nicaragua occidental, 1920-1954*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 541.

<sup>1712</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, páginas 50 y 51.

<sup>1713</sup> La amenaza del trabajo forzado hizo que las antes consideradas castas se refugiaron bajo el paraguas ladino. En GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 2. Sobre el rechazo a la condición de indígenas ver JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 428. La presión llevó a muchos indígenas a rechazar sus características como idioma o vestuario, avergonzarse de su familia e incluso llegar a negar su apellido. Este cambio es percibido por los indígenas que intentan salvar su identidad histórica como “traición”. Hay muchas referencias al trato despectivo que se le da al indígena que intenta “dejar de ser indio” o *ladinizarse*, término usado en Guatemala para describir esta transición. GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 175. En algunas comunidades indígenas niegan ser costumbristas o de espiritualidad maya, pero al mismo tiempo admiten

Por ello, en la actualidad, después de prolongados períodos de asimilación a la cultura mayoritaria, los pueblos indígenas atraviesan por un momento en el que intentan reivindicar sus derechos, revalorizar su cultura y reinterpretar el sentido que se le ha dado a su resistencia a la dominación física y cultural de la que han sido objeto, buscando recuperar espacios y auto reconocerse como indígenas, a pesar de la discontinuidad histórica de sus características como grupo y la consecuente pérdida de buena parte de su patrimonio cultural. En estos casos, la identidad se construye o reconstruye a partir de la invocación de un ascendiente indígena y de la elaboración discursiva de reivindicaciones, intereses políticos, búsqueda de reconocimiento y propósitos colectivos, suceso denominado como “reindigenización”<sup>1714</sup>, indianismo<sup>1715</sup> o “indigenización constitucional”, proceso que afecta especialmente a los Estados de América Central y de América del Sur<sup>1716</sup>.

Esta construcción se hace a partir de la memoria, que no es más que la forma de una lucha por su existencia como pueblo, y la manera de construir una dignidad que desafía el paternalismo estatal<sup>1717</sup>. En esa nueva construcción de identidad, el

---

quemar velas para recibir favores y hacer ceremonias para protegerse contra actos de maldad y para remediar problemas. Existe una espiritualidad maya subterránea que no pueden expresar abiertamente. PROYECTO CULTURA DE PAZ EN GUATEMALA/UNESCO, *El discurso ético como barrera contra los linchamientos*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 257.

<sup>1714</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 45.

<sup>1715</sup> El término Indianismo, fue el utilizado dentro de las conclusiones del I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica, realizado en Cuzco en 1980, donde se concluyó, entre otras cosas que “el Indianismo nuestra bandera de lucha y una consigna de liberación continental (...)”. Citada por HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 379.

<sup>1716</sup> El término indigenización constitucional fue el utilizado por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas, en el año 2002, como se observa en los textos presentados en las actas de sesiones de dicho ente. En BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 175. En El Salvador, la década de 1990 fue el inicio de un proceso de redefinición de la identidad indígena que toma como base las concepciones prehispánicas, que busca difundir la identidad indígena, promover el desarrollo de la comunidad y afirmar la conciencia y armonía con la naturaleza. Este movimiento recibe una fuerte influencia de sacerdotes mayas de Guatemala, quienes proporcionan el fundamento ideológico. Este movimiento define su identidad a partir de la actividad ritual. Posee un discurso anticristiano, con la base que la sustitución de religiones prehispánicas por el cristianismo fue parte del proceso de opresión contra los indígenas. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaopera*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 454 y ss.

<sup>1717</sup> TISCHLER VISQUERRAL SERGIO, *Memoria, tiempo y sujeto*, F&G Editores, Guatemala, 2005, página 97.

mestizaje cultural no es más que otro de los desafíos para enriquecer su patrimonio cultural<sup>1718</sup>.

Los procesos de revitalización del derecho indígena también pueden entenderse como parte de una lucha más amplia y a menudo altamente politizada, de reivindicación étnica<sup>1719</sup>, lo que puede ser otra de las razones para la resistencia a aceptar la existencia del pluralismo jurídico. Pero la aplicación de la justicia comunitaria no debe ser considerada como una amenaza para la cultura dominante o caldo de cultivo para el “racismo al revés”, pues ésta, por sí sola, no representa posibilidades de emancipación ni de propuestas contra-hegemónicas<sup>1720</sup>.

Los indígenas han tenido que adoptar medidas enérgicas para ser reconocidos ante la sociedad dominante. En Canadá y Australia, las medidas antirracistas se consideran parte de la política multicultural, al igual que los cambios en los currícula educativos encaminados a explicar la historia y la contribución específica de cada uno de los grupos étnicos<sup>1721</sup>.

Es importante señalar que esta redefinición de identidad del movimiento indígena, no se encuentra definido como asociado a las tradicionales categorías políticas de derecha, centro o izquierda de la cultura occidental<sup>1722</sup>. En realidad, los pueblos

<sup>1718</sup> CAYSAC afirma que ninguna comunidad hoy en día puede pretender el aislamiento y no sirve de mucho protestar contra la invasión de otras culturas, por lo que las comunidades deben tener la capacidad de participar en el proceso y no sólo sobrevivir, sino enriquecer su patrimonio cultural. CAYZAC, HUGO, *Las organizaciones mayas en la transición: del modelo republicano hacia un proyecto político multicultural democrático*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 154.

<sup>1719</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 22.

<sup>1720</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 124.

<sup>1721</sup> DUQUE, VILMA, *Repensando Guatemala: el valor del multiculturalismo, la importancia de la interculturalidad*, en *Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004, página 82.

<sup>1722</sup> Al definir la unidad de los pueblos, los indígenas se conciben como diferentes a otras culturas o pueblos y no asociados a una línea política, aunque el tipo de reivindicaciones que persiguen puedan asociarse con reivindicaciones de clase. ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 242. BRETT afirma que en Guatemala, se da una inclusión de los pueblos indígenas en el sistema político formal. Hay una creciente conciencia indígena en la esfera político formal y el surgimiento de votantes que tienen opciones para votar por políticos

indígenas poseen sus propios sistemas políticos y sus formas de gobierno, no obstante que el sistema político oficial del Estado no les de ningún reconocimiento<sup>1723</sup>.

La asociación del discurso de reivindicación indígena con el discurso de clase, y a su vez, con el comunismo, fue un factor que redujo el análisis de las identidades culturales al alegato contra la desigualdad estructural o de clases<sup>1724</sup>. Si bien los indígenas generalmente ocupaban también el nivel más bajo en las clases sociales, no debe confundirse la revolución indígena con la revolución de clases. En algunos Estados esta confusión invisibilizó las reivindicaciones indígenas<sup>1725</sup>.

---

indígenas cada vez más visibles. Sin embargo, con algunas excepciones, el voto político no se ejerce todavía de una forma consciente e intencionalmente indígena para un candidato indígena, de un partido político con una agenda indígena. BRETT, RODDY, *De movimiento indígena a complejidad política: la evolución de las políticas indígenas 1996-2007*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 85. Estas condiciones variaron para el período electoral del 2012, donde el partido político WINAQ participa con candidatos indígenas y una agenda indígena. El aspecto de la agenda indígena debe resaltarse, porque desde hace varios años se da participación de candidatos indígenas en los partidos políticos, pero sin que introduzcan una agenda indígena, sino como un político más que expresa los intereses de los partidos no indígenas.

<sup>1723</sup> Estos sistemas políticos y formas de gobierno se vienen expresando en Guatemala como alcaldías comunitarias, también denominadas alcaldías auxiliares. *Auxiliar/mandadero* es un término que para CASTILLO denota la subordinación de las expresiones rurales de las formas de gobierno indígenas al gobierno municipal del Estado. CASTILLO MÉNDEZ, IVAN, *Especificidades de los movimientos indígenas en el altiplano occidental guatemalteco en contra de la acumulación global*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 329.

<sup>1724</sup> La asociación del discurso de reivindicación indígena con el discurso de clase con el comunismo en el marco de los condicionamientos geopolíticos impuestos por la Guerra Fría fue otro factor con mucho peso en sociedades como la guatemalteca, donde se promovió el miedo contra el comunismo y la rebelión indígena o guerra étnica, como un factor para el derrocamiento del gobierno que allá por 1945 era considerado “comunista”, reduciéndose el análisis de las identidades culturales al alegato contra la desigualdad estructural, de lo que derivó la conveniencia estratégica de priorizar la naturaleza clasista de la lucha guerrillera. GONZÁLEZ PONCIANO considera que el miedo de los ladinos a una rebelión indígena fue más importante para el derrocamiento de Arbenz que la participación norteamericana. En GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, *“Esas sangres no están limpias”*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, páginas 22 y ss. Por otro lado, GUZMÁN BOCKLER resalta que en Guatemala los intereses de la lucha de clases no eran los mismos intereses que los de los pueblos indígenas y que los miembros no indígenas del movimiento “revolucionario” aún tenían interiorizado el prejuicio contra el indígena. Prueba de ello se observa en el derrocamiento del presidente Arbenz, en el momento de la invasión estadounidense. Cuando los campesinos indígenas clamaban por armas para detener la invasión, el gobierno “revolucionario” y las bases urbanas de los partidos políticos “revolucionarios” y sectores urbanos-ladinos en general se negaron a confiarles la defensa de la “revolución”. GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 186.

<sup>1725</sup> Para GOULD, en El Salvador, los nacionalistas revolucionarios lucharon para crear una nación que permitiera la inclusión de diversos grupos sociales y políticos; pero en este esfuerzo, opacaron la dimensión indígena. En Nicaragua, el discurso de Sandino no adoptó dentro de su agenda las políticas pro indígenas. GOULD, JEFFREY L., *Nacionalismo revolucionario y memoria local en El Salvador*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 396 y 427.



Si las culturas indígenas siguen existiendo y resistiendo en América, pese a la incompreensión y presión de la cultura dominante, ha sido por su relevancia para las comunidades que se identifican con ellas<sup>1726</sup>. La resistencia indígena es un testimonio fehaciente de la capacidad histórica de tenacidad y adaptación de los primeros pobladores de estas tierras<sup>1727</sup>. “Si hoy se habla de *indianidad* es porque la movilización política de los pueblos indios ha alcanzado tal presencia, que logró romper las murallas de marfil de los círculos académicos”<sup>1728</sup>.

Los pueblos indígenas han ayudado a forjar una teoría política que considera la libertad y la igualdad no sólo en términos de individuos y Estados, sino también, en términos de las diversas identidades culturales y órdenes políticos y sociales coexistentes. Los pueblos indígenas, con sus propios tejidos orgánicos sociales y políticos, deben ser participantes plenos y en igualdad, en todos los niveles de construcción y funcionamiento de las instituciones de gobierno bajo las que viven<sup>1729</sup>.

El pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, dependerá de que tanto quiera la sociedad dominante modificar el sistema de colonialismo interno<sup>1730</sup>, y superar el racismo tan interiorizado en la conciencia social. Esta realidad es diferente según el proceso de los Estados<sup>1731</sup>.

<sup>1726</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 151.

<sup>1727</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 40. En el mismo sentido, GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 68.

<sup>1728</sup> Pensamiento de BONFIL BATALLA, GUILLERMO, citado por BARAHONA, MARVIN, *Del mestizaje a la diversidad étnica y cultural: la contribución del movimiento indígena y negro de Honduras*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 215.

<sup>1729</sup> ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Artículo presentado en la Conferencia Internacional sobre Libre Determinación Sami: ámbito y aplicación, celebrada del 4 al 6 de febrero de 2008 en Alta, Noruega, páginas 4 y 5. CAYZAC, al referirse al pueblo maya de Guatemala, apunta que el siguiente paso de la revitalización maya debería ser el desarrollo de la producción ideológica para aportar en términos de cultura política para el conjunto de ciudadanos, para el proyecto de sociedad multicultural y democrática. CAYZAC, HUGO, *Las organizaciones mayas en la transición: del modelo republicano hacia un proyecto político multicultural democrático*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, página 166.

<sup>1730</sup> GUZMÁN BOCKLER afirma que el primer paso es preguntarse si el elemento humano guatemalteco realmente desea un cambio en el sistema bicolonial. El sistema está atrapado en la trampa del colonialismo interno que consiste en separar a ladinos e indios, negándose a ver el juego dialéctico que surge del alejamiento-acercamiento que durante cinco siglos viene dándose entre ambos grupos. La discusión es también ideológica.

## 7. Tensiones implícitas en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

### 7.1 Superación del paradigma clásico de derechos individuales del derecho internacional de los derechos humanos

En 1979 el Relator Especial de Naciones Unidas FRANCESCO CAPOTORI, en su estudio sobre los derechos de las minorías, y posteriormente en 1981, el Relator Especial de Naciones Unidas HÉCTOR GROSS ESPIELL, en su estudio sobre el derecho a la libre determinación, concluyeron que los derechos reconocidos a dichas “minorías” en el artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* eran de naturaleza individual y no colectiva<sup>1732</sup>, conclusión que fue posteriormente superada en 1989, con el con el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, el cual reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, particularmente, el derecho a mantener sus culturas y a controlar sus territorios, recursos y su propio destino”<sup>1733</sup>.

---

GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, páginas 192 y 198.

<sup>1731</sup> BASTOS afirma que en Guatemala se da un nuevo mecanismo por medio del cual se da una nueva asimilación indígena o modelo de cooptación. Esta afirmación, es compartida por varios autores. Cita uno de los planteamientos del Colectivo de Organizaciones Sociales (COS): los gobiernos, para “promocionar el tema indígena” se aprovecha de ciertos liderazgos indígenas para ubicarlos en algunos cargos que si bien tienen algún reconocimiento público, tienen una capacidad de acción sumamente limitada. La falta de claridad política para promover una agenda indígena implica que las mínimas acciones que se realizan sean irrelevantes para superar el Estado excluyente y racista que gobierna. BASTOS continúa afirmando que actualmente en Guatemala se está dando una propuesta de transformación por parte de los pueblos indígenas, que consiste en no tratar de cambiar la forma del Estado, sino de transformarlo desde adentro, no tomar las fuentes de poder estatal, sino infiltrarse en él a través de los espacios cedidos o conquistados. Además de los cuestionamientos sobre la cooptación, el autor considera poco probable pensar que la acción de unos pocos profesionales estén en la capacidad de transformar la secular exclusión de todo un pueblo. BASTOS, SANTIAGO, *La política maya en la Guatemala posconflicto*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, páginas 24 y 26. CAYZAC también cuestiona la integración indígena a nivel simbólico que los sectores conservadores han permitido en Guatemala. CAYZAC, HUGO, *Las organizaciones mayas en la transición: del modelo republicano hacia un proyecto político multicultural democrático*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 159. COJTI se manifiesta optimista respecto al nuevo liderazgo indígena, más numeroso, más preparado académicamente y dispuesto a superar las limitaciones que hasta ahora han tenido. COJTÍ, DEMETRIO, *La educación superior indígena y su relación con el movimiento y liderazgo indígenas*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 118. En Guatemala el racismo tiene un fuerte arraigo social.

<sup>1732</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 21.

<sup>1733</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, páginas 75a 79.

Es durante esta etapa de humanización y moralización del derecho internacional, que se llega a reconocer que los más de 300 millones de indígenas existentes también disfrutan, como todos los demás seres humanos, de un amplio elenco de derechos, incluyendo derechos colectivos que los identifican frente al resto de la sociedad internacional<sup>1734</sup>. El reconocimiento de estos derechos lleva implícita la tensión entre el paradigma clásico de los derechos y garantías de los sujetos individuales, frente a los derechos y garantías de los sujetos colectivos<sup>1735</sup>.

Los derechos humanos han estado asociados desde su surgimiento como concepto, a la protección del individuo, su libertad e igualdad, frente al poder del Estado, modelo que se altera al reconocer la protección de sujetos colectivos. Los pueblos indígenas, junto con exigir el reconocimiento pleno de los derechos que les corresponden como ciudadanos, reclaman además, derechos especiales que les corresponden como grupo, que les permitan ejercer efectivamente la libertad y la igualdad en forma colectiva<sup>1736</sup>.

El reconocimiento del Estado multicultural frente a un Estado monocultural y de la existencia de sujetos colectivos, conduce a la coexistencia de los clásicos derechos individuales con los más modernos derechos colectivos, reconociéndose que hay derechos que son fundamentales, pero cuyo titular es la comunidad, tales como el derecho fundamental a la vida e integridad de los pueblos indígenas como ente colectivo, el derecho al reconocimiento de la diferencia, los derechos políticos de representación y consulta, el derecho a la propiedad colectiva del territorio ancestral, el derecho a la autonomía y el derecho a la jurisdicción propia<sup>1737</sup>.

<sup>1734</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 106.

<sup>1735</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, , en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos* del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 125.

<sup>1736</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 21.

<sup>1737</sup> FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 252.

La Corte Constitucional de Colombia se ha referido a este cambio de paradigma, explicándolo al establecer la naturaleza jurídica de los pueblos indígenas como sujetos colectivos. Los pueblos indígenas son una realidad histórica, dinámica y caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles, sino que se nace indígena y se pertenece a una cultura<sup>1738</sup>; razones por las que, los pueblos indígenas como entidad, tienen una naturaleza jurídica de sujetos colectivos autónomos y no simples agregados de sus miembros<sup>1739</sup>.

## 7.2 Acerca de la universalidad de los derechos humanos

El reconocimiento de los derechos indígenas y particularmente, de sus derechos al reconocimiento de las diferencias y del reconocimiento y ejercicio de sus sistemas jurídicos y formas de organización social, ha introducido cuestionamientos a la concepción universalista de los derechos humanos en la cual se ha cimentado el sistema universal (ONU) y americano (OEA) de protección de estos derechos<sup>1740</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos, atravesó por una etapa de especificación, intentando dar protección a grupos específicos que se encontraban en particulares condiciones de vulnerabilidad, cuyos derechos no estaban suficientemente garantizados por el simple hecho de ser “*humanos*”, haciéndose necesario crear instrumentos de protección específicos, y adoptar acciones afirmativas tendientes a reducir las diferencias existentes en la práctica, pues la igualdad es aún una utopía.

Uno de los sectores específicos que no ha sido suficientemente protegido, ha sido el de los pueblos indígenas. El concepto de relativismo cultural es introducido en el derecho internacional de los derechos humanos en la década de los 80's, con una visión moderada que se basó en el “*necesario y justo balance de universalidad y diversidad de los derechos humanos*”, en el que debía basarse la protección

<sup>1738</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94.

<sup>1739</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-380/93.

<sup>1740</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 24.

internacional de los mismos<sup>1741</sup>. Se introduce la regla de la diversidad, la cual debe entenderse como el respeto por las diferencias<sup>1742</sup>.

Años más tarde, el concepto de relativismo cultural se incluyó en la Conferencia de Viena de 1993, como una variable a considerar por los Estados en la promoción y protección de los derechos humanos, aunque manteniendo la postura de reafirmar el carácter universal, indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos<sup>1743</sup>.

La existencia de valores universales es una visión que no es válida cuando se contrastan los valores reconocidos como fundamentales entre la cosmovisión occidental y la cosmovisión indígena.

Cada comunidad tiene su propia visión del mundo, pero ésta es una visión parcial, pues una visión general sería la compartida por toda la humanidad. En la cosmovisión se expresa el conocimiento o visión del mundo que tiene cada comunidad<sup>1744</sup>. Por ello, se afirma que el reconocimiento de los pueblos indígenas implica también el reconocimiento de que no existe una cultura universal, sino diversas culturas que habitan por todo el mundo. Cada pueblo tiene su propia cultura, definida históricamente y mediante sus normas<sup>1745</sup>.

Así como la identidad de una persona está definida en función de las percepciones y valoraciones que tiene acerca de sí misma, la identidad de una población indígena responde a los símbolos, valores e historias comunes que les identifican como un grupo; es la conciencia de un individuo como miembro de un grupo étnico y constituye una necesidad humana esencial, porque proporciona un sentido de

---

<sup>1741</sup> El término se introduce a partir del informe del Relator Especial GROSS ESPIELL, quien se basó en la existencia de particularidades y diversidades históricas, religiosas, regionales o nacionales. ÍDEM, página 24.

<sup>1742</sup> ACOSTA VARGAS, GLADYS, *Los derechos humanos de las mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas, en Diversidad en Beijing. Una experiencia de participación*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997, página 97.

<sup>1743</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Op Cit, página 24.

<sup>1744</sup> MAUREREIRA PACHECO, MAX, *Cosmovisiones y Filosofía*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 25-26.

<sup>1745</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 151.

pertenencia y de continuidad histórica<sup>1746</sup>. La cultura creada y sostenida por un pueblo es la que define su interpretación de lo justo y su manera de pensar y de actuar, por el contacto con otras sociedades<sup>1747</sup>. La identidad cultural de los pueblos indígenas es distinta a la identidad cultural occidental. Los pueblos indígenas tienen su propia identidad cultural o codificación de la realidad, que les permite interpretar el mundo que les rodea<sup>1748</sup>.

Las nuevas tendencias que intentan reivindicar el derecho a las diferencias, han introducido de forma absoluta el principio de las culturas diferentes y han producido un desplazamiento del concepto de raza al de cultura, de la desigualdad a la diferencia, del racismo genético al racismo cultural<sup>1749</sup>.

Sobre estas reflexiones es que se construye el fundamento del relativismo cultural, como el reconocimiento de valores culturales que no son generales, sino que pueden variar según las culturas.

<sup>1746</sup> MÉNDEZ, ROXANA, *Caso Panamá*, en Proyecto de Sistematización de las Experiencias de Trabajo sobre Derecho a la Identidad y Registro de Nacimientos con Niños y Niñas Indígenas en Cuatro Países Latinoamericanos, publicación de UNICEF y Plan Internacional, Panamá, 2008, página 63.

<sup>1747</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 13 y 14.

<sup>1748</sup> US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 60. A pesar de la resistencia cultural de las comunidades indígenas, algunos investigadores rechazaron la idea de percibir románticamente a las comunidades como entidades tradicionales con una identidad cultural auténtica. En vez de ellos, se señaló que las sociedades indígenas, como las de cualquier parte del mundo, se encuentran en un proceso constante de construcción de identidades a través de representaciones híbridas, con capacidad de combinar aspectos de cultura y tecnología occidental con su propio contexto cultural. FLORES, CARLOS YURI, *La dimensión antropológica en el documental k'ixba'l (vergüenza)*, en *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 94. BARAHONA afirma que mientras menor haya sido la influencia de la cultura dominante, mayor posibilidad existe de conservar elementos de identidad puros. Un ejemplo muy claro son los pueblos indígenas de La Mosquita, Honduras, hasta donde la colonización española no llegó o sólo obtuvo resultados precarios; y donde la presencia inglesa no se tradujo en despojo cultural absoluto, facilitando la preservación de rasgos fundamentales de identidad. BARAHONA, MARVIN, *Del mestizaje a la diversidad étnica y cultural: la contribución del movimiento indígena y negro de Honduras*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 237.

<sup>1749</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 53.

Para HURTADO POZO, admitir el respeto absoluto de las pautas culturales de los diferentes grupos sociales, tiene la desventaja de perjudicar a las personas en beneficio de la colectividad a la que pertenecen; pero negar este relativismo cultural extremo a favor del reconocimiento de valores culturales mínimos, sin importar cuales sean sus orígenes, tendría que estar basado en el fomento y la consolidación de valores fundamentales interculturales, teniendo en cuenta los valores culturales de cada comunidad cultural<sup>1750</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia ha examinado la tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras éstos, filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales<sup>1751</sup>.

Para FLORES GIMÉNEZ, la Corte Constitucional de Colombia ha tomado posición respecto de la universalidad de los derechos humanos, al valorar que en la Constitución colombiana el principio de diversidad étnica y cultural también tiene carácter de principio constitucional, por lo que no cualquier precepto prevalece sobre ella, debiendo examinarse cada caso concreto<sup>1752</sup>.

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* reconoce una serie de derechos específicos para los indígenas, que pueden sintetizarse en su derecho a ser diferentes a los pueblos occidentales, reconociendo el derecho a la diversidad.

<sup>1750</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 387.

<sup>1751</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94.

<sup>1752</sup> Esta conclusión la arroja luego de analizar la Sentencia Constitucional C-139/96. En FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 249.

El principio de diversidad étnica y cultural empieza a construirse como límite a los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones. Su progresivo reconocimiento determinará en el futuro la forma de coexistencia de valores entre varias culturas.

### 7.3 La autodeterminación de los pueblos

El artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que *“todos los pueblos tienen el derecho a su libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*. Este derecho ha sido históricamente negado a los pueblos indígenas por no reconocérseles el estatus de pueblo de acuerdo al derecho internacional.

Como ya se ha expresado, a partir del Convenio 169 de la OIT, se reconoce a los pueblos indígenas como categoría de colectividad humana, pero que no reúne las condiciones para formar “pueblos” como sinónimo de Estados, ni con las implicaciones que consecuentemente trae el uso de dicho término en el derecho internacional. En las discusiones a lo interno de los órganos internacionales participan sólo los Estados, sin lugar para pueblos que no constituyen un Estado<sup>1753</sup>.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce su derecho a la libre determinación, a la autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

La idea esencial de la libre determinación es que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho a ejercer el control sobre sus propios destinos, y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se

---

<sup>1753</sup> El autor cita la Actas Provisionales del 76º período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde se aprecia que los representantes gubernamentales continuaron expresando sus dudas y reservas sobre el uso del término “pueblos”. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 147. En el mismo sentido, CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 70.



diseñen de acuerdo con ese derecho. Bajo un enfoque de derechos humanos, los atributos de estatalidad y soberanía son instrumentales para la realización de estos valores y no son la esencia de la libre determinación de los pueblos<sup>1754</sup>.

Sin embargo, persiste una tendencia frecuente a asociar la libre determinación con los atributos de la estatalidad, siendo entendida la libre determinación “plena” como el logro de un Estado independiente o, al menos, como el derecho de elegir la independencia como Estado. A partir del reconocimiento internacional de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, debe identificarse el derecho a la libre determinación como un derecho humano y no como un derecho de soberanos<sup>1755</sup>, con la particularidad de que es uno de los pocos derechos reconocidos como colectivos en el derecho internacional, que incluye una serie de manifestaciones, las que comprenden no sólo derechos políticos, tal como el derecho a las propias instituciones y autoridades, sino también, de una manera fundamental, el derecho a la tierra y a los recursos naturales a los cuales están ligados<sup>1756</sup>.

Los pueblos indígenas reúnen las condiciones fijadas por el derecho internacional para ser sujetos de libre determinación, pues poseen una unidad de cultura, lengua propia, instituciones y voluntad de permanecer como pueblo, proyectos comunes y relación con el territorio<sup>1757</sup>, posición sustentada en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*. Con el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, éstos libremente pueden establecer su condición política y negociar la forma en la que se relacionan con los

<sup>1754</sup> ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Artículo presentado en la Conferencia Internacional sobre libre determinación Sami: ámbito y aplicación, celebrada del 4 al 6 de febrero de 2008 en Alta, Noruega, páginas 4 y 5.

<sup>1755</sup> ÍDEM, página 2.

<sup>1756</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 23. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce específicamente estos derechos. Ver [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).

<sup>1757</sup> VILLORO, LUIS, *En torno al derecho de autonomía de los pueblos indígenas*, Cuadernos Americanos, Número 56, año X, volumen 2, México, 1996, página 215.

Estados, atendiendo a criterios de diálogo intercultural, razones que llevan a CLAVERO a afirmar que estamos en un momento de transformación de los conceptos de pueblo y el de autodeterminación, que no son categorías que se agoten en la Constitución de un Estado<sup>1758</sup>.

El reconocimiento del principio del respeto por las autonomías culturales convierte a las comunidades indígenas en verdaderas organizaciones de sujetos de derechos y obligaciones que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran, hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social<sup>1759</sup>.

El artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”*.

Respecto al reconocimiento de las autonomías culturales, Canadá ha tenido gran avance en relación con los indígenas Inuit. A partir de 1973 el gobierno canadiense anunció su disposición de negociar reclamos territoriales con poblaciones originarias, siendo entonces cuando los Inuit insistieron en acompañar reclamos sobre autodeterminación política y en concreto, con la existencia de un territorio gobernado por los Inuit. Llegó a celebrarse un plebiscito oficial y el proceso finalmente concluyó con la firma del *Nunavut Act* de 1993, entre los territorios del noroeste y el Gobierno Federal de Canadá, en el cual se reconoce el Gobierno del nuevo Territorio de Nunavut, electo democráticamente; estableciéndose que su elección debe darse con independencia de criterios étnicos, pero más del 85% de la población de este territorio son indígenas Inuit<sup>1760</sup>.

<sup>1758</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 86.

<sup>1759</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94.

<sup>1760</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 110. En Guatemala se intentó sin éxito un movimiento autonómico independentista a principios del Siglo XIX, en la región de occidente denominada en ese entonces Los Altos. El planteamiento era ser parte de la República de Guatemala en igualdad de condiciones que el Estado de Guatemala, es decir, la soberanía en la conducción de las relaciones exteriores la tenía el Gobierno central, pero el autonómico podía formular observaciones en materias que afectaran los intereses de la

En Estados Unidos, aunque existen actitudes contradictorias respecto al respeto y reconocimiento de las autonomías indígenas, ha habido una mejoría a partir de la segunda mitad del Siglo XX, permitiéndose a los indígenas establecer sus propios tribunales de justicia, con una amplia jurisdicción y reforzando sus instituciones de autogobierno, de conformidad con su propia normativa; llegándose a establecer una relación “de gobierno a gobierno” con los pueblos indígenas<sup>1761</sup>.

#### 7.4 La fragmentación de los Estados

Los espacios multiétnicos o multirraciales constituyen el mejor caldo de cultivo para el racismo, pues en ellos se da una tensión entre la división del cuerpo social y la unidad del mismo, lo que se traduce en la tensión del grupo dominante por imponer los valores universales y el grupo que busca hacer respetar valores específicos<sup>1762</sup>.

Los Estados nacen con una tensión interna entre el poder central, que intenta imponer la unidad, y los pueblos diversos que componen una realidad social heterogénea, a los cuales el poder estatal ha tratado de eliminar de maneras más o menos radicales pero siempre violentas: desde la exterminación (los judíos en Europa, los zulúes en Sudáfrica, los mayas en Guatemala), creación de reservas o las deportaciones masivas (como en la Rusia de Stalin), hasta políticas de integración forzada a la cultura nacional hegemónica, tal como suele practicarse en los países de América Latina<sup>1763</sup>.

---

región altense, creando una federación a partir de los dos Estados. Este planteamiento autonómico es retomado muchos años después en la década de los 80's, ya no por las élites ladinas sino por los intelectuales indígenas desde la perspectiva del surgimiento del nacionalismo mayense. TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 377.

<sup>1761</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 114.

<sup>1762</sup> COJTÍ CUXIL, DEMETRIO, *Heterofobia y Racismo Guatemalteco*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 267.

<sup>1763</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, página 61. Un ejemplo de integración forzada se da en Guatemala, donde abiertamente se dice que “las razas superiores no sólo tienen el derecho sino también la obligación de civilizar a las razas inferiores”. En COJTÍ CUXIL, DEMETRIO, *Heterofobia y Racismo Guatemalteco*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores

Los prejuicios son representaciones distorsionadas de la realidad. El prejuicio racial supone la adopción de una posición invariable en la controversia naturaleza-ambiente. El resultado es una negación de la incidencia de factores económicos y sociales, en lo que es o se considera inferior. El sostenimiento de este prejuicio requiere una negativa para reconocer y analizar evidencias contrarias a la tesis de superioridad natural de una determinada raza<sup>1764</sup>.

El intento por dominar a los pueblos indígenas llegó hasta prácticas de exterminio<sup>1765</sup>. Esto nos permite situar al racismo desde el Estado y analizarlo no

---

Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, páginas 259 y ss; en el mismo sentido CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 203, página 203. Durante el liberalismo de finales del siglo XIX el Estado buscó la “ladinización” forzada de los indígenas, mediante una disposición legislativa emanada del Presidente de la República en la cual se declaró “ladina” (no indígena) a la población indígena que habitaba cierta circunscripción territorial, sin que los habitantes pudieran oponerse. El término “ladino” se convierte en sinónimo de “no indígena”, es decir, una identidad negativa, que no tiene definidas sus características, sino que se basa en la negación de lo indígena, alimentada por los estereotipos difundidos por los blancos sobre los defectos de lo indígena, asociada con “haraganes, mal agradecidos, tontos”; como medio para justificar las desigualdades sociales y políticas por la inferioridad de la raza. En esa época se propone como mecanismo para mejorar la raza indígena el mestizaje, pues durante esa época, el positivismo tenía una fuerte influencia en la sociología, con sus explicaciones biológicas sobre las diferencias entre las razas En COJTÍ CUXIL, DEMETRIO, *Heterofobia y Racismo Guatemalteco*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, páginas 259 y ss; también se refiere a la política liberal de suprimir al indígena por decreto TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invención criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 346. Refiriéndose a las características asociadas a los indígenas, en el mismo sentido CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 203, ver también VELÁQUEX NIMATUJ, IRMA ALICIA, *Traje, folclorización y racismo en la Guatemala postconflicto*, en Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004, página 214. Sobre la promoción del mestizaje también hace referencia GONZÁLEZ PONCIANO: para 1959-1963 el gobierno promovió matrimonios mestizos porque “no nos conviene conservar indio al indio ni indigenizar al país, sino realizar la integración social guatemalteca”. En GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 27.

<sup>1764</sup> SAMAYOA, JOAQUÍN, *Guerra y deshumanización: una perspectiva psicosocial*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000, página 51.

<sup>1765</sup> En Argentina de finales del Siglo XIX, con base en el artículo 67 inciso 15 de la Constitución de 1853/1860, se promovieron dos grandes campañas militares: la *Conquista del Desierto* de 1880 en las regiones de la Patagonia y de la Pampa, que extendió la frontera argentina hasta el Río Negro; y la *Campaña del Chaco* de 1884, en el norte, que desplazó la frontera hasta el Río Bermejo. En ROSTI, MARZIA, *Los derechos reconocidos a los indígenas por la Constitución argentina de 1994. Un balance inicial*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 223. En Guatemala la negación del indio condujo a la elaboración de una política de exterminio llevada a la práctica, causando genocidios en la población indígena, en los siglos XVI, XVIII, XIX y recientemente en el siglo XX, aplicando una política de tierra arrasada, el desplazamiento masivo de más de un millón de indígenas y creando aldeas estratégicas y de confinamiento de indígenas fuera de sus lugares de origen, todos ellos planteamientos racistas en extremo, que no se quedan en ideas u opiniones, sino que poseen toda una elaboración ideológica llevada a la práctica. CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 227. En Guatemala la mentalidad hegemónica prevalece la idea de que el exterminio de la

sólo como una ideología de la diferencia y de la desigualdad, ni como una forma de dominación y opresión entre clase o grupos étnicos, sino como una lógica del exterminio y de la exclusión, como mecanismo del poder del Estado, que posee la prerrogativa y el derecho a decidir quién debe vivir o morir, ejerciendo el derecho a matar o a eliminar al otro en nombre de la soberanía<sup>1766</sup>.

Como afirma FOUCAULT, el racismo representa la condición bajo la cual se puede ejercer el derecho a matar. Los Estados homicidas son los más racistas, porque éste elemento constituye la razón fundamental para exterminar físicamente al adversario. Cuando se trata de eliminar económicamente al adversario o hacerle perder sus privilegios, no se necesita el racismo, pero cuando hay que batirse físicamente con él, arriesgar su propia vida y tratar de matarlo, hace falta el racismo<sup>1767</sup>.

La población indígena en América Latina ha mermado considerablemente desde hace aproximadamente 500 años<sup>1768</sup>. Esta disminución es un fenómeno que no se

---

población indígena durante la conquista hubiera sido mejor garantía de prosperidad nacional, ideas que resurgirían como justificación de las campañas contrainsurgentes de tierra arrasada. GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, página 19.

<sup>1766</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, páginas 53 y 54.

<sup>1767</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo, de la guerra de razas al racismo del Estado*, Editorial La Piqueta, Madrid, 1992, páginas 265 y 272.

