

Título: LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO Y CIVIL

Nombre: VILSON, FARIAS

Universidad: Universidad de Granada

Departamento: Derecho civil

Fecha de lectura: 06/07/2011

Programa de doctorado: ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dirección:

> **Director:** MARIA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA

Tribunal:

> **presidente:** ANTONIO ORTI VALLEJO

> **secretario:** MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ

> **vocal:** REBECA ELISABETH CONTRERAS LOPEZ

> **vocal:** PEDRO ROBLES LATORRE

> **vocal:** IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR

Descriptor:

> DERECHO PENAL

> DERECHO CIVIL

El fichero de tesis ya ha sido incorporado al sistema

> <http://0-hera.ugr.es.adrastea.ugr.es/tesisugr/20084171.pdf>

Resumen: El Título de la Tesis es: LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO Y CIVIL. Los gérmenes de las ideas que en este trabajo de pesquisa han sido desarrolladas, nacieron durante los innumerables comentarios respecto del Sistema de Justicia Criminal, y del constante cambio de ideas y experiencias con innumerables personas relacionadas a este medio. Se debatían que el Sistema de Justicia Criminal resuelve el caso jurídico, pero no resuelve el problema de las personas envueltas en el conflicto. Una de las respuestas para obtener solución de ese problema, estaría en un mejor abordaje y valoración de la víctima en el proceso penal. De este diálogo participaban docentes, funcionarios del Ministerio Fiscal y profesionales de otras áreas.

Las circunstancias personales del doctorando también han influido de modo decisivo en la elección del tema. Desde su inicio en la vida pública como Escribano de Policía, 1971-1979, en la época que era estudiante de derecho, puede observar en el día a día las angustias que sufrían las personas perjudicadas que comparecían en las dependencias policiales para narrar las circunstancias en las que se daba el delito. Trabajaba en una Comisaría de Hurto y Robos y la policía, en aquella época, apenas conseguía esclarecer un número reducido de delitos y en consecuencia no recuperaba la res furtiva, un tormento para el sujeto pasivo del delito. Posteriormente, actuando como Delegado de Policía y ahí, entonces, ya formado en derecho, al dialogar con las

víctimas de delitos en mi gabinete, pasé a observar que el Estado era deficiente y no poseía políticas que dieran respuestas inmediatas o mediatas para los lesionados. En los delitos sexuales, por ejemplo, las víctimas no recibían la debida atención que podría atenuar, al menos, el sufrimiento de las mismas.

Dada la precariedad de las dependencias de las Comisarías de Policía, las víctimas muchas veces se encontraban frente a frente con el sujeto activo del delito, lo que, como mínimo, las intimidaba, fenómeno éste, que la doctrina suele clasificar como victimización secundaria.

Posteriormente, al ingresar en el Ministerio Fiscal y al actuar como Fiscal de Justicia Criminal he constatado, también, que en el día a día del foro, la víctima sufría las mismas angustias y sinsabores de la fase de instrucción preliminar (Informe Policial) y, pues, tanto el Ministerio Fiscal como el juzgador no están, como no estaban, debidamente estructurados para recibir a las víctimas de los delitos.

Después de la fase procesal, la víctima no encuentra respuestas por parte del Estado, principalmente, en lo que se refiere al resarcimiento del delito, cuando el reo es pobre. Por otro lado, también constatamos, que en el transcurrir del proceso muchas veces el Fiscal de Justicia, por una mala evaluación procesal o por fallos en el sistema de persecución criminal, acaba perjudicando a la víctima en favor del autor del delito, pues el modelo de doble instrucción, adoptado en nuestro país, acaba por tener un carácter ambiguo. El trabajo inquisitorial de la policía es empujado para abajo, dentro del sistema jerarquizado de la Justicia. Otorgándose a la policía una amplia autonomía, ella cumple con su tradicional función de selección social. Separa los representantes de las clases de renta baja, de las clases económicamente privilegiadas, a través de la aplicación desigual del derecho y de la violencia.

Al no intervenir nunca, los fiscales y jueces legitiman esta repartición de tareas judiciales. Como justificación para esta sistemática omisión, ellos se sirven del modelo de proceso penal.

