

Tesis doctoral original¹

**LA MEDIACION REPARADORA COMO ESTRATEGIA
DE CONTROL SOCIAL UNA PERSPECTIVA
CRIMINOLOGICA**

**Doctoranda:
Dña. Gema Verona Martínez
Director:
Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad del País Vasco
San Sebastián, 1997**

¹ Debido a las diferencias de formato en el procesador de textos original, el presente texto puede contener algunos espacios o caracteres incorrectos. Por lo demás, constituye el conjunto de la tesis que no ha sido publicada en su totalidad ni recogida en un repositorio digital porque, a la fecha de su defensa, aún no se hacía por parte del repositorio universitario.

SUMARIO

nº página

INTRODUCCIÓN 5

PARTE PRIMERA INTERDEPENDENCIA DE LOS CONTROLES SOCIALES FORMALES E INFORMALES. LA MEDIACION COMO UNA DE SUS FORMAS 21

Capítulo 1. Deconstrucción del concepto de control social 25

Capítulo 2. Confusión y complementariedad de los controles formales e informales 105

Capítulo 3. Crisis y aparición de nuevas estrategias de control social formal 119

Capítulo 4. Los procesos de mediación como control social trilateral y conciliatorio 131

Reflexión final 140

PARTE SEGUNDA PROCESOS DE MEDIACION DESDE LA HISTORIA Y LA ANTROPOLOGIA DEL CONTROL SOCIAL 143

Capítulo 1. Aspectos previos teórico-metodológicos: la Historia y la Antropología del Derecho y del control social 149

Capítulo 2. Las sociedades premodernas 169

Capítulo 3. Las sociedades medievales 198

Capítulo 4. Las sociedades modernas 224

Capítulo 5. Las sociedades contemporáneas 251

Capítulo 6. Las sociedades posmodernas 272

Reflexión final 298

PARTE TERCERA INSTITUCIONALIZACION ACTUAL DE LA MEDIACION EN EL SISTEMA PENAL 313

Capítulo 1. El origen próximo de las propuestas relativas a la mediación y su encuadre político-criminal 317

Capítulo 2. Principios y fines del Derecho penal y proyectos de mediación 341

Capítulo 3. Principios del proceso penal y proyectos de mediación 369

Capítulo 4. Experiencias de diversos países: Comparación de los modelos de mediación, según los criterios de "centralismo jurídico" e "ideología" 396

Capítulo 5. Programas de mediación en el contexto del derecho (penal)

español de menores y adultos	439
	n ^o página
Capítulo 6. Análisis socio-jurídico del Código penal en relación con la mediación reparadora	478
Capítulo 7. Posibilidades de una nueva regulación en el CP	542
Reflexión final.....	556
<i>PARTI CUARTA PLURALISMO NORMATIVO. PROCESOS ACTUALES DE MEDIACION FUERA DEL SISTEMA JURIDICO-PENAL.....</i>	567
Capítulo 1. El concepto de derecho en los estudios sobre el pluralismo normativo y culturas jurídicas	572
Capítulo 2. Derechos indígenas	580
Capítulo 3. Sistemas normativos de otras minorías culturales en Occidente.....	618
Capítulo 4. Justicia popular.....	640
Capítulo 5. La práctica del derecho penal y la evasión espontánea hacia otras agencias de control	644
Reflexión final.....	647
<i>PARTI QUINTA ESTUDIO DE DIVERSOS CASOS DE CONTROL SOCIAL A TRAVES DE PROCESOS DE MEDIACION. PARALELISMOS Y CONTRASTES</i>	655
Capítulo 1. Precisiones metodológicas	659
Capítulo 2. Presentación de los casos: contexto, narración del proceso de mediación, variables explicativas e interpretación	663
Capítulo 3. Comparación de variables e integración teórica.....	694
Reflexión final.....	712
<i>CONCLUSIONES GENERALES.....</i>	715
Abreviaturas utilizadas.....	735
Bibliografía	739
Índice	911
Índice de ilustraciones	917
Agradecimientos	919

ÍNDICE:

	nº página
SUMARIO	3
INTRODUCCIÓN	5

PARTE PRIMERA: INTERDEPENDENCIA DE LOS CONTROLES SOCIALES FORMALES E INFORMALES. LA MEDIACIÓN COMO UNA DE SUS FORMAS 21

Capítulo 1. Deconstrucción del concepto de control social	25
1.1 Hacia