<sup>1768</sup> Para ejemplificar de mejor manera los elementos que han ocasionado la disminución de población indígena en América Latina, puede verse el caso de Guatemala, donde el racismo contra el pueblo indígena llegó hasta el punto de que el Estado cometiera actos genocidas en contra de la población durante el conflicto armado interno. Ver COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Informe Guatemala Memoria del Silencio*, Tomo V, Conclusiones y Recomendaciones, publicación de la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), Servigráficos, Guatemala, 1999, párrafo 122. El genocidio también se ejecutó por medio de las violaciones sexuales que originaron el éxodo de las mujeres y la dispersión de comunidades enteras, rompiendo lazos conyugales y sociales, generando aislamiento social y vergüenza comunitaria, provocando abortos y filicidios, impidiendo matrimonios y nacimientos dentro del grupo, facilitando así la destrucción de las comunidades indígenas. CONSORCIO ACTORAS DE CAMBIO, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala*, Primera Reimpresión, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 10. La concentración de poblaciones indígenas en las áreas rurales con condiciones geográficas propicias para esconder a los insurgentes, dio origen a las políticas de tierra arrasada, consistentes en eliminar cualquier condición que pudiera favorecer la existencia de la guerrilla, lo cual incluyó la eliminación de comunidades enteras, mediante la ejecución de sus miembros y la quema de todo lo material, llegando a contabilizarse 430 aldeas arrasadas y más de 667 masacres. Además de la eliminación física y del tejido social, la estrategia genocida buscaba eliminar la cultura indígena, que tiene su base en la tradición oral. Tenía un fuerte elemento psicológico, pues la eliminación física de ciertos miembros de una comunidad tenía su significado en la cosmovisión maya, por ejemplo, el matar a las mujeres y extraer sus órganos reproductivos

explica por sí mismo, ni mucho menos es producto de algún tipo de selección natural o comportamiento evolucionista, como todavía muchos quisieran creer. Más bien, es la resultante de una conjunción de circunstancias adversas que terminaron por erosionar las estructuras sociales sobre las que reposaba la existencia física, cultural y política de tales sociedades; incluyendo diferentes y continuas campañas de exterminio y asimilación contra los pueblos indígenas desde el primer contacto con la cultura occidental<sup>1769</sup>. A pesar de estos factores, se estima que en América latina se cuenta con población indígena que asciende a entre 40 y 50 millones<sup>1770</sup>.

Los Estados temen que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas concluya en procesos de fragmentación a lo interno o incluso una amenaza para el mantenimiento del *estatus quo*. En este temor ha sido alimentado por sublevaciones

---

significaba “*matar la fuente de la vida*”; matar a los niños y niñas significaba “*matar la esperanza*”; matar a los ancianos “*matar la historia*”. En ORTIZ SAMAYOA, MARÍA JOSÉ, *Responsabilidad del Estado de Guatemala por no resarcir a las víctimas del conflicto armado interno, a partir de la firma de la Paz*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2001, página 5 y ss. JESÚS HERNÁNDEZ TOHOM, en Memoria de Xibalbá, cita el siguiente testimonio: “*¿Les molestó que saliéramos a las calles a decir que queríamos un pedazo de tierra donde trabajar; les molestó que se les dijera que en las fincas estaban pagando mal, se molestaron porque les dijimos que no tomaran las tierras que siempre han sido comunitarias, se molestaron porque empezamos a leer nuestra propia historia, se molestaron porque dijimos que no queríamos más muerte en nuestras aldeas, se molestaron porque huimos para salvar la vida, se molestaron porque les dijimos que ya no aguantábamos más el hambre, la enfermedad o el abandono?*”. Ver CENTRO DE ANÁLISIS FORENSE Y CIENCIAS APLICADAS, *La verdad bajo la tierra. Guatemala, el genocidio silenciado*, Primera Edición, Barcelona Press, Barcelona, 2006, página 11.

<sup>1769</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 40. ROMERO VARGAS también se refiere a la enorme baja en la población indígena de Nicaragua que provocó la llegada de los conquistadores. En ROMERO VARGAS, GERMÁN, *Los indígenas del Pacífico de Nicaragua*, en en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 154. El trato cruel e inhumano que se dio a los indígenas durante la colonización terminó con un importante número de personas. Ver CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 47. Junto a la explotación también se dieron epidemias. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, página 32. En el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas afirmó que *todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas*. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas propuesta por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargada de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994, que figura en el anexo I del informe del Grupo de Trabajo sobre su 11º período de sesiones (E/CN.4/2006/79)

<sup>1770</sup> La población indígena en América del Sur debe alcanzar entre 25 y 35 millones; mientras que México y Guatemala suman alrededor de 15 millones de indígenas. AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 2.

indígenas que se han dado a lo largo de la historia<sup>1771</sup>, imágenes que asocian el movimiento indígena con la lucha de clases, con el campesino oprimido listo para luchar por la revolución de las masas y la reforma agraria<sup>1772</sup> o la liberación de los pueblos indígenas del sistema colonialista occidental<sup>1773</sup>.

Historiadores como TARACENA ARRIOLA denominan a este fenómeno como el espectro de la guerra de castas, en la cual, masas de indígenas perseguirían a los blancos<sup>1774</sup>. En Guatemala, este era un temor difundido durante el Siglo XIX e inicios del Siglo XX, que aún hoy permanece en el imaginario social, pues el riesgo de esta supuesta guerra étnica, fue el principal factor del fracaso de las reformas

<sup>1771</sup> La conquista no fue tan rápida como suele contar la historia oficial. Incluso hay resistencias infranqueables como la de los Mapuches en Chile. MARTÍNEZ PELÁEZ describe los denominados Motines de Indios eran la reacción violenta contra la explotación colonial. Durante la colonia el indígena vivía en el límite de la desesperación, al borde de la explosión violenta, límite que estaba determinado por la resistencia psicofísica del indígena, en un desgaste progresivo y generacional y en combinación con el miedo. La historia registra algunos amotinamientos en el Reino de Guatemala. En MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 50 y ss. En Guatemala, durante la colonia, los indígenas muchas veces se sublevaron contra el dominador y todo el tiempo opuso una resistencia inquebrantable y una insumisión permanente. Durante el período liberal o republicano también se dieron constantes rebeliones indígenas. En GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, páginas 170 y 180. En Honduras, se reporta una rebelión indígena en la que participó un estimado de 500 a 800 indígenas motivada por rezones políticos y conflictos en la propiedad de la tierra. GOULD, JEFFREY L., *Proyectos del Estado-nación y la supresión de la pluralidad cultural: perspectivas históricas*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 55. En El Salvador también se reporta un levantamiento de corte guerrillero con mayoritaria participación indígena ante la represión en el año 1932. Varios autores coinciden en el impacto de este levantamiento tuvo para el pueblo indígena, tanto por la represión militar etnocida que le siguió como para la formación de una identidad mestiza en sustitución de la indígena. Después del fallido movimiento de 1932 los ladinos se empoderaron y adquirieron el poder local. Posteriormente, durante el conflicto armado interno, protagonizado fundamentalmente por ladinos y militares, los indígenas aprovecharon la ocasión para ofrecer sus servicios a los militares, por lo que recuperaron los espacios perdidos en 1932. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, páginas 375 y 394.

<sup>1772</sup> Ver comentarios al pie de página de la obra de MORALES. En MORALES, MARIO ROBERTO, *Esencialismo "Maya", Mestizaje Ladino y Nación Intercultural: Los discursos en debate*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 325 y ss.

<sup>1773</sup> Durante el I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica, realizado en Cuzco en 1980, una de las conclusiones se refería a la liberación de los pueblos indígenas. La cita completa es "Nos llamamos indios, con este nombre nos han sojuzgado por cinco siglos y con este nombre hemos de liberarnos. Ser indio es nuestro orgullo y el Indianismo nuestra bandera de lucha y una consigna de liberación continental. Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente, tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y del universo, y como herederos de una cultura milenaria, al cabo de cinco siglos estamos nuevamente unidos para propiciar nuestra liberación del sistema colonialista occidental". Citada por HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 379.

<sup>1774</sup> TARACENA se refiere particularmente a las insurrecciones protagonizadas por movimientos indígenas que se dieron en Guatemala durante los años 1839-1840 en la región occidental que entonces se llamaba Los Altos, en resistencia al proceso centralizador político y comercial en la capital de Guatemala, buscando una autonomía. Ver TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invencción criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, páginas 340 y ss; página 403.

constitucionales que buscaban el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas<sup>1775</sup>.

HALE, en su investigación realizada en Guatemala, hace referencia a la latente sensación de amenaza o temor por el cambio en el esquema de dominación del blanco sobre el indígena: “*Por siglos el indígena estuvo discriminado y hoy se está levantando, puede repetirse la historia, pero al revés, que quienes antes estuvieron abajo pasan a estar arriba y los de arriba abajo, eso se ha visto en la historia de todos los pueblos. Ningún poder es eterno*”. Esta amenaza se traduce en la imagen de una próxima “*guerra étnica*”, “*guerra de castas*” y del “*espectro del indio insurrecto*”, alimentada en algunas expresiones de racistas de los indígenas hacia los blancos<sup>1776</sup>.

Uno de los argumentos más utilizados por los Estados para oponerse al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, ha sido la soberanía e interferencia con la unidad nacional y con el progreso<sup>1777</sup>

<sup>1775</sup> En el Acuerdo sobre reformas constitucionales y régimen electoral, firmado en 1996 como parte de los Acuerdos de Paz guatemaltecos, se contemplaban una serie de reformas tendientes a reconocer los derechos de los pueblos indígenas a su vez contenidos en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas de 1995, que entre otros temas consideraba el reconocimiento de su jurisdicción, idiomas, espiritualidad tierra y autoridades locales. Las reformas habían sido ya aprobadas por el Congreso de la República y debían ser sometidas a referéndum popular. Muy poco tiempo antes de la Consulta Popular, se inició una fuerte campaña mediática que logro despertar el sentimiento hegemónico tan fuertemente arraigado en la conciencia ladina guatemalteca, logrando que no se aprobaran las reformas en mención, no importando que tampoco se aprobaran otras importantes reformas en materia de fortalecimiento de la justicia, fortalecimiento de la sociedad civil y función del ejército en la democracia. El ejemplo más ilustrativo es el fracaso del Referéndum, para la Reforma Constitucional de 1997, donde se buscaba reconocer el Estado Pluricultural. KEPFER afirma que este hecho no puede dejar de considerarse menos que un referéndum al prejuicio y a la discriminación. En KEPFER, RODOLFO, *Racismo y práctica social: sobre el método de la diferencia*, en *Racismo en Guatemala*, de lo políticamente correcto a la lucha antirracista, AVANCSO, Guatemala, 2004, página 277.

<sup>1776</sup> Sobre los resultados de su estudio, HALE concluye que sí existe cierto racismo de los indígenas hacia los no indígenas, sobre el que forja la expresión “*racismo al revés*”, que implica la afirmación de que los pueblos indígenas: a) usan un razonamiento racial para definir su propia identidad y para marcar su diferencia respecto de los otros; b) asignan características de desaprobación o de inferioridad a los no indígenas; c) emplean estas distinciones raciales en su propio beneficio y en injusta desventaja para los ladinos. Ver HALE, CHARLES R. *El Discurso Ladino del Racismo al Revés en Guatemala*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, páginas 366 y ss. ADAMS también hace referencia a la guerra de castas y al racismo al revés. Ver ADAMS, RICHARD N., *De la hegemonía a la antihegemonía*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, páginas 187 y 221.

<sup>1777</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 21. En aras de la unidad nacional, en la Guatemala de 1930-1945, se buscó la construcción de una nacionalidad homogénea, como forma de lograr la unidad nacional, para lo que se debía occidentalizar a los indígenas, que estaban retrasados respecto a la vida moderna y “atormentados por creencias que una ilustración mediana elimina”. A partir de 1945 se desarrolló una política indigenista,



Durante la discusión del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, los representantes gubernamentales continuaron expresando sus dudas y reservas sobre el uso del término “*pueblos*”, debido a que su uso podría constituir una amenaza para la integridad territorial de un Estado dentro del cual existieran comunidades indígenas<sup>1778</sup>.

Esta misma polémica se observó durante las jornadas de discusión de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. En las mismas, los Estados manifestaron sus temores respecto a que, el reconocimiento e implementación del pluralismo jurídico, se convierta en un proceso de fragmentación, posibilitando la separación de los pueblos indígenas al interior de los propios Estados. Durante estas jornadas, quedó claro que el planteamiento del movimiento indígena no era de separación ni de independentismo, sino que, afirmaban que la libre determinación se podría ejercer desde un contexto de un Estado plurinacional, en el que los pueblos indígenas tuvieran plena capacidad de decidir sobre el destino de los pueblos<sup>1779</sup>. En el marco de la negociación de la Declaración en mención, los Estados no estaban apoyando un derecho de los pueblos indígenas a formar Estados independientes, y los pueblos indígenas han

---

sumamente criticada porque “Pretender que en Guatemala se vigorice la cultura indígena es condenar a nuestra patria a una eterna debilidad, a un perpetuo dualismo de la cultura, a ser siempre una nación de indios irredimible y sin personalidad continental. Por eso a nuestros indios o se les occidentaliza o se les destruye (...)”. La cita fue un artículo publicado en un diario guatemalteco en 1945. Sobre la homogenización y la posterior política indigenista ver GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004, páginas 16 y ss. LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 125.

<sup>1778</sup> La Conferencia Internacional del Trabajo se integra por representantes de los gobiernos, de los trabajadores –sindicatos– y de los empleadores de los países miembros. La Conferencia es la sesión anual de la Organización Internacional del Trabajo existe desde 1919 y con la creación de Naciones Unidas se convierte en la primer agencia especializada. BOU FRANCH cita que en las Actas Provisionales 25,31 y 32 del 76° período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo se observa que las objeciones presentadas provinieron de los representantes de los gobiernos. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 147.

<sup>1779</sup> El seno de la Organización de Naciones Unidas, a diferencia de la Conferencia Internacional del Trabajo, no cuenta con participación tripartita. Los miembros son únicamente los Estados y los demás participantes no tienen derecho de voto en la Asamblea General. El autor cita las intervenciones de los ponentes en la discusión de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Ver AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 22.

negado de manera casi uniforme, que aspirasen a crear Estados independientes cuando pedían la libre determinación<sup>1780</sup>.

Estas percepciones son también, fruto de la ya mencionada tendencia a asociar la libre determinación como el logro de un Estado independiente<sup>1781</sup>. En el derecho internacional, no existe uniformidad al reconocerse soberanía a los pueblos indígenas, como parte del derecho a la libre determinación, argumentándose a favor de los Estados la necesidad de mantener la integridad territorial, por lo que no falta algún autor que afirme que, dicha integridad territorial, es el principio limitador de la autodeterminación de los pueblos<sup>1782</sup>.

Como afirma RUIZ SÁNCHEZ, es cierto que en aras de la unidad nacional, resulta inevitable y hasta deseable, cierto grado de homogeneidad social, entendida como tal, la aceptación de principios éticos relacionados con la satisfacción de las necesidades básicas, por lo que, es bajo esta convicción que debe abordarse la cuestión de la diversidad cultural en un contexto institucional de democracia representativa<sup>1783</sup>. Estos espacios políticos de discusión sólo pueden ser objetivos si los pueblos indígenas realmente tienen a sus representantes dentro del sistema político, para promover el derecho a la diferencia y el relativismo cultural. El éxito para crear Estados plurales dependerá de la ampliación democrática del sujeto subalterno, precisamente para que deje de ser subalterno<sup>1784</sup> y donde al modelo de democracia directa se añada el de democracia comunitaria, donde los pueblos indígenas también elijan a sus representantes<sup>1785</sup>.

<sup>1780</sup> ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Artículo presentado en la Conferencia Internacional sobre libre determinación Sami: ámbito y aplicación, celebrada del 4 al 6 de febrero de 2008 en Alta, Noruega, página 2.

<sup>1781</sup> ÍDEM.

<sup>1782</sup> MORALES, PATRICIA, *Pueblos Indígenas, Derechos Humanos e Interdependencia Global*, Siglo XXI Editores, México, Edición en Español 2001, páginas 13-15 (xiii-xv).

<sup>1783</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 57.

<sup>1784</sup> MORALES, MARIO ROBERTO, *Esencialismo "Maya", Mestizaje Ladino y Nación Intercultural: Los discursos en debate*, en en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, EDITORES SIGLO VEINTIUNO, Guatemala, 1999, página 356.

<sup>1785</sup> IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

En síntesis, la negativa a reconocer los derechos de los pueblos indígenas, no es más que otra expresión del racismo, o como la llama COJTÍ, expresión de heterofobia<sup>1786</sup>.

## 7.5 La vulneración del derecho a la propiedad

El segundo argumento en contra el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas tiene que ver con la resistencia de la cultura dominante a perder su estatus quo, particularmente en lo que se refiere al derecho a la propiedad del territorio. En este contexto, el concepto de territorio cuyo derecho se reconoce al pueblo indígena, puede llegar a asumir un sentido también político, aunque es un derecho colectivo que no viene a contraponerse al derecho individual más reconocido a escala internacional como lo es el derecho a la propiedad<sup>1787</sup>; pero sí puede presentar problemas en aquellos casos donde la propiedad de determinado territorio se encuentra en disputa.

Los pueblos indígenas no contemplan la tierra como una comodidad que puede ser vendida, porque para ellos no es un objeto de comercio, ni ven las plantas y animales que hay en ella como recursos naturales. Para ellos, la tierra está dotada de un significado sagrado, está integrada en las relaciones sociales y es fundamental para poder definir la existencia e identidad de un pueblo, y la flora y fauna son seres vivos que forman parte de su universo social y espiritual, conformando un equilibrado y armonioso mundo<sup>1788</sup>. La tierra es la madre de la vida, que se encarga de alimentar a sus hijos, dándoles los frutos que de ella provienen<sup>1789</sup>. La tierra constituye un núcleo de valores espirituales y materiales

<sup>1786</sup> COJTÍ CUXIL, DEMETRIO, *Heterofobia y Racismo Guatemalteco*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, EDITORES SIGLO VEINTIUNO, Guatemala, 2004, página 249. En países como Guatemala, existe un legado de persistente rechazo a reconocer jurídicamente ningún interés o derecho especial a los pueblos indígenas. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 116.

<sup>1787</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 78.

<sup>1788</sup> BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Los derechos medioambientales de los pueblos indígenas*. La situación en la región amazónica, editorial Abya-Yala, Ecuador, 2000, página 48.

<sup>1789</sup> OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, página 57. Este mismo reconocimiento se da dentro de los Acuerdos de Paz de Guatemala, en el Punto I del ACUERDO SOBRE IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, firmado en México el 31 de marzo de 1995.

importantes, pues en ella encuentran los elementos esenciales de su cosmología. De la tierra emana la vida y la sabiduría. Es un bien inalienable que no se posee, sino se preserva para las generaciones venideras, por ello, la tierra desempeña un papel irremplazable en sus creencias<sup>1790</sup>.

De entre las demandas centrales de los indígenas, se encuentra la protección jurídica de las tierras que ancestralmente les pertenecieron, así como los recursos naturales que hay en ellos; y el acceso a nuevas tierras que permitan su desarrollo material y cultural<sup>1791</sup>.

Desde la conquista, se ha venido discutiendo sobre si los indígenas poseían la propiedad sobre las tierras que habitaban, y sobre si los colonizadores estaban obligados a respetarlos o si por el contrario, podían adquirir válidamente dominio sobre la tierra de los indígenas. Las Leyes de Indias incluían el respeto de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, junto al respeto de su vida y derechos, pero este esfuerzo teórico, sólo sirvió para dar apariencia legal y moral a la conquista<sup>1792</sup>, de la misma forma que el ya mencionado Requerimiento justificó la violencia en aras de la religión. Los argumentos utilizados durante la conquista para despojar a los indígenas de la tierra, fueron de corte evangelizador, mediante el cual, se deduce un justo derecho de guerra y conquista, si se impide la predicación del Evangelio, se ataca a los misioneros o se impide la profesión de la fe a los convertidos<sup>1793</sup>.

El problema de la tierra tiene sus raíces en la política agraria de la colonia, que se basó en la *teoría del señorío* que ejercía la corona de España, por derecho de conquista, sobre todas las tierras de las provincias conquistadas en su nombre, es decir, toda la tierra conquistada se convertía en tierra *realenga* o perteneciente al

<sup>1790</sup> GÓMEZ DEL PRADO, JOSÉ LUIS, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, publicación de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, página 64.

<sup>1791</sup> ALWIN, JOSÉ, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, documento de trabajo número 2, Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2002, página 4.

<sup>1792</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 395.

<sup>1793</sup> El autor hace referencia a la obra de Francisco de Vitoria *De indis et de iure belli relectiones*, de 1532. En BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 104.

Rey. Con base en el *señorío*, se desarrolló el *principio de la tierra como aliciente*, mediante el cual, como la corona española no podía costear la conquista, cedía parte de la tierra de los nuevos territorios a los conquistadores, siendo este el punto de partida del latifundismo, dando la oportunidad de adquirir tierra por merced real como aliciente para la inmigración española a las Indias. Posteriormente, la tierra fue aprovechada por la corona como fuente de ingresos para las cajas reales, mediante el procedimiento de la *composición de tierras*, como respuesta a los abusos de los colonos. Mediante la composición de tierras se revisaba las medidas autorizadas en los títulos de propiedad reales, con las dimensiones que en la realidad tenían las tierras. En los casos en los cuales se comprobaba que había habido usurpación de tierras realengas, el Rey se avenía a cederlas legalmente, siempre que los usurpadores se avinieran a pagar una suma de dinero por concepto de composición; en caso contrario, se les desalojaría para que el Rey pudiera disponer de la tierra<sup>1794</sup>.

Respecto a los pueblos indígenas, a partir de mediados del Siglo XVI, se les concentró en poblados y se les asignó tierras comunales de las cuales podían o no tener la propiedad. Algunas eran asignadas en calidad de usufructo, cuando la corona mantenía la propiedad sobre las mismas, aunque luego pudieran ser compradas por los indígenas. También existían los *ejidos*, que eran tierras comunales que habían sido donadas por la corona como un “*respiro*” para que en las épocas o meses de hambre, pudieran ser cultivadas por las comunidades indígenas<sup>1795</sup>.

A pesar de la importancia que tiene la tierra para los pueblos indígenas, éstos han sido despojados de sus territorios desde la conquista y continúan siendo objeto de innumerables acciones, que tienen como fin apropiarse de sus tierras, por lo que la

<sup>1794</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, página 143 y ss. También CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 57.

<sup>1795</sup> TALOMÉ, DUNCAN, *Ixiles. La pérdida de Ixim*, publicación de la Fundación CEDIM, Guatemala, 2008, página 33. Sobre las tierras comunales en Nicaragua ver ROMERO VARGAS, GERMÁN, *Los indígenas del Pacífico de Nicaragua*, en *Culturas Indígenas de Nicaragua*, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 167. También CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 55.

situación de la tenencia de la tierra es crítica para la mayoría de las comunidades indígenas<sup>1796</sup>.

La Relatora Especial sobre Pueblos Indígenas, ERICA DAES, señala que uno de los principales problemas que afrontan los pueblos indígenas, es el relativo a los reclamos de sus tierras, tanto exigiendo la devolución de las mismas o luchando para que no les sean expropiadas en función de intereses estatales<sup>1797</sup>.

Las normas y la práctica internacionales, han reconocido que los pueblos indígenas tienen un derecho *sui generis* de propiedad comunal sobre las tierras, territorios y recursos naturales que han usado u ocupado tradicionalmente, es decir, de conformidad con sus pautas de uso y ocupación culturalmente diferenciadas. Según el entendimiento normativo internacional, este derecho se origina de su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, derecho previo e independiente del reconocimiento estatal a través de un título oficial de propiedad<sup>1798</sup>.

En países como Guatemala, la falta de acceso a la tierra fue una de las causas del Conflicto Armado Interno, por lo que algunos autores lo han denominado “*la gran sublevación del Siglo XX*”<sup>1799</sup>. La conflictividad agraria en Guatemala es un problema que excede los límites del derecho civil y que tampoco puede ser abordada desde el derecho penal, sino requiere una jurisdicción especial<sup>1800</sup>. La conflictividad agraria también se observa en otros países de la región<sup>1801</sup>.

<sup>1796</sup> PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 86.

<sup>1797</sup> DAES, ERICA IRENE, *Informe sobre el concepto de pueblos indígenas*, Organización de las Naciones Unidas, E/CN.4/sub.2/AC.4/1996/2.

<sup>1798</sup> ANAYA, JAMES, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/37, del 19 de julio de 2010, párrafo 54. También se refiere a la vigencia del derecho consuetudinario respecto al reconocimiento de la propiedad de la tierra por la simple tradición, sin necesidad de un título legal OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, página 60.

<sup>1799</sup> La denominación “gran sublevación del siglo XX” es aportada por el investigador social guatemalteco Manolo Vela. En PALMA, GUSTAVO, *Acceso a la tierra y desalojos en el Valle del Polochic*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012.

<sup>1800</sup> Además de las tierras expropiadas a los indígenas durante la colonia, las pocas tierras comunales que poseían fueron expropiadas durante la época liberal por estar supuestamente subutilizadas, reclamándolas como terrenos baldíos que no estaban siendo explotados. En TALOMÉ, DUNCAN, *Ixiles. La pérdida de Iloom*,

publicación de la Fundación CEDIM, Guatemala, 2008, página 34. En 1863 se aprobó una ley agraria que limitó el tamaño de los ejidos comunales y marcó una nueva fase en la historia socioeconómica de Guatemala, en la cual los intereses de las comunidades se irían sacrificando progresivamente ante los terratenientes del agro. La práctica indígena de dejar un tercio de sus tierras sin cultivar, práctica ecológicamente sana, daba apariencia de subutilización de las tierras. Ver WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011, páginas 631 y ss. Para 1877 se decretó un cuerpo legal que estimulaba el fraccionamiento y la venta de las tierras comunales, basándose en la falta de certeza jurídica registral. Como resultado, los pueblos indígenas procedieron a convertir sus tierras en común en parcelas individuales, para gozar al menos cierta seguridad jurídica, lo que significó en la práctica, que muchos terminaron comprando parte de sus propias tierras, pues muchos no pudieron evitar la enajenación hacia manos ladinas, criollas o extranjeras. La adquisición de títulos de propiedad para esas tierras les llevaría muchas décadas. En PALMA, GUSTAVO; TARACENA, ARTURO; BAUMEISTER, EDUARDO, *Cambios en la tenencia de la tierra: tendencias históricas*, publicación del Programa de las Naciones Unidas en Guatemala, Guatemala, 2004, página 88. Para el 2008 operaban en Guatemala más de cinco mil fincas bajo el modelo de colonato-mozos colonos, donde el patrono les concedía a los trabajadores un usufructo sobre la tierra que habitan, pero conservando la propiedad y por ende se reservaba el derecho de despojarlos en el momento que quisiera. Con la firma de los Acuerdos de Paz y específicamente con el Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria, de 1996, se incluye el compromiso de facilitar que las personas trabajadoras de la finca el acceso a la tierra que habitaban, revisando los procedimientos irregulares de adquisición de las tierras y poniéndolas a disposición de los campesinos; procedimientos de seguridad jurídica y certeza sobre la tierra, institucionalidad y una jurisdicción agraria para este tipo de conflictos. En este contexto se funda la entidad pública Fondo de Tierras que inicia un proceso de legalización de la tenencia de tierras a favor de los campesinos. Sin embargo, los latifundistas de antaño, con el afán de expandir sus fincas para ampliarse a nuevos cultivos u otras formas de explotación de los recursos naturales, como la minería, inician un nuevo proceso de despojo a los campesinos que habitan la tierra objeto de su deseo, esta vez valiéndose de el fraude, engaño o amenaza para viciar el consentimiento del campesino y que éste, mediante una compraventa, “venta” la tierra que habita, para luego legalizarla por medio de un procedimiento legal llamado titulación supletoria. En áreas especialmente conflictivas, como la zona a la orilla del Río Polochic, en el Departamento de Alta Verapaz, el 35% de las familias que en su momento fueron beneficiadas con los proyectos del Fondo de Tierra ya han perdido ya han perdido la propiedad sobre la misma. En CAMACHO, CARLOS, *Acceso a la tierra en Guatemala*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012. Entre 1968 y 1977 existe el registro de 23 desalojos violentos de campesinos, que incluyeron la quema de aldeas y el robo de animales. GUTIERREZ, MARTA ESTELA, *Los mecanismos del poder en la violencia colectiva: los linchamientos en Huehuetenango*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 181. La problemática agraria en Guatemala abarca otros territorios, donde las familias que habitan las fincas mediante la figura del mozo colono, son constantemente expulsadas por medio de la figura del desalojo, prevista como medida cautelar con ocasión de la comisión del delito de usurpación de propiedad, por medio de la cual el finquero argumenta que las personas que habitan su finca “invaden su propiedad”. La conflictividad agraria no puede resolverse por medio del derecho civil, por ser una rama del derecho excluyente y onerosa, que no refleja adecuadamente el problema. El derecho penal tampoco es la vía adecuada, porque sólo se encarga de criminalizar al desvalido y proteger al latifundista y la intervención procesal penal no es un mecanismo que permita abordar adecuadamente este fenómeno, porque se queda corto para ilustrar las estructuras latifundistas, sus actividades y formas de operación; así como los mecanismos de los que se valen para garantizarse la impunidad, mediante la apariencia de legalidad de sus actos y la infiltración de sus propios operadores dentro del sistema de justicia. En Guatemala el compromiso de crear una jurisdicción agraria nunca se cumplió.

<sup>1801</sup> En Honduras muy recientemente, en 1997, el pueblo Ch’orti’ realizó una marcha para pedir al gobierno la devolución de sus territorios ancestrales, usurpados ilegalmente. BARAHONA, MARVIN, *Del mestizaje a la diversidad étnica y cultural: la contribución del movimiento indígena y negro de Honduras*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 254. En Nicaragua, después de la restauración de la aristocracia conservadora, alrededor de 1858, se restringió y vulneró el derecho a la tierra de los indígenas. En El Salvador, a partir de 1870, bajo la presión de la élite cafetalera, se concedió o vendió tierra pública y se afectó a las tierras comunales indígenas. Ver BULMER THOMAS, VICTOR, *La Economía Política de Centroamérica desde 1920*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala, Serviprensa, Guatemala, 2011, página 62. En El Salvador, a finales del Siglo XIX el Estado privatizó las tierras comunales para favorecer a los terratenientes. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 364. También Nicaragua presenta conflictos de tierras indígenas confiscadas por el Estado, enfrenándose

En líneas generales, la postura más común entre los Estados es la de no reconocer a los pueblos indígenas el derecho al territorio, es decir, negar la existencia de una forma indígena de uso, ocupación y propiedad; y una falta de voluntad política por establecer un estatuto legal apropiado, que brinde certeza jurídica respecto a la tierra<sup>1802</sup>.

En América, Canadá es una excepción a esta situación, consecuencia de la forma en la cual se realizó la colonización de estos territorios, pues la soberanía británica sobre Canadá no se impuso a título de conquista. La *Royal Proclamation of October 7, 1793*, reconoció los derechos territoriales indígenas, calificándolos como derechos preexistentes y en la mayoría de sus territorios, se han celebrado tratados de cesión de los mismos<sup>1803</sup>. En Oceanía, en el caso de Australia, a partir de la *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act* de 1976, el Estado responde a los reclamos de los indígenas sobre las tierras del norte del territorio; y en Nueva Zelanda, a partir del *Treaty of Waitangi Act* de 1975 se inició un proceso para rescatar tratados celebrados con los indígenas Maoríes y restituirles derechos que fueron desconocidos, mediante normas que anteriormente indicaron que los títulos indígenas sobre la tierra no eran oponibles ante la corona<sup>1804</sup>.

---

el derecho consuetudinario comunal que reivindica la posesión del territorio. GUARDIAN, GALIO, *Alamikangban: tierra comunal y "fisionomías" en Nicaragua*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 495. También RIZO ZELEDÓN, MARIO, *Campesinos de la frontera agrícola: sujetos sociales desconocidos e identidades negadas*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 557.

<sup>1802</sup> BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 181.

<sup>1803</sup> BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 108.

<sup>1804</sup> En Australia, con anterioridad a la *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act*, el derecho del colonizador no reconoció los títulos de propiedad de los habitantes indígenas sobre las tierras, afirmándose la propiedad de la corona británica sobre todas las tierras de la colonia australiana y desde 1788 el primer asentamiento británico se realizó a título de ocupación, es decir, por el mero acto de que nacionales británicos tomaran posesión de los territorios en nombre de la corona. En Nueva Zelanda, la *Maori Land Act* de 1862 desconoció los derechos consuetudinarios de los maoríes trasladando la propiedad plena del territorio a la Corona, que vendió las tierras a habitantes no Maoríes; y la *Native Land Act* de 1909 declaró que los títulos de propiedad Maoríes no eran oponibles contra la Corona. Ver BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 130-134.



A lo interno del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, se ha reconocido que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* asiste también a los pueblos indígenas respecto a sus territorios ancestrales<sup>1805</sup>. Por medio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunos pueblos indígenas han logrado restitución de tierras, han afianzado el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva y han abierto un debate sobre la adecuación de los sistemas nacionales en torno a este derecho<sup>1806</sup>.

En nuestros días, Bolivia, Ecuador y Brasil parecen haber retomado el proceso de demarcación de territorios indígenas, por medio del reconocimiento de la posesión permanente de grupos indígenas sobre ciertos territorios<sup>1807</sup>.

## 8. Dificultades prácticas de la implementación del pluralismo jurídico

El tercer problema radica en la dificultad práctica de la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos y los consiguientes problemas que trae consigo su implementación en un mismo territorio, al que se hará referencia a continuación.

<sup>1805</sup> A lo interno de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, número 79. En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tenían un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan. La Corte concluyó que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no habían sido debidamente delimitados y demarcados por el Estado, hecho que constituye una violación del Estado del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad. Dentro de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos se cuenta con el caso 11.713, donde Paraguay firmó un convenio de Solución Amistosa con la organización indígena Tierra Viva para restaurar a los peticionarios tierras ancestrales. En este caso el Estado compró las tierras y posteriormente las tituló a nombre de las comunidades; el caso 11.140, Hermanas Mary y Carrier Dann contra Estados Unidos, del año 2002; y caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice del año 2003.

<sup>1806</sup> BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 185.

<sup>1807</sup> Sobre Brasil, ver el Decreto de homologación del 15 de abril del 2005 del Presidente de la República, donde se reconoce la posesión permanente de los pueblos Ingarikó, Makuxi, Taurepang y Wapixana sobre una superficie de territorio situado en el estado brasileño de Roraima. VER [WWW.CIDH.OAS.ORG/COMU.ES.HTM](http://WWW.CIDH.OAS.ORG/COMU.ES.HTM), también BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 129.

Se dice que existe pluralismo jurídico cuando operan en un mismo territorio diversidad de sistemas jurídicos de naturaleza distinta<sup>1808</sup>. Hoy, uno de los problemas actuales del derecho occidental monista, es el reconocimiento de la existencia de este pluralismo jurídico en los Estados con representativa población indígena, que han mantenido sus sistemas de valores y de justicia propios, como uno de los elementos claves de su resistencia a la dominación<sup>1809</sup>. En la práctica coexisten ambos sistemas jurídicos<sup>1810</sup>.

## 9. ¿Por qué aplicar el derecho indígena? Validez del derecho indígena

¿Es la justicia una imposición de occidente? ¿Es un “*deber ser*” inevitable y universal, según las conclusiones de la razón pura al alcance de todos los hombres, como lo propuso KANT, o es un imperativo cuyo contenido real y alcance, no se establece por cualquier decálogo previamente establecido, sino por las exigencias de cada situación y la práctica concreta, como lo profesó ARISTÓTELES?<sup>1811</sup>

Desde las más antiguas representaciones de la justicia, ésta siempre ha sido plasmada como la virtud o el principio que preside el ordenamiento en un todo armónico o equilibrado en las sociedades humanas; ahora bien, para que reine la armonía son necesarias dos cosas: que cada una de las partes tenga asignado el lugar que le corresponde; y que una vez que a cada parte le ha sido asignado ese lugar, que el equilibrio alcanzado sea mantenido por normas universalmente

<sup>1808</sup> US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, *Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 63.

<sup>1809</sup> BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 163.

<sup>1810</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 13. GUZMÁN BOCKER es muy crítico al preguntarse por los derechos que convergen.<sup>1810</sup> ¿Cuáles son las dos culturas que convergen? ¿La tradición indígena agonizante por la dominación colonial? ¿La cultura europea trasplantada a América y huérfana? GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 158.

<sup>1811</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 58.

respetadas<sup>1812</sup>. La discusión en torno al principio de relativismo cultural, nos obliga a reflexionar sobre la existencia de normas de justicia universales o un “*deber ser*” inevitable y universal. Los valores morales tampoco son absolutos. Existen sistemas morales muy distintos y entre sí contradictorios, en consideración de lo bueno y lo justo<sup>1813</sup>.