A nuestra manera de ver, otro problema existente en nuestro país y que contribuye a una sociedad pronunciadamente desigual, es la ausencia de cooperación institucional y de responsabilidad horizontal. Las prácticas penales demuestran cómo el proceso penal brasileño, a primera vista, puede ser considerado como modelo liberal, ya que éste, como sistema acusatorio, sigue principios de publicidad, igualdad de las partes y presunción de inocencia, principios que a través de elementos inquisitoriales, demostrados a lo largo del trabajo, son diluidos por la puerta de atrás, discretamente. Razón por la cual concluí que sería beneficiosa a posibilidad de incluir en la fase procesal la figura del Asistente de Acusación, la cual suele aparecer en los procesos en los que la familia o la propia víctima tienen capacidad económica, pues el Ministerio Fiscal acaba tornándose parcial en esa fase del proceso.

Después de reunir todas esas experiencias, por el hecho de jubilarme, acabé por ingresar en la abogacía y, actuando en el área criminal, encontrándome con casos concretos, en los que actué como asistente de acusación en procesos criminales y busqué, posteriormente, en el civil, el resarcimiento del delito a través de acciones para la indemnización del daño moral y material, lo que hace parte de los anexos, adjuntos a la tesis. Por todo eso, resolví entregarme a este trabajo y realizar una profunda investigación en el derecho brasileño y en el derecho comparado, en especial al derecho español. Pero tampoco puedo olvidar que al participar de un curso de postgrado, cuyos patrocinadores fueron la Pontificia Universidad Católica y la Escuela Superior del Ministerio Fiscal, me he encontrado con juristas de la estirpe de Luis Flávio Gomes (Brasil), Raul Cervini (Uruguay), Eugênio Raul Zaifaroni (Argentina), adquirí innumerables conocimientos que me incentivaron a profundizar acerca de la víctima en el ámbito del Derecho Criminal, ampliamente utilizados en el desarrollo de esta tesis junto a el Programa de Doctorado de la Universidad de Granada.

La experiencia adquirida con todas estas actividades referidas fue factor decisivo, de acuerdo con lo que ya he expuesto, para la elección del tema. Diría, aún, por la importancia y actualidad del tema, nos despierta un

profundo interés.

La observación de los datos recae, como es natural, y según apunta Guasp, sobre aquel conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico. Para tanto, se utiliza el método de investigación del derecho procesal y también del derecho material, pero no nos limitamos sólo a esto, pues no nos quedamos sólo en la ley. En el análisis no adaptamos un método dogmático reducido, utilizamos el método deductivo (del general al particular) y también el método inductivo (del particular al general), pues los mismos se complementan recíprocamente. Se trata de una tesis sobre la reparación de la víctima en el ámbito del derecho criminal, con un enfoque no sólo de los aspectos penales sino también civiles de la cuestión, con amplio campo de observación del derecho positivo por la utilización constante del método jurídico comparativo.

Como fuente subsidiaria acudiremos, también, a ordenamientos jurídicos vigentes en otros países, con mayor intensidad cito: España, Cuba, Argentina, Uruguay, Brasil y con menor intensidad, México, Inglaterra, entre otros.

En las interpretaciones de las normas penales, conforme la situación que se procesaba, utilizamos desde la simple interpretación gramatical, pasando por la lógica, la historia y también la sistemática.

Finalmente, destacamos que todos los aspectos a los que nos referimos durante el curso de este trabajo, se describen en síntesis, sin agotar el asunto relativo a la situación y el desarrollo de la victimología, así como a los rumbos que ella toma delante de la crisis del Derecho Penal y también delante de la criminología y con relación a la política criminal actual que se observa en los diversos países citados. Pues es tarea de esa disciplina no sólo describir la situación social contra la delincuencia, sino también, determinar las líneas básicas que deben ser seguidas en el sentido de una mayor eficacia. De la misma manera el *mutatis mutandis* y con mayor énfasis, hoy no se cuestiona la primacía de las políticas, tanto preventivas como de tratamiento y, asistencias y ayudas que los Estados deben formular, desarrollar e implementar para enseñar a vivir como muy bien se refiere Abelardo Rivera Llano, en su importante obra *La victimología y convivir en sociedades de alto riesgo victimal como las actuales*, entre las cuales, cito Brasil y Argentina.