¿Qué principios de justicia estaríamos dispuestos a aceptar como seres libres, iguales e imparciales, como reglas básicas de justicia? RAWLS recurre a una posición hipotética o situación originaria, en la que los sujetos racionales e interesados en la cooperación mutua, desconociendo la influencia de sus circunstancias particulares, elegirían por unanimidad y luego de un proceso de deliberación, un conjunto de principios de justicia que estarían dispuestos a aplicar a las instituciones básicas de la sociedad. Se trata de una sociedad hipotética en la que todos aceptan y saben que los otros aceptan los mismos principios de la justicia, y las instituciones sociales básicas satisfacen estos principios<sup>1814</sup>. En la realidad los individuos no pueden desvincularse de sus circunstancias particulares y de sus valores como grupo, valores que en algunos aspectos son distintos a los de otros grupos humanos. Lo importante, es la manera en la que la gente interactúa y piensa acerca del mundo, y cómo en este proceso transforman al mundo y a ellos mismos<sup>1815</sup>.

Similar reflexión llevó a BORJA JIMÉNEZ a reconocer, después de estudiar el derecho de los pueblos indígenas, lo siguiente: *“siempre he creído que existían principios básicos del derecho penal, que eran imprescindibles en todo ordenamiento jurídico. He llegado a estar convencido de que un sistema punitivo que no se estructurase con base en estos axiomas fundamentales no podía contemplarse bajo las siglas del derecho penal. Y ahora tengo que decir que estaba equivocado”*<sup>1816</sup>.

---

<sup>1812</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Argentina, 1993, página 57.

<sup>1813</sup> FERNANDEZ, EUSEBIO, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, reimpresión de la primera edición, Editorial Universitaria, Guatemala, 1987, página 51.

<sup>1814</sup> RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, páginas 501 y ss.

<sup>1815</sup> Ver análisis de GOULD, JEFFREY L., *Nacionalismo revolucionario y memoria local en El Salvador*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, página 397.

<sup>1816</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, España, 2001, página 175.

## 9.1 La necesidad de identificación con los valores protegidos por la justicia

La justicia tiene por finalidad alcanzar la paz social<sup>1817</sup>. El bien jurídico por excelencia es la existencia humana, por lo que, el derecho está ligado a permitir el desarrollo de las condiciones de vida en una sociedad determinada, cumpliendo con una función de aseguramiento de las condiciones esenciales para una pacífica convivencia<sup>1818</sup>.

La convivencia pacífica se logra cuando existen un consenso social respecto a las normas y valores aceptados. El consenso se logra cuando en una sociedad la mayoría de los miembros adhiere valores y comparte creencias afines, en relación a aspectos fundamentales de su organización política, económica y jurídica, logrando que este consenso controle a la sociedad<sup>1819</sup> y donde, a su vez, es el Derecho el contribuye a la creación y mantenimiento de ese consenso<sup>1820</sup>. Pero ¿y si no se tiene un consenso?

Un significado clásico de la justicia es el que la identifica con la legalidad, de donde se dice justicia la acción llevada a cabo en conformidad con las leyes superiores o divinas<sup>1821</sup>. Para los pueblos indígenas la concepción de las leyes superiores, naturales o divinas es distinta de la concepción occidental. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas no compartan los mismos valores respecto a leyes naturales, tales como considerar la vida como el valor supremo y otros valores fundamentales; por el contrario, todo parece indicar que los pueblos indígenas tienen mayor arraigo en el respeto de las leyes naturales que las culturas occidentales, pero sí se

<sup>1817</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 443.

<sup>1818</sup> GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, consultado en versión electrónica [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) TOL1.974.156 página 8.

<sup>1819</sup> BERGALLI desarrolla la teoría del control social del consenso. Ver BERGALLI, ROBERTO, *Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 40.

<sup>1820</sup> El Derecho, en esta visión, viene a implicar la institucionalización de un sistema de expectativas, regulando la convivencia social y disminuyendo el riesgo de conflicto que se originaría de no poder preverse las actuaciones de los otros y sus reacciones frente a las propias, surgiendo un equilibrio consensual independiente del contenido valorativo de las expectativas. Ver RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 97.

<sup>1821</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Argentina, 1993, página 56.

manejan percepciones diferentes, como las consideraciones ya expresadas respecto al derecho a la propiedad, que es uno de los valores donde sí se encuentran diferencias de fondo respecto con la concepción occidental.

Sus concepciones son llamadas cosmovisión. La cosmovisión es la construcción de un planteamiento del ideal de vida con la visión integral de todos los seres del universo<sup>1822</sup>. Es la manera de ver e interpretar el mundo, mediante un modelo que se basa en principios religiosos y sagrados<sup>1823</sup>, pues poseen una concepción cósmica de la vida y del universo como un todo<sup>1824</sup>. En su cosmovisión poseen el conjunto de principios, normas, leyes, reglas, pensamientos y formas de organización, que guardan la armonía y el equilibrio de las comunidades, que durante el transcurso de los años les ha permitido la convivencia en sociedad<sup>1825</sup>. Consiste en una estructura de relaciones simbólicas de la persona con la naturaleza y con las demás personas, en cualquier tiempo y lugar<sup>1826</sup>. También es diferente la percepción del tiempo, que para los pueblos indígenas es circular, unido a los ciclos productivos y sociales<sup>1827</sup>.

Dentro de las concepciones que difieren a las de los pueblos occidentales está la concepción del valor justicia. La justicia de los pueblos indígenas se basa en la reparación y al reparar los hechos se satisfacen las expectativas de las sociedades

<sup>1822</sup> El pueblo maya cuenta con su propio pensamiento, conocimientos y visión del mundo que están vigentes en las comunidades. AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b'áqtun: retos y desafíos*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 188.

<sup>1823</sup> RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004, página 114.

<sup>1824</sup> Esta es una de las conclusiones del I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica, realizado en Cuzco en 1980. Citada por HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 379.

<sup>1825</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, sin dato editorial, Guatemala, 2001, página 37.

<sup>1826</sup> DEL VAL, JOSÉ, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, Cuadernos IIJ-UNAM, México, 1994, página 114.

<sup>1827</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 20.

indígenas<sup>1828</sup>. Resuelven sus conflictos por medio de un sistema jurídico basado en una cosmovisión, en la tradición, la costumbre y desprovisto del formalismo<sup>1829</sup>.

Por el contrario, la concepción y fundamentos filosóficos del Derecho occidental como un ente formal, resulta aislado del entorno social de sociedades multiculturales. Esas circunstancias le convierten en ilegítimo, por ignorar la convivencia social y no responder a las necesidades esenciales de la sociedad<sup>1830</sup>.

A pesar de que vivimos en un mundo donde los sistemas jurídicos se encuentran en constante evolución para dar respuesta a los nuevos problemas del derecho, tal como afirma RUIZ SANCHEZ, es un reto provocador atreverse a hablar de otras formas de justicia distintas a la impuesta por la cultura hegemónica<sup>1831</sup>, puesto que la concepción dominante del Derecho y de lo justo es impuesta por la cultura occidental.

Otro de los aspectos donde se manifiesta la dominación hacia los pueblos indígenas, ha sido la imposición de un sistema jurídico, que no se representa con sus valores ancestrales, y la negación a reconocer su propio sistema jurídico. La justicia comunitaria y sus prácticas, responden a modelos de sociedad particulares que no necesariamente coinciden con el modelo occidental democrático, siendo la valoración de lo justo otra de las tensiones entre el derecho occidental y el derecho de los pueblos indígenas<sup>1832</sup>. La negación del derecho indígena es la imposición de un sistema que no responde a sus necesidades y valores<sup>1833</sup>.

---

<sup>1828</sup> La Defensoría y Procuraduría del Pueblo Maya en Guatemala se ha manifestado de la siguiente manera: “*Sin aplicar la justicia de reparación se descontenta a la gente. Hay que luchar para aplicar el sistema de derecho indígena*”. Nota de prensa publicada en Prensa Libre, Guatemala, edición del 15 de diciembre del 2009.

<sup>1829</sup> IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 36.

<sup>1830</sup> ÍDEM, página 35.

<sup>1831</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 50.

<sup>1832</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, páginas 124 y 125.

<sup>1833</sup> MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE GUATEMALA-MINUGUA-, *Los linchamientos, un flagelo que persiste*, Segundo Informe de Verificación Temático, Guatemala, 2002, párrafo 36.

El derecho penal protege los valores considerados más importantes para la sociedad, pero cuando los valores que protege no se corresponden con los de la sociedad, el derecho pierde toda su eficacia, pues las personas no se sienten inspiradas a proteger unos valores que no comparten. La legitimidad de la protección a un bien jurídico deberá contrastarse partiendo del principio de que sólo será digno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral social<sup>1834</sup>. Si no se corresponden con los valores sociales, las leyes se convierten en leyes legales, pero no legítimas, porque lo legítimo se relaciona con el consenso social y el sistema de valores<sup>1835</sup>.

La legitimidad de la ley es un asunto de creencia social. Una ley es legítima cuando una sociedad mayoritariamente lo estima así<sup>1836</sup>. Esto no ocurre en países con población mayoritaria indígena.

## 9.2 La motivación de la norma

¿Qué es más justo, más eficaz, más respetuoso, más civilizado para los pueblos indígenas, aplicar su propio derecho o recurrir al ordenamiento punitivo estatal?<sup>1837</sup>

Un sistema de justicia plural implica el acceso al propio derecho y justicia indígenas, que corresponde a las personas según su identidad cultural<sup>1838</sup>; porque como ya se ha dicho, los procedimientos de justicia estatal no reflejan de forma adecuada los valores morales y culturales de los indígenas, y por lo tanto, no llenan sus

<sup>1834</sup> ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad Civil*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Op Cit, página 468.

<sup>1835</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 40.

<sup>1836</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Uso de la historia y legitimidad constitucional*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008, página 47.

<sup>1837</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 361.

<sup>1838</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 431.

expectativas de justicia<sup>1839</sup>. En un mundo multicultural, la concepción de justicia se acerca a lo sostenido en el pasado por ARISTÓTELES, quien como ya se ha expresado, afirmó que la justicia viene dada por las exigencias de cada situación.

Uno de los fines que busca una norma penal es la capacidad de influir en la determinación psíquica de una persona, para que se abstenga de cometer la conducta descrita en la norma, lo cual sólo se puede lograr si la ley fija del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida, pues la prohibición que es poco clara, no podrá producir el efecto intimidatorio<sup>1840</sup>.

Para interpretar el alcance de cada uno de los elementos del delito, se hace constante referencia al actuar del “hombre promedio” y se consideran características o aptitudes especiales que hacen que se valore una conducta bajo un parámetro diferente del promedio. Se admite el baremo de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, y se reconoce que, una gran parte de la delincuencia normal obedece a factores de desigualdad social, pero no por eso deja de castigarse esa criminalidad, aunque sí se consideren esas desigualdades sociales para atenuar la pena, en la medida que supongan una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal<sup>1841</sup>.

El Estado acude al mecanismo de las penas para inculcar en la comunidad social un sistema de juicios de valor, gracias al cual se respete un orden de convivencia<sup>1842</sup>. El cumplimiento de las normas no es simplemente un asunto de obediencia o de temor al castigo, sino de convivencia y consentimiento con lo establecido<sup>1843</sup>. El Derecho busca motivar a la población a cumplir con el ordenamiento jurídico mediante su identificación para con el mismo.

<sup>1839</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la recuperación del Derecho Indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de la Posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2001, página 29.

<sup>1840</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 146.

<sup>1841</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 537.

<sup>1842</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 82.

<sup>1843</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47 y ss.



¿Los delitos son los mismos? ¿Las penas son las mismas? ¿El procedimiento tradicional de las comunidades para determinar la inocencia o culpabilidad de un sujeto, y las autoridades designadas para enjuiciar y aplicar la ley, son iguales que en el modelo occidental? Las personas que pertenecen a una cultura diferente no vislumbran el sentido normativo, moral o ético occidental, porque éstos no concuerdan con el sentido moral o ético que ellos sustentan en su cultura<sup>1844</sup>. Las leyes pueden ser legales pero no legítimas, porque lo legítimo se relaciona con el consenso social y el sistema de valores<sup>1845</sup>.

La norma penal contiene un elemento imperativo y otro valorativo, y es en esa valoración donde puede darse la vulneración del principio de igualdad. Se vulneraría la igualdad al imponer penas iguales a personas que tienen diferente capacidad de motivación, respecto a la ley penal<sup>1846</sup>.

Esta diferencia de capacidad de motivación, no consiste en una forma de incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones culturales; o en otras palabras, una situación de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, porque la persona no es capaz de comprender, lo que no es más que una reminiscencia del período colonial, donde el indígena era asimilado a un menor de edad o con capacidades disminuidas, necesitado de tutela<sup>1847</sup>. La diferencia consiste en que, las divergencias culturales, pueden dar lugar a un tipo de error, que no es de prohibición, sino de condicionamiento cultural, más allá de la simple ignorancia de la norma concreta<sup>1848</sup>.

<sup>1844</sup> IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 42.

<sup>1845</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 40.

<sup>1846</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 99; también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 186.

<sup>1847</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 391.

<sup>1848</sup> IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 42.

Como afirma HURTADO POZO, los motivos que llevaron a los ordenamientos jurídicos a considerar la figura del error culturalmente condicionado, como circunstancia que modifica la culpabilidad de una persona no es más que una manifestación del carácter etnocéntrico y discriminador del sistema jurídico occidental<sup>1849</sup>. Las normas que consideran al indígena inimputable, sólo por poseer cosmovisiones diferentes y por no compartir los valores y el sistema occidental, son normas discriminadoras que vulneran el pluralismo jurídico<sup>1850</sup>.

Si los valores del mundo occidental son diferentes de los de la cosmovisión indígena, esto generará una motivación inadecuada o inexacta, por lo que a los pueblos indígenas, se les debe aplicar el ordenamiento que responde a su sistema de valores y cultura, ya que no es suficiente para la imposición de la pena la causación de un daño, sino que se requiere de unas determinadas condiciones personales en el sujeto activo, que implican que a éste se le puede reprochar jurídicamente su actuación ilícita<sup>1851</sup>.

### 9.3 Prácticas diferenciadas

Los procedimientos de la justicia estatal no reflejan de forma adecuada los valores morales y culturales de los habitantes de las comunidades indígenas y por lo tanto, no llenan sus expectativas de justicia<sup>1852</sup>. Dado que el derecho indígena es eminentemente reparador y no concibe al infractor como el adversario, sino como una persona que necesita recuperar la armonía con su comunidad, los mecanismos de resolución de conflictos van orientados a este propósito. Para que se restaure la armonía comunitaria, un conflicto debe resolverse considerando las particularidades de esa comunidad<sup>1853</sup>.

<sup>1849</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 380.

<sup>1850</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 405 y 406..

<sup>1851</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 310.

<sup>1852</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 29.

<sup>1853</sup> Este planteamiento no es nuevo en el derecho penal. Ya en 1984 HULSMAN proponía como alternativas mecanismos de conciliación a las *community boards*, que consistía en una comisión integrada por personas cercanas o parecidas a aquellas implicadas en el conflicto, para que se identifiquen mutuamente y ayudar a las

Los modelos occidentales de resolución de conflictos pueden ser poco apropiados en lugares donde las autoridades tradicionales, los mecanismos de parentesco, el papel de la religión y la relación con los ancestros o la cohesión comunitaria, son más importantes para la búsqueda de soluciones que las técnicas de negociación y esto ha propiciado la búsqueda de mecanismos alternativos a la retribución, dando origen al modelo de justicia restaurativa<sup>1854</sup>.

El sistema de justicia occidental es generalmente percibido por los indígenas como algo oscuro, como una forma de justicia de adversarios que no se acerca a la realidad local, ni evidencia los resultados efectivos para generar un nivel apropiado de confianza hacia el mismo. Existe desapego cultural entre la forma de proceder de la justicia y la cultura, pues para los pueblos indígenas en el proceso privan la oralidad, disposición al diálogo y confrontación de ideas, más que los formalismos, trámites y burocracia<sup>1855</sup>.

Es una realidad que los pueblos indígenas poseen unos sistemas de regulación que no necesariamente se corresponden con los establecidos por el Estado, y unas prácticas de justicia también distintas<sup>1856</sup>. Los mecanismos de justicia restaurativa involucran a toda la comunidad y ponen énfasis en la restauración de la armonía social. Se utilizan en muchas comunidades indígenas o con un fuerte componente de cultura tradicional, como parte de las formas habituales de resolución de

---

personas a reconocer ellas mismas la naturaleza de su conflicto, a escucharse, a llegar a la comprensión de la situación vivida por el otro y a decidir que quieren hacer con su conflicto. HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 123.

<sup>1854</sup> BERISTAIN afirma que la insatisfacción creciente con el manejo punitivo de los crímenes ha propiciado la búsqueda de mecanismos alternativos a la retribución. La inspiración ha provenido de las prácticas de mediación presentes en las instituciones de la justicia indígena en Nueva Zelanda, Canadá, África, Australia y América Latina, dando origen al modelo de justicia restaurativa. Como ejemplo de modelos que buscan la reintegración de los perpetradores a la comunidad, el autor cita el concepto Ubuntu en Sudáfrica, los tribunales comunitarios Inkiko Gacaca en Ruanda o el papel de los rituales en lugares como Mozambique o Sierra Leona. Ver BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, páginas 22 y 37.

<sup>1855</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, publicación del Centro de Apoyo en Justicia Penal y Resolución de Conflictos (CEDAP), Guatemala, 2006, página 58.

<sup>1856</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 46.

conflictos; son gestionados con mediadores tradicionales, pertenecientes a la comunidad, nombrados sobre la base del estatus o linaje; se manejan reglas flexibles, el proceso es voluntario y las decisiones se basan en acuerdos; enfatizan las penalidades restaurativas; el cumplimiento de las decisiones se asegura mediante la presión social y las decisiones son confirmadas a través de rituales cuyo objetivo es la reintegración<sup>1857</sup>.

Estos mecanismos existían con anterioridad al momento de la conquista, aunque en el devenir histórico se niegue la existencia de realidades jurídicas plurales<sup>1858</sup>. La justicia comunitaria es una realidad de larga duración, existe y seguramente seguirá existiendo<sup>1859</sup>.

Activistas indígenas enfatizan la continuidad histórica de sus normas y prácticas, cuya esencia está vinculada a la identidad, espiritualidad<sup>1860</sup> y mundo ritual que recorre toda su vida, pues lo mágico tiene gran influencia en la vida del indígena, más fuerte en cuanto menos contacto ha tenido con la cultura dominante. Existen muchos ritos cuya finalidad es hacer tangible en la vida real otras realidades, como la de los difuntos, las deidades o la naturaleza<sup>1861</sup>.

Los sistemas jurídicos indígenas no han permanecido puros, pudiéndose apreciar una mixtura de instituciones originarias, con otras oriundas del derecho de los conquistadores, adaptadas, asimiladas e integradas a su cultura; pero ello no debe constituir ningún obstáculo para afirmar que se trata de un sistema indígena, porque

<sup>1857</sup> BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico*, en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005, página 38.

<sup>1858</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 115.

<sup>1859</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 126.

<sup>1860</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 22.

<sup>1861</sup> Es por eso que la figura del "chamán" que realiza funciones de religiosas y sanadoras, también ejerce un rol como mediador o incluso juzgador en las comunidades. En JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 421.

todo sistema jurídico viene a ser conformado por instituciones de la propia tradición y otras que han ejercido una fuerte influencia desde culturas y civilizaciones diferentes<sup>1862</sup>. Esto se debe a que las formas de pensar y actuar se modifican con el contacto con otras sociedades. La presencia de nuevos valores y necesidades distintas por parte de individuos y de comunidades, producen inevitablemente cambios dentro de lo establecido<sup>1863</sup>, como ha ocurrido a lo largo de los últimos 500 años.

La negación del derecho indígena es la destrucción de los mecanismos tradicionales de regulación de sus comunidades y de sus autoridades<sup>1864</sup>. Para YRIGOYEN, el pluralismo jurídico supone igualar en dignidad y derechos a ambas culturas, lo que requiere superar el concepto de minoridad y la necesidad de tutela del indígena; descriminalización de la diferencia cultural y el diálogo intercultural como mecanismo para encontrar consensos mínimos respetados por ambas culturas<sup>1865</sup>.

#### 9.4 Razones de política criminal

También existen razones prácticas para aplicar el derecho indígena. El acceso a la justicia no está garantizado para todos los seres humanos. Esta falta de acceso se profundiza para los usuarios pobres y usuarios indígenas, quienes además padecen de exclusión estructural y discriminación. Ir a la policía o a los juzgados es visto como ineficaz, caro e inaccesible<sup>1866</sup> o en el mejor de los casos, muy precario,

<sup>1862</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 281. En el mismo sentido YRIGOYEN, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, página 30.

<sup>1863</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 13 y 14.

<sup>1864</sup> MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE GUATEMALA-MINUGUA-, *Los linchamientos, un flagelo que persiste*, Segundo Informe de Verificación Temático, Guatemala, 2002, párrafo 36.

<sup>1865</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Las deudas del Derecho Penal frente al pluralismo. Apuntes para una agenda mínima*, ponencia presentada en el curso *Diversidad Cultural, Conflicto y Derecho en el siglo XXI*, presentada en la Universidad de Valencia, Valencia, España, en octubre de 2004.

<sup>1866</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 29.

además, las personas ignoran los derechos de los cuales son legalmente titulares y los sitios donde actúan las autoridades.

Cuando el Estado está lejos, la distancia y abandono de las instituciones oficiales también se refleja en el marco de los conflictos humanos. Cuando un problema surge en un poblado indígena, es muy posible que nunca llegue a los oídos de ningún funcionario que tenga obligación de investigarlo, o que cuando tenga noticia del suceso, su intervención sea tardía o innecesaria<sup>1867</sup>.

Por otra parte, se hallan mayores inconvenientes en la administración de la justicia propia del derecho occidental, como la problemática de la congestión de los despachos judiciales, los elevados costos del litigio, la excesiva formalidad, la desconfianza de la justicia y otros<sup>1868</sup>. La precariedad de las condiciones de vida hace difícil acceder a las instituciones judiciales para resolver conflictos<sup>1869</sup>.

Los procesos de revitalización del derecho indígena, pueden entenderse como un proceso de selección de conflictos por el sistema de justicia, que no es capaz de absorber todos los hechos puestos a su conocimiento<sup>1870</sup> o como una respuesta a los altos niveles de inseguridad, crimen y violencia<sup>1871</sup>.

Estos mecanismos, se caracterizan por ser operativos al resolver los problemas ocasionados en el interior de una comunidad, situación que ha sido incapaz de satisfacer el aparato de justicia formal<sup>1872</sup>. Son más accesibles a las comunidades

---

<sup>1867</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 274.

<sup>1868</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 192.

<sup>1869</sup> VILAS, CARLOS M., *(In)justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 44.

<sup>1870</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, publicación del Centro de Apoyo en Justicia Penal y Resolución de Conflictos (CEDAP), Guatemala, 2006, página 60.

<sup>1871</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 22.

<sup>1872</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 193. SIEDER considera que dado el fracaso del sistema de justicia estatal y la marginación económica de la población indígena, resulta muy funcional para la elite política del país respaldar la provisión de justicia y seguridad por

por las condiciones geográficas y topográficas de acceso a la justicia, donde no existen ni caminos ni medios de transporte; donde los interesados deben caminar durante horas para acudir a una autoridad jurisdiccional que no comparte su cosmovisión y que no se expresa en su idioma.

Las autoridades indígenas, además de resolver con pertinencia cultural, atienden todos los días del año, sin restricción de horario, sin discriminación y gratuitamente<sup>1873</sup>. La celeridad es otro elemento común en el derecho indígena, a diferencia de los meses y años que tarda el sistema de justicia oficial en investigar los crímenes y procesar a los acusados<sup>1874</sup>.

Colombia y Guatemala presentan ejemplos de utilización de mecanismos jurídicos indígenas a través de la Conciliación en Equidad, en Colombia y la mediación en Guatemala. La Conciliación en Equidad se creó en aras del reconocimiento del pluralismo jurídico para que las comunidades, de acuerdo a sus propias dinámicas culturales, resuelvan sus controversias de manera pacífica<sup>1875</sup>.

En el Centro de Mediación del Municipio de Ixcán, Guatemala, la tasa de efectividad de la mediación en materia civil es del 94% y en materia penal del

---

las propias comunidades mayas bajo la bandera del multiculturalismo, pero no se promueven derechos sociales o económicos. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 66.

<sup>1873</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 29.

<sup>1874</sup> SIEDER afirma que en el derecho indígena guatemalteco los casos pueden llegar a investigarse y resolverse en tres días. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 41. En el mismo sentido, el INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA afirma que la efectividad del Centro de Mediación también se pone de manifiesto en el número de días en que se resuelve, siendo para el área penal un promedio de 29 días con 5 sesiones, en comparación con los tiempos del Organismo Judicial. INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, publicación del Centro de Apoyo en Justicia Penal y Resolución de Conflictos (CEDAP), Guatemala, 2006, página 85.

<sup>1875</sup> MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 185.

74%<sup>1876</sup>, por lo que la mediación plantea una posibilidad alterna a la solución de la conflictividad nacional<sup>1877</sup>. En el Perú, la institución de los jueces de paz, con prácticas de mediación, resuelve el 51% de los conflictos que se someten a la justicia<sup>1878</sup>.

## 10. ¿Es un sistema jurídico?

El Derecho Indígena debe ser considerado como un sistema jurídico, porque responde a un orden de criterios de razón, que permiten, en determinadas sociedades humanas, resolver conflictos basados en un conjunto de procedimientos y autoridades<sup>1879</sup> y un sistema normativo propio<sup>1880</sup>.

Debe hablarse de un sistema jurídico porque existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos<sup>1881</sup>, y por contar con estructura propia, establecida por las comunidades a lo largo de miles de años, cuyo funcionamiento se basa en un conjunto de valores, principios, normas y

<sup>1876</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, Op Cit, página 85.

<sup>1877</sup> IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 37.

<sup>1878</sup> MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 183.

<sup>1879</sup> Es posible hablar de un sistema de derecho u ordenamientos jurídicos a una escala menor, siempre con las exigencias de los requisitos mínimos. RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004, página 109. En el mismo sentido, ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 13.

<sup>1880</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 13 y 14. En las comunidades indígenas Quichés de Guatemala, el conjunto de normas se denomina "Pixab", consistente en un código de comportamiento que comprende un conjunto de principios, normas, enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos, con función educativa, preventiva, orientadora y correctiva en la vida, transmitido de generación en generación mediante la tradición oral. En ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 28.

<sup>1881</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 273.



mecanismos para la solución de los conflictos<sup>1882</sup>. En el derecho indígena, la moral, religión y derecho se presentan integrados<sup>1883</sup>, y están inmersos en todas las esferas de la vida de las personas indígenas<sup>1884</sup>, pues la justicia se concibe como un sistema de vida basado en la cosmovisión indígena, la cual establece principios y valores que enmarcan el comportamiento de la persona y la comunidad, y que define los procedimientos para solucionar los conflictos, así como qué personas tienen la autoridad para resolverlos<sup>1885</sup>.

No es un derecho inmóvil, sino que está en permanente interrelación e interacción con el Derecho Estatal y otros fenómenos sociales<sup>1886</sup>, se interrelaciona con el sistema político, económico, social, educativo, y de salud, por estar presente en todas las esferas de la vida de la comunidad<sup>1887</sup>.

Puede definirse como el conjunto de sistemas, normas, principios, leyes y autoridades que rigen y regulan la convivencia de una familia, comunidad o pueblo. Tiene la misión principal de guardar el equilibrio, la armonía y la equidad en las relaciones económicas, sociales, políticas, culturales, educativas, jurídicas y otros sistemas, así como el conjunto de autoridades que intervienen en el derecho indígena<sup>1888</sup>.

<sup>1882</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO, *En torno al derecho de los indígenas, en Dos Ensayos en torno al derecho social en Mesoamerica*, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, Número 11, México, 2000, página 177.

<sup>1883</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 47.

<sup>1884</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 421.

<sup>1885</sup> RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004, página 107. En el mismo sentido, JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 432.

<sup>1886</sup> El autor afirma que existe un consenso casi mayoritario para respaldar que no se trata de un derecho “puro” sino una especie de sincretismo. En RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 43.

<sup>1887</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, sin dato editorial, Guatemala, 2001, página 37.

<sup>1888</sup> Definición aportada por el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra, Costa Rica. En PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 88.

Se caracteriza por regular controversias a lo interno de las comunidades, involucra números reducidos de personas y las disputas suelen no ser graves<sup>1889</sup>. Su nota más distintiva es su carácter consuetudinario<sup>1890</sup>, razón por la que, un importante sector lo denomina derecho consuetudinario. El término derecho consuetudinario es cuestionado por los indígenas, por connotar implícitamente que se está frente a un derecho de segunda categoría en relación al derecho estatal, por lo que prefieren hablar de derecho indígena<sup>1891</sup>, término adoptado en el presente estudio, para afirmar que estamos ante un verdadero Derecho.

### 10.1 Naturaleza jurídica

En el marco del derecho occidental, existe una nítida distinción entre los conflictos de naturaleza penal y civil, que obedece a la implantación del principio de legalidad, que determina claramente qué conductas son las más graves, ubicándolas dentro del ámbito penal<sup>1892</sup>.

El derecho indígena no diferencia entre asuntos civiles o penales, sino aborda de manera global los problemas<sup>1893</sup>. Pero sí puede afirmarse que existe un sistema punitivo, un conjunto normativo, que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos, similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos, y le asocia determinadas consecuencias, que normalmente son denominadas sanciones o penas<sup>1894</sup>.

Los sistemas jurídicos indígenas pueden abarcar materias tan diversas como las uniones conyugales o el matrimonio, las relaciones de familia, las herencias, la

<sup>1889</sup> VILAS, CARLOS M., *(In)justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 43.

<sup>1890</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 301.

<sup>1891</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 25.

<sup>1892</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, Op Cit, página 296.

<sup>1893</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, página 45.

<sup>1894</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 272.

tierra, el sistema de administración de recursos, la definición de hechos dañinos socialmente (delitos) y las sanciones que se les puede aplicar, así como un derecho público indígena, que incluiría la administración de la justicia, la persecución de los delitos, la organización de la comunidad o el pueblo, los sistemas de nombramiento de las autoridades indígenas, entre otros ámbitos<sup>1895</sup>.

El derecho indígena tampoco delimita con tanta precisión de las reglas morales, religiosas o sociales, como en el ordenamiento jurídico oficial<sup>1896</sup>.

Dado que no existe una separación de materias, las autoridades que conocen de los asuntos no tienen una especialización jurisdiccional en función de la materia, ni aplican una clasificación de asuntos penales o civiles. El criterio diferenciador es el de relevancia del conflicto planteado y la implicación del resto de la comunidad en el mismo, de acuerdo a la definición de comportamientos considerados como graves en el seno de la comunidad<sup>1897</sup>.

## 10.2 Diferencias en cuanto a los principios del derecho penal

¿Son universales los principios fundamentales del derecho penal occidental?

Dentro de las diferencias entre las justicias indígenas y la justicia occidental, se destaca que las justicias indígenas no consagran a la persona como unidad básica para la realización de la justicia, sino este lugar lo ocupa la convivencia comunitaria y los sentidos de pertenencia colectiva, aun en detrimento ocasional de ciertas garantías individuales<sup>1898</sup>. Desde la óptica de la diversidad cultural, es necesario

<sup>1895</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 25.

<sup>1896</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 269.

<sup>1897</sup> ÍDEM, página 298.

<sup>1898</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47 y ss.

interpretar dichas garantías dentro de un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental<sup>1899</sup>.

### 10.2.1 El principio de legalidad

Otra de las tensiones implícitas en el pluralismo jurídico es enfrentar la legalidad jurídica estatal con la legitimidad comunitaria<sup>1900</sup>.

En el derecho occidental el principio de legalidad, en sentido estricto, significa que la única fuente creadora de delitos y penas es la ley<sup>1901</sup>. Del mismo se derivan una serie de garantías: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución o penitenciaria.

#### a. Garantía criminal

La garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado en una ley que exprese en qué consiste la conducta delictiva<sup>1902</sup>. Mediante esta garantía se establece que conducta será considerada un delito y cual dejará de serlo. Se deriva a su vez del principio “no hay delito sin ley” (*nullum crimen sine lege*), es decir, por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales, si antes lo ha advertido en la ley<sup>1903</sup>.

<sup>1899</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 359.

<sup>1900</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 125.

<sup>1901</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Séptima Edición, Carasa, Madrid, 1979. En el mismo sentido, BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, *El derecho penal mínimo y la víctima*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 254.

<sup>1902</sup> <sup>1902</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Quinta Edición, Corregrafic, Barcelona, 2002, página 77. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 170.

<sup>1903</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 137. En igual sentido se manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 170. También PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 61.

La garantía criminal exige que se deba cumplir con el requisito de ser *lex stricta*, que impone cierto grado de precisión de la ley penal, lo que da lugar al llamado “mandato de determinación”, que implica que la ley debe determinar de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear, exigencia conocida como tipicidad del hecho<sup>1904</sup>. La conminación penal contribuye a estabilizar la fidelidad al derecho de la población y la predisposición a comportarse conforme a las normas, lo que sólo es posible si hay una clara fijación de la conducta punible, pues si no la hubiere, no se podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos<sup>1905</sup>.

El principio de legalidad es, además, una exigencia de seguridad jurídica que permite conocer previamente los delitos y las penas<sup>1906</sup>.

En nuestro derecho occidental, la seguridad jurídica se logra a través de la publicidad de las leyes, pero en las comunidades indígenas, que normalmente se constituyen por grupos humanos pequeños, existe un reconocimiento mutuo entre sus miembros, con un fuerte control social, por lo que la tipicidad y difusión de las conductas reprobadas se logra gracias a la publicidad de los enjuiciamientos que se perpetran, los cuales se realizan con cierta ritualidad, ante toda la comunidad, y suelen trascender de la cotidianidad de la vida del poblado, por lo que a través de generaciones, se graba en la conciencia colectiva que las conductas gravemente reprobadas vienen acompañadas de sanciones, por lo que cada uno conoce perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que acarrea infringir la norma<sup>1907</sup>. Por ellos es que la seguridad jurídica se cumple satisfactoriamente.

Dentro de la garantía criminal también se establece el requisito de *lex scripta*, que implica que la norma que restrinja derechos y libertades debe estar escrita, con rango de ley, emanada del poder legislativo y de acuerdo al procedimiento

---

<sup>1904</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 77 y ss. En similar sentido se manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 185, al referirse a que la ley penal constituye una norma de determinación y una norma de valoración.

<sup>1905</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 146.

<sup>1906</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 76.

<sup>1907</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 308 y ss.

preestablecido<sup>1908</sup>. Su fundamento es limitar el poder punitivo del Estado autorizando al poder legislativo como el único que puede definir delitos y sanciones<sup>1909</sup>.

Respecto al requisito de ser una norma escrita, para los pueblos indígenas, la transmisión oral de los conocimientos, cultura y tradiciones sustituye a los procedimientos escritos de información social propios de los sistemas occidentales. Es un sistema oral, es el método de los ancianos. Educa y transmite su pensamiento a través de la palabra<sup>1910</sup>. Los responsables de la enseñanza y práctica de las normas son las autoridades comunales, los ancianos, la familia y la escuela<sup>1911</sup>.

Un requisito de la garantía criminal es que la norma haya sido emanada del órgano democrático, y por lo tanto, admitida por toda la sociedad a través de la representatividad legislativa<sup>1912</sup>. Este requisito difiere en el sistema jurídico de los pueblos indígenas, pues no se requiere que la norma proceda de un parlamento, porque no existe una cámara nacional de representación política de los pueblos indígenas, sino mecanismos asamblearios de participación de todos los miembros de la comunidad, a través de procesos de democracia directa. El carácter democrático de la institución no se pone en duda cuando es la propia comunidad la que impone, en cada enjuiciamiento, el catálogo de comportamientos que se consideran delictivos y las correspondientes sanciones<sup>1913</sup>. La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que, en el proceso indígena, donde ni el delito ni la pena se pueden entender como previsión normativa escrita emanada de una asamblea parlamentaria, el principio de legalidad adquiere el significado de procedimiento, hecho y sanción que siguen unas reglas consuetudinarias establecidas con anterioridad a su perpetración<sup>1914</sup>.

<sup>1908</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 77.

<sup>1909</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 181.

<sup>1910</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001, página 37.

<sup>1911</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Editorial Maya Gráfica, Guatemala, 2011, página 23.