Por eso, no es sin razón que los juristas afirman que el siglo XXI será el siglo de las víctimas. Esto implica un nuevo estudio de la función de política criminal para realizar un puente de unión con la nueva victimología, la cual se preocupa por la seguridad del ciudadano como muy bien nos enseña el profesor Juan Busto Ramírez. Por otro lado, hoy se aboga frente a la realidad que discurrimos cada vez más por el reconocimiento de los derechos y garantías de las víctimas, que trascienden de la mera pretensión resarcitoria que se busca mediante la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, lo que en la mayoría de las veces es mera utopía, pues los reos son pobres, ahí está el porqué el Estado debe también cuidar de eso, conforme nos referimos en la conclusión de nuestro trabajo.

La intención de la tesis es dar un mayor impacto al movimiento victimológico en el Derecho Penal, con la finalidad de realizar la inserción de una temática predominantemente criminológica en el área jurídico-penal, orientada al resarcimiento a la víctima de delito, que tanto carece de esa especie de contribución.

El trabajo se basa en la evolución histórica de la víctima, pasando por las tendencias actuales y, aún, proyecta perspectivas futuras del papel de la víctima en las cuestiones penales y fundamentos referentes a una Política Criminal de acuerdo con la realidad.

En la investigación jurídica, la doctrina es la fuente de consulta por excelencia. Por eso, la organización de la bibliografía es importante y exige algunas consideraciones. Todas las obras que integran la bibliografía fueron consultadas y citadas en la tesis. En el apéndice consta la totalidad de datos necesarios para su identificación. Como nuestra investigación es prospectiva, se trata de saber cómo es aplicado el ordenamiento presente, siendo como debe ser el ordenamiento futuro. Además, entendemos, la tesis es un campo fértil y fecundo para

la libre manifestación de ideas y decisiones, exigiendo que el investigador esté libre de cualquier especie de freno que no sea la racional y motivada argumentación.

La estructura de la tesis merece una especial atención, pues entendemos que la simetría y la armonía son elementos imprescindibles en un trabajo científico.

En el primer capítulo, LA VICTIMOLOGÍA-LINEAS CONCEPTUALES, fue vista toda la línea evolutiva del concepto de la víctima, que se vuelve cada vez más amplio, así como el impacto que la misma crea en el proceso penal.

Apuntamos la posición que la víctima ocupa actualmente en el proceso penal y la que ella tenía antiguamente con las debidas modificaciones a través de los tiempos.

En el capítulo segundo, LA REPARACIÓN DEL DAÑO, discurrimos sobre los movimientos y organizaciones de defensa de los derechos de las víctimas de delitos y de abuso del poder en Brasil. Intentamos mostrar la nueva dimensión dada a la víctima por la Ley 9.099/95, donde quedan garantizados sus derechos y su personalidad de ciudadana.

La reforma de 2008 (Leyes 11.689, de 09/06/2008: Tribunal del Jurado; 11.690, de 09/06/2008: Pruebas y 11.719, de 20/06/2008: Suspensión del proceso, emendatio libelli, mutatio libelli y procedimientos) demostró mayor preocupación por la víctima en el ámbito del Código de Proceso Penal, que siempre se mantuvo en 2º plano, como bien nos enseña Scarance Fernandes cuando afirma que es generalizada la tendencia consistente en dar a la víctima un nuevo papel en el proceso criminal, sacándola del ostracismo que le fue impuesto en los últimos tiempos.

La modificación más emblemática fue haber alterado la disciplina de la acción civil ex delicto, proyectando mejorar la situación de la víctima, permitiendo que el magistrado fije, en el ámbito criminal, una indemnización a la víctima, debido a los daños causados por el delito, al analizar el art. 63 y 387 introducidos por la Ley 11.719/08.

Aún diría que esta propensión de poner luces sobre la víctima puede ser observada por la propia modificación del nombre del capítulo, que antes se llamaba De las preguntas al ofendido y ahora pasó a ser más amplio, denominándose Del Ofendido (201, CPP), lo que demuestra que la víctima no es vista sólo como fuente de la prueba, con el legislador preocupado en resguardar su integridad física, así como otros aspectos relacionados con la práctica delictiva.