<sup>1912</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Quinta Edición, Corregrafic, Barcelona, 2002, página 76.

<sup>1913</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 315 y ss.

<sup>1914</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.

En un Estado democrático, la mayoría de la ciudadanía decide, a través del parlamento, qué bienes jurídicos se deben proteger y cuál será la vía idónea para hacerlo. En un verdadero pluralismo jurídico, lo procedente sería que fueran los mismos pueblos indígenas quienes se hicieren con el poder normativo primario en materias que les afecten<sup>1915</sup>. Pero esto no aún no es una realidad en los Estados multiculturales, pues con pocas excepciones, los pueblos indígenas continúan al margen del poder normativo primario y regulan sus asuntos por medio de la costumbre. Dado que el derecho indígena no está escrito, la costumbre es la fuente de creación de los delitos y las penas, algo que está vedado y plenamente justificado en el derecho penal occidental<sup>1916</sup>.

## b. Garantía penal

Respecto a la garantía penal, en el derecho occidental se requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho<sup>1917</sup>, derivada del principio “no hay delito sin ley” (*nulla poena sine lege*), que quiere decir que no sólo debe estar previamente determinada la conducta, sino también la clase de pena y su posible cuantía<sup>1918</sup>. El requisito de *lex stricta*, impone cierto grado de precisión también en la definición de las penas que el delito pueda acarrear<sup>1919</sup>. Cualquier pena arbitraria quebrantaría este principio. Su origen se basa en el anhelo de seguridad jurídica de los pueblos frente a los detentadores del poder, para excluir la arbitrariedad en el derecho

<sup>1915</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 131. Actualmente existe un reconocimiento del deber de los Estados de consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

<sup>1916</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, Op Cit, página 273.

<sup>1917</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Quinta Edición, Corregrafic, Barcelona, 2002, página 77; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 61.

<sup>1918</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 138.

<sup>1919</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 77 y ss. En similar sentido se manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 185, al referirse a que la ley penal constituye una norma de determinación y una norma de valoración.

punitivo<sup>1920</sup>. Esta garantía nace de la necesidad histórica de reaccionar contra el arbitrio judicial, particularmente desmedido durante el Siglo XVII<sup>1921</sup>.

En el caso de los pueblos indígenas la exigencia de previsibilidad difiere respecto al derecho occidental. Esto no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social, de forma que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto a la actuación de las autoridades. El principio de legalidad se cumple en la medida que, la consecuencia a determinada actuación delictiva, sea meridianamente previsible para cualquier miembro de la comunidad<sup>1922</sup>.

La garantía penal trata en definitiva de verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos los medios de control: la pena<sup>1923</sup>.

El derecho es legítimo cuando logra determinar el comportamiento de los miembros de un grupo social, emitiendo mandatos que son obedecidos habitualmente, lo cual radica en la racionalidad del mandato<sup>1924</sup>. En el derecho indígena, la limitación al uso de la pena está dada por la propia comunidad.

Para ellos es esencial el mantenimiento de la paz, que se quebranta por el delito, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma<sup>1925</sup>; o que la decisión respecto a la pena, esté a cargo de las autoridades indígenas o de la propia comunidad, para lograr que ésta esté satisfecha con la

<sup>1920</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 171. En el mismo sentido ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 137.

<sup>1921</sup> PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, Op Cit, página 58.

<sup>1922</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.

<sup>1923</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del ius puniendi*, en Estudios Penales y Jurídicos, Publicación de la Universidad de Córdova, Córdova, 1996, página 249.

<sup>1924</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, publicación del Fondo de Cultura Económica, México, 1990, página 126.

<sup>1925</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.



forma de proceder, por medio de decisiones que son adoptadas por consenso y validadas por todas las personas reunidas. Todos son testigos de las decisiones finales, lo cual asegura transparencia y rendición de cuentas, y asegura la legitimidad de las decisiones.<sup>1926</sup>

La potestad de las autoridades es indiscutible. Es ésta la que decide finalmente qué sanción aplicar, sin perjuicio de que, por considerar un valor superior el equilibrio comunitario, se module o incluso llegue a no imponerse sanción alguna, siempre que el infractor reconozca y asuma la sanción como camino de reinserción social, teniendo en cuenta la opinión del infractor, de las familias afectadas y de la comunidad<sup>1927</sup>.

La racionalidad de la respuesta da al delito tiene que ver con el consenso que suele darse para resolver el caso y la validación de la solución, por parte de la autoridad indígena competente o de toda la comunidad, según la gravedad del hecho.

La reacción social ante los delitos más graves no responde a la arbitrariedad o venganza de la víctima, sino que se deriva de un ordenamiento institucional previsto para resolver racionalmente<sup>1928</sup>.

En ordenamientos jurídicos como el colombiano, existe un gran desarrollo en materia de pluralismo jurídico. La Corte Constitucional Colombiana ha llegado a proteger constitucionalmente a peticionarios que objetan penas desproporcionadas impuestas por autoridades indígenas, cuando afecta personas inocentes, ordenando

---

<sup>1926</sup> SIEDER analiza un proceso penal resuelto por el derecho indígena relativo a un robo. Al momento de decidir la sanción a imponer, los alcaldes indígenas sugirieron que se seleccionaran 20 ancianos o principales de la comunidad y que ellos decidieran que hacer; otra sugerencia fue que la decisión fuera tomada por la comunidad, para lograr que la comunidad estuviera satisfecha con la forma de proceder. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 43.

<sup>1927</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 452.

<sup>1928</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 273.

incluso a la comunidad que imponga otra sanción más acorde con los principios básicos del derecho penal<sup>1929</sup>.

### c. Garantía jurisdiccional

Respecto a la garantía jurisdiccional, la misma exige que tanto la existencia del delito como la imposición de la pena, se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido (juez ordinario, predeterminado por la ley, *nulla poena sine legali indicio*)<sup>1930</sup>, pues la experiencia demuestra que la autolimitación del Estado por sus propias leyes, precisa del complemento indispensable del control jurisdiccional<sup>1931</sup>.

Para cumplir con la garantía jurisdiccional, en un verdadero pluralismo jurídico, los propios pueblos indígenas debieran ejercer la función jurisdiccional básica, ejercida por medio de sus autoridades tradicionales<sup>1932</sup>.

En el derecho occidental, la legitimidad democrática de las autoridades judiciales viene dada mediante el modelo de Estado adoptado y por la Constitución. En los pueblos indígenas, la legitimidad democrática viene dada por el enjuiciamiento a cargo de la propia comunidad, de tal forma, que en estos casos se puede decir que la justicia emana del pueblo<sup>1933</sup>.

<sup>1929</sup> En un caso sometido a su jurisdicción, la Corte Constitucional Colombiana aceptó la forma de enjuiciamiento y autoridad del órgano indígena que impuso determinada pena, pero otorgó protección constitucional a un peticionario en un caso donde la pena impuesta era desproporcionada (expulsión de la comunidad) y afectaba a miembros inocentes (su familia). Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94.

<sup>1930</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Quinta Edición, Corregrafic, Barcelona, 2002, página 77.

<sup>1931</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*, Op Cit, página 171.

<sup>1932</sup> CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009, página 131.

<sup>1933</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 309. En los procesos de justicia Nasayue interviene el Chamán o The´wala, las autoridades del cabildo y la comunidad misma. Un Anciano también puede participar en la defensa. El autor hace referencia al Peritaje Cultural elaborado por el Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 21.

### 10.2.2 Debido Proceso

También observan diferencias con respecto a los principios que orientan el proceso. En el derecho penal del mundo occidental, se encuentran similitudes extraordinarias en materias tan relevantes como los principios orientadores o la teoría jurídica del delito. Es cierto que el sistema anglosajón o el sistema continental difieren bastante de esta representación, pero en las últimas décadas, estos distintos planteamientos se están acercando y asimilándose progresivamente.

Dentro de los pueblos indígenas existe un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia del implicado, y para establecer la sanción correspondiente<sup>1934</sup>. Este proceso puede llegar a desarrollarse en ausencia del reo<sup>1935</sup>.

Este proceso no es el mismo para todos los pueblos indígenas, pudiendo variar de comunidad en comunidad, como ya se ha expresado.

En el procedimiento maya, las personas primero intentan resolver el problema por sí mismos, si no pueden, piden consejo y orientación. Si se agotan estos niveles entonces se presenta el caso a la autoridad indígena<sup>1936</sup>. Es un proceso que guarda cierta similitud con la mediación, pero con esto no debe entenderse que todas las mediaciones son derecho indígena<sup>1937</sup> aunque sean ejercidas por autoridades

<sup>1934</sup> No todos los pueblos indígenas mantienen un sistema autóctono de enjuiciamiento. Por el contrario, muchas comunidades perdieron su derecho en un pasado remoto y por diversas razones no lo han vuelto a recuperar. Sobre este aspecto ver BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 284.

<sup>1935</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, Op Cit, página 313.

<sup>1936</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 57.

<sup>1937</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 61. En Colombia, antes de la Constitución de 1991, los autorizados para realizar la mediación entre los pueblos indígenas y el derecho formal eran los psiquiatras, pero no podemos olvidar que los indígenas eran considerados inimputables y hasta mediados del siglo veinte eran considerados “salvajes”. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 14.

indígenas<sup>1938</sup>. En el derecho indígena forman parte del proceso la consulta y el consenso con otras autoridades, con la comunidad, con los ancestros, la naturaleza y el cosmos<sup>1939</sup>.

Respecto a la investigación del hecho, dado que en las comunidades existe un control social muy fuerte, es difícil sustraerse de los ojos y oídos del resto del grupo, por lo que suele ser relativamente fácil descubrir sospechosos, a los que se les somete a una importante presión social y a veces incluso mágica, para que recapaciten y reconozcan sus hechos<sup>1940</sup>.

Las autoridades indígenas procuran reunir la prueba material y testimonial, por medio de la identificación y entrevista de testigos o personas allegadas, que pueden aportar algo para arreglar el caso. Este espacio se orienta a que cada uno asuma las responsabilidades que le atañen en el asunto<sup>1941</sup>.

La investigación exhaustiva implica escuchar a todas las partes y es un elemento central y generalizado del derecho maya. Durante sus investigaciones, las autoridades indígenas hablan con los acusados y sus familias y con los agraviados y sus familiares, para tratar de encontrar el origen del problema. Las asambleas comunitarias, posteriormente, proveen un espacio donde los habitantes de la comunidad pueden escuchar las distintas versiones y expresar sus opiniones<sup>1942</sup>, pues se estima que la comunidad contribuye en la resolución del caso, particularmente cuando el daño afecta a la comunidad o a varias personas, siendo

<sup>1938</sup> Algunas de las prácticas que invocan el derecho maya no son “auténticamente mayas”, pues muchas veces los alcaldes comunitarios no conocen la cosmovisión maya y sólo aplican la mediación. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 62.

<sup>1939</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 28.

<sup>1940</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 457.

<sup>1941</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Editorial Maya Gráfica, Guatemala, 2011, página 39.

<sup>1942</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 41.

importante escuchar la opinión, sugerencias y criterios de los miembros de la comunidad<sup>1943</sup>.

En el proceso penal indígena, una de las garantías que más difiere de las concepciones del derecho occidental se refiere a la presunción de inocencia, que aunque no llega a desaparecer, se debilita considerablemente. Por el fuerte control social que se logra gracias al número reducido de los miembros de una comunidad, la acusación que se lanza contra una persona tiene mucha importancia y pareciera que una vez lanzada, la persona ya ha sido condenada antes de que las instancias oportunas hayan emitido su veredicto<sup>1944</sup>.

Durante el proceso, se exhorta a las personas acusadas a asumir la responsabilidad por sus acciones y admitir su culpa<sup>1945</sup>, por lo que la confesión juega un papel importante en el derecho indígena. Durante el proceso penal indígena se emplea una serie de ritos e incluso apremios físicos, que tienen por objeto que el sujeto recupera su paz interior y la confianza y aceptación de la comunidad, por medio de la confesión de la injusticia cometida<sup>1946</sup>. En el derecho occidental la confesión también tiene cabida, como una conducta posterior al delito que incide en la medición de la pena<sup>1947</sup>.

Respecto al derecho de defensa, también se encuentran varias diferencias. Si bien el infractor siempre es escuchado como parte de su derecho de defensa<sup>1948</sup>, no se tiene un derecho a asistencia letrada, en la medida que no intervienen abogados en el proceso, aunque sí una figura similar, pudiendo recaer en la propia familia del

<sup>1943</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 40.

<sup>1944</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 313.

<sup>1945</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 42.

<sup>1946</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 339.

<sup>1947</sup> La confesión es una conducta posterior al delito que podría incidir en la medición de la pena por el voluntario reingreso del sujeto en el orden jurídico, reflejando menor necesidad de la pena por razones preventivo especiales. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998, página 220.

<sup>1948</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Editorial Maya Gráfica, Guatemala, 2011, página 39.

sindicado o un miembro activo de la comunidad. Los intereses del sindicato están representados por sus parientes, de modo que su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa<sup>1949</sup>. Un Anciano también puede participar en la defensa<sup>1950</sup>. En una asamblea comunitaria los pobladores hacen referencia a las cualidades individuales de los acusados<sup>1951</sup>.

La falta de un abogado no necesariamente vulnera el derecho de defensa dentro del derecho indígena. La exigencia de asistencia letrada se fundamenta en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, y dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por todos, una excepción de este derecho no parece irrazonable<sup>1952</sup>. Debe notarse además que no es un proceso de adversarios, como sí lo es el proceso penal, sino lo que se busca es restaurar la armonía social. Lo que se busca es llegar a acuerdos, compromisos, equilibrar y armonizar de nuevo las relaciones entre los miembros de la comunidad<sup>1953</sup>.

Algunas comunidades rechazan la presencia de abogados externos, formados en el derecho estatal, para actuar en los casos en los cuáles las autoridades indígenas y la comunidad tienen capacidad de resolver<sup>1954</sup>. Esto se debe a que, en el ámbito de los conflictos comunitarios, nadie es más adecuado que una persona del mismo entorno, quien conoce la idiosincrasia de la comunidad, quien comparte sus

<sup>1949</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 455. Respecto a la ausencia de abogados ver BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 313.

<sup>1950</sup> El autor hace referencia al Peritaje Cultural elaborado por la Antropóloga Esther Sánchez Botero. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 25.

<sup>1951</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 41.

<sup>1952</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 456.

<sup>1953</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, p'ágina 41.

<sup>1954</sup> El autor hace referencia al pueblo Paece o Nasayue de Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 23.

necesidades y sus anhelos, quien vivencia día a día el devenir de esa población particular, para ayudar a resolver las controversias que se susciten a su interior. Por el contrario, el juez tradicional, quien es ajeno a las costumbres de cierta comunidad, no podría, aunque quisiera e hiciera el mayor de sus esfuerzos, comprender el conflicto, ni su origen y mucho menos, podría aportar elementos para su salida<sup>1955</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia ha aceptado que el derecho de defensa no existe para los indígenas tal como se entiende en el derecho occidental, pues dentro de su cosmovisión, no son los valores individuales los que se protegen prioritariamente. El delito implica un conflicto entre familias, por lo cual las familias intervienen en la defensa del sindicado, de manera que son los parientes los que representan los intereses del sindicado y de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales<sup>1956</sup>.

### 10.2.3 El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad del derecho occidental implica que la pena sólo puede basarse en la constatación de que, al autor, puede reprochársele personalmente el hecho<sup>1957</sup>. Es uno de los límites del *ius puniendi*, que exige como presupuesto de la pena, que la misma pueda atribuirse al autor del delito en la medida de su responsabilidad.

En el derecho occidental, el principio de culpabilidad se interpreta al tenor del principio de personalidad de las penas o de responsabilidad personal, que implica que no puede hacerse responsable a una persona por delitos ajenos, sino a cada persona por su propio hecho, salvo en figuras de autoría mediata, en las cuales puede responder penalmente alguien distinto de quien actuó<sup>1958</sup>.

<sup>1955</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 196.

<sup>1956</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.

<sup>1957</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 19.

<sup>1958</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 185.

En el derecho indígena este principio puede erosionar considerablemente. La característica más peculiar de los sistemas indígenas, es que la responsabilidad puede no recaer en la persona ofensora, sino en la unidad de la organización social a la que pertenece<sup>1959</sup>. Esto quiere decir que en ocasiones, un hecho delictivo perpetrado por el miembro de un clan o de una familia, acarrea consecuencias jurídicas para todas las personas que forman parte del mismo<sup>1960</sup>.

La cosmovisión indígena supone que, los ilícitos no lesionan sólo a los sujetos directamente afectados, sino que se extiende a las familias y la comunidad, porque el delito ocasiona un conflicto entre familias y comunidad, por lo que éstas intervienen tanto para defender al sindicado, como para acordar la intensidad de las sanciones<sup>1961</sup>, y realizar el seguimiento para garantizar el cumplimiento de las mismas<sup>1962</sup>.

En la vida comunitaria existen valores altamente apreciados, tales como el servicio a la comunidad<sup>1963</sup>, el respeto de las personas, sus cosas y la naturaleza, junto a la honestidad y la coexistencia pacífica. Las personas que transgreden estas normas,

<sup>1959</sup> PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Coclutura, Colombia, 1995, página 39.

<sup>1960</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 311.

<sup>1961</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 455.

<sup>1962</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 41.

<sup>1963</sup> En el derecho maya el Kaxcol o servicio a la comunidad es un requisito de la vida comunal y es percibido como algo útil, por lo que hay total identificación con esta práctica. Para ejercerlo, se lleva un registro de todos los nacimientos o "Libro de Nacimientos". Cuando los jóvenes cumplen 18 años, realizan un servicio gratuito a la comunidad, o Kaxkol, como parte de su iniciación en la vida adulta. Una vez cumplido este servicio o Kaxkol, los jóvenes se inscriben en otro libro, el "Libro de Oro". LOPEZ FUNES, MARÍA ESTELA; ORTIZ SAMAYOA, MARÍA JOSÉ, *Caso Guatemala*, en *Proyecto de Sistematización de las Experiencias de Trabajo sobre Derecho a la Identidad y Registro de Nacimientos con Niños y Niñas Indígenas en Cuatro Países Latinoamericanos*, publicación de UNICEF y Plan Internacional, Panamá, 2008, página 63. El desempeño satisfactorio de los deberes comunales o servicio a la comunidad es lo que permite a una persona ser "hijo de la comunidad". EKERN, STENER, *La comunidad maya en tiempos de cambio: ¿la base del movimiento maya?*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 208. Las personas prestan sus servicios a la comunidad año tras año, comenzando con tareas prácticas de menor responsabilidad. Para llegar a ser principal de la comunidad se comienza con los trabajos menores. Este servicio es prestado sin remuneración alguna. AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b'aqtun: retos y desafíos*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 191.



son mal vistas, y también se ve mal a su familia, como parcialmente responsables por las acciones de sus hijos<sup>1964</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha explicado que, esta situación se debe a que, en las tradiciones de los pueblos indígenas, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros, por lo que la familia del infractor tiene una responsabilidad al no haber contribuido a detener la infracción<sup>1965</sup>.

#### 10.2.4 Amplio margen de discrecionalidad y falta de respuestas homogéneas (Principio de Igualdad)

En el derecho occidental, la culpabilidad y proporcionalidad se combinan en la determinación de la pena. Proporcionalidad, en cuanto al límite abstracto contenido en la norma penal, de acuerdo a la intensidad de la lesión y al grado de protección de un bien jurídico; y culpabilidad, como límite concreto, de acuerdo a las características de cada caso en particular.

El principio de proporcionalidad significa una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción<sup>1966</sup>. Es un límite al ejercicio de la función punitiva, que como tal, no fundamenta la necesidad de punición, sino que la restringe. Comporta la necesidad de que la pena sea proporcional al delito y la exigencia de que la medida de la proporcionalidad, se establezca en base a la importancia social del hecho o nocividad social<sup>1967</sup>.

El principio de proporcionalidad comprende dos juicios, un juicio de necesidad y uno de proporcionalidad en sentido estricto. La relación de proporción a la que se refiere el principio compara dos magnitudes: el medio empleado y el fin perseguido. No se trata de evaluar la mayor o menor eficacia comparativa de la medida

<sup>1964</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 42.

<sup>1965</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>1966</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 103.

<sup>1967</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Op Cit, páginas 89 y 100.

restrictiva o la generación de efectos distintos de los deseados, sino simplemente, de advertir su idoneidad cualitativa para alcanzar el fin normativo. Frente al juicio de necesidad que compara la eficacia de la norma penal con otra norma hipotética, el de proporcionalidad estricta es un juicio interno, que coteja los costes y beneficios globales de libertad de una norma penal<sup>1968</sup>.

En palabras de JESCHECK, el principio de proporcionalidad, es la aplicación de la justicia distributiva del derecho penal, lo cual significa que las infracciones jurídicas relevantes ni se minimizan por benevolencia caprichosa ni se dramatizan con dureza exagerada, sino que, al autor se le irroga según su merecimiento, una pérdida de libertad, patrimonio o reputación, que hace que el comportamiento antijurídico sea reconocido en general como tal, e impide su legitimación en la conciencia de la comunidad<sup>1969</sup>.

Por su parte, el derecho indígena no es un ordenamiento homogéneo<sup>1970</sup>. No es esquemático, ni rígido e inflexible, sino que se desarrolla en forma circular y evolutiva, permitiendo que haya cambios en la interpretación de los actos<sup>1971</sup>. Es un derecho dinámico, que se adapta de manera más fácil a las nuevas situaciones que surgen en casos concretos, porque se rige por principios y valores<sup>1972</sup>. Las autoridades tradicionales son las que tienen el deber de examinar los nuevos valores, que surgen como consecuencia de los cambios propios de la evolución, y ajustarlos a fin de darles la posibilidad de integrar su cultura<sup>1973</sup>.

Esta variante interpretación de valores, trae como consecuencia que, la justicia comunitaria y sus prácticas varíen en cuanto a las respuestas jurídicas. Existe un

<sup>1968</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *La proporcionalidad de la norma penal*, Op Cit, páginas 163- 169.

<sup>1969</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 3.

<sup>1970</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 355.

<sup>1971</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001, página 37.

<sup>1972</sup> PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 89 y 90. También DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, páginas 12 y ss.

<sup>1973</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 13-16.

margen de discrecionalidad y un margen de certeza, dados con base en las tradiciones y costumbres que contemplan respuestas punitivas predecibles, al igual que cierta eficacia simbólica<sup>1974</sup>.

Esto quiere decir que la justicia comunitaria tiene prácticas circunstanciales, pues las consecuencias a determinado hecho tienden a variar según el caso concreto<sup>1975</sup>. Las decisiones se construye con relación a cada caso, es decir, las circunstancias, la calidad de los sujetos involucrados, el estado anímico del grupo, son cambiantes, por lo que, en casos formalmente idénticos, suelen haber abordajes y respuestas distintas<sup>1976</sup>. Esto no quiere decir que la reacción social ante los delitos sea arbitraria, pues tiene soluciones similares frente a casos similares<sup>1977</sup>. Las sanciones que imponen las autoridades indígenas para un mismo hecho suelen guardar cierta proporcionalidad. En cualquier caso, la sanción impuesta es aceptada por la comunidad como justa, como la manifestación de volver a la armonía y equilibrio de las relaciones entre las partes, y se agradece a las autoridades que las imponen<sup>1978</sup>.

## 11. Autoridades en el sistema jurídico indígena

Con el desarrollo constitucional del principio de diversidad y respeto por las autonomías culturales, algunos Estados han permitido el ejercicio jurisdiccional de la justicia por las propias autoridades indígenas, mientras que otros, han otorgado un reconocimiento parcial a la justicia comunitaria respecto a sus procedimientos, pero no respecto a sus autoridades.

<sup>1974</sup> LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 123.

<sup>1975</sup> Las defensorías indígenas de Guatemala suelen resaltar la naturaleza flexible y específica según el contexto del caso. En SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la recuperación del Derecho Indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de la Posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2001, página 36. En el mismo sentido LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 122.

<sup>1976</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47 y ss.

<sup>1977</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 273.

<sup>1978</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 40.

Una excepción viene dada en el ordenamiento constitucional colombiano, que recoge como elementos centrales de la jurisdicción indígena: a) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; y b) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios. Estos elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional, sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos<sup>1979</sup>.

Los sistemas de autoridad sobre los cuales se apuntalan las prácticas de justicia indígena, no siempre son de naturaleza democrática, y las fuentes de legitimidad son tan variadas como los sistemas mismos<sup>1980</sup>.

Algunos de los cargos tradicionales de las comunidades tienen un origen histórico netamente colonial, legitimado *a posteriori* por su interiorización y aceptación comunitaria<sup>1981</sup>. Otros son fruto del sincretismo<sup>1982</sup>. Como ya se ha expresado, durante la colonia, los españoles mantuvieron algunas de las estructuras locales de poder y control para poder controlar a la extensa población indígena<sup>1983</sup>. Cuando estas estructuras y autoridades locales ya no les fueron más de utilidad, hubo

<sup>1979</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-139/96. Ver también FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página

<sup>1980</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47 y ss.

<sup>1981</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 46.

<sup>1982</sup> El cabildo es un interesante ejemplo, pues en los escritos de Fray Francisco de Bobadilla se menciona que los indígenas llamaban a sus concejos secretos *monéxicos*. La autoridad como órgano ya existía, pero el nombre fue adoptado de la tradición hispana. En DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro *Natural y general historia de las Indias, islas e Tierra firme del mar océano*, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en *Culturas Indígenas de Nicaragua*, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 174. Sobre el sincretismo ver también MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, página 253 y ss.

<sup>1983</sup> ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, página 11.

represión de los sistemas jurídicos indígenas, llegando incluso a criminalizarlos por usurpación de funciones<sup>1984</sup>.

A lo interno de los pueblos indígenas, se reconoce la potestad de las autoridades tradicionales encargadas ejercer la jurisdicción propia dentro de la comunidad, y sus decisiones suelen ser acatadas por todos, a pesar de que, como consecuencia de la imposición de la cultura dominante, se ha debilitado la capacidad de coerción social en algunos pueblos. Estas autoridades son distintas a los jueces estatales de carrera<sup>1985</sup>. Se habla de autoridades legítimas cuando son nombradas por los propios indígenas, de acuerdo con sus reglas<sup>1986</sup>.

Las autoridades indígenas se someten a una purificación permanente, que es necesaria para mantener la paz con los demás niveles de la vida. La rectitud y honorabilidad son requisitos para juzgar<sup>1987</sup>. Responden a un interés colectivo, por lo que deben consultar constantemente a la comunidad<sup>1988</sup>.

El cargo se alcanza a través del ejemplo, de la experiencia y sabiduría en la sociedad. Para los pueblos indígenas las autoridades no son improvisadas, sino que vienen designadas desde la energía cósmica que reciben el día de su nacimiento o

<sup>1984</sup> IRIGOYEN ha llegado a revisar proceso penales por usurpación de funciones seguidos en la República de Guatemala. IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>1985</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 273. También ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 16.

<sup>1986</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 457.

<sup>1987</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 28.

<sup>1988</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 42.

*nawal*<sup>1989</sup>. La importancia de las autoridades indígenas también se relaciona con la transmisión de los conocimientos por medio de la palabra.

La misión de las autoridades es acortar el problema y buscarle alternativa de solución, para alcanzar la tranquilidad y bienestar de la comunidad. Su principal obligación es mantener y restablecer el equilibrio y la armonía en la comunidad en general y entre las partes en conflicto<sup>1990</sup>.

La organización política indígena se basa en la comunidad o *komon*, cuyo origen histórico es la alianza de clanes o *alaxik*, que “se mueven juntos”<sup>1991</sup>. Por esta razón, en su modelo de justicia el órgano principal es la asamblea comunitaria<sup>1992</sup>, que tiene potestad de administrar justicia reunida en consejo o asamblea<sup>1993</sup>.

Otras autoridades con un papel central son los Alcaldes, funcionarios facultados para impartir justicia, quienes constituyen la máxima autoridad legitimada por la población que representan<sup>1994</sup>. El origen de los alcaldes se encuentra por primera

<sup>1989</sup> AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b'aqtun: retos y desafíos*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 190.

<sup>1990</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, páginas 58 y 64..

<sup>1991</sup> Hoy en día en Guatemala, las comunidades se constituyen como *cantones* dentro de la organización político-administrativa municipal. Los alcaldes comunales de cada uno de los cantones se aglutinan dentro de la Alcaldía Indígena. EKERN, STENER, *La comunidad maya en tiempos de cambio: ¿la base del movimiento maya?*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 201.

<sup>1992</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 39 y ss. También ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 21 y ss.

<sup>1993</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 453.

<sup>1994</sup> Sobre los Alcaldes Indígenas ver ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 43. Sobre la legitimidad de los alcaldes ver ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 253.

vez a mediados del Siglo XVI<sup>1995</sup>, aunque no ha tenido continuidad histórica en todos los pueblos indígenas<sup>1996</sup>.

Autoridades como los alcaldes, asumen la función de guías o *k'amal b'é*, orientando las asambleas comunitarias, pero ellos mismos no toman las decisiones finales. El poder se ejerce de forma colectiva a través de la asamblea, no por representantes o líderes individuales. De hecho, los alcaldes comunitarios y alcaldes indígenas, repetidamente enfatizan su rol como representantes de la voluntad colectiva y son muy cuidadosos para no llegar a acuerdos secretos, por cuestiones de transparencia<sup>1997</sup>.

<sup>1995</sup> CABEZAS afirma que se instituyeron como un cargo intermedio entre la Audiencia y los pueblos de indios. Ver CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 61. Posteriormente, en la época liberal o republicana, también se encuentran referencias relativas al nombramiento de alcaldes en poblaciones indígenas. En aquellos lugares donde se concentrara tanto población indígena como no indígena, se elegía un alcalde indígena y uno no indígena, para garantizar el asenso a cargos políticos de los mestizos. TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invención criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011, página 347. En El Salvador existen dos tipos de alcaldía, la alcaldía indígena y la alcaldía estatal. Esto, debido a que con la apertura de la participación política en el ámbito local, se reconstituyeron los mecanismos tradicionales que regulaban las relaciones de poder para adatarlos a los nuevos marcos propuestos por el Estado para llevar a cabo una lucha por el poder local mediante elecciones populares. Este mecanismo trajo consigo permanentes enfrentamientos en la localidad de Nahizalco, donde se denunciaba fraude o intimidación en el proceso electoral. En la comunidad de Asunción de Izalco existe una Alcaldía Común indígena, fundamentada en las tradicionales redes de poder indígena, aceptada por el Estado como representante legítima del poder local, como espacio político alternativo. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 367 y ss. LARA MARTÍNEZ Y RODRÍGUEZ HERRERA denominan Alcaldía del Común a la alcaldía indígena de Izalco. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaoopera*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 441.

En Guatemala se da un fenómeno similar al de El Salvador, en lo concerniente a la existencia paralela del alcalde oficial de acuerdo al Código Municipal, electo mediante sufragio popular; y el alcalde indígena en algunas comunidades.

<sup>1996</sup> En el pueblo Kaqchikel de Guatemala, la figura de la alcaldía indígena no existía desde el Siglo XIX, pues había sido abolida por el gobierno liberal. Fue reconstruida durante la primera parte del Siglo XX, iniciando por medio de la organización de una figura de autoridad indígena llamada "Regiduría", que no tuvo autoridad efectiva sobre asuntos culturales y políticos porque en lo primero dominaban las cofradías y en lo segundo la municipalidad. Desde principios del Siglo XX la elite indígena no había tenido interés en reconstruir la alcaldía indígena, sino más bien buscó mayor poder o dominio en la municipalidad. La alcaldía indígena resurge en un marco de acción política maya, multiculturalismo oficial y relativo dominio indígena local, instituyéndose como la autoridad legítima del pueblo Kaqchikel. Ver ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, páginas 252 y 253.

<sup>1997</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 43.

Los alcaldes tienen también la función de mantener la armonía de la comunidad, defender los intereses de la comunidad y mantener la continuidad de la tradición cultural<sup>1998</sup>.

Otra autoridad que ha permanecido no obstante la dominación colonial, es el Consejo de Ancianos, *Chomanik* o *Principales*, integrado por ancianos que han sido autoridades<sup>1999</sup> o que en el pasado han servido a su comunidad<sup>2000</sup>. Los ancianos ya eran mencionados en los escritos de Fray Francisco de Bobadilla como “*los viejos más antiguos*”, como encargados de hacer advertencias<sup>2001</sup> y en las estructuras de poder colonial a partir de 1524<sup>2002</sup>, por lo que pueden considerarse una autoridad eminentemente prehispánica.

Los ancianos son reconocidos por la comunidad como sabios y honorables. Aquellos que integran el Consejo ejercen un cargo permanente y no un cargo temporal, porque es una categoría que se alcanza con el transcurso del tiempo<sup>2003</sup>. Para llegar a ser principal de la comunidad se comienza con los trabajos menores. Este servicio es prestado sin remuneración alguna<sup>2004</sup>.

<sup>1998</sup> LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaoopera*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 441.

<sup>1999</sup> CASTILLO MÉNDEZ, IVAN, *Especificidades de los movimientos indígenas en el altiplano occidental guatemalteco en contra de la acumulación global*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, página 329. En Nicaragua se reconoce como autoridad a los ancianos. GUARDIAN, GALIO, *Alamikangban: tierracomunal y “fisionomías” en Nicaragua*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 494. En El Salvador también forman parte de la jerarquía de autoridad. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 372.

<sup>2000</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB`NO`J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 34.

<sup>2001</sup> DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro Natural y general historia de las Indias, islas e Tierra firme del mar océano, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 183.

<sup>2002</sup> CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 62.

<sup>2003</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 21 y ss.

<sup>2004</sup> AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b`aq`un: retos y desafíos*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, página 191.



Los ancianos son los responsables de interpretar los hechos para encontrarles sentido dentro de la lógica cultural comunitaria. También reflejan el orden, tranquilidad y estabilidad, por lo que son demandados en momentos de duelo<sup>2005</sup>. En ausencia de normas escritas, estos consejeros notables son depositarios del conocimiento<sup>2006</sup>. El Consejo de Ancianos tiene función normativa, en la creación de normas y sanciones. Funciona como órgano colegiado para la toma de decisiones, a las que arriba por consenso. Todas las decisiones que adopta son presentadas a la asamblea comunitaria, la cual debe refrendarla, o en caso de no estar de acuerdo, pedir al Consejo que reconsidere la disposición<sup>2007</sup>. El Consejo de Ancianos suele asesorar en los casos más graves a la misma asamblea, merced a la gran autoridad que ejerce su conocimiento de las normas y procedimientos propios<sup>2008</sup>.

Por lo general, en cada circunscripción territorial existe al menos un *principal*. En circunscripciones mayores existe un consejo que generalmente es liderado por cuatro poderosos principales conocidos como caciques. Los principales seleccionan a los oficiales religiosos y civiles de la comunidad, entre los cuales, el alcalde auxiliar ese el más importante y tiene funciones jurídicas<sup>2009</sup>.

<sup>2005</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 147.

<sup>2006</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 45.

<sup>2007</sup> En el Municipio de Joyabaj, Departamento de Quiché, Guatemala, el Consejo se llama *Komon* y se integra por Ancianos y Cofrades. Los ancianos son hombres mayores que pertenecen a linajes muy antiguos, posiblemente prehispánicos, reconocidos por su trayectoria de vida intachable. Los Cofrades desempeñan funciones de orden religioso, responsables de la realización de rituales e intermediación espiritual. En el Municipio de Santa Cruz del Quiché el Consejo se integra por Ancianos y Principales. En ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 42.

<sup>2008</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, España, 2001, páginas 163-165.

<sup>2009</sup> EKERN, STENER, *La comunidad maya en tiempos de cambio: ¿la base del movimiento maya?*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 214.

Algunos pueblos indígenas conservan también un sistema religioso, detentado por autoridades mágicas o de clara mediación con lo trascendente<sup>2010</sup>. Dentro del derecho indígena se reconoce como autoridad al *Chamán* o *The´wala*<sup>2011</sup> o jefe espiritual. Dentro del proceso de justicia tiene una participación notable más no decisiva en el proceso, pues actúa como conocedor experto de las tradiciones y leyes del poblado, para determinar la gravedad del hecho desde el punto de vista espiritual y trascendental<sup>2012</sup>.

Existen también los guías espirituales *aj q´ij*, encargados del cómputo del tiempo y de la espiritualidad<sup>2013</sup>, encargados también de dar consejos<sup>2014</sup>, de prevenir desgracias y sanan enfermedades<sup>2015</sup>.

Dentro del derecho indígena también se considera consejeras a las comadronas o *ajiyom*<sup>2016</sup>, encargadas de dar consejo a las mujeres, ya que por patrones culturales

<sup>2010</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47.

<sup>2011</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 21 y ss.

<sup>2012</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, España, 2001, páginas 163-165.

<sup>2013</sup> El derecho indígena en Santa Cruz del Quiché es ejercido al nivel de los cantones por las autoridades comunitarias, principalmente los alcaldes comunitarios, los comités cantonales de desarrollo, los *ajq´ij* o encargados del cómputo del tiempo y de la espiritualidad maya y las comadronas o *ajiyom*. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 31.

<sup>2014</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 45.

<sup>2015</sup> En Guatemala los guías espirituales cumplen funciones de sanación y de prevención de desgracias. Resurgen y se organizan luego de la firma de la paz. Incluso en el 2005 surge la Asociación de Sacerdotes Mayas *Oxlajuj B´atz*. ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010, páginas 257 y ss.

<sup>2016</sup> Las comadronas son mujeres entrenadas para prestar atención prenatal, atención de partos, postnatal y neonatología. Utilizan métodos tradicionales para la sanación de las enfermedades. Muchas de ellas incluso tienen una habilitación estatal para dar fe del nacimiento de las personas. El derecho indígena en Santa Cruz del Quiché es ejercido al nivel de los cantones por las autoridades comunitarias, principalmente los alcaldes comunitarios, los comités cantonales de desarrollo, los *ajq´ij* o encargados del cómputo del tiempo y de la espiritualidad maya y las comadronas o *ajiyom*. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 31. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS

se busca que sea del mismo sexo la persona que brinde la atención<sup>2017</sup>, aunque en la actualidad también brindan consejo a los hombres de la comunidad.

También se reconocen como autoridades indígenas a figuras creadas con posterioridad a la conquista, aunque carezcan de un origen prehispánico. Dentro de ellas se encuentra el cabildo, institución comunitaria, creada por los conquistadores españoles a partir de 1531, integrada por alcaldes y regidores<sup>2018</sup>. Dentro del proceso de justicia indígena, en algunas comunidades, el cabildo tiene la tarea de llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento<sup>2019</sup>.

Otra figura de origen colonial es la Cofradía, impuesta por los colonizadores y que aún persiste en países como Guatemala y El Salvador. La cofradía, también denominada mayordomía, se basa en la tradicional jerarquía cívico-religiosa y constituye un tipo de práctica y organización religiosa que, si bien fue traída por los españoles a América, ya en estas tierras sufre un proceso de sincretismo sociocultural, que fusiona prácticas y concepciones culturales de origen hispánico, con prácticas y concepciones de los pueblos indígenas, quienes llegan a hacerlas suyas, llegando a constituir uno de los aspectos claves de las entidades indígenas de toda el área mesoamericana<sup>2020</sup>. Dentro del proceso judicial, ejerce funciones de

---

NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 45. También DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 50.

<sup>2017</sup> BUNZEL se refiere al rol de las comadronas como autoridades indígenas de los mayas quichés. BUNZEL, RUTH, *Chichicastenango*, sin datos editoriales, Guatemala, 1967, página 138. También ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 51.

<sup>2018</sup> CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007, página 44. Sobre el cabildo ver también ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 21 y ss.

<sup>2019</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, España, 2001, páginas 163-165.

<sup>2020</sup> GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 173. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004, página 378. En Izalco y en Cacaopera el sistema de mayordomías ha estado presente desde el Siglo XVI. Hasta 1936 cumplían una función política dentro de la alcaldía, pero a medida que se fue consolidando el gobierno municipal se separaron ambos sistemas y actualmente tienen cada vez más un carácter religioso. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y*

autoridad sobre asuntos culturales, con rango superior a la regiduría o alcaldía indígena<sup>2021</sup> y función de consejería<sup>2022</sup>.

## 12. Pluralismo Jurídico

El pluralismo de autoridades jurisdiccionales ha sido reconocido en algunos Estados con importante población indígena. Mayoritariamente, se reconoce a las autoridades indígenas competencia para juzgar delitos menores, lo cual constituye, como ya se ha expresado, una reminiscencia del modelo de justicia colonial, donde se permitía a las autoridades indígenas una participación en los casos que eran de poco interés para las autoridades coloniales.

Éste es el origen de figuras como los Jueces de Paz, Jueces Menores o Asimilados, que en algunos ordenamientos jurídicos se encargan de los delitos de bagatela. Estos jueces pueden ser incluso indígenas, conocer y participar de la cultura indígena y sancionar de acuerdo a las costumbres de los pueblos indígenas, pero no dejan de ser órganos que forman parte de la organización judicial estatal de cada Estado. Surgen como decisión estatal, sin que se exija contar con el respaldo de las comunidades donde van a ejercer su jurisdicción<sup>2023</sup>. Son funcionarios judiciales que pueden tener o no la calidad de abogados, que son homologados a jueces sin ingresar a un estamento de la carrera judicial, por no llenar todos los requisitos.

En Colombia, la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de que la función jurisdiccional de resolver los conflictos e imponer la correspondiente sanción, sea ejercida por la persona reconocida por el grupo como autoridad, y que incluso pueda tipificar la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos

---

*globalización: las identidades indígenas de Izalco y Cacaopera*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004, páginas 441 y 451.

<sup>2021</sup> ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 252.

<sup>2022</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 45.

<sup>2023</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 46.

indígenas, así como la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios<sup>2024</sup>.

En Perú, la Constitución estatuye la posibilidad de que órganos como las Rondas Campesinas puedan mantener el orden interno de la comunidad y reprimir a los infractores, ejerciendo funciones jurisdiccionales de acuerdo a su propio derecho<sup>2025</sup>. En Perú también se cuenta con un sistema mixto, por medio de la institución de los jueces de paz, que constituye el 80% de los funcionarios judiciales de ese país, a cargo de personas con reconocimiento y liderazgo en la comunidad, que el Estado inviste de poder de conciliación<sup>2026</sup>.

Otro ejemplo se da en Guatemala, mediante los Juzgados de Paz Comunitarios. Se integran por tres personas nombradas por la Corte Suprema de Justicia, oriundas de la comunidad, honorables y bilingües (castellano y el idioma de la comunidad), que adquieren la calidad y prerrogativas de los jueces de paz y competencia para conocer delitos menores. Aplican métodos de mediación y adoptan sus resoluciones previa deliberación, por mayoría, tomando como base los procedimientos propios de la comunidad, siempre que no se vulnere la ley ordinaria. Guardan una lógica de asimilación con el sistema de justicia formal, y se limitan a aplicar la costumbre, pero de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal. Una vez resueltos los conflictos, el acuerdo alcanzado es trasladado a un juez del derecho oficial, para que lo homologue a una sentencia judicial y tenga validez jurídica.

Los Juzgados de Paz Comunitarios de Guatemala han sido muy criticados por los indígenas locales, pues en su creación, realmente no se busca promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas, en virtud de que no se respetó la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones e instituciones; sino más bien, se alteró

---

<sup>2024</sup> Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-254/94 y C-139/96.

<sup>2025</sup> Artículo 149 de la Constitución de Perú de 1993 establece que: *“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”*.

<sup>2026</sup> MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 183.

el sistema de cargos de las propias comunidades, sin que se respetara la cosmovisión que sobre las autoridades tienen los pueblos indígenas<sup>2027</sup>.

En algunas regiones de Guatemala también se cuenta con instituciones denominadas Defensorías Indígenas, las cuales ofrecen servicios de conciliación gratuitos, en el idioma local, y utilizando los principios del derecho maya. Las defensorías constituyen un vínculo importante entre el derecho indígena y el sistema de justicia estatal<sup>2028</sup>.

### 13. Conflictos de jurisdicción y prevalencia de normas

Como se ha venido expresando, la continuidad del derecho indígena durante la época colonial a través de los “*usos y costumbres*” indígenas fue permitida en casos de delitos menores, siempre que no fuera contraria a las leyes cristianas y leyes de la colonia<sup>2029</sup>. Este modelo de subordinación política<sup>2030</sup> persiste aún en nuestros días, como una reminiscencia del sistema colonial<sup>2031</sup>, no obstante los múltiples esfuerzos para otorgar al derecho indígena un mayor espacio<sup>2032</sup>. Es común

<sup>2027</sup> BAQUIAX BAQUIAX, JOSUEL FELIPE, *Los Juzgados de Paz Comunitarios e incidencia en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Documento de la Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Quetzaltenango, Guatemala, 2003, páginas 1y 2.

<sup>2028</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 33.

<sup>2029</sup> Ver Ley de Carlos V de 1955. En IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011. En el mismo sentido COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 389.

<sup>2030</sup> El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, actualmente superado por el Convenio 169, en su momento fomentó el modelo de subordinación política de los pueblos indígenas al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas. YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, página 16.

<sup>2031</sup> Algunas de estas fórmulas son una clara reminiscencia de la época colonial, donde como ya se ha apuntado, por medio de las Leyes de Indias los caciques indígenas podían resolver asuntos menores ocurridos entre personas indígenas de acuerdo a sus propias leyes a las que denominaban “usos y costumbres”. IRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

<sup>2032</sup> Una de las reivindicaciones de los pueblos indígenas tiene que ver con el reconocimiento de su capacidad plena para conocer de todos los conflictos. En Guatemala, los activistas mayas han insistido en los derechos colectivos de los pueblos indígenas de ejercer su jurisdicción en todo tipo de disputas y casos, no sólo casos menores. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 66.

encontrar una doble vía de enjuiciamiento, donde los hechos menos graves y frecuentes, son sometidos a la competencia del derecho indígena con arreglo a sus tradiciones; y los casos de mayor gravedad, son elevados a los órganos jurisdiccionales estatales<sup>2033</sup>.

El ejercicio de la jurisdicción, en estos términos, está revestido de elementos excluyentes propios de un Estado racista. La división de jurisdicciones atendiendo a la gravedad de los delitos, viene desde la época prehispánica. HERBERT afirma que previo a la venida de los conquistadores, en América había al menos dos jurisdicciones, que eran definidas por los *Señores* indígenas<sup>2034</sup>.

El criterio de gravedad de los delitos se mantuvo durante la época colonial. A mediados del Siglo XVI, la corona excluyó del poder a los Gobernadores y a los Adelantados, por los abusos que cometían contra los intereses de la corona; e instituyó, en su lugar, a un cuerpo colegiado que unificaba el poder político y la administración de la justicia, conocido como Audiencia de los Confines. Entonces, se instituyeron también cargos intermedios, los de Corregidores y Alcaldes Mayores, entre la Audiencia y los pueblos de indios<sup>2035</sup>.

Otro planteamiento de pluralismo jurídico subordinado muy difundido, radica en permitir que las autoridades indígenas intenten resolver disputas atendiendo a sus procedimientos, pero con la condición de remitir a las autoridades estatales los casos que no logren resolver<sup>2036</sup>.

<sup>2033</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 294. En Guatemala la jurisdicción indígena puede tener competencia para conocer tanto casos leves como casos graves, dependiendo del lugar del cual se trate. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 49.

<sup>2034</sup> GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 34.

<sup>2035</sup> CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 61.

<sup>2036</sup> Por ejemplo en Guatemala, cuando se agota el proceso indígena y las partes no aceptan la decisión o no acatan la sanción, el caso es trasladado a la justicia estatal. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 58. SIEDER también hace referencia a que en el caso que

En un sistema de pluralismo jurídico no es admisible un sistema en el que, la competencia jurisdiccional, se reparta según criterios de mayor o menor relevancia, dejando obviamente, lo de menor trascendencia en manos de las comunidades indígenas<sup>2037</sup>.

El reconocimiento de las costumbres jurídicas o del derecho consuetudinario indígena, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena, es uno de los temas abordados por los ordenamientos constitucionales de países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay). En general, se reconoce el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, conforme a su costumbre o derecho consuetudinario, siempre que éste no sea contrario a la constitución y las leyes y/o a los derechos fundamentales. Se subraya la necesidad de que la ley establezca las formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal, lo que puede dar lugar a un derecho comunitario o autonomía colectiva de nuevo tipo<sup>2038</sup>.

Muchos autores resaltan la necesidad de que las funciones jurisdiccionales de acuerdo a los “*usos y costumbres*” indígenas, respeten las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores<sup>2039</sup>. En algunos Estados del continente americano, como Guatemala, Bolivia, Colombia y Ecuador, el ejercicio de la jurisdicción indígena, tiene como límite las constituciones políticas y

---

ella analiza en su estudio, las partes estaban de acuerdo en que, en caso de que la sanción impuesta no tuviera los efectos esperados o “no funcionara”, el caso debía ser trasladado a la justicia oficial. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 57.

<sup>2037</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 435.

<sup>2038</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 13.

<sup>2039</sup> ARIZA indica que la jurisdicción especial y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 16.



las leyes. Lo mismo ocurre en el derecho internacional, donde la jurisdicción indígena, por de pronto, se encuentra limitada al respeto por las normas internacionales de derechos humanos. Estas restricciones son consideradas por los indígenas como lesivo a su derecho a la autodeterminación, siendo más restrictiva la limitación supeditada al derecho interno<sup>2040</sup>.

Afirmar que el conjunto de reglas indígenas constituyen una costumbre, y limitarlas al respeto de la norma estatal y nunca en contra de ella, es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales<sup>2041</sup>.

Los planteamientos que subordinan el derecho indígena al derecho occidental son etnocéntricos. Considerar como límite a la jurisdicción indígena el respeto de los derechos fundamentales occidentales, es otra muestra de la postura de asimilación del derecho occidental para con las personas indígenas; porque ésto significa que, los miembros de las comunidades, deben haber asimilado suficientemente el orden constitucional, jurídico y moral dominante, para poder determinar si al aplicar su derecho respetan o no los derechos fundamentales del grupo dominante<sup>2042</sup>. Es parte de la estimación de la cultura occidental como superior, pues al fin y al cabo, con base en las valoraciones de la misma se juzga la conducta indígena<sup>2043</sup>.

El pluralismo jurídico no significa preeminencia de un sistema jurídico sobre otro, sino interrelación mutua. La relación entre los ordenamientos es horizontal y no vertical o de subordinación<sup>2044</sup>. No debe otorgarse al derecho indígena un estatus de segundo grado. Entre el derecho indígena y el derecho estatal existe una relación de competencia, no de jerarquía. Esto supone que en el ámbito

<sup>2040</sup> AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 25.

<sup>2041</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 433.

<sup>2042</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 386.

<sup>2043</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 404.

<sup>2044</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, ponencia presentada en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre del 2003. En igual sentido JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 435.

jurisdiccional de los poblados nativos, su derecho tendrá prioridad sobre el derecho oficial a la hora de ser aplicado<sup>2045</sup>.

Las pautas de coordinación deben tener en cuenta que, en un sistema de pluralismo jurídico, tampoco es admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerza funciones supervisoras del derecho indígena<sup>2046</sup>.

El planteamiento del derecho indígena como subsidiario del derecho occidental, se corresponde con una concepción monista del derecho, basada en el principio de seguridad jurídica, y que supone que, dentro de un Estado existe un único sistema jurídico. Frente a esta concepción se alza la del pluralismo jurídico, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico<sup>2047</sup>.

En la actualidad, dentro del modelo de Estado unitario, el acceso a la jurisdicción indígena se basa en una lógica legal pluralista, se reconoce la autonomía interna y la jurisdicción especial indígena, para que atienda los conflictos jurídicos con base a dos diferentes elementos:

- a) Atendiendo al elemento personal, que establece que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad;
- b) Atendiendo al elemento territorial, que permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengan concurrencia dentro de su territorio de acuerdo con sus propias normas y autoridades<sup>2048</sup>.

<sup>2045</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 300.

<sup>2046</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 435.

<sup>2047</sup> ÍDEM, página 434.

<sup>2048</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 279. En igual sentido ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 16.

Los elementos personal y territorial no son los únicos escenarios donde se plantea el conflicto de jurisdicción. El conflicto también se presenta atención al valor que se intenta reafirmar con la intervención jurisdiccional cuando:

- a) el conflicto afecta valores propios de la cosmovisión indígena; y
- b) cuando el conflicto afecta valores propios del derecho occidental o valores compartidos por el mismo.

Para BORJA JIMÉNEZ, el criterio más común para determinar la jurisdicción de un caso concreto, reside en el hecho de que el asunto trascienda más allá de los supuestos que tradicionalmente se resuelven en el seno de la comunidad. Cuando el caso afecte intereses que salen del estricto marco de la convivencia social del poblado, se entenderá que no se dispone de la necesaria capacidad para enjuiciar con las suficientes garantías de resolver justamente el conflicto<sup>2049</sup>.

En Colombia, país en donde se encuentra el mayor desarrollo jurisprudencial, la lógica legal pluralista tiene dos parámetros: la primera, las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; y la segunda, los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas<sup>2050</sup>. Estos criterios obedecen a que en Colombia la diversidad étnica y cultural también tiene carácter de principio constitucional, por lo que, no cualquier precepto prevalece sobre ella. Para que una limitación a dicha diversidad esté justificada, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural<sup>2051</sup>.

---

<sup>2049</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 295.

<sup>2050</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 16.

<sup>2051</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-139/96. Ver también la interpretación que hace FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 249.

La Corte Constitucional de Colombia ha sentado algunas pautas para resolver la tensión entre el derecho oficial y el derecho de los pueblos indígenas<sup>2052</sup>:

- a) *A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.*
- b) *Las normas legales imperativas o de orden público prevalecen sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad cultural. La interpretación de la ley, como límite al reconocimiento de los usos y costumbres, no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas, por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional, como lo es la diversidad y el pluralismo, y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas, deben ejercerse según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.*
- c) *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra la legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandi, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.*

El mismo ente ha resuelto que, cuando la conducta indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de oficiales son los competentes para conocer el hecho; pero cuando se encuentran ante un individuo de otra

<sup>2052</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94.

comunidad cultural, deben determinar si el autor entendía la ilicitud de su conducta al momento de su comisión, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero; ésto en función de que, es posible que por su particular cosmovisión, no comprendía que su conducta, en otro ordenamiento jurídico, era considerada reprochable. En el caso de que, la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, la diferente racionalidad no influye en la comprensión del acto como perjudicial, pero debe tomarse en cuenta la conciencia étnica del sujeto, y en algunos casos, el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado con sus propias autoridades, de acuerdo a sus propios procedimientos<sup>2053</sup>.

Este criterio es denominado por ARIZA como criterio sociológico-antropológico, que implica que, a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía, haciendo indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres y aquellos que no las conservan<sup>2054</sup>.

Este planteamiento se basa en la idea de grados de asimilación de una persona a la cultura dominante, lo que implica que, el derecho indígena, actuará cuando los niveles de cohesión social sean más altos y haya menor presencia de sistemas externos<sup>2055</sup>.

Para definir el grado de asimilación se suele recurrir a los peritajes culturales. En los mismos, el proceso de individualización ya no se hace con base en la indagación sobre la pertenencia a una “raza” sino a través de la reproducción de una cultura. No se examinan los caracteres biológicos de un individuo, tampoco sus rasgos físicos, ni sus características intelectivas; lo que se examina es si pertenece a una historia, si conoce una cultura y si vive en un lugar, y si estos factores están insertos

---

<sup>2053</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-496/96.

<sup>2054</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 15.

<sup>2055</sup> YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, página 31.

en su mente, como modelo de explicación de las diferencias y el comportamiento de los pueblos indígenas<sup>2056</sup>.

Dentro del criterio sociológico-antropológico en mención, algunos autores hacen también referencia al derecho a la autoadscripción, en el cual, la decisión de acudir a uno y otro sistema, queda en manos del usuario. El derecho a la autoadscripción está íntimamente relacionado con la identidad<sup>2057</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia ha interpretado que, otra solución entre el derecho unitario y el derecho indígena, es recurrir al diálogo intercultural para trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores, es decir, lograr un consenso en el mínimo necesario para la convivencia de las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una<sup>2058</sup>. Este planteamiento responde a la lógica pluralista y al principio de diversidad, pero para que se dé el diálogo intercultural, se requiere que realmente haya espacios de participación para los indígenas.

Este aspecto se pone en evidencia con la figura de Cortes Paritarias, implementada en algunos Estados, integradas por personas indígenas y jueces oficiales para conocer de asuntos que ocurran dentro de los pueblos indígenas. Este modelo es criticado cuando se requiere que las personas indígenas que integran estas cortes sean también abogados, lo que para YRIGOYEN no es más que otra reminiscencia del sistema monista, pues la igualdad entre la autoridad indígena y el juez abogado debe darse través del diálogo intercultural<sup>2059</sup> y reconocérsele a la autoridad indígena igualdad para discutir acerca de las pautas culturales mínimas.

---

<sup>2056</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 15.

<sup>2057</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 15.

<sup>2058</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>2059</sup> YRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.

Los conflictos entre el derecho estatal y el derecho indígena no deben resolverse mediante la imposición forzosa, sino mediante la apertura de espacios de diálogo intercultural<sup>2060</sup>.

RAMOS MÉNDEZ propone la solución de considerarla una jurisdicción especial. Cuando el modelo de Estado es no federal, no existiría una jurisdicción diferenciada de la estatal, sino que se trataría de una potestad única atribuida a diferentes órganos jurisdiccionales, divididos en jurisdicción ordinaria a cargo de jueces profesionales y de carrera; y una jurisdicción especial indígena, ejercida por autoridades indígenas<sup>2061</sup>. La figura de la jurisdicción especial es la asumida por la Constitución Política colombiana, que reconoce la Jurisdicción Especial Indígena y establece que la ley debe establecer formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con el sistema judicial nacional<sup>2062</sup>.

Debe reflexionarse sobre la necesidad de la elaboración de normas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, a fin de que las autoridades puedan conocer efectivamente donde están los límites de su competencia<sup>2063</sup>, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades<sup>2064</sup>, teniendo en cuenta que la coordinación del pluralismo jurídico no se resuelve con la definición mecánica de competencias, ni mucho menos, con algo meramente logístico y procedimental; requiere además de superar representaciones estereotipadas entre indígenas y no indígenas, que históricamente han sido

---

<sup>2060</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 51.

<sup>2061</sup> RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, página 156 y ss.

<sup>2062</sup> Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*.

<sup>2063</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 57.

<sup>2064</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 16.

consagradas, lo que implica instalar valoraciones más complejas y difíciles de abordar<sup>2065</sup>.

Las comunidades indígenas forman parte de un contexto más amplio y complejo, por lo que, es importante definir los límites entre la justicia comunitaria y a justicia oficial, sin lesionarlas y resguardando los derechos colectivos de las comunidades y los derechos fundamentales de las personas<sup>2066</sup>.

En el ordenamiento constitucional colombiano reconoce como mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas, dentro del contexto del ordenamiento nacional, la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena en el sistema judicial nacional<sup>2067</sup>.

El derecho indígena debidamente coordinado con el derecho estatal, puede ser una útil herramienta para recuperar el tejido social y cívico de las comunidades, y para luchar contra la corrupción policial y judicial, recuperando la confianza en la justicia<sup>2068</sup>.

#### **14. Conflictos en cuanto a la tipicidad de conductas**

En sociedades que presentan un pluralismo jurídico, también pueden presentarse conflictos en cuanto a la tipicidad de las conductas, existiendo divergencia en cuanto a las valoraciones de las mismas.

---

<sup>2065</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 34.

<sup>2066</sup> PASCUAL DE LA PARTE, MARÍA BELÉN, *Acceso a la justicia por los pueblos indígenas de Latinoamérica*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 70.

<sup>2067</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-139/96. Ver también FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página

<sup>2068</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 61.



Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de delito, el cual varía en el tiempo y el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro<sup>2069</sup>.

En el derecho occidental, la calificación de un hecho como ilícito penal será producto de una circunstancial opinión de política legislativa, que dependerá de la ideología y convicciones dominantes en aquel momento<sup>2070</sup>. El hecho de que las conductas sean definidas como delitos resulta de una decisión humana modificable, como demuestra la historia, al revisar la descriminalización de conductas tales como la brujería o la blasfemia<sup>2071</sup>. La creación de leyes penales es un acto político y no sólo una simple transposición de principios jurídico constitucionales<sup>2072</sup>.

La tipicidad penal de los grupos indígenas está determinada por la visión del mundo de cada cultura, en donde una ética corresponde a cada ontología. Es característico de las culturas de las comunidades amerindias, que esta ética sea extensiva no sólo a las personas, sino también al medio ambiente considerado en su conjunto, animales, plantas y minerales incluidos, que están mediados por seres sobrenaturales, ritualizándose la relación con estos elementos. Es a partir de esta relación particular que se desprende la tipicidad propia de cada cultura<sup>2073</sup>.

La diversidad en el ámbito del pluralismo, implica que un hecho puede ser considerado delito o no, o que la gravedad de un hecho puede tener distinto grado, dependiendo del lente cultural con que se juzgue<sup>2074</sup>.

---

<sup>2069</sup> ¿Por qué conductas que fueron punibles en el pasado, tales como la blasfemia y la brujería, ya no lo son? En HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 51.

<sup>2070</sup> DE ANGEL YAGUEZ, R., *La responsabilidad civil*, publicación de la Universidad de Deusto, segunda edición, Bilbao, 1989, página 28.

<sup>2071</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 52. El adulterio es otra conducta que ha terminado por ser descriminalizada. Se descriminaliza en Francia en 1975 y en Guatemala hasta 1998. Otro ejemplo claro es la relatividad de los “delitos políticos”, que se criminalizan desde la óptica del grupo que detenta el poder en determinado momento histórico, pero que varía con una transición política.

<sup>2072</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *La proporcionalidad de la norma penal*, Op Cit, página 179.

<sup>2073</sup> PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocoltura, Colombia, 1995, página 37.

<sup>2074</sup> US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, *Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 63.

En el derecho occidental, por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el derecho penal únicamente debe intervenir ante lesiones de bienes considerados como merecedores de protección, y excluye el castigo de inmoralidades, actitudes internas o hechos externos que no lesionan ningún bien jurídico protegido<sup>2075</sup>. En la cultura indígena, el mismo hecho puede vulnerar bienes que sí son merecedores de protección dentro de su cultura, y por lo tanto, merecedores de una reacción del sistema. Este sería el caso de conductas que son ilícitas en la cultura indígena pero que han sido descriminalizadas en la cultura occidental, tales como adulterio, la ociosidad y la hechicería; o conductas que simplemente no son consideradas merecedoras de protección penal<sup>2076</sup>. En este tipo de situaciones, la tendencia general es que el derecho estatal permite libremente el ejercicio de la jurisdicción indígena, por tratarse de valores que no son propios de la cultura occidental.

La situación es diferente cuando el hecho es considerado delito en la cultura occidental, pero es aceptado en la cultura indígena. La pretendida igualdad entre culturas en la práctica choca con consideraciones en cuanto a conductas consideradas como delitos. Existen conductas que no son aceptables en la cultura occidental pero sí lo son en la cultura indígena, como por ejemplo el rapto de una mujer, casi niña, como paso previo al matrimonio<sup>2077</sup>, pero que son totalmente aceptadas por la cultura indígena, que como ya hemos mencionado, asocia la vida a ciclos naturales de la vida, donde la pubertad se presenta como el momento de transición a la vida adulta de una niña.

---

<sup>2075</sup> SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006, página 71.

<sup>2076</sup> VILAS, CARLOS M., *(In)justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o "justicia popular"?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 44. Algunas conductas consideradas ilícitas por los pueblos indígenas son consideradas formas de ser o personalidades dentro del derecho penal. Por el principio de responsabilidad por el hecho, el derecho penal occidental no puede castigar formas de ser, personalidades, sólo puede castigar conductas, hechos. Por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente, y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual y no a la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 176; en similar sentido, JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 47; también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Op Cit, página 185.

<sup>2077</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 390.

Desde esta óptica, el rapto previo al matrimonio no es considerado contrario al derecho, sino que se asocia con toda una serie de ritualidades para celebrar el momento, es motivo de júbilo y parte del ritual tradicional de boda.

El derecho penal puede ser tolerante a estas situaciones, al valorar la categoría penal de la culpabilidad del individuo, donde se hace una interpretación de las circunstancias que rodearon al hecho, aunque con algunas limitaciones, pues la tendencia general, es que los operadores de justicia occidental atienden al sentido gramatical de las palabras, y evitan hacer cualquier interpretación conforme a los principios del derecho penal y de la ética, a pesar de que las leyes penales nunca son actuales en el pleno sentido de la palabra, y nunca describen exactamente el caso concreto. Todos comprendemos que las normas vigentes se elaboran y aprueban en tiempos pasados y con fórmulas generales. Lógicamente, siempre en cada caso concreto, resulta necesaria una interpretación progresiva, que puede incluso requerir el perdón para evitar una flagrante injusticia<sup>2078</sup>.

La solución que ha dado la doctrina es la figura del denominado error culturalmente condicionado, aceptado en varias legislaciones latinoamericanas y ya mencionado en este estudio. El error culturalmente condicionado no es un error de tipo, sino más bien error de prohibición, aunque no es esta la denominación más afortunada. El sujeto no comprende la prohibición de su conducta, no por una incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto, capacidad disminuida o simple ignorancia de la norma<sup>2079</sup>, sino por diferencias culturales pueden dar lugar a un tipo de error, que no es de prohibición, sino de condicionamiento cultural<sup>2080</sup>. Por esta razón este tipo de error es denominado por algunos autores “*error de de comprensión culturalmente condicionado*”<sup>2081</sup>.

---

<sup>2078</sup> BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990, página 104.

<sup>2079</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 391.

<sup>2080</sup> IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 42.

<sup>2081</sup> JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 430.

Este tipo de situaciones también se encuentran amparadas por el principio del respeto por las autonomías culturales; entendiéndose como la exclusión de la criminalización de ciertos comportamientos, cuando estos pueden ser considerados como normales en otras culturas bien delimitadas<sup>2082</sup>.

Para valorar estas diferencias culturales, en cuanto a la interiorización de valores merecedores de protección, cuando una conducta que no es considerada ilícita dentro de la cosmovisión indígena es perseguida penalmente dentro del derecho estatal, se suele recurrir a peritajes culturales que demuestren que el delito no se configura por no existir culpabilidad en el agente.

El peritaje cultural antropológico se basa en la evolución de la cultura, la diferencia o el relativismo cultural, como explicación de las diferencias en los comportamientos humanos. Es una herramienta de utilidad para la defensa cuando la conducta del defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece. Sirve para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece, para combatir la culpabilidad, pasando por combatir la antijuridicidad. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado, sino en la conducta misma. El peritaje cultural se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje a otro, o de una lógica cultural a otra<sup>2083</sup>.

Este tipo de situaciones forma parte de aquellas que deben ser analizadas al tenor del diálogo intercultural, para encontrar soluciones cuando personas con cosmovisiones distintas a la oficial, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por ley nacional a manera de permitir un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación. Para imponer los valores estatales, debe preferirse el diálogo intercultural a la criminalización<sup>2084</sup>.

---

<sup>2082</sup> BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, *El derecho penal mínimo y la víctima*, Op Cit, página 256.

<sup>2083</sup> ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 15 y ss.

<sup>2084</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 410.

La ponderación entre diversidad y unidad debe ser realizada frente a casos concretos. Si bien el legislador tienen competencia para establecer las directrices de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el respeto del pluralismo, pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender a las circunstancias del caso concreto, la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, y otras<sup>2085</sup>.

## 15. Fines de la pena en el derecho indígena

Los fines de la pena aceptados mayoritariamente en la doctrina son la prevención general, la prevención especial y en menor medida, la retribución. Se parte del punto de que toda teoría debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo<sup>2086</sup>. Sin embargo, las reflexiones sobre el relativismo cultural nos obligan a pensar si estos son los únicos fines del derecho penal.

### 15.1 Retribución en el derecho indígena

En las comunidades indígenas la sanción necesita de justificaciones más allá que la simple comisión de un delito<sup>2087</sup>. La sanción en el derecho indígena no tiene un sentido punitivo<sup>2088</sup>. Las sanciones no pretenden expresar la reprobación social. A diferencia del derecho occidental, el derecho indígena no se basa en el modelo de adversarios. El valor preponderante que se le asigna a la paz social y la necesidad

---

<sup>2085</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-139/96.

<sup>2086</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 95.

<sup>2087</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>2088</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 41.

de mantener la integración y la cohesión en el grupo, explican los principios de mediación y de fuerte prevención especial en el derecho indígena<sup>2089</sup>. Por ser un derecho mediador, no busca vencedores o vencidos, sino resolver el conflicto y restaurar la paz, el orden social y la armonía comunitaria como valores propios de la cosmovisión indígena<sup>2090</sup>.

Por estas características puede afirmarse que dentro de las sanciones indígenas no se encuentra como fin la retribución, pues su finalidad no es la realización de la justicia mediante la imposición del castigo, sino el restablecimiento del orden social roto.

## 15.2 Prevención general positiva en el derecho indígena

Las personas recurren al derecho penal cuando no logran resolver sus conflictos, cuando los mecanismos naturales para solucionar los problemas han fracasado o se han revelado impotentes, casos en los que los interesados se ven obligados a recurrir a mecanismos artificiales. El aparato oficial de justicia entra entonces en juego. El papel de los tribunales consiste precisamente en señalar los derechos de cada uno en situaciones confusas, y en reorientar las relaciones interpersonales que han fracasado o que se integran mal en la vida social<sup>2091</sup>.

El derecho indígena o *Pixab´* busca “llamar la atención, dar consejos, transmitir la experiencia” con el objeto de prevenir el crimen, fortalecer el tejido social comunitario y reafirmar la importancia de un comportamiento individual y colectivo que, como en cualquier sistema legal, se base en el respeto a la autoridad, normas

---

<sup>2089</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 319.

<sup>2090</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 44. En el mismo sentido ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 20.

<sup>2091</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 120.

y principios<sup>2092</sup>. Busca restablecer el orden social vulnerado con el delito por medio de la conciliación de las partes en conflicto, para de esta manera restablecer la armonía comunitaria. Esta característica conciliatoria es la que permite que se restablezca la paz social con mayor facilidad<sup>2093</sup>.

La prevención general positiva busca la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales la conservación y el refuerzo de la confianza en la ley, motivando a la población a cumplir con la ley porque se identifica con ella. En el derecho occidental este efecto se logra con la pena, cuando con su aplicación se demuestra la firmeza del ordenamiento jurídico<sup>2094</sup>.

La afirmación de las convicciones jurídicas y el respeto por el derecho se cumple totalmente con la aplicación del derecho indígena. El derecho no se reafirma con la pena, sino con la ritualidad del proceso comunitario, que demuestra la eficacia del derecho maya y de la validez y legitimidad de la autoridad indígena<sup>2095</sup>. El efecto alcanza a toda la comunidad por la publicidad del juicio, en el que participa toda la población, porque cuando se comete una falta no sólo se afecta a las partes involucradas en el conflicto, sino a toda la comunidad<sup>2096</sup>. Por estas razones puede afirmarse que la aplicación del derecho indígena logra totalmente los fines de prevención general positiva o integradora.

---

<sup>2092</sup> Pixab´ es un término del idioma Quiché. KOMPASS, ANDERS, *Confusión sobre el derecho indígena*, artículo publicado en el diario El Periódico, Guatemala, 22 de julio de 2006. En las comunidades indígenas se sanciona para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>2093</sup> PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 91.

<sup>2094</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 91 y ss. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 92.

<sup>2095</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 45.

<sup>2096</sup> PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 91.

### 15.3 Prevención general negativa en el derecho indígena

Todo parece afirmar que los castigos públicos han sido utilizados como mecanismo de intimidación, tanto dentro de la cosmovisión indígena como en la cosmovisión occidental. En los rituales indígenas prehispánicos, los cronistas registran la práctica de sacrificios públicos como un medio para aterrorizar a los enemigos<sup>2097</sup>. El castigo público fue aplicado también durante la conquista y colonización como método de intimidación. Los historiadores refieren que durante el período comprendido entre los años 1524-1570 las autoridades indígenas fueron quemadas en público; y durante todo el período colonial se aplicó azotes en la plaza central de los pueblos, como un castigo ejemplar que tenía como objetivo infundir temor en la población para prevenir el mal comportamiento<sup>2098</sup>. Las sanciones coloniales tenían una eminente finalidad punitiva y que generalmente incluían castigos físicos. Los suplicios iban acompañados de ciertos detalles de intención psicológica, como la humillación consistente en exhibir a los reos por las calles de pueblos<sup>2099</sup>.