La nueva legislación prevé que el ofendido, aún cuando no se haya animado a ocupar la posición de Asistente de Acusación, puede participar en la práctica de la prueba, con formulación de cuestiones e indicación de Asistente Técnico. Por eso se debe repetir que la Ley 11.690/08 que trajo innovaciones extensivas a la figura del ofendido, que ahora puede ser considerado como parte o sujeto del proceso, cuando no quiera integrar el proceso como Asistente, como se deduce de la interpretación de los arts. 159, § 3º, CPP, y 201, §§ 2º, 4º y 5º, CPP.

También hicimos observaciones sobre la justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos, a fin de restaurar una convivencia pacífica entre víctima y ofensor.

Divulgamos la prioridad de la victimología, el estudio de la persona victimizada, de su génesis, de su desarrollo, del estudio del proceso de victimización, la relación entre el victimario y su víctima, objetivando la creación de condiciones sociojurídicas para que la víctima supere el daño sufrido y que, principalmente, la misma sea restituida tanto moral como materialmente.

Hacemos parte diariamente de la globalización que también provoca víctimas para descubrir que ella es generosa con aquellos que pueden ser parte de ella y perversa con la mayoría, que de ella apenas paga los perjuicios.

Intentamos exponer las innovaciones procesales y jurídicas relativas a la víctima en nuestro país, el Brasil, como la multa reparatoria en el Código de Tránsito, la pena de prestación pecuniaria; la Ley complementaria n.º 79 de 07 de enero de 1994, que crea el Fondo Penitenciario Nacional, FUNPEN, y que establece en su artículo 3º, inciso IX, que los recursos del Fondo serán aplicados en programas de asistencia a las víctimas de delitos; el artículo 245 de la Constitución Federal que dispone sobre las posibilidades y condiciones en que el Poder Público va a dar la asistencia a los parientes e incapaces dependientes de personas victimizadas por delito doloso, sin perjuicio de la responsabilidad civil del autor del delito, así como todos los procedimientos judiciales con relación a la compensación y restitución del daño causado por el delito.

En el tercer capítulo, EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA, analizamos los intereses civiles de la víctima en relación al daño sufrido por razón del delito, su efectividad y las medidas cautelares civiles en el proceso penal, incluso otros papeles por ella ejercidos, con énfasis en su posición frente la prueba penal y las técnicas de protección y asistencia que le son destinadas

En el capítulo cuatro, DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO, hacemos un análisis de conductas que afectan más intensamente al patrimonio (moral y económico) de determinada persona, permitiendo intervenciones judiciales distintas de la respuesta penal, delante de la diversidad y pluralidad de grados de ilicitud que las acompañan.

En estas situaciones, cuando la repercusión de la infracción haya de atender también al campo de la responsabilidad civil, tendrá lugar la llamada acción civil ex delicto, que otra cosa no es sino el procedimiento judicial orientado a la recomposición del daño civil causado por el delito.

En el quinto capítulo, LAS NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO, destacamos las nuevas tendencias en relación a la víctima, revisiones e interpretaciones de nuevas normas procesales, así como la necesaria construcción de nuevos dispositivos más cercanos a la realidad sociopolítica en la que la víctima está inserta.

En el capítulo sexto, LA JUSTICIA RESTAURATIVA, EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y EL ABOLICIONISMO PENAL, tratamos de la relación de la víctima con los eventos criminalizables que, de una manera u otra, no son efectivamente criminalizados, del movimiento abolicionista, así como la opción del legislador brasileño por el Principio de la Intervención Mínima.

En el capítulo siete, SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: TENDENCIAS INTERNACIONALES, analizamos as medidas reparatorias, en uno u otro de los modelos aquí sucintamente expuestos, especialmente como condición para obtención de algún favor legal, encuentran previsión en las legislaciones de muchos países, y no se puede decir que tal hecho constituya absoluta novedad. Lo que es novedad es la intensidad de los debates académicos y de las reformas legislativas que tienden a introducir la reparación en el sistema penal.

En el octavo capítulo, LA REPARACIÓN Y EL SISTEMA PENAL: ¿UNA TERCERA VÍA? estudiamos una nova forma de entender el derecho penal, en la que caben el consenso y la reparación, frente a conductas que deberían ser analizadas desde una perspectiva diferente. Este es el espacio en el que quedan posibilidades para el diálogo y la resolución alternativa del conflicto, en síntesis, para la justicia restaurativa.