Con la conquista se despojó a los pueblos indígenas de cualquier potestad punitiva que hubieran tenido en la época prehispánica, y los castigos públicos empezaron a asociarse con el ejercicio del poder punitivo del conquistador. Las prácticas de sacrificios prehispánicos asociados con la intimidación, no sobrevivieron a la dominación cultural.

La publicidad del cumplimiento de las sanciones indígenas sí tiene un efecto psicológico en la comunidad que las observa, aunque la naturaleza de las sanciones indígenas no es aflictiva. Durante la ejecución pública de las sanciones,

<sup>2097</sup> Los sacrificios aparecen ligados a la religiosidad indígena y eran parte de la celebración de las victorias, generalmente asociadas con conquistas de otras ciudades. La gente común asociaba a sus *Señores* con la divinidad. Ver CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996, página 40.

<sup>2098</sup> MENDOZA, CARLOS, *Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 117.

<sup>2099</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 248 y 249.



las autoridades hacen constantes llamados a los presentes a aprender la lección<sup>2100</sup>, pues se busca que la misma sirva de ejemplo a otros para no incurrir en falta<sup>2101</sup>.

Por ello afirmaremos que en el derecho indígena también posee un elemento de prevención general negativa.

#### 15.4 Prevención especial en el derecho indígena

La prevención especial en el derecho occidental tiene por objeto la inocuización del delincuente habitual incorregible, la intimidación del delincuente ocasional y la resocialización o corrección del autor corregible.

En el derecho occidental la prevención especial de la pena tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí misma, y ser a la vez el medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección de la sociedad<sup>2102</sup>, pues el derecho penal cumple siempre una misión de prevención indirecta respecto a la protección de la sociedad<sup>2103</sup>. Busca incidir en el infractor para que en el futuro no vuelva a delinquir<sup>2104</sup>.

Dentro del derecho indígena, uno de los principales objetivos es restituir la armonía entre la persona infractora y la comunidad. Esto se logra mediante el reconocimiento de la falta y asunción de responsabilidad por parte del agresor por medio de la reparación; con el consecuente perdón de la comunidad, necesarios

---

<sup>2100</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 46.

<sup>2101</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 41.

<sup>2102</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 87.

<sup>2103</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 4.

<sup>2104</sup> ROXIN CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 85. En igual sentido MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena*, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 21. También LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 20.

para llegar a la conciliación entre las partes, lo cual trae como consecuencia el restablecimiento de la armonía y el equilibrio<sup>2105</sup>.

Esto se logra por medio de dos elementos: la reparación a la víctima y la sanción del transgresor<sup>2106</sup>.

En las comunidades indígenas, la sanción contiene un elemento purificador necesario para el imputado. Lo que busca es educar mediante una experiencia de vida más que sancionar al infractor.<sup>2107</sup> La sanción en el derecho indígena no tiene un sentido punitivo, sino que su cumplimiento responde a la necesidad de hacer reflexionar al infractor<sup>2108</sup>.

Dado que las sanciones son generalmente negociadas, los actores del conflicto son también protagonistas de su solución y al ser partícipes de ésta, ella los vincula a cumplirlos sin imposición ni sentimiento de pérdida o de injusticia<sup>2109</sup>, por lo que el cumplimiento de la misma no es aflictivo como en occidente es el cumplimiento de la pena.

El consenso produce el convencimiento interno para que la persona responsable otorgue su consentimiento para la formalización de su sanción, y admita una o varias soluciones alternativas a los hechos, siendo el fundamento el valor de la

---

<sup>2105</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, páginas 66 y 67. También DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001, página 37. En el mismo sentido RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 44.

<sup>2106</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 29.

<sup>2107</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>2108</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 41.

<sup>2109</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 194.

palabra, la conducta a observar y las acciones a realizar<sup>2110</sup>. En este proceso, la reflexión del acusado es parte fundamental, porque la meta es que éste se reincorpore a la sociedad; por lo que la confesión del infractor es de gran importancia, como mecanismo externo de que ha asumido la responsabilidad por su actuar, pues sólo esta posibilidad le permite alcanzar la propia armonía individual<sup>2111</sup>.

La simbología de de esta asunción de responsabilidad es similar a la ya mencionada expiación, entendida como una prestación personal ética del autor, carente de contenido aflictivo, que lo lleva a aceptar la necesidad de la sanción y le permite recuperar su libertad moral y reconciliarse con la sociedad<sup>2112</sup>.

En el derecho indígena las sanciones y ritualidad del proceso buscan incidir en el infractor, cuando por medio de la confesión admite su error y queda en paz consigo mismo y la comunidad, pudiendo de esta forma reintegrarse a la misma<sup>2113</sup>.

El principio de arrepentimiento o *kuyb' al mak* es algo inherente al derecho maya y el rol de la vergüenza pública es fundamental, especialmente en casos de robo o violencia sexual o doméstica. A través de la presentación en público de los delincuentes se busca la prevención<sup>2114</sup>. El esperado efecto de prevención de futuros delitos se logra con estos mecanismos con una amplia tasa de efectividad<sup>2115</sup>. Esto se logra al identificar las normas con los valores de su cosmovisión.

<sup>2110</sup> US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, *Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 64 y 65.

<sup>2111</sup> El autor cita al pueblo Paece o Nasa, en Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 20 y 21.

<sup>2112</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Op Cit, página 58.

<sup>2113</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 323. En el mismo sentido, PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocultura, Colombia, 1995, página 40.

<sup>2114</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 44.

<sup>2115</sup> SIEDER describe un caso donde se aplicó el derecho indígena a tres jóvenes acusados de robo; cuatro años después, uno falleció y los dos restantes ya habían encontrado trabajo y ayudaban económicamente a sus

El derecho indígena es un derecho eminentemente reparador, que no busca la destrucción moral, espiritual o física de las personas sino que busca construir siempre la armonía, el equilibrio, por lo mismo persigue construir conductas de conciliación constante y permanente<sup>2116</sup>. En la justicia indígena se busca la resocialización del delincuente, por lo que se rechazan penas que impliquen la desnaturalización ambiental del sujeto, como la pena privativa de libertad<sup>2117</sup>.

Incluso las sanciones físicas, sobre las que se reflexionará a posterioridad, se imponen como una corrección, estando siempre acompañadas de reflexiones que las autoridades hacen a los imputados sobre la ilicitud de sus actos, mientras los insistan a corregirse<sup>2118</sup>, y se les exhorta a que no vuelvan a cometer delitos, por ser vergonzoso para su familia y comunidad. Se le pide que recobre su vergüenza y moral perdidas, para integrarse de nuevo a la comunidad<sup>2119</sup>.

Para el delincuente considerado por la comunidad como incorregible por la severidad de sus crímenes, el derecho indígena contempla la expulsión de la comunidad, que se impone cuando ninguna otra ha tenido eficacia<sup>2120</sup>. Si luego de varias sanciones, el onfractor no corrige su forma de vida y reincide, se le aplica la

---

familias. Ninguno se vio involucrado en actos delictivos desde su juicio ante la comunidad. Sus padres firman que las medidas aplicadas habían “ayudado” a corregir a sus hijos. SIEDER, RACHEL, *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 55.

<sup>2116</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001, página 37. En el mismo sentido RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 44.

<sup>2117</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 323. En el mismo sentido, PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Coclutura, Colombia, 1995, página 40.

<sup>2118</sup> Mientras se aplican las rondas de *xik'a'y* (azotes), las autoridades regañan a los infractores y los instan a corregirse. Esta función la ejercen como representantes y servidores de la comunidad, aunque las sanciones físicas no están reservadas para el uso exclusivo de las autoridades encargadas de impartir justicia, sino que en su cosmovisión son aplicadas también en el ámbito familiar para corregir a los niños, práctica de la que tampoco está exenta la cultura occidental. SIEDER, RACHEL, *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 52 y ss.

<sup>2119</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 28.

<sup>2120</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 328 y 345. También es considerada como la más grave de las consecuencias jurídicas de los ordenamientos indígenas por PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Coclutura, Colombia, 1995, página 93.

sanción del destierro. Los integrantes de su familia deciden si lo acompañan o se quedan en la comunidad<sup>2121</sup>.

## 16. La reparación como un fin autónomo

En todas las manifestaciones del cumplimiento de los fines de prevención general y especial, y en menor medida, de retribución, resalta dentro de las sanciones del derecho indígena, que el fin último buscado es el restablecimiento de la armonía perdida entre los miembros de la comunidad. Esto se logra por medio de la reparación del daño<sup>2122</sup>.

Tal parece que además de los fines clásicos de la pena, el derecho indígena introduce otro fin independiente, el de la reparación.

Los conflictos cotidianos en las comunidades son esencialmente problemas de convivencia, las posiciones extremas, los malos entendidos, la intolerancia y otros, siendo importante atender estas casusas para realmente dar respuesta satisfactoria al problema concreto, sin causar más complicaciones que el conflicto a solucionar<sup>2123</sup>. No es preciso en absoluto que se dé por añadidura el poder de castigar<sup>2124</sup>.

<sup>2121</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NOJ, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 29.

<sup>2122</sup> RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 47. Los mismos fines se encuentran en la justicia maya, según los resultados de la Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, *Oxlajuj Ajpop*, del 2003. En US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, *Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 64 y 65. En el mismo sentido se manifiesta ARIZA SANTAMARÍA al referirse a los Paeces o Nasa, en Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, páginas 20 y 21.

<sup>2123</sup> CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 193.

<sup>2124</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 120.

Dentro del derecho indígena, la comunidad ejerce un control social de primera línea, al mantener las pautas de comportamiento que desea para llegar a utilizar el sistema penal como último recurso. El sistema indígena promueve actitudes de disculpa, perdón, reconciliación, restitución y reparación. En la actualidad, el sistema de justicia formal impide que las personas transgresoras tomen conciencia del daño que se hace a la sociedad con sus conductas, por lo que, volver a la solución ancestral, permitirá una mayor responsabilidad de todos los miembros de la sociedad<sup>2125</sup>.

En el proceso indígena, las autoridades escuchan a la parte afectada que solicita para arreglar el problema, escuchan a la parte infractora, y plantean la solución en base a las circunstancias relatadas, tratando de que ambas partes queden satisfechas. Este mecanismo trae siempre consigo la reparación a la víctima, el arrepentimiento y el perdón entre el infractor y el afectado. La reparación del daño generalmente significa la restitución del bien material y recibir una explicación por parte de quien cometió el agravio. Como ambas partes están conformes con la sanción impuesta, se garantiza que la misma sea acatada<sup>2126</sup>.

En el derecho maya es de primordial importancia establecer la verdad. Generalmente esto se hace a través de la investigación y la confesión del acusado. El ejercicio de la justicia está íntimamente vinculado a la determinación de la verdad en un contexto específico<sup>2127</sup>.

Aunque el derecho indígena también contempla sanciones, éstas se refieren esencialmente a llamadas de atención, o en los casos más graves, trabajo social

<sup>2125</sup> RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004, página 89.

<sup>2126</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, páginas 29, 58 y 68.

<sup>2127</sup> En quiché *q'atb'al tzij* se refiere al acto de hacer justicia, y se asocia con la evaluación de la veracidad de las palabras o versiones de los hechos de las personas involucradas en la disputa. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 40.

que retribuya y repare a la comunidad por el perjuicio ocasionado<sup>2128</sup>. Las sanciones del derecho indígena no pretenden expresar solamente la reprobación social, sino son más bien una forma de reparación, que sobre todo busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz social rota por el delito<sup>2129</sup>.

Estos mecanismos son compatibles con los postulados de la justicia restitutiva, que en lugar de concentrarse solamente en el infractor y definir el término justicia por la finalidad de arrojar culpas e imponer penas, reconoce que el crimen lesiona a la víctima, a la comunidad y al transgresor de la ley<sup>2130</sup>.

El fin de la reparación tiene tanta o más importancia que los fines de prevención y retribución en el derecho indígena, porque dentro de su cosmovisión, la comunidad ejerce un control social de primera línea, al mantener las pautas de comportamiento que desea para llegar a utilizar el sistema penal como último recurso<sup>2131</sup>.

## **17. Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho indígena**

Debemos empezar aclarando que las consecuencias jurídicas del delito en el derecho indígena, que denominaremos sanciones por razones prácticas<sup>2132</sup>, tienen un contenido material diferente al de la pena. Como se ha afirmado en la primera parte de este estudio, en principio, la pena es un mal, es una privación total o parcial de bienes jurídicos; y no puede negarse su carácter afflictivo, aunque responda a un

---

<sup>2128</sup> KOMPASS, ANDERS, *Confusión sobre el derecho indígena*, artículo publicado en el diario El Periódico, Guatemala, 22 de julio de 2006.

<sup>2129</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 319.

<sup>2130</sup> HIGHTON, ELENA; ALVAREZ, GLADYS; GREGORIO, CARLOS, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, página 77.

<sup>2131</sup> RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004, página 89.

<sup>2132</sup> Se utiliza este concepto por ser incluyente, de acuerdo a MAPELLI CAFFARENA, sanción es un concepto formal más amplio, que significa consecuencia jurídica de un determinado supuesto fáctico o hecho culpable. En MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Op Cit, página 18.

tratamiento científico y no a una aflicción gratuita<sup>2133</sup>. La esencia de la pena es el sufrimiento del autor del delito<sup>2134</sup>.

En el derecho indígena las sanciones no son penas en sentido estricto, sino elementos rituales del proceso. Aunque el medio utilizado pueda producir aflicción, su finalidad no es causar sufrimiento, sino representar un elemento que servirá para purificar al individuo. Forma parte de un ritual de la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía<sup>2135</sup>.

El proceso penal indígena y la sanción van íntimamente relacionados, haciendo difícil separar uno de otro. Muchas veces no se puede distinguir donde termina la garantía criminal y donde empieza la garantía de ejecución de la pena. La ejecución de la sanción tampoco está sujeta a una ley que la regule y pueden variar las circunstancias en que se ejecuta, siendo otra de las diferencias con el derecho occidental.

No debe perderse de vista que el fin de la sanción en el derecho indígena, es la reparación a la víctima, para de esta forma restablecer la armonía en la comunidad. No es un sistema creado para sancionar y castigar, sino un sistema que guía y conduce a las comunidades a su interrelación social<sup>2136</sup>.

Tanto el catálogo de comportamientos punibles como sus sanciones varían entre la diversidad de comunidades<sup>2137</sup>, contemplando muchas formas de solucionar conflictos. No es un sistema penal de dos vías, como en la mayoría de ordenamientos penales occidentales, donde las respuestas al delito son las penas y las medidas de seguridad<sup>2138</sup>. Dentro del derecho indígena son sanciones usuales las siguientes:

---

<sup>2133</sup> ÍDEM, página 19. En el mismo sentido LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Op Cit, página 146.

<sup>2134</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 136.

<sup>2135</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97.

<sup>2136</sup> DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001, página 37.

<sup>2137</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 385.

<sup>2138</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 43.



- a) La reparación a la víctima que es la más común
- b) Advertencias
- c) Sanciones purificadoras, las cuales pueden incluir apremios físicos
- d) Expulsión de la comunidad, como la consecuencia más grave.

La privación de libertad no es parte de las consecuencias jurídicas del delito.

En las comunidades, de entre su elenco de sanciones, se suele optar por aquella que mejor se corresponda con la naturaleza del hecho perpetrado, la personalidad del infractor y las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos<sup>2139</sup>. Incluso ante un mismo delito, existe toda una variedad de sanciones conforme a la magnitud del modo de comisión<sup>2140</sup>. Otra característica que debe resaltarse es que las sanciones son aceptadas por ambas partes<sup>2141</sup>.

## 17.1 La reparación

La reparación es la más común de las consecuencias jurídicas en el derecho indígena.

En la cosmovisión indígena, la persona que ha cometido un daño debe reparar todas las consecuencias. La reparación del daño generalmente significa la restitución material del bien, ofrecer una explicación por lo actuado, decir la verdad y pedir una disculpa a la víctima, la cual puede ser pública<sup>2142</sup>. También puede

---

<sup>2139</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 321. LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003, página 122.

<sup>2140</sup> GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995, página 34.

<sup>2141</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 58.

<sup>2142</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, páginas 68 y ss.

resarcirse con bienes o trabajo a favor de la víctima<sup>2143</sup>. Los acuerdos alcanzados generalmente son registrados en actas escritas por las propias autoridades indígenas<sup>2144</sup>.

Incluso en casos graves como el homicidio, lo que importa no es que el responsable sea castigado, sino que efectúe una reparación a la familia de la víctima, la cual puede materializarse en trabajos a favor de los deudos y hacerse cargo de su manutención. La concordia no viene del castigo, sino de la reparación<sup>2145</sup>.

En los sistemas jurídicos indígenas, en ocasiones, casos muy graves como homicidios o violaciones, son resueltos con una negociación entre las familias de los autores y de las víctimas, sin sanción alguna, mediando una reparación económica a favor del agraviado o sus familiares<sup>2146</sup>.

En casos de lesiones que causen inhabilitación, el causante debe mantener a su víctima y su familia hasta que se recupere, asumiendo tanto el lucro cesante como el daño emergente<sup>2147</sup>.

<sup>2143</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 41.

<sup>2144</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 44.

<sup>2145</sup> HULSMAN cita al antropólogo Michel Alliot, que indica que en la tribu africana bantú, lo que importa cuando alguien ha matado no es que él mismo sea matado a su vez o castigado, sino que efectúe una reparación trabajando para la familia de la víctima. Ver HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 117.

<sup>2146</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 297. Para los Wayúu de Colombia, la compensación que acompaña a todo delito, incluso a los homicidios. PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocultura, Colombia, 1995, páginas 220-221.

<sup>2147</sup> La reparación puede adoptar la forma de pago de salarios, alimentos, pago de curaciones y gastos asociados. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 69. Dentro del derecho indígena de las poblaciones de Costa Rica, cuando se causa un daño físico, como una lesión que le impida al afectado trabajar, el causante debe mantenerlo junto con toda su familia hasta que se recupere de la lesión. Los autores citan el voto 3003-92 del 7 de octubre de 1992, donde la Sala Constitucional costarricense votó con motivo de una consulta realizada sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. En PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 95.

En ataques a la propiedad, dado que su naturaleza permite la reparación del daño causado de forma casi perfecta, lo común es que las víctimas pidan que se les restituyan o sustituyan los bienes y se paguen las consecuentes reparaciones que sean necesarias<sup>2148</sup>.

Como parte de la reparación, se aceptan trabajos a favor de la víctima o sus familiares, como ya se ha mencionado, y trabajo en beneficio de la comunidad. Con los trabajos en beneficio de la comunidad se persigue que el sujeto comprenda la importancia de velar por los intereses de la sociedad y asuma su deslealtad al faltarle al respeto mediante la comisión de un hecho delictivo<sup>2149</sup>.

Esta práctica es acorde con los valores propios de la cosmovisión indígena, donde el servicio a la comunidad, *Kaxkol*, es un requisito de la vida comunal y es percibido como algo útil, por lo que hay total identificación con esta práctica<sup>2150</sup>. El desempeño satisfactorio de los deberes comunales es lo que permite a una persona ser “*hijo de*

---

<sup>2148</sup> SIEDER analiza el caso de un robo de vehículo donde los peticionarios, luego de una larga discusión solicitaron que los infractores devolvieran el bien y pagaran las reparaciones de los daños asociados. Ver SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra, en Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 50. Para IXCHIU GARCIA, en Guatemala, no existe dificultad para interpretar y aplicar los derechos de los pueblos indígenas en delitos contra el patrimonio, que permiten la reparación del daño causado de forma casi perfecta, como una excepción a la regla general, cuando las partes son indígenas o se comete el ilícito en un pueblo indígena. IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 35.

<sup>2149</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 328.

<sup>2150</sup> En Guatemala, El pueblo *K'iche'* lleva un registro de todos los nacimientos, “*Libro de Nacimientos*”. Cuando los jóvenes cumplen 18 años, realizan un servicio gratuito a la comunidad, o *Kaxkol*, como parte de su iniciación en la vida adulta. Una vez cumplido este servicio o *Kaxcol*, los jóvenes se inscriben en otro libro, el “*Libro de Oro*”. El *Kaxcol* o servicio a la comunidad es un requisito de la vida comunal y es percibido como algo útil, por lo que hay total identificación con esta práctica. LOPEZ FUNES, MARÍA ESTELA; ORTIZ SAMAYOA, MARÍA JOSÉ, *Caso Guatemala*, en Proyecto de Sistematización de las Experiencias de Trabajo sobre Derecho a la Identidad y Registro de Nacimientos con Niños y Niñas Indígenas en Cuatro Países Latinoamericanos, publicación de UNICEF y Plan Interaccional, Panamá, 2008, página 63. El trabajo en beneficio de la comunidad también se encuentra presente en las sanciones mayas. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 69. El trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad también se encuentra presente en las comunidades Paeces o Nasayues de Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 22. En la comunidad Bribri de Costa Rica también está presente el trabajo en beneficio del afectado o de la comunidad. PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 95.

*la comunidad*<sup>2151</sup>. Las personas prestan sus servicios a la comunidad año tras año, comenzando con tareas prácticas de menor responsabilidad. Para llegar a ocupar cargos de autoridad indígena, es necesario llevar una vida llena de servicio a la comunidad<sup>2152</sup>.

En aplicación del principio de diversidad cultural, la Corte Constitucional Colombiana, ha aceptado como penas constitucionales admisibles, las previstas por la costumbre de trabajos forzados a favor de la comunidad durante el día y la aplicación de cepo durante la noche<sup>2153</sup>.

En los sistemas indígenas, la pena personal es subsidiaria, pues están mediatizados por reglas de compensación y pagos tendientes a las reparaciones. Estos pagos son responsabilidad del clan o familia del ofensor<sup>2154</sup>.

### 17.3 Advertencia

Dentro de la vida comunitaria también tiene importancia la advertencia previa que se hace al sujeto infractor. En los delitos más leves como hurtos, daños u ociosidad, no suele enjuiciarse al autor en el primer hecho; sólo cuando después de quedar advertido, bien por la autoridad, bien por la misma comunidad, es cuando el sujeto va a ser procesado, condenado y castigado<sup>2155</sup>.

<sup>2151</sup> EKERN, STENER, *La comunidad maya en tiempos de cambio: ¿la base del movimiento maya?*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 208.

<sup>2152</sup> Este servicio es prestado sin remuneración alguna. AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b'áqtun: retos y desafíos*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010, página 191.

<sup>2153</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.

<sup>2154</sup> PERAFÁN cita un ejemplo donde en las comunidades abordadas en su estudio, se tomó como reparación ofrecer a una mujer de la familia como novia. PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocoltura, Colombia, 1995, páginas 39 y 40. Los pueblos los Paeces o Nasayues de Colombia contemplan el pago de una indemnización como reparación. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 22.

<sup>2155</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 312.

La advertencia es una institución de origen prehispánico, que ya era mencionada en los escritos de Fray Francisco de Bobadilla para los casos en los que alguna persona hacía algo incorrecto y se confesaba a los ancianos buscando consejo<sup>2156</sup>.

Dentro del código de comportamiento del *P'ixab'* o derecho indígena, se incluye un sistema de consejos y advertencias, resaltando valores morales, espirituales y éticos<sup>2157</sup>.

La advertencia puede darse en una etapa temprana de resolución del conflicto, en forma de un consejo o advertencia, donde se invita a la persona a reflexionar de las consecuencias de sus actos en caso de no resolver el problema<sup>2158</sup>.

Las advertencias o llamadas de atención, pueden darse hasta tres veces, para luego pasar a sanciones materiales<sup>2159</sup>.

### 17.3 Sanciones purificadoras

El elemento más cuestionado del derecho indígena es la existencia de sanciones purificadoras. Este es uno de los temas más discutidos en los debates políticos acerca de la autonomía indígena y la coordinación entre el derecho indígena y el derecho ordinario<sup>2160</sup>.

<sup>2156</sup> Refiera además que la advertencia para no volver a incurrir en la conducta tenía efecto. En DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro Natural y general historia de las Indias, islas e Tierra firme del mar océano, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 183.

<sup>2157</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 49.

<sup>2158</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 57.

<sup>2159</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 26.

<sup>2160</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 56.

Las sanciones purificadoras representan la limpieza espiritual del infractor, la purificación de su cuerpo y de su sangre, y la expulsión de las fuerzas internas que lo han llevado al delito, que se contemplan como ajenas a la naturaleza del hombre. Constituyen elementos que persiguen que el sujeto confiese su injusticia para recuperar de esta forma su paz interior, la confianza y aceptación de la comunidad<sup>2161</sup>.

Para cumplir con este cometido se permite el uso de sanciones físicas, impuestas como una corrección, estando siempre acompañadas de reflexiones que las autoridades hacen a los imputados sobre la ilicitud de sus actos, mientras los insistan a corregirse<sup>2162</sup>. Estas sanciones no deben causar lesiones<sup>2163</sup>.

Los castigos corporales son algo culturalmente específico asociado con la purificación o la corrección. Sus detractores lo condenan como un abuso en contra de los derechos humanos y afirman, con un matiz racista, que se trata de un ejemplo de barbarismo<sup>2164</sup>.

Las sanciones físicas se encuentran totalmente excluidas del derecho occidental. No obstante se admiten algunas prestaciones expiatorias, dentro de la justificación ético-individual de la pena de la aspiración de liberarse de la culpa, lo que constituye una experiencia fundamental del hombre como ente moral<sup>2165</sup>.

Por el contrario, las penas corporales son muy frecuentes en los sistemas indígenas. Esto, para PERAFÁN se debe a la poca evolución de las instituciones

---

<sup>2161</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 339.

<sup>2162</sup> Mientras se aplican las rondas de *xik'a'y* (azotes), las autoridades regañan a los infractores y los instan a corregirse. Esta función la ejercen como representantes y servidores de la comunidad, aunque las sanciones físicas no están reservadas para el uso exclusivo de las autoridades encargadas de impartir justicia, sino que en su cosmovisión son aplicadas también en el ámbito familiar para corregir a los niños, práctica de la que tampoco está exenta la cultura occidental. SIEDER, RACHEL, *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 52 y ss.

<sup>2163</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 28.

<sup>2164</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la recuperación del Derecho Indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de la Posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2001, página 19.

<sup>2165</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 56.

penales a través del tiempo y a la simbología del rito<sup>2166</sup>. En el derecho indígena, las sanciones tienen un fuerte contenido simbólico-mágico-religioso y no buscan la expiación, sino la purificación.

En la cosmovisión indígena, la persona está constituida por dos energías: la positiva y negativa. La energía positiva es la que hay que potenciar, y en esto juega un papel importante el sistema de los *nawales* en la vida de las personas, la familia y la comunidad. La energía negativa es la que desequilibra el comportamiento de la persona en la familia y en la sociedad. Cuando la persona no cumple con los consejos y las advertencias del *Pixab'* y comete delitos graves, su energía negativa deberá ser reparada<sup>2167</sup>.

En la mayoría de los casos se considera que son malos espíritus ajenos a la persona los que la obligan a hacer el daño o mal. En comunidades indígenas colombianas existe una institución penal que se denomina separación de los espíritus, que consiste en proporcionar al sujeto bebidas elaboradas con plantas para neutralizar esa energía negativa<sup>2168</sup>.

Dentro del derecho maya, el equilibrio de las energías negativas se logra mediante la reacción producida con la *xik'á'y*, que constituyen un último recurso para corregir una falta grave. Los *xik'á'y* no son simplemente azotes. Se aplican en ceremonia con las ramas de una planta que idioma *quiché* se denomina *chajob'* o chilca en castellano. La práctica intenta no sólo corregir, sino también es un elemento de vergüenza pública. Se ejecuta con un ritual, iniciando con oraciones para “*pedir permiso a Dios*” y a la asamblea por lo que se va a hacer. Mientras se aplican las rondas de *xik'á'y*, las autoridades indígenas llaman a la reflexión a los infractores y los instan a la corrección<sup>2169</sup>.

<sup>2166</sup> PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Coclutura, Colombia, 1995, página 40.

<sup>2167</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la “recuperación” del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 52.

<sup>2168</sup> PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Coclutura, Colombia, 1995, página 94.

<sup>2169</sup> Esta práctica de los *xik'á'y*, tiene su origen en la educación de los niños y tiene aún gran arraigo en muchas familias mayas. En la cultura se piensa que con esta práctica se inculca en los niños el deber de respeto a los mayores, padres y ancianos; y la responsabilidad de cumplir con las tareas. En el ámbito familiar consisten en

Consiste en azotes rituales con ramas del árbol y consuetudinariamente son administrados por los *k'amal bé* de mayor edad, los alcaldes comunitarios o los propios padres de los acusados. Sus detractores los condenan como un abuso, mientras que sus defensores lo describen como una manera de corregir las energías de los que han incurrido en errores y lo defienden como parte del derecho maya. El número de *xik'á'y* aplicados depende de la naturaleza de la falta cometida, pero también de otros factores como la humedad del ambiente (las ramas duelen más cuando están mojadas). Cuatro *xik'á'y* representan los cuatro puntos cardinales de la cruz maya, cinco incluyen el quinto elemento llamado *uk'ú'x* u ombligo o centro de la tierra. Nueve señalan los nueve ciclos lunares o nueve meses de un embarazo "porque una persona con una falta lo trae desde su nacimiento". Veinte representan un *winaq'* o una persona (contando los diez dedos de las manos y diez dedos de los pies), es decir "que se vuelvan personas"<sup>2170</sup>.

Terminada la aplicación de esta sanción, los ancianos y autoridades conducen a la persona a un cerro, para que la energía del viento le ayude y quite de sí mente toda la maldad; luego, tirane en un río las ramas con las que golpearon al sujeto y piden a los espíritus que la energía del agua ayude a limpiar su conciencia y cambiar su conducta de negativa a positiva<sup>2171</sup>.

La pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental es bárbara y cruel. En el derecho indígena, el *xik'á'y* no es sólo un castigo, cada golpe va acompañado de un consejo, para que el infractor corrija su actuar<sup>2172</sup>.

---

golpes suaves con ramas que varían según las comunidades. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 54. También DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 28.

<sup>2170</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 50.

<sup>2171</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 28.

<sup>2172</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 328.



Los pueblos indígenas utilizan diversas sanciones purificadoras. Es común la aplicación del fuste o el cepo<sup>2173</sup>. Otras sanción común es el baño con agua fría, que tiene un contenido simbólico que pretende limpiar el cuerpo de los malos espíritus; también se utiliza la aplicación de la ortiga, que es una hierba medicinal urticácea, tiene un carácter ritual y mágico que se interpreta como una forma de purificar su sangre y su alma, expulsando al espíritu maligno y purificando al sujeto<sup>2174</sup>.

También tiene fuerza la condena moral y repudio generalizado de la comunidad hacia los ofensores, por haber transgredido usos sociales consensuados por la costumbre. La transgresión además fractura la cohesión social y puede amenazar la seguridad de los miembros de la comunidad<sup>2175</sup>.

Algunas sanciones utilizadas por los indígenas provienen del sistema punitivo colonizador español, como la aplicación del fuste o el cepo, azotes o el corte de pelo a las mujeres (trasquilamiento)<sup>2176</sup>. Por ello no debe constituir ningún obstáculo para afirmar que se trata de un ordenamiento autóctono. Todo sistema jurídico viene a ser conformado por instituciones de la propia tradición, y otras que han ejercido una fuerte influencia desde culturas y civilizaciones diferentes<sup>2177</sup>. Los sistema de

<sup>2173</sup> El autor hace referencia al Peritaje Cultural elaborado por la Antropóloga Esther Sánchez Botero. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 26.

<sup>2174</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 326 y 327.

<sup>2175</sup> CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006, página 112.

<sup>2176</sup> CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004, página 64. Sobre el corte de pelo también se encuentran referencias en DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro Natural y general historia de las Indicas, islas e Tierra firme del mar océano, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en Culturas Indígenas de Nicaragua, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 173.

<sup>2177</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 281. Diferencias de opinión sobre los *xik'a'y* y la esencia y práctica del derecho maya también existen dentro del mismo movimiento maya por considerarlos un legado colonial y no un elemento genuino del derecho maya. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 57.

justicia de los pueblos indígenas, no son inmutables y están permanentemente en interacción con los derechos estatales<sup>2178</sup>.

A diferencia de las sanciones coloniales, que tenían una eminente finalidad punitiva y que generalmente incluían castigos físicos, las sanciones indígenas tienen como fin la purificación. En la época colonial, los suplicios iban acompañados de ciertos detalles de intención psicológica, como la humillación consistente en exhibir a los reos por las calles de pueblos<sup>2179</sup>. Llama la atención que algunos vestigios de este sistema aún se observan en algunas prácticas indígenas; la vergüenza pública (*K'ixba'í*) está presente en algunas sanciones derivadas de casos de robo, violencia sexual o doméstica, así como la presentación pública de los delincuentes, buscando a la vez un efecto preventivo<sup>2180</sup>. Para los indígenas, la vergüenza es un valor que permite a la persona reconocer faltas graves, mediante una crítica ante la familia, la comunidad y las autoridades. La vergüenza es un valor que permite que la comunidad, en su conjunto, sienta la necesidad de corregir el rumbo, el camino de vida de la persona<sup>2181</sup>.

Una figura muy controversial son los linchamientos, que consiste en una especie de homicidio en riña tumultuaria, donde un grupo de personas agrede a presuntos delincuentes. Los linchamientos no son parte del derecho consuetudinario indígena<sup>2182</sup>, es generalizado rechazar que los mismos forman parte de una tradición jurídica amparada en el derecho indígena<sup>2183</sup>; por el contrario, son una

<sup>2178</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 61.

<sup>2179</sup> MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011, páginas 248 y 249.

<sup>2180</sup> SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la "recuperación" del derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*, en *Autoridad, Autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, página 44.

<sup>2181</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 27.

<sup>2182</sup> MENDOZA, CARLOS, *Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o "justicia popular"?*, FLACSO, Guatemala, 2003, página 117.

<sup>2183</sup> RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 56. En el mismo sentido, MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA GUATEMALA, *Informe de verificación: los linchamientos, un flagelo que persiste*, publicación de MINUGUA, Guatemala, 2002, página 19.

negación sistemática del mismo por medio de la destrucción de los mecanismos tradicionales de regulación de las comunidades y de sus autoridades<sup>2184</sup>.

Como afirma HASSEMER al referirse víctimas en general –sin ninguna consideración de raza en particular-, los linchamientos son una forma de hacerse justicia por la propia mano, como una reacción social de miedo a la delincuencia, fenómeno que muestra que la víctima es una doble amenaza a los intereses humanos, corriendo el peligro de convertirse ella misma en delincuente, respondiendo a la violencia con violencia, al delito con delito; y a su vez, el hecho de que se socialice el interés de la víctima crea el peligro de que, algunos grupos sociales, ligados directamente a la víctimas, o que al menos lo sientan así, pongan manos a la obra a la venganza o a la “prevención” frente a los delincuentes o frente a quienes tienen por tales<sup>2185</sup>. Esta reacción social no tiene nada que ver con la cultura de determinado grupo humano, sino más bien, es una reacción emocional hacia la amenaza criminal.

Algunos sectores políticos y sociales han querido asociar el fenómeno de los linchamientos como una forma bárbara que los indígenas tienen de aplicar su ley. El hecho de que dentro del grupo que ejecuta el linchamiento se encuentren personas indígenas, no obedece a la idiosincrasia tradicional de resolución de conflictos, sino al hecho de que éstos ocupan siempre el último estrato de la pirámide social, siendo los marginados de los marginados<sup>2186</sup>, y que en los territorios donde el Estado ha perdido el control, las personas asuman la justicia por su propia mano, territorios que coinciden con los más abandonados por el Estado respecto a todos los servicios esenciales y no sólo el de seguridad, territorios que suelen coincidir con el lugar de habitación de personas indígenas.

---

<sup>2184</sup> MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE GUATEMALA-MINUGUA-, *Los linchamientos, un flagelo que persiste*, Segundo Informe de Verificación Temático, Guatemala, AÑO, párrafo 36.

<sup>2185</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, página 94.

<sup>2186</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 291.

### 17.3.1 Las sanciones purificadoras y la humanidad de las penas

El principio de humanidad de las penas surge en el derecho occidental con la Ilustración, como una reacción ante el uso de los tormentos físicos como castigo para el delincuente. A partir de la obra de BECCARIA y su elocuente narración del sufrimiento de los infractores, se discute la forma en la cual debe castigarse el delito, sin incluir penas corporales, y la forma de humanizar las penas. Este principio ha llevado a la abolición de la tortura, del mismo modo que intenta hacerlo con la pena de muerte, y en materia de ejecución penitenciaria, obliga a tratar con respeto al privado de libertad, y evitarle todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos<sup>2187</sup>.

A partir de allí, se sustituye la tortura física por la pena privativa de libertad, por ser menos cruel que aquella, al menos comparada con los terribles tormentos físicos ordinarios y extraordinarios de aquella época, pues la privación de libertad, en las concisiones que suelen imperar en las cárceles, la separación del núcleo familiar y todas las secuelas que el encierro conllevan, también representan un suplicio para el privado de libertad. Como opina BOVINO, no puede considerarse que los sistemas penales vigentes representen un verdadero avance respecto de la crueldad de los castigos de la época anterior al iluminismo. En este sentido, no podría afirmarse que la aparición de la cárcel como principal lugar y modo de cumplimiento de la pena, represente una humanización de la práctica punitiva<sup>2188</sup>.

En la actualidad el principio de humanidad de las penas es el principio rector de la ejecución penal<sup>2189</sup>.

En el derecho occidental se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero tal afirmación no es verdad, pues la prisión es también un castigo corporal. HULSMAN afirma que la prisión degrada la incolumidad corporal: la privación de aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento entre cuatro muros estrechos, el

<sup>2187</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 78.

<sup>2188</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, página 268.

<sup>2189</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op Cit, página 23.

paseo entre rejas, la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, con mal olor, con los colores desagradables de la prisión, con comidas limitadas y de mal sabor, todas estas condiciones causan sufrimientos físicos que implican una lesión corporal que deteriora lentamente<sup>2190</sup>.

Atendiendo al principio de diversidad cultural, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en diversos fallos, que los límites mínimos en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, responden a un consenso intercultural sobre lo que “*verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre*”. Dicha Corte identifica esos bienes en el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento en los delitos y en las penas, entendiendo por esto último, que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena de que se trate, atendiendo a la especificidad de la organización social y política, así como a las características de su ordenamiento jurídico<sup>2191</sup>.

De las sentencias citadas, la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96 contempla un interesante fallo en el cual se refiere a los castigos físicos. Al respecto, la Corte indicó que: “*La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, define tortura como todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se*

---

<sup>2190</sup> HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 50.

<sup>2191</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-253/94; Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96; Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-523/97. Ver también En AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, Documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003, página 26.

*consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales de éstas”. La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendido que no todas las sanciones que producen sufrimiento alcanzan esa categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad, los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.*

En la misma sentencia, la Corte Constitucional Colombiana utilizó esos criterios para determinar en un caso concreto, si la aplicación de la pena corporal de fuese constituía una práctica de tortura: *“El fuese consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de mejor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que se produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su fuero interno, porque de acuerdo con los elementos del caso, ésta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo a un escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”<sup>2192</sup>.*

<sup>2192</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96.

La humanidad de cada forma punitiva debería ser evaluada de acuerdo con su propia época, conforme la vida cotidiana de quienes experimentan el dolor de la misam<sup>2193</sup>.

De acuerdo a BORJA, objetivamente puede decirse que desde la mentalidad occidental, no se debe castigar a una persona a sufrir penas corporales, pero ya vimos que la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue el derecho indígena, mientras que las consecuencias jurídicas indígenas, que acarrearán una gran carga ritual y un menor contenido aflictivo del que aparentemente representan, muestran gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales del sistema. Los efectos de prevención especial y mecanismos de control social de los pueblos indígenas, evitarán con bastante probabilidad, una reincidencia; pero el sujeto es procesado y castigado por la justicia estatal, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, volverá a su comunidad desarraigado, rebelde y seguramente contagiado por la influencia criminal de otros reclusos. De entre estas dos opciones, parece más humana, más integradora, más rehabilitadora y en definitiva, más beneficiosa para el individuo y para la sociedad, la aplicación de la fórmula propia del derecho indígena<sup>2194</sup>.

#### 17.4 Expulsión de la comunidad

En la cosmovisión indígena, en los casos donde el infractor es irrecuperable, se asegura a la comunidad por medio de la expulsión de la comunidad. Esta medida viene a ser el equivalente al encarcelamiento perpetuo u otras formas de inocuización del delincuente habitual incorregible, donde se justifica el aislamiento perpetuo.

---

<sup>2193</sup> BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, Op Cit, página 268.

<sup>2194</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 362.

Cuando la conducta de una persona afecta grandemente la tranquilidad de las familias y población, se evalúa su trayectoria de vida de acuerdo a los valores de la comunidad indígena. Si luego de varias sanciones no corrige su forma de vida y reincide, algunas comunidades aplican la sanción del destierro o expulsión comunitaria de la persona. En caso que el destierro sea definitivo, los integrantes de la familia pueden decidir si acompañan al infractor o se quedan en la comunidad<sup>2195</sup>.

El arraigo que los indígenas sienten por la tierra es muy importante. Para ellos, existe un vínculo profundo entre el ser humano y el territorio<sup>2196</sup>. Por eso una de las sanciones más severas es la expulsión de la comunidad y se impone cuando ninguna otra ha tenido eficacia. Implica quebrar la relación con la tierra a la que pertenecen, pierden al mismo tiempo el soporte espiritual y social de su existencia. El individuo es un ser vacío fuera de su clan, de esta forma, declarar esta sanción supone una especie de muerte social del infractor<sup>2197</sup>.

Esta sanción también es conocida como “desconocimiento”, que consiste en “desconocer” a un sujeto, quitarle sus derechos, incluido el de vivir en el territorio de todos<sup>2198</sup>.

Por ser la más grave de las sanciones se aplica para ilícitos muy graves, como violación de niños<sup>2199</sup>.

<sup>2195</sup> DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB' NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Op Cit, página 29.

<sup>2196</sup> OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007, página 57.

<sup>2197</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, páginas 328 y 345. También es considerada como la más grave de las consecuencias jurídicas de los ordenamientos indígenas por PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocoltura, Colombia, 1995, página 93.

<sup>2198</sup> En la comunidad Paece o Nasayue se denomina a la expulsión de la comunidad “desconocimiento”. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 26.

<sup>2199</sup> ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008, página 54. En Nicaragua se encuentran referencias de imposición de la sanción de expulsión de la comunidad en casos de adulterio. DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro



## 17.5 Privación de libertad

Las sanciones indígenas obedecen a la idea de reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, luego de admitir su error y reparar a la víctima. Se persigue que el infractor quede en paz consigo mismo y su sociedad, por lo que rechazan penas que impliquen la desnaturalización ambiental del sujeto, como la pena privativa de libertad<sup>2200</sup>.

Las comunidades están consientes de que el derecho estatal no vela por los intereses de la sociedad ni por los del reo. Las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno y lo transforman negativamente por el contagio criminal<sup>2201</sup>. La cárcel es percibida como algo negativo, por la influencia criminal de otros reclusos y por el impacto económico en la familia del condenado y en su comunidad, es excesivo. Se piensa que esta sanción se revierte negativamente a los miembros de la comunidad cercanos al infractor, porque éstos deben sostener a los familiares del sujeto<sup>2202</sup>.

El rechazo generalizado también se debe a que, contemplar a un individuo encerrado, dentro de la cosmovisión indígena, es visto como si se tratase de un animal enjaulado. En algunos sistemas punitivos se identifica una institución privativa de libertad que en la mayoría de los casos tiene carácter cautelar y no

---

Natural y general historia de las Indias, islas e Tierra firme del mar océano, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en *Culturas Indígenas de Nicaragua*, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004, página 171. También es la sanción más grave para los Paeces de Colombia. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 26. En Colombia, se identificó un caso donde la Corte Constitucional Colombiana aceptó la forma de enjuiciamiento y autoridad de determinado órgano indígena, pero otorgó protección constitucional a un peticionario en un caso donde la pena impuesta era la expulsión de la comunidad, por considerarla desproporcionada al hecho cometido y por afectar a miembros inocentes de la familia. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-254/94

<sup>2200</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 323. En el mismo sentido, PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocoltura, Colombia, 1995, página 40.

<sup>2201</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 322.

<sup>2202</sup> El autor hace referencia al Peritaje Cultural elaborado por la Antropóloga Esther Sánchez Botero. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, página 26.

suele durar mucho, sólo lo necesario para que el sindicato recapacite y reconozca los hechos, consistente en el encierro en la casa comunal<sup>2203</sup>.

Como puede observarse, el sistema de sanciones indígenas va orientado a reconstruir las relaciones sociales rotas por el delito y la armonía social. Es menos punitivo que el derecho occidental, y aún así, a lo largo de la historia han logrado mantener controlado el delito, mantener la cohesión social, mantener sus instituciones y el respeto a sus valores.

---

<sup>2203</sup> BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 342. En el mismo sentido JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006, página 457.

## CONCLUSIONES

En las presentes conclusiones me interesa resaltar cómo los distintos sub temas que se fueron desarrollando, están vinculados entre sí. Para facilitar la recapitulación, enumero a continuación las principales conclusiones a las que he llegado:

1. La reparación es la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Va más allá de la responsabilidad civil por daños y perjuicios. Puede incluir la restitución de la cosa, si fuera posible; la rehabilitación, si procede; la indemnización por el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida; o prestaciones simbólicas de interés para la víctima o para la comunidad. Requiere que el autor asuma la responsabilidad por sus actos y realice un comportamiento activo posterior, que no se limita a una simple petición de disculpas, ni debe entenderse como una mera transacción económica.
2. La confusión existente en cuanto a la naturaleza jurídica de la reparación, se debe, en gran parte, a que la doctrina y la jurisprudencia existente en materia de reparación, se ha desarrollado a partir de analogías con el derecho civil, lo que fortalece el concepto de que se trata de una responsabilidad civil, determinada por un contenido patrimonial, pero se trata de dos pretensiones distintas.
3. La reparación no es una pena. La pena es en esencia un mal aunque responda a un tratamiento científico y no a una aflicción gratuita; mientras que la reparación busca aproximarse a reparar el daño ocasionado por el delito, tratando de incidir en la personalidad del infractor y su relación con la víctima, al enfrentarlo con las consecuencias de sus actos, y cuando sea posible, al confrontarse con su víctima.
4. La reparación es perfectamente compatible con los fines de prevención general positiva, por ser una manifestación del reconocimiento de la vigencia de la norma, que contribuye a estabilizar la confianza en la ley; que satisface

el sentimiento jurídico y sirve para restablecer la paz jurídica alterada por el delito, manifestando su carácter reconciliador. La conciencia social vulnerada por el delito se tranquiliza con la justicia y la reparación a la víctima. También produce efectos de prevención especial, pues busca que el autor asuma la responsabilidad por sus actos e internalice los valores de su comunidad.

5. La pena puede reafirmar al ordenamiento jurídico y cumplir con fines retributivos y de prevención general y especial, pero no repara el orden social quebrantado por el delito. Con excluir al infractor de la sociedad encerrándolo en una prisión, no se repara nada, es más, esa separación romperá absolutamente el orden social y la convivencia para esa persona. La pena tampoco repara el daño ocasionado por el delito. La solución, entonces, debe buscarse en los mecanismos tendientes a reparar esa lesión ocasionada por el delito, tanto para la víctima como en la comunidad, buscando devolver las cosas al estado en el cual se encontraban antes del delito. Sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada la perturbación social originada con el delito.
  
6. La reparación puede contribuir a la resocialización del infractor, evitando los efectos desocializantes y estigmatizantes de la prisión. Puede ser experimentada por el infractor, como algo necesario y justo, que puede fomentar un reconocimiento de las normas, sin los peligros del tratamiento, pues no consiste en la internalización de un modelo y en la sumisión al mismo, sino en despertar en el infractor su sentido de responsabilidad, en especial, sobre las consecuencias que sufrió la víctima. La reparación puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, lo que facilita la reintegración del infractor, por lo que constituye una verdadera sanción repersonalizadora, es decir, contraria a despersonalizarse, lo que significa recobrar la identidad, encontrar o reencontrar una misión en la construcción de la sociedad, presuponiendo la existencia de circunstancias delictivas, que por desgracia son frecuentes en nuestra sociedad.

7. Es erróneo pensar que la criminalidad se origina de la debilidad del sistema penal, sin comprender que el fenómeno criminal es, ante todo, un problema social. La delincuencia tiene causas profundas que hunden sus raíces en el modelo social. Por ello, en países con diferencias abismales en la distribución de la riqueza, no se podrá luchar integralmente contra la criminalidad, si no se adoptan políticas sociales. Mientras no se atiendan las causas del delito, aunque se resocialice o inocuice a una persona, el delito volverá a reproducirse en otra. Por ello, como parte de la política de prevención del delito, debe instaurarse una adecuada política social. La legitimidad de una política criminal no reside en su capacidad de dar las respuestas que la sociedad pide frente al fenómeno criminal, atendiendo a demandas represivas, sino en prevenir dicho fenómeno, dentro de los valores democráticos, es decir, prevención eficaz sin pérdida de garantías.
  
8. Ante el fracaso de la pena, la tendencia debe ir orientada hacia la búsqueda de alternativas a la misma, particularmente a la pena privativa de libertad. Sólo por lo desilusionante del resultado de los esfuerzos resocializadores actuales, es suficiente razón para buscar emprender algo nuevo. Debido a la crisis de la pena, se pretende incorporar al derecho penal un contenido reparador, con una sanción alternativa o complementaria a la pena. Debe buscarse que el sistema penal deje de ser otro victimario. Deben buscarse opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales.
  
9. El debate político criminal, empieza a centrarse en la necesidad de reparar el orden social mediante la reparación a la víctima del delito, y la función de prevención especial y resocialización que dicha reparación puede causar también en el ánimo del delincuente. Una adecuada política criminal, en toda su magnitud, tiene por misión no solamente infligir al delincuente una sanción apropiada para restablecer el orden jurídico violado, sino también, lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecida por las disposiciones sociales y estatales, ayudarla a reparar los perjuicios que ha sufrido e intentar conseguir que recobre su integridad. Por otro lado, la reparación se convierte en un elemento constructivo para el restablecimiento de la paz jurídica, cuando el delincuente ha hecho tanto que la comunidad se siente pacificada.

10. El sistema penal se encuentra en crisis, por lo que surgen tendencias que propugnan un cambio de procedimiento, por medio de mecanismos alternativos a la justicia formal, basados en la justicia restaurativa, que buscan que el conflicto vuelva a sus protagonistas, víctima, infractor y comunidad. Este modelo implica un cambio de abordaje del conflicto, otorgando una participación activa a la comunidad, pues la justicia restaurativa presupone la existencia de una comunidad a donde el infractor debe ser reintegrado. Las corrientes de la criminología apuntan a la sociedad, porque es la propia sociedad quien define y produce el delito, por lo que la comunidad también se ve beneficiada con la justicia restaurativa, por la conquista de un nuevo espacio participativo, en el cual hay comunicación, se confrontan y discuten los hechos, se identifican las causas del delito y se busca una solución justa.
  
11. El modelo restaurativo presupone que el infractor es un ser racional que puede llegar a comprender y asumir el valor de sus actos y no como un mero instrumento que deba ser resocializado o utilizado por el sistema para disuadir a la sociedad de cometer delitos. Dentro de este modelo, entonces, existen tres tipos de infractores: el sujeto culpable, para el que se dispone la pena; el sujeto peligroso, para el que se reserva la medida de seguridad; y el sujeto responsable, para el que estaría destinada la reparación.
  
12. El cambio de modelo de resolución de conflictos hacia una justicia restaurativa, ya se implementa en países cuyos ordenamientos jurídicos reconocen el principio de oportunidad, logrando resultados satisfactorios. De igual forma, la reparación es el modelo tradicional utilizado por los sistemas de justicia indígena, como medio para resolver los conflictos y restaurar las relaciones sociales.
  
13. La reparación es ya aceptada dentro del proceso penal de adolescentes en conflicto con la ley, como una forma de suspender o conmutar el proceso penal formal, como una atenuante a la pena, como una alternativa a la pena, e incluso como condición para obtener algún beneficio penitenciario, sin que

haya ninguna objeción por parte de la víctima o de la sociedad, pero aún no existe un pleno reconocimiento de la reparación como consecuencia jurídica autónoma del delito. Se acepta a la reparación como consecuencia de crímenes de lesa humanidad y violaciones masivas a los derechos humanos, pero no se admite la reparación para delitos comunes.

14. La reparación despierta dudas en cuanto al poder prevención de la criminalidad que pueda tener, pero la solución a la inseguridad no debe buscarse en el derecho penal sino en estrategias de prevención. No es la amenaza de la pena en sí misma, ni su magnitud, la que paraliza los impulsos criminales, sino la certeza de la aplicación de la justicia. Una administración de justicia ineficaz consigue, con su lentitud, que el poder intimidante de la pena desaparezca. La conciencia social perturbada por el delito queda insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo. Por otro lado, hoy existe unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen un hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una intimidación, y que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Entonces, si lo que hace que los potenciales delincuentes se abstengan de delinquir, no es la gravedad de la sanción, sino el riesgo de ser descubierto, no parece que haya ningún inconveniente para ampliar el espectro de sanciones alternativas. Tampoco puede ignorarse que la pena tampoco ha sido capaz de prevenir la criminalidad, por lo que cabe preguntarse si esta misión, además de irrealizada es irrealizable.

15. La reparación puede entrar a formar parte de las respuestas alternativas al castigo. Su ingreso de la reparación al sistema penal no significa que se privatice el mismo, incluso si llega a sustituir a la pena, pues sólo reemplaza la reacción del derecho, más no la aplicación del derecho penal, pues no se trata de una composición privada del conflicto, sino de un procedimiento penal donde se aplica una reacción reparadora.

16. Se piensa, erróneamente, que el supuesto pragmatismo de la reparación se opone a los elevados ideales éticos del derecho penal, como si cualquier arreglo de un conflicto a través de medios materiales fuera necesariamente *indigno*. Las necesidades de las víctimas no son sólo las económicas, como se ha dicho hasta ahora, sino también y de manera más importante, la víctima necesita superar el impacto emocional, el miedo, entender que el delincuente no es un energúmeno y que el éste confronte su sufrimiento. La víctima es menos punitiva de lo que a primera vista se pudiera pensar. Excluyendo los delitos de mayor gravedad, la víctima en raras ocasiones desea un castigo cuando considera reparado el mal causado. En los delitos menos graves, se inclina por completo a aceptar la reparación como única sanción. Las víctimas de delitos contra la propiedad y el patrimonio, se interesan especialmente en la reparación de los daños, y generalmente quedan satisfechas con ello.
17. La respuesta al delito no tiene que ser forzosamente punitiva en los supuestos donde no existe una necesidad de castigo, ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general, por carecer de justificación teórica y de legitimación social, no debiendo imponerse. No podemos olvidar que la única pena justa es la que es necesaria; y en algunos supuestos, una medida no punitiva puede lograr de igual forma o mejor los mismos resultados que la pena. Por ello, la reparación podría aplicarse como consecuencia jurídica, en casos de delincuentes primarios u ocasionales, que llevan interiorizados los bienes jurídicos, en casos donde no existe peligro de reincidencia y en casos de infractores con pocas necesidades de prevención especial.
18. La legitimación político jurídica de la reparación del daño como una tercera vía de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad. Así como la medida de seguridad sustituye o completa la pena como segunda vía donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo la reparación sustituiría a la pena o la atenuaría complementariamente allí



donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada.

19. Si la reparación penal, es articulada adecuadamente, de forma que favorezca el sentido de responsabilidad del delincuente, atienda las necesidades de la víctima e incluso elimine la ofensa al bien jurídico penal, y además cumpla de forma satisfactoria sus nuevos cometidos preventivos, su incorporación al sistema penal, sustituyendo a las penas, no debería plantear duda alguna.
  
20. Por ello es que debe considerarse la posibilidad de constituir a la reparación como sanción autónoma, principal y única, que pueda servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla, en aplicación del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio*.
  
21. Tal como se plantea en la introducción, el derecho penal debe cumplir un fin adicional a la prevención del delito. El derecho penal debe restablecer la convivencia y reconciliar a la sociedad, lo que se logra al afirmar la dignidad de las víctimas y reparar las secuelas que el delito dejó. La reparación es en sí misma, otro fin del derecho penal.



**BIBLIOGRAFÍA**

1. ABRAMOVICH, VICTOR; COURTIS, CHRISTIAN, *El acceso a la información como derecho*, en Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico, No. 10, Serie de Publicaciones Especiales, publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 2000.
2. ACOSTA VARGAS, GLADYS, *Los derechos humanos de las mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas*, en Diversidad en Beijing. Una experiencia de participación, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997.
3. ADAMS, RICHARD N., *De la hegemonía a la antihegemonía*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004.
4. AJXUP, VIRGINIA; ROGERS, OLIVER, HURTADO, JUAN JOSÉ, *El movimiento maya al fin del Oxlajuj b´aqʼun: retos y desafíos*, en El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007), F&G Editores, Guatemala, 2010.
5. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
6. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
7. ALBIZURES, MIGUEL ANGEL, *La voz sin voz*, columna de opinión publicada en Diario El Periódico en edición del día 16 de abril de 2013, Guatemala, 2013.
8. ALONSO RIMO, ALBERTO, *Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005.
9. ALVARENGA, PATRICIA, *Los indígenas y el Estado: alianzas y estrategias políticas en la construcción del poder local en El Salvador, 1920-1944*, en

Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.

- 10.ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *¿Por qué la mediación penal?*, Diario La Ley, No 7699, Sección Doctrina, Editorial la Ley, España, 21 de septiembre 2011.
- 11.AMADO FERREIRA, FRANCISCO, *Justicia Restaurativa. Naturaleza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, Portugal, 2006.
- 12.AMBOS, KAI, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en Justicia de Transición con Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Publicación de Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2009.
- 13.ANAYA, JAMES, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Artículo presentado en la Conferencia Internacional sobre libre determinación Sami: ámbito y aplicación, celebrada del 4 al 6 de febrero de 2008 en Alta, Noruega.
- 14.ANAYA, JAMES, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/37, del 19 de julio de 2010.
- 15.ANAYA, JAMES, *Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin, Adendum al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/15/37/Add.8, del 8 de julio de 2010.
- 16.ANDRADE ABULARACH, LARRY; RODRÍGUEZ, ALEJANDRO, *Análisis de las reformas constitucionales contenidas en los Acuerdos de Paz de Guatemala sobre la justicia*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Ediciones del Instituto, Guatemala, sin fecha de publicación.

17. ANLEU HERNÁNDEZ, CLAUDIA MARÍA, *Resiliencia: la fuerza de la vida. Un estudio sobre familiares de niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala*, publicación del Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial y F&G Editores, Guatemala, 2005.
18. ANTOKOLETZ, DANIEL, *Tratado de Derecho Internacional Público en Tiempo de Paz y en Tiempo de Guerra*, Tomo III, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1944.
19. ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Akal Iure, Madrid, 1986.
20. ARDILA, RUBÉN, *Después del conflicto. El papel de la psicología en la reconciliación*, en *Violencia y Psicología Comunitaria, Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada 2011
21. ARIAS MADRIGAL, DORIS MARÍA, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, publicado en [www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones), consultada el 11 de mayo de 2011.
22. ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT, *Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de la justicia intercultural en Colombia*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010.
23. ARNOSO, MAITANE; BILBAO, MARÍA DE LOS ÁNGELES; TECHIO, ELZA; ZUBIETA, ELENA; PÁEZ, DARÍO; IRAURGI, IOSEBA; KANYANGARA, PATRICK; RIMÉ, BERNARD; PÉREZ-SALES, PAU; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; DÍAZ, DARÍO; BLANCO, AMALIO; CÁRDENAS, MANUEL, *Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011.

24. ARZOBISPADO DE GUATEMALA, OFICINA DE DERECHOS HUMANOS, *Hasta Encontrarte: niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala*, publicación de la ODHAG, Guatemala 2000.
25. ARZOBISPADO DE GUATEMALA, OFICINA DE DERECHOS HUMANOS, *Guatemala Nunca Más*, publicación de la ODHAG, Guatemala 1998.
26. ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES); OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (OACNUDH), *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, sin dato editorial, Guatemala, 2008
27. ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., *La Responsabilidad Civil*, en PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II*, Segunda Edición, Marcial Pons, Barcelona, 1998.
28. AVILÉS GÓMEZ, MANUEL; JIMÉNEZ CORTÉS, RAQUEL, GÓMES POSTIGO, PATRICIA, *Delitos y delincuentes. Cómo son, cómo actúan*, Club Universitario, Alicante, 2012
29. AYLWIN, JOSÉ, *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: Antecedentes, movimientos y desafíos*, documento del proyecto Agenda Nacional e Internacional para el Trabajo de Derechos Humanos en América del Sur, Temuco, 2003.
30. BACIC, ROBERTA; PÉREZ-SALES, PAU; DURÁN, TERESA, *La importancia de hallar los restos entre los familiares de detenidos-desaparecidos: un estudio empírico a partir de la voz de los familiares, Caso Chile*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
31. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Segunda Edición, Akal, Madrid, 1994.

32. BAEZA FERNÁNDEZ, VICTORIA, *La respuesta del Estado de Chile ante la responsabilidad por establecer la verdad del paradero de los desaparecidos: el apoyo psicosocial del programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior a familiares de víctimas, Caso Chile*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
33. BAQUIAX BAQUIAX, JOSUEL FELIPE, *Los Juzgados de Paz Comunitarios e incidencia en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, documento de la Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Quetzaltenango, Guatemala, 2003.
34. BARAHONA, MARVIN, *Del mestizaje a la diversidad étnica y cultural: la contribución del movimiento indígena y negro de Honduras*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
35. BARAHONA DE BRITO, ALEXANDRA, *Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur*, En Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias, Colección Fundamentos No. 207, Ediciones del Istmo, Madrid, 2002.
36. BARONA VILAR, SILVIA, *La conformidad en el proceso penal*, en La Reforma de la Justicia Penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedeman, publicación de Universitat Jaume 1, Servei de Publicacions, Diputació de Castelló, 1997.
37. BARALLAT LÓPEZ, JUAN, *La mediación en el ámbito penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29, Castilla y León, enero 2013.
38. BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.
39. BARROS HURTADO, CÉSAR, *El hombre ante el derecho internacional*, Editorial Florida, Buenos Aires, 1949.

40. BARUDI, J.; PÁEZ, D.; MARTENS, J.; GRUPO DE TERAPIA COLAT, *La reconstrucción del sí mismo traumatizado por la tortura. El proceso terapéutico*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
41. BASSIOUNI, CHERIF, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 1999/33, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62 del 18 de enero del 2000.
42. BASTOS, SANTIAGO, *La política maya en la Guatemala posconflicto*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
43. BAZEMORE, GORDON; SCHIFF, MARA, *Understanding Restorative Community Justice: Whay and Why Now?*, en *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
44. BECCARIA, CESAR, *De los delitos y de las penas*, publicación del Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (reimpresión del original de 1764).
45. BECKER, DAVID; CASTILLO, MARÍA ISABEL; GÓMEZ, ELENA; SALAMOVICH, SOFIA, *Muerte y duelo: los familiares de ejecutados y su psicoterapia*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
46. BECKER, DAVID; CASTILLO, MARÍA ISABEL; GÓMEZ, ELENA; KOVALSKYS, JUANA; LIRA, ELIZABETH, *Psicopatología y proceso psicoterapéutico de situaciones políticas traumáticas*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
47. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, FERRÉ OLIVÑE, JUAN CARLOS, SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal, Parte General III Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Praxis, Barcelona, 1994.



48. BERGALLI, ROBERTO, *Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
49. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *De leyes penales y de Dios legislador*, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDERSA, Madrid, 1990.
50. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparatoria*, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996.
51. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010.
52. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982
53. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Nuevo proceso penal desde las víctimas*, en La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.
54. BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Reconciliación luego de conflictos violentos: marco teórico, en verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, publicación del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Sanabria, Costa Rica, 2005.
55. BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
56. BERISTAIN, CARLOS MARTÍN; PÁEZ, DARÍO; RIMÉ, BERNARD; KANYANGARA, PATRICK, *La superación de la violencia colectiva: Impactos y problemas de los rituales de la justicia transicional*, en Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011

57. BERNAL SUÁREZ, FLAVIO DAVID; MOLINA GUERRERO, MARÍA IDALÍ, *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010.
58. BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL, *Los derechos medioambientales de los pueblos indígenas. La situación en la región amazónica*, editorial Abya-Yala, Ecuador, 2000.
59. BERTOLINO, PEDRO J., *La verdad jurídica objetiva*, Depalma, Argentina, 1990.
60. BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, *El derecho penal mínimo y la víctima*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
61. BOBBIO, NORBERTO, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, publicación del Fondo de Cultura Económica, México, 1990.
62. BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Argentina, 1993.
63. BOBBIO, NORBERTO; BOVERO, MICHELANGELO, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
64. BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, publicación de Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
65. BONET PÉREZ, JORDI; ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, en *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
66. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, España, 2001.
67. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.

68. BOU FRANCH, VALENTIN, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
69. BOUCAS, CECILIA MARIA; VITAL, VERA, *Exhumar e identificar a los muertos y desaparecidos políticos: una contribución del Grupo de Tortura Nunca Mais para el rescate de la memoria, Caso Brasil*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
70. BOVINO, ALBERTO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
71. BOVINO, ALBERTO, *Temas de derecho procesal guatemalteco*, Publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1997.
72. BRETT, RODDY, *De movimiento indígena a complejidad política: la evolución de las políticas indígenas 1996-2007*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
73. BUJOSA VADELL, LORENZO, *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Editorial Atelier, España, 2008.
74. BULMER THOMAS, VICTOR, *La Economía Política de Centroamérica desde 1920*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala, Serviprensa, Guatemala, 2011.
75. BUNZEL, RUTH, *Chichicastenango*, sin datos editoriales, Guatemala, 1967
76. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, en *De Las Penas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
77. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.
78. CABEZAS, HORACIO, *Ayer y Hoy: Compendio de la Historia de Centroamérica*, Piedra Santa, Guatemala, 1996.

79. CABRERA PÉREZ-ARMIÑAN, MARÍA LUISA, *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*, F&G Editores, Guatemala, 2006.
80. CAMACHO, CARLOS, GUSTAVO, *Acceso a la tierra en Guatemala*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012.
81. CAMPIONE, ROGER, *El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateraschadengesellschaft*, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, página
82. CAMUS, MANUELA, *La movilización indígena en Huehuetenango*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
83. CARCAVACA LLAMAS, CARMEN, *Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, [www.eumed.net/rev/cccss/11/](http://www.eumed.net/rev/cccss/11/), Murcia, marzo 2011.
84. CARMENA CASTRILLO, MANUELA, *Humanización, racionalización del derecho penal y justicia restaurativa*, en *Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad*, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 291.
85. CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal*, publicación de la *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI*, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005.
86. CARRILLO, CLAUDIA, *El Caracazo: exhumación y lucha por la búsqueda de justicia, Caso Venezuela*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
87. CASAS ESTÉVEZ, JAVIER MARÍA, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración*

*del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

88. CASAUS ARZU, MARTA ELENA, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera Edición, F&G Editores, Guatemala, 2007.
89. CASAUS ARZÚ, MARTA ELENA, *La metamorfosis del racismo en la élite de poder en Guatemala*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004.
90. CASTELLANOS MORALES, ETHEL NATALY, *Justicia transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, publicación de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008.
91. CASTELLANOS MORENO, URSULA FERNANDA; GORDILLO VIDALES, CESAR DAVID, *Por la defensa de la Conciliación en Equidad*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003.
92. CASTELLÓ NICÁS, NURIA, *La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las casusas de exención de la responsabilidad criminal*, sin datos de publicación.
93. CASTILLO GONZÁLEZ, JORGE MARIO, *Constitución Política Comentada*, publicación de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, sin fecha de publicación.
94. CASTILLO MÉNDEZ, IVAN, *Especificidades de los movimientos indígenas en el altiplano occidental guatemalteco en contra de la acumulación global*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
95. CAYZAC, HUGO, *Las organizaciones mayas en la transición: del modelo republicano hacia un proyecto político multicultural democrático*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.

96. CENTRO DE ANÁLISIS FORENSE Y CIENCIAS APLICADAS, *La verdad bajo la tierra. Guatemala, el genocidio silenciado*, Primera Edición, Barcelona Press, Barcelona, 2006.
97. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
98. CHRISTIE, NILS, *Los conflictos como pertenencia*, Traducción de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
99. CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
100. CID MOLINÉ, JOSÉ; LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Penas alternativas a la prisión*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
101. CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2009.
102. COHEN, STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*, Primera Edición, publicación del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005
103. COJTÍ CUXIL, DEMETRIO, *Heterofobia y Racismo Guatemalteco*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004.
104. COJTÍ, DEMETRIO, *La educación superior indígena y su relación con el movimiento y liderazgo indígenas*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
105. COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Tratamiento penal de la diversidad cultural*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
106. COLOMA CHICOT, JOSÉ ALBERTO, *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

107. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Guía para Profesionales No. 3, Publicación de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008.
108. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Informe Guatemala Memoria del Silencio*, publicación de la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), Servigráficos, Guatemala, 1999.
109. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Observación General No 18: No Discriminación*, documento de Naciones Unidas, 11 de septiembre de 1989.
110. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, documento de Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, del 26 de mayo de 2004.
111. CONSEJO DEL PODER JUDICIAL, *La responsabilidad Civil Derivada del Delito: Daño, Lucro, Perjuicio y Valoración del Daño Corporal*, Dirección de Enrique Ruiz Vadillo, en Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
112. CONSORCIO ACTORAS DE CAMBIO, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala*, Primera Reimpresión, F&G Editores, Guatemala, 2007.
113. COOMARASWAMY, PARAM, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de la justicia y la impunidad*, Informe del Relator Especial sobre la misión cumplida en Guatemala, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/61/Add.1, del 6 de enero del 2000.
114. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid-Arellano*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, Número 154.

115. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Aloeboetoe y otros*, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana), Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15.
116. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, Número 91.
117. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C, No.26.
118. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake*, Reparaciones (Artículo 63.1 de la Convención Americana), Sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48.
119. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides* , Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Número 88.
120. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Caracazo*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C, Número 95.
121. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Paéz*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, Número 43.
122. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Claude Reyes y otros*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151.
123. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, número 79.



124. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso El Amparo*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, Número 28.
125. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Fermín Ramírez*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, Número 126.
126. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, Número 112.
127. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Las Palmeras*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, Número 96.
128. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo*, Reparaciones (Artículo 63.1 de la convención Americana), Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No.42.
129. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Neira Alegría y otros*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C, Número 29.
130. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros)*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafo 81.
131. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la "Panel Blanca" (Caso Paniagua Morales y otros)*, Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, Número 76.

132. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Raxcacó Reyes*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, Número 133.
133. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trujillo Oroza*, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C, Número 92.
134. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, No. 1.
135. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
136. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989, (art. 63.1 de la Convención Americana), Serie C, No. 7.
137. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, Sentencia del 17 de agosto de 1990, (art. 67 de la Convención Americana), Serie C, No. 9.
138. CRAWFORD, ADAM; CLEAR, TODD R., *Community Justice: Transforming Communities Trough Restorative Justice?*, en *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
139. CRESPO, DEMETRIO, *El pensamiento abolicionista*, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
140. CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.