En el capítulo nueve, INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA, intentamos extraer elementos fundamentales del sistema para tener una visión equilibrada de las normas procesales vigentes, procurando una correcta interpretación a partir de la presencia de la víctima en la investigación criminal, pasando por sus funciones en la acción penal de iniciativa privada, para llegar a su actuación en la acción penal de iniciativa pública. A partir de ahí se analizan varios aspectos, como el condicionamiento de la acción a la manifestación de la víctima; su control sobre la acusación pública; el concurso o cooperación del ofendido, entre otras.

En el décimo capítulo, LOS DERECHOS DEL ACUSADO Y DE LA VÍCTIMA, hacemos un abordaje de los derechos de los acusados y de las víctimas de crímenes en el derecho comparado, por ejemplo Cuba, México y

España.

En el capítulo once, VÍCTIMAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, estudiamos diversos grupos que históricamente fueron victimizados, como los negros, víctimas de los más crueles castigos a lo largo de la historia, y que hasta hoy son una víctima cotidiana de nuestro día a día, las mujeres, ellas que ahora luchan por tener sus derechos reconocidos, incluso el derecho a la vida. A ellos se han de atribuir varias victorias e innumerables derrotas. También los menores, cuya violencia surge aterradora, pues se enmascara en el arquetipo de la pureza, que se asocia a la tierna edad; aquí vimos la violencia practicada por y contra los jóvenes.

También anexamos al presente trabajo materias divulgadas por el gran periódico brasileño Folha de SP respecto a las investigaciones actualizadas sobre el racismo en Brasil.

La Ley 11.340/2006, conocida como Ley Maria da Penha, introduce medidas de naturaleza penal, civil y aún abarca otras ramas del Derecho, pretendiendo proteger los intereses de la mujer. En realidad, viene al encuentro de los modernos principios victimológicos que proponen proteger a la víctima, principalmente en el ámbito del Derecho Criminal, pero va más allá, pues inserta principios de otros dispositivos del Derecho, apunta una solución más rápida para la violencia doméstica. Sobre el asunto, escribimos diversos artículos ya publicados, con la colaboración de otros letrados, los cuales siguen en anexo.

El capítulo doce, VICTIMIZACIÓN DE LAS MINORÍAS-EL RACISMO, se justifica por la necesidad de acercarse a las comúnmente conocidas como víctimas del sistema, los negros en Brasil, que desde la época colonial han sido víctimas y hasta hoy, por lo que es necesario implementar políticas de acción afirmativa, con el fin de igualar, e incluyen esta parte de la población.

En algunos temas, el análisis de los mismos nos exigía una crítica más contundente acerca de ciertos presupuestos jurídicos, de reglamentaciones legislativas y jurisprudencia. Por eso, si en algún momento nos excedemos en las críticas formuladas, pedimos que sea interpretado como un método crítico de análisis del problema, en el plano teórico doctrinal y no como una falta de respeto a la doctrina.

Concluyendo, juzgamos oportuno transcribir lo que bien ha citado en su tesis, mi estudiante de ayer y hoy Doctor por la Universidad Complutense de Madrid, Aury Celso Lima Lopes Junior, en nuestro trabajo de cada día recordamos de Alcalá-Zamora y Castillo y de su intranquilidad, cuando fue consultado para hablar sobre el Mandado de Seguridad en São Paulo. Decía el brillante procesalista: ¿Qué iba a poder decir, a una asamblea con evidente predominio de los juristas brasileños, respecto a un tema ciento por ciento brasileño?

Al comentar ordenamientos jurídicos de otros países, experimentamos una sensación similar y debemos decir que no es nada agradable. Por el contrario, es tremendamente preocupante. Tendría razón Alcalá-Zamora cuando decía que el peligro ofrecido a cada instante era el de pretender descubrir por esta altura, el Mediterráneo, inventar la pólvora o según la expresión española, llevar hierro a Vizcaya. Él miedo que sentimos fue igual, sin embargo existe una gran diferencia: Alcalá-Zamora escribió uno de los mayores trabajos que existe sobre el tema, y nosotros, seguros de haber incurrido en múltiples equívocos, lo que pretendemos es, sinceramente, aprender un poco de los ordenamientos de los diversos países aquí citados. Nada más.