141. CUAREZMA, SERGIO, *Justicia negociada o regateada*, entrevista a cargo de la periodista Aura Lila Moreno, publicada en El Nuevo Diario, Nicaragua, el día 13 de diciembre de 2002.
142. CUÉLLAR MARTÍNEZ, BENJAMÍN, *Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador*, en *Transiciones en Contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010
143. CUNNEN, CHRIS, *The Limitations of Restorative Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
144. DAES, ERICA IRENE, *Informe sobre el concepto de pueblos indígenas*, Organización de las Naciones Unidas, E/CN.4/sub.2/AC.4/1996/2.
145. DE BOBADILLA, FRANCISCO, *Indígenas del pacífico de Nicaragua*, fragmento del libro *natural y general historia de las Indias, islas y tierra firme del mar océano*, del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo, publicado en *Culturas Indígenas de Nicaragua*, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004.
146. DE JORGE MESAS, LUIS FRANCISCO, *La eficacia del sistema penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
147. DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, *Fines de la Pena y Justicia Reparadora*, en *Sobre la Mediación Penal*, Editorial Arazandi, Madrid, 2012.
148. DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (Medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
149. DE LAS HERAS, JOSÉ, *La juventud delincuente y su tratamiento reformador*, Fundación Respuesta Social Siglo XXI, Madrid, 2008
150. DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO; ENRÍQUEZ COJULUN, CARLOS ROBERTO; ESTRADA ARISPE, CARLOS ENRIQUE; LÓPEZ RODRÍGUEZ, AUGUSTO ELEAZAR;

- RAMÍREZ GARCÍA, LUIS RODOLFO; RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*, Parte General, Artemis y Edinter, Guatemala, 2001.
151. DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
152. DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La justicia restaurativa penal*, publicación de La Ley Penal No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010.
153. DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, *Sobre el concepto del derecho penal*, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.
154. DEFENSORÍA INDÍGENA WAJXAQIB'NO'J, *Sistema de cargos y funciones de las autoridades indígenas*, Editorial Maya Gráfica, Guatemala, 2011
155. DEFENSORÍA MAYA, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2001.
156. DEL MORAL MARÍN, ANTONIO; DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal (Estudio Jurisprudencial)*, Editorial Comares, Granada, sin fecha de publicación.
157. DEL VAL, JOSÉ, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, Cuadernos IIJ-UNAM, México, 1994.
158. DIAZ COLORADO, FERNANDO, *La justicia: de la venganza a la compensación*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001
159. DÍAZ SOLER, CARLOS JILMAR; AMADOR BÁQUIRO, JUAN CARLOS, *Hacia la comprensión de universos psico-culturales. Las fuentes vivas: memoria y narración*, en *Memorias en Crisoles. Propuestas teóricas, metodológicas y estratégicas para los estudios de la memoria*, publicación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Centro de Memoria, Paz y Reconciliación Distrital, Bogotá, 2009

160. DIEGO DÍAZ-SANTOS, ROSARIO, FABÍAN CAPARRÓS, EDUARDO, COORDINADORES, *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Coordinadores, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
161. DOAK, JONATHAN, *Victims' Rights, Human Rights and criminal justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart Publishing, Oregon, 2008.
162. DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Conclusiones del Seminario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*, Lovaina, 2009, sin datos de publicación.
163. DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, publicado en revista Lex Nova, Número 23/2008, España, 2008.
164. DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto*, publicado en Diario La Ley, No. 7701, Sección Doctrina, 23 de septiembre 2011, Editorial La Ley, España, 2011.
165. DONOSO, GINA, *Justicia y atención psicosocial: desafíos para la memoria y la reparación integral, Caso Ecuador*, en resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
166. DU TOIT, ANDRÉ, *The moral foundations of Truth Commissions. Truth as acknowledgement and justice as recognition as principles of transitional justice in the practice of the South African TRC*, en Truth v. Justice, Princeton University Press, New Jersey, 2000.
167. DUFFY, HELEN, *La verdad atrás de la reconciliación*, documento del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, CALDH, Guatemala, 1996.
168. DUFFY, MARIA VIRGINIA, *Fines y límites de la justicia penal en el ámbito de la Justicia Transicional. Análisis y propuestas desde la experiencia argentina*, Trabajo Final del Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2010.

169. DUQUE, VILMA, *Repensando Guatemala: el valor del multiculturalismo, la importancia de la interculturalidad*, en *Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004.
170. DURBÁN SICILIA, LUIS, *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, publicado en *La Ley Penal*, No. 73, Editorial La Ley, España, julio 2010.
171. EKERN, STENER, *La comunidad maya en tiempos de cambio: ¿la base del movimiento maya?*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.
172. EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2010.
173. ELSTER, JON, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.
174. ESCUDERO ALDAY, RAFAEL, *La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sentencias*, en *Derecho y memoria histórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2008
175. ESER, ALBIN, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
176. ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS, *La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público*, ponencia presentada en el Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000.
177. ESQUIT, EDGAR, *Movilización política indígena en Comalapa en la era de la paz: identidades, memorias y autodeterminación indígena en la localidad*, en *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*, F&G Editores, Guatemala, 2010.

178. FATTAH, EZZAT, *A critical assessment of justice paradigms: contrasting the restorative and retributive justice models*, en *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998.
179. FERNANDEZ, EUSEBIO, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, reimpresión de la primera edición, Editorial Universitaria, Guatemala, 1987.
180. FERNÁNDEZ LEÓN, WHANDA, *Condenas Negociadas*, artículo publicado en Unimedios, periódico de la Universidad Nacional de Colombia, No. 97, septiembre de 2006, <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/Ediciones/68/03.htm>, consultada el 17 de mayo de 2011.
181. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cuarta edición, Editorial Trotta, Valladolid, 2000.
182. FERRAJOLI, LUIGI, *El paradigma del derecho penal mínimo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
183. FERREIRO BAAMONDE, XULIO, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.
184. FIERRO, GUILLERMO J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
185. FIGUEROA CAL, MARÍA DEL CARMEN, *Fundamento jurídico y efectos sociales del resarcimiento económico en la vida de las viudas del conflicto armado interno. Caso San Lucas Chiacal, San Cristóbal Verapaz, Alta Verapaz*, informe de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Guatemala, Guatemala, 2008.
186. FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los Derechos Indígenas*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.

187. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA-UNICEF-, *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*, publicación de UNICEF, Primera Edición, Argentina, 2008.
188. FONT SERRA, EDUARDO, *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, sin fecha de publicación.
189. FONT SERRA, EDUARDO, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991
190. FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo, de la guerra de razas al racismo del Estado*, Editorial La Piqueta, Madrid, 1992.
191. GALAIN PALERMO, PABLO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
192. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Uso de la historia y legitimidad constitucional*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008
193. GARCÍA-BORÉS ESPÍ, JOSEP, *El impacto carcelario*, en Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
194. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
195. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria*, en Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen XV, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
196. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del lus Puniendi*, en Estudios Penales y Jurídicos, Publicación de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.
197. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*, Revista de Derecho Penal, Año 13, España, 1990.



198. GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza*, en De Las Penas, BAIGÚN, GARCÍA-PABLOS, ZAFFARONI Y PIERANGELI, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
199. GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, *Código de los derechos de las víctimas. Compilación de disposiciones normativas del ámbito Internacional, Europeo, Estatal y Autonómico, sobre protección de los Derechos de las Víctimas de Delitos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.
200. GARCÍA TORRES, MARÍA LUISA, *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*, publicado en La Ley Penal, No. 73, julio 2010, Editorial La Ley, España, 2010.
201. GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
202. GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.
203. GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO, *La acción civil en el proceso penal colombiano*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
204. GAYOSO Y NAVARRETE, MERCEDES, *La cosmovisión de los Nahuas como punto de partida para la interpretación sistemática de su derecho*, Revista Crítica Jurídica, Número 11, Publicación de la UNAM, México, 1993.
205. GERSTENBERG, BIRGIT, *La interdependencia y la universalidad de los derechos humanos en derecho internacional, a la luz de la Conferencia Mundial de Viena de 1993*, tesina presentada en el programa de doctorado en derechos fundamentales, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1996.
206. GIL GIL, ALICIA, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.

207. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación: una visión desde el derecho comparado*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999.
208. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo*, en *La mediación penal*, publicación de la Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999.
209. GODÍNEZ BOLAÑOS, RAFAEL, *La relación funcional*, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, sin año de publicación.
210. GÓMEZ, LUIZ FLAVIO, *El nuevo paradigma de la justicia criminal consensuada: planteamientos sobre la ley brasileña 9.099/95*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Boletín de la Facultad de Derecho, Segunda Época, número 12, Madrid, 1997.
211. GÓMEZ DEL PRADO, JOSÉ LUIS, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, publicación de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
212. GÓMEZ LÓPEZ, ANA MARÍA; BERISTAIN, CARLOS MARTÍN, *Retos para el acompañamiento psicosocial de familiares de personas desaparecidas en el contexto de las exhumaciones, Caso Colombia*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
213. GONZÁLEZ PONCIANO, JORGE RAMÓN, “*Esas sangres no están limpias*”, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004.
214. GONZÁLEZ ZORRILLA, GONZALO, *Suspensión de la pena y probation, en Penas alternativas a la prisión*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
215. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo II*, Ediciones Macch, Argentina, 1997.

216. GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Editorial lustel, Madrid, 2007.
217. GOULD, JEFFREY L., *Nacionalismo revolucionario y memoria local en El Salvador*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
218. GOULD, JEFFREY L., *Proyectos del Estado-nación y la supresión de la pluralidad cultural: perspectivas históricas*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
219. GOULD, JEFFREY L., *Y el buitre respondió: "Aquí no hay indios!: la cuestión indígena en Nicaragua occidental, 1920-1954"*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
220. GRACIA MARTÍN, LUIS; BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL; ALASTUEY DOBÓN, CÁRMEN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
221. GRAFL, CHRISTIAN, *Diversión in Austria: empirical data*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001.
222. GREPPI, ANDREA, *Los límites de la memoria y las limitaciones de la ley. Antifascismo y equidistancia*, en Derecho y memoria histórica, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
223. GRIFFITHS, CURT, BELLEAU, CHARLENE, *Restoration, reconciliation and healing: the revitalization of culture and tradition in addressing crime an victimization in Canadian aboriginal communities*, en Support for crime victims in a comparative perspective, Leuven University Press, Belgium, 1998.
224. GUARDIAN, GALIO, *Alamikangban: tierracomunal y "fisionomías" en Nicaragua*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.

225. GUTIERREZ, MARTA ESTELA, *Los mecanismos del poder en la violencia colectiva: los linchamientos en Huehuetenango*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?*, FLACSO, Guatemala, 2003.
226. GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL, *La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género*, publicado en *Diario La Ley*, No. 7711, Sección Doctrina, 7 de octubre 2011, Editorial La Ley, España, 2011.
227. GUZMÁN BOCKLER, CARLOS; HERBERT, JEAN-LUP, *Guatemala: Una interpretación Histórico-Social*, Sexta Edición, Editorial Cholsamaj, Guatemala, 1995.
228. GUZMÁN CABAL, GUILLERMO, *El resarcimiento completo de los perjuicios ocasionados por el delito*, Tesis de Grado presentada para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1980.
229. HABERMAS, JURGEN, *Philosophical-Political Profiles*, Cambridge MIT Press, Reino Unido, 1983.
230. HALE, CHARLES R. *El Discurso Ladino del Racismo al Revés en Guatemala*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, Guatemala, 2004.
231. HARVEY, ROBERT, *Los libertadores. La lucha por la independencia de América Latina*, traducción de Carmen Aguilar, Primera Edición, RBA Libros, Barcelona, 2002.
232. HARVEY M. WEINSTEIN Y ERIC STOVER, *Introduction: Conflict, Justice and Reclamation*, en *My Neighbor, My Enemy*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
233. HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

234. HASSEMER, WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, sin año de publicación.
235. HAYNER PRISCILLA, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
236. HEREDIA PUENTE, MERCEDES, *Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*, publicado en Diario La Ley, No. 7257, Sección Doctrina, 1 de octubre 2009, Editorial La Ley, España, 2009.
237. HERNÁNDEZ, MARÍA JULIA, *Masacre de El Mozote y sitios aledaños: la búsqueda de espacios para la lucha legal. Caso El Salvador*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
238. HIGHTON, ELENA; ALVAREZ, GLADYS; GREGORIO, CARLOS, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
239. HIRSCH, HANS JOACHIM, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, traducción de Julio B.J. Maier y Daniel R. Pastor, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
240. HIRSCH, HANS JOACHIM, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, traducción de Elena Carranza, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
241. HOYLE, CAROLYN, *Restorative Justice and Criminal Justice*, en *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
242. HUBER, BÁRBARA, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, en Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, año 3, número 30, Barcelona, 1995.

243. HULSMAN, LOUK; BERNAT DE CELIS, JACQUELINE, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
244. HURTADO POZO, JOSÉ, *Derecho Penal y Diferencias Culturales: el Caso Peruano*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
245. INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA, *Informe de Observatorio de Justicia Municipio de Ixcán, Quiché*, publicación del Centro de Apoyo en Justicia Penal y Resolución de Conflictos (CEDAP), Guatemala, 2006.
246. INSTITUTO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN GUATEMALA-INTRAPAZ-, *Prácticas de mediación en Guatemala*, publicación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2004.
247. IXCHIU GARCÍA, PEDRO, *Ponencia sobre peritaje cultural*, en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010.
248. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de José Luis, Manzanares Samaniego, Cuarta Edición, Editorial Comares. Granada, 1993.
249. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
250. JIMÉNEZ FORTEA, FRANCISCO JAVIER, *El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
251. JOINET, LOUIS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos

Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 del 2 de octubre de 1997, 49º período de sesiones, tema 9 del programa.

252. JOVER CARBONELL, JOAN C. *Delincuencia hoy. Programas de intervención educativa*, Conselleria de Treball i Seguritat Social, Dirección General de Servicios Sociales de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1989.
253. KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
254. KEPFER, RODOLFO, *Racismo y práctica social: sobre el método de la diferencia*, en *Racismo en Guatemala, de lo políticamente correcto a la lucha antirracista*, AVANCSO, Guatemala, 2004.
255. KISS, ELIZABETH, *Moral ambition within and beyond political constrains: Reflection on restorative justice*, en *Truth v. Justice: The morality of truth commissions*, Princeton University Press, USA, 2000.
256. KOMPASS, ANDERS, *Confusión sobre el derecho indígena*, artículo publicado en el diario El Periódico, Guatemala, 22 de julio de 2006.
257. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASIS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Derecho de Obligaciones*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1994.
258. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
259. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
260. LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
261. LARA MARTÍNEZ, CARLOS BENJAMÍN; RODRÍGUEZ HERRERA, AMÉRICA, *Identidad étnica y globalización: las identidades indígenas de Izalco y*

- Cacaopera*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
262. LARIOS OCHAITA, CARLOS, *Derecho Internacional Público*, Volumen I, Quinta Edición, Editorial Lerena, Guatemala, 1998.
263. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
264. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *La reparación*, en Penas alternativas a la prisión, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
265. LARRAURI, ELENA, *Victimología*, en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
266. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *La proporcionalidad de la norma penal*, Cuadernos de Derecho Público, Número 5, Publicación del INAP, Madrid, 1998.
267. LICATA, LAURENT; KLEIN, OLIVER; GÉLY, RAPHAEL; ZUBIETA, ELENA; ALARCÓN HENRÍQUEZ, ALEJANDRA, *Memoria de conflictos, conflictos de memorias: un abordaje psicosocial y filosófico del rol de la memoria colectiva en los procesos de reconciliación intergrupala*, en *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Editorial Fundamentos, Primera Edición, Madrid, 2011.
268. LIMAS HERNÁNDEZ, ALFREDO, *Derechos humanos e intervención psicosocial: del feminicidio y las exhumaciones de víctimas en Juárez*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
269. LIRA KORNFELD, ELIZABETH, *Guerra psicológica: intervención política de la subjetividad colectiva*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
270. LOAIZA BASTIDAS, HERNANDO, *Anotaciones y glosas en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de*



- solución de conflictos*, en Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003.
271. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *La tercera vía*, en La mediación penal, Generalitat de Catalunya, Catalunya, 1999.
272. LOPEZ FUNES, MARÍA ESTELA; ORTIZ SAMAYOA, MARÍA JOSÉ, *Caso Guatemala, en Proyecto de Sistematización de las Experiencias de Trabajo sobre Derecho a la Identidad y Registro de Nacimientos con Niños y Niñas Indígenas en Cuatro Países Latinoamericanos*, publicación de UNICEF y Plan Internacional, Panamá, 2008.
273. LOSADA DURÁN, RAQUEL; HERRERO ALONSO, CARMEN; GARRIDO MARTÍN, EUGENIO, *La psicología social de la justicia procedimental en la justicia restauradora: revisión y propuesta de un nuevo planteamiento de investigación*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
274. LOSCHNING-GSPANDL, MARIANNE, *Diversion in Austria: legal aspects*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 9/4, Austria, 2001.
275. LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL, *La justicia penal negociada en el derecho español y comparado*, publicado en [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11\(4aepoca\)/1102.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero11(4aepoca)/1102.pdf), consultada el 11 de mayo de 2011.
276. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
277. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Pérez Galdós, Madrid, 1979.
278. MADARIAGA, CARLOS; BRINKMANN, BEATRIZ, *Identidad y retraumatización. Particularidades del proceso de exhumaciones vivido en*

- Chile desde la mirada de un organismo de derechos humanos, Caso Chile*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
279. MADLENER, KURT, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Tomo II, Publicación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989.
280. MAGRO SERVET, VICENTE; HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO; CUELLAR OTÓN, J. PABLO, *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011.
281. MAGUELONE ZODER, ISABEL, *Las consecuencias jurídicas económicas del delito*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Coordinadores DIEGO DÍAZ-SANTOS, ROSARIO, FABÍAN CAPARRÓS, EDUARDO, Tecnos, Madrid, 1995, página 182.
282. MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, en De los delitos y de las víctimas, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
283. MALARINO, EZEQUIEL, *Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas*, en Justicia de Transición con Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Publicación de Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2009.
284. MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *La mediación penal*, publicación de Diario La Ley No. 6900, Sección Doctrina, Editorial La Ley, España, 10 de marzo 2008.
285. MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007
286. MAPELLI CAFFARENA, BORJA; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

287. MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E., *Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Revista Diálogos de Saberes, sin datos de publicación, 2010.
288. MARTÍN, ANA M.; ARREGUI, JOSÉ LUIS, *Programas y modelos de intervención eficaces para la reinserción de delincuentes*, en *Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada, 2011.
289. MARTÍN- BARÓ, IGNACIO, *Guerra y salud mental*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
290. MARTÍN-BARÓ, IGNACIO, *Violencia política y la guerra como causas del trauma psicosocial en El Salvador* en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
291. MARTÍN DIZ, FERNANDO, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Publicación del Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2010.
292. MARTÍNEZ COBO, JOSÉ, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, documento de la Organización de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/476; E/CN.4/Sub.2/1982/2M E/CN.4/Sub.2/1983/21 (1981-1983).
293. MARTÍNEZ IRIGOITIA, MARÍA DE LA PAZ, *La reparación en el marco de las consecuencias jurídicas del delito*, Trabajo de Grado, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Penal, Salamanca, 2004.
294. MARTÍNEZ LAVID, ISABEL CRISTINA, *Conciliación en equidad, teoría y realidad, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003.
295. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *La patria del criollo*, Octava Edición, publicación de la Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987.

296. MARTÍNEZ PELÁEZ, SEVERO, *Motines de indios*, Segunda Edición, F&G Editores, Guatemala, 2011.
297. MATE, REYES, *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2008.
298. MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Los fines de la pena*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
299. MAUREREIRA PACHECO, MAX, *Cosmovisiones y Filosofía*, en Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho, Tirant lo Blanch, España, 2006.
300. MENDAÑA, RICARDO J., *Fiscales y Víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal*, publicado en [www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%Victimas.pdf](http://www.procuraduria.gob.do/pgr.net/dependencias/enmp/documentos/Fiscales%20y%Victimas.pdf), consultado el 11 de mayo de 2011.
301. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
302. MÉNDEZ, ROXANA, *Caso Panamá*, en Proyecto de Sistematización de las Experiencias de Trabajo sobre Derecho a la Identidad y Registro de Nacimientos con Niños y Niñas Indígenas en Cuatro Países Latinoamericanos, publicación de UNICEF y Plan Internacional, Panamá, 2008.
303. MENDOZA, CARLOS, *Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos*, en Linchamientos: ¿Barbarie o “justicia popular”?, FLACSO, Guatemala, 2003.
304. MÉRIDA, MARIO A., *Testigo en Conciencia*, Segunda Edición, Editorial Arcasavi, Guatemala, 2000.
305. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, *Salud Mental: Normas de atención y manual de referencia para la aplicación de las normas*, publicación cortesía de la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS)

y la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional ASDI, Guatemala, sin fecha de publicación.

306. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004.
307. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976.
308. MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE GUATEMALA-MINUGUA-, *Los linchamientos, un flagelo que persiste*, Segundo Informe de Verificación Temático, Guatemala, 2002.
309. MOLINA BLÁZQUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *La aplicación de la pena, Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
310. MORALES, MARIO ROBERTO, *Esencialismo "Maya", Mestizaje Ladino y Nación Intercultural: Los discursos en debate*, en *¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú*, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004.
311. MORALES, PATRICIA, *Pueblos Indígenas, Derechos Humanos e Interdependencia Global*, Siglo XXI Editores, México, Edición en Español 2001.
312. MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
313. MOUTÓN Y OCAMPO, LUIS; ALIER Y CASI, LORENZO; OLIVER RODRÍGUEZ LUIS; Y TORRES BALLESTÉ JUAN, *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo Vigésimotercero, Tipografía de la Casa Provincial de Caridad, Editor Francisco Seix, Barcelona, 1910.
314. MUÑAGORRI, IGNACIO, *Sanción penal y política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1977.
315. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. MUÑOZ CONDE,

- FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, M, Derecho Penal, Parte General, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
316. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al derecho penal*, Bosch Editorial, Barcelona, 1975.
317. NADAL, OCTAVIO; PIROTTO, EDUARDO; ROBAINA, MARÍA CECILIA, *Acompañamiento psicosocial en procesos de exhumaciones de detenidos-desaparecidos, Caso Uruguay*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
318. NAVARRO, SUSANA; KERNJAK, FRANK; CHALÍN, YOLANDA; PEDRAZA, ELIZABETH; CONOS, SANTIAGO; GARCÍA LANCERIO, ANA LILIANA; REYES, FEDERICO, *Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes, Caso Guatemala*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
319. NEUMAN, ELIAS, *Mediación y conciliación penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
320. NEUMAN, ELIAS, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
321. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998.
322. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*, Tinta y Papel, Guatemala, 2007.
323. OLIVA, BERTA, *El valor de la verdad y de los procesos de búsqueda de desaparecidos, en resistencias contra el olvido*. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

324. ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO, *En torno al derecho de los indígenas*, en Dos Ensayos en torno al derecho social en mesoamérica, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, Número 11, México, 2000.
325. ORDOÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO, *Reflexiones Lascasianas. Antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos indígenas*, publicación conjunta de la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
326. ORTIZ, MARÍA JOSÉ, *El Deber de Resarcir*, Publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Ediciones del Instituto, Guatemala, 1998.
327. PALACIOS ZULOAGA, PATRICIA, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2006.
328. PALMA, GUSTAVO; TARACENA, ARTURO; BAUMEISTER, EDUARDO, *Cambios en la tenencia de la tierra: tendencias históricas*, publicación del Programa de las Naciones Unidas en Guatemala, Guatemala, 2004.
329. PALMA, GUSTAVO, *Acceso a la tierra y desalojos en el Valle del Polochic*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 13 de enero del 2012.
330. PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.
331. PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, *Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico*, en La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, Atelier, Barcelona, 2003.

332. PARRA, JORGE, *Verdad y reparación*, en *Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad*, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010.
333. PASCUAL DE LA PARTE, MARÍA BELÉN, *Acceso a la justicia por los pueblos indígenas de Latinoamérica*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
334. PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, *La mediación en el Derecho Penal de adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, Madrid, sin datos de publicación.
335. PASTOR MUÑOZ, NURIA, *El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*, en *¿Libertad económica o fraude punible? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.
336. PAZ RUBIO, JOSÉ MARÍA, *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (Diez años de jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
337. PAZ Y PAZ, CLAUDIA, *Política Criminal*, en *Manual de Derecho Procesal Penal*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 2003.
338. PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Colección El derecho y la justicia, dirigida por Elías Díaz, Didot, Madrid, 1993.
339. PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Cocultura, Colombia, 1995.
340. PÉREZ-SALES, PAU; NAVARRO GARCÍA, SUSANA, *Balance Global. Exhumaciones en América Latina: estado actual y retos pendientes*, en



Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

341. PÉREZ SANZBERRO, GUADALUPE, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.
342. PERIS RIERA, JAIME, *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la L.O. 5/2000*, Revista Jurídica La Ley, España, 2001.
343. PORTILLA CHAVES, OSVALDO; MUÑOZ CORRALES, EDUARDO; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblos Bribri*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
344. PORTILLO, CARLOS, *Primeros pasos desandando el pasado, Caso Paraguay*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
345. PRAT WESTERTLINDH, CARLOS, *Alternativas a la prisión, Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004.
346. PROYECTO CULTURA DE PAZ EN GUATEMALA/UNESCO, *El discurso ético como barrera contra los linchamientos*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o "justicia popular"?*, FLACSO, Guatemala, 2003.
347. PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998.
348. PUIG FERRIOL, LLUÍS; GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CÁRMEN; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO; HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil y Teoría General del Contrato*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998.

349. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Mateu Cromo, España, 1988.
350. QUERALT, JUAN J., *La mediación en España y perspectivas internacionales*, publicado en [www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación\\_persectivas.doc](http://www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediación_persectivas.doc), consultado el 11 de mayo de 2011.
351. QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 3, Número 21, Barcelona, Julio-Agosto 1994.
352. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *La víctima y el Derecho penal*, en Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
353. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
354. RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
355. RETTBERG, ANGELIKA; PRIETO, JUAN DIEGO, *Victimas, victimarios y vecinos: proximidad social y actitudes de las víctimas frente a la reparación, la justicia y la paz*, en *Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad*, publicación de la Cooperación Técnica Alemana, Alvi Impresores, Bogotá, 2010.
356. RIBAS, EDUARDO RAMÓN, *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (compilación), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
357. RINCÓN, TATIANA, *Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la justicia transicional*, en *Debates Democráticos*, publicación de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
358. RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS; PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER; SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS; EXTEBARIA ZARRABEITIA, XAVIER; BIBIANO GUILLÉN, ALFONSO; LOZANO ESPINA, FRANCISCA, *La*

- mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012.
359. RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
360. RIVERA NEUTZE, ANTONIO GUILLERMO, *Amigable composición*, Arte, Color y Texto, Guatemala, 2001.
361. RIZO ZELEDÓN, MARIO, *Campesinos de la frontera agrícola: sujetos sociales desconocidos e identidades negadas*, en *Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente*, CIRMA, Guatemala, 2004.
362. ROBLEDO RAMÍREZ, JORGE, *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales*, Editorial Edersa, Madrid, 1996.
363. ROBLES MONTOYA, JAIME, *El poder oculto*, primera edición, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2002.
364. RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, LUCILA, *Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Editorial Praxis, Guatemala, 2004.
365. RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO, *Control sobre los aparatos de inteligencia del Estado*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, El Observador Judicial, No. 1, Año 3, Guatemala, 2000.
366. RODRÍGUEZ, ALEJANDRO, *Mecanismos de salida al procedimiento común*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 2004.
367. RODRÍGUEZ CERVERA, CARLOS, *¿Qué es el derecho indígena?*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
368. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Séptima Edición, Carasa, Madrid, 1979.

369. RODRIGUEZ DEVESA; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995.
370. RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *El consenso en el proceso penal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
371. RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
372. RODRÍGUEZ JORGE; MENESES GUILLERMO; BERGONZOLI, GUS, *Recuperando la esperanza. El Programa Nacional de Salud Mental en Guatemala*, Edición del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y la Representación de la OPS/OMS en Guatemala, Guatemala, 1998.
373. ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
374. ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*, Serlipost, Barcelona, 1994
375. ROMERO VARGAS, GERMÁN, *Los indígenas del Pacífico de Nicaragua*, en *Culturas Indígenas de Nicaragua*, Tomo I, Hispamer, Nicaragua, 2004.
376. ROSTI, MARZIA, *Los derechos reconocidos a los indígenas por la Constitución argentina de 1994. Un balance inicial*, en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, España, 2006.
377. ROULET, FLORENCIA, *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Un manual sobre el Sistema de Naciones Unidas*, Consejo de Todas las Tierras, IWGIA, Documento No. 21, Copenhague, 1997.
378. ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General* Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
379. ROXIN, CLAUS, *Dogmática Penal y Política Criminal*, IDEMSA, Perú, 1998.

380. ROXÍN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
381. ROXIN, CLAUS, *Política criminal y estructura del delito*, traducción de BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORNAZAÁBAL, H., Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.
382. ROXIN, CLAUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, artículo publicado originalmente en el libro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, sin dato editorial, Munchen, 1987.
383. ROZITCHNER, LEÓN, *Efectos psicosociales de la represión*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
384. RUIZ SANCHEZ, CARLOS ARIEL, *Entendimiento intercultural y administración de justicia. La Jurisdicción Especial Indígena-JEI, un reto de cooperación*, en *Contrastes sobre lo Justo. Debates en justicia comunitaria*, publicación del Instituto Popular de Capacitación, Primera Edición, Colombia, 2003.
385. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
386. SAGASTUME GEMMELL, MARCO ANTONIO, *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos*, Cuaderno Educativo No. 11, Publicación del CSUCA, San José, 1997.
387. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ EDUARDO, *Sobre las medidas no privativas de libertad en la ley española de responsabilidad penal de los menores*, en *El Menor como víctima y victimario de la violencia social*, Dykinson, Madrid, 2010.

388. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997.
389. SÁEZ, CONCHA, *Desarrollo de la experiencia en la Secretaría del Juzgado de lo Penal No. 20 de Madrid*, sin datos de publicación.
390. SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín número 2062, sin datos de publicación.
391. SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*, sin datos de publicación, 2007.
392. SAMAYOA, JOAQUÍN, *Guerra y deshumanización: una perspectiva psicosocial*, en *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*, Tercera Edición, UCA Editores, El Salvador, 2000.
393. SÁNCHEZ, RICARDO JUAN, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2004.
394. SANJUR, CONRADO, *Desaparecidos: investigaciones y excavaciones, Caso Panamá*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
395. SANZ HERMIDA, ÁGATHA MARÍA, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
396. SANZ MULAS, NIEVES, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Editorial Colex, España, 2000.
397. SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, Cuarta Edición, Montecorvo, Madrid, 1986.
398. SAUCA CANO, JOSÉ MARÍA, *El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido*, en *Derecho y memoria histórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

399. SCHIFF, MARA; BASEMORE, GORDON, *Dangers and Opportunities of Restorative Community Justice: A Response to Critics*, en Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
400. SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS, *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, en Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 326.
401. SIEDER, RACHEL, *Construyendo autoridad y autonomía maya: la recuperación del Derecho Indígena en la Guatemala de la posguerra*, en Autoridad, Autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de la Posguerra, F&G Editores, Guatemala, 2001.
402. SILVA SANCHEZ, JESUS MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
403. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *La finalidad resocializadora del derecho penal*, Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho, Año 2, número 9, Barcelona, 1993.
404. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA; I SABORIT, DAVID FELIP; ROBLES PLANAS, RICARDO; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, Atelier, Barcelona, 2003.
405. SMITH, CAROL A., *Interpretaciones norteamericanas sobre la raza y el racismo en Guatemala*, en ¿Racismo en Guatemala? Abriendo el debate sobre un tema tabú, AVANCSO, Editores Siglo Veintiuno, 2004.
406. SMITH, CAROL A., *Las contradicciones del mestizaje en Centroamérica*, en Memorias del mestizaje. Cultura política en Centroamérica de 1920 al presente, CIRMA, Guatemala, 2004.
407. SOBRINO, JON, *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, UCA Editores, El Salvador, 1999.

408. SORIA VERDE, MIGUEL ANGEL, *Desarrollo histórico de la victimología*, en *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.
409. SOUTO, MIGUEL ABEL, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Editorial Dilex, Madrid, 2006.
410. SPROVIERO, JUAN H., *La víctima del delito y sus derechos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2000.
411. STOLZ, SHEILA, *El derecho a la verdad y la justicia: recoger la palabra y la memoria de las mujeres acerca de la dictadura militar brasileña*, en *Justicia, Estados de Excepción y Memoria. Por una justicia anamnésica de las víctimas*, Editora Unisinos, Colombia, 2011.
412. STORNAIUOLO, MARTHA; CHAUCA, ROSA LÍA; BACA SOTO, NÉLIDA, *Acompañamiento psicosocial en procesos de investigación antropológica forense en Perú, Caso Perú*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
413. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Editorial Comares, Granada, 2006.
414. TALOMÉ, DUNCAN, *Ixiles. La pérdida de Ilom*, publicación de la Fundación CEDIM, Guatemala, 2008.
415. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
416. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La mediación reparadora*, en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002



417. TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio de las nuevas tendencias político-criminales*, Publicación de la Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.
418. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998.
419. TARACENA ARRIOLA, ARTURO, *Invención criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Tercera Edición Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, 2011.
420. TEITEL, RUTI G., *Genealogía de la Justicia Transicional*, Título original Transitional Justice Genealogy, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, 2003.
421. TISCHLER VISQUERRAL SERGIO, *Memoria, tiempo y sujeto*, F&G Editores, Guatemala, 2005.
422. TORBAY BETANCOR, ÁNGELA, *Prevenir la vulnerabilidad: el enfoque de la resiliencia*, en Violencia y Psicología Comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales, Comares, Granada, 2011.
423. TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA, *Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Actualidad Penal, Madrid, 2002
424. TORRES RIVAS, EDELBERTO, *Guatemala: Estado, heterogeneidad estructural y ciudadanía, una visión etnocultural*, F&G Editores, Guatemala, 2005.
425. TUMINI, MARÍA CARINA; GARAY, LUCÍA SOLEDAD; BANCHEIERI, CARLA MARÍA, *Procesos de exhumaciones: un espacio posible, Caso Argentina*, en Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

426. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, New York, 2006.
427. US ALVAREZ, ERVIN FIDEL, *Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco*, en Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010.
428. VALIÑA, LILIANA, *La evolución de las normas y mecanismos internacionales de derechos humanos en las Naciones Unidas*, documento de trabajo de las Naciones Unidas con fines didácticos, sin datos de publicación.
429. VAN BOVEN, THEO, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales*, Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/8, del 2 de julio de 1993.
430. VAZQUEZ SMERILLI, GABRIELA J., *La reparación del daño producido por un delito: "Hacia una justicia reparadora"*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Impresores Unidos S.A, Guatemala, 2004.
431. VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
432. VELÁQUEX NIMATUJ, IRMA ALICIA, *Traje, folclorización y racismo en la Guatemala postconflicto*, en Racismo en Guatemala. De lo políticamente correcto a la lucha antirracista, publicación de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, Guatemala, 2004.
433. VENTAS SASTRE, ROSA, *Viabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos en el orden jurisdiccional penal*, publicada en la revistas Letras Jurídicas, Número 8, primavera de 2009, Guadalajara, México, 2009.

434. VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO, Políticas de reconciliación social: vínculo y sentido contra la exclusión, en *Corintios XIII Revista de teología y pastoral de la caridad*, enero-junio 2011, Cáritas Española, Madrid, 2011, página 128.
435. VILAS, CARLOS M., *(In)justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo*, en *Linchamientos: ¿Barbarie o "justicia popular"?*, FLACSO, Guatemala, 2003.
436. VILLAGRAN KRAMER, FRANCISCO, *La responsabilidad internacional por crímenes internacionales*, Revista del IRIPAZ, Instituto de Relaciones Internacionales y de Investigación para la Paz, Año 7, Vol. 7 No. 14, Guatemala, 1996.
437. VILLORO, LUIS, *En torno al derecho de autonomía de los pueblos indígenas*, Cuadernos Americanos, Número 56, año X, volumen 2, México, 1996.
438. VIÑAR, MARCELO, *Resistencias contra el olvido*, en *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en proceso de exhumaciones en América Latina*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.
439. WALY NDIAYE, BACRE, *Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes*, Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/1884/7.
440. WEITEKAMP, ELMAR, *Calculating the damage to be restored: lessons from the national survey of crime severity*, En *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998
441. WRIGHT, MARTIN, *Why should victims of crime be compensated?*, en *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven University Press, Belgium, 1998.

442. WOODWARD, RALPH LEE JR., *Rafael Carrera y la creación de la República de Guatemala, 1821-1871*, Biblioteca Básica de Historia de Guatemala: 2011, Serviprensa, Guatemala, 2011.
443. YAGÜE, RICARDO DE ÁNGEL, *Valoración de la vida e integridad física. Derecho Comparado*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
444. YOUNG, JOCK, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993.
445. YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, ponencia presentada en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre del 2003.
446. YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, publicación de la Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.
447. YRIGOYEN, RAQUEL, *Constitucionalismo Pluralista en América Latina*, conferencia dictada en la Ciudad de Guatemala, el día 20 de mayo de 2011.
448. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989.
449. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, De Palma, Buenos Aires, 1984.
450. ZALAUQUETT, JOSÉ, *La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos*, Revista Perspectivas, Volumen 2, Número Especial, Publicación de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, Santiago, 1999.

451. ZAUZICH, MARÍA CHRISTINE, *Mártir de la Paz*, publicación de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Primera Edición, Guatemala, 1998.
452. ZELLERER, EVELYN; CUNNEEN, CHRIS, *Restorative Justice, Indigenous Justice and Human Rights*, En *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
453. ZERNOVA, MARGARITA, *Restorative Justice. Ideal and realities*, Ashgate Publishing, England, 2007.
454. ZOIDO ÁLVARES, JUAN IGNACIO, *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
455. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El abolicionismo en América latina*, Revista Derecho y Sociedad, sin datos de publicación.
456. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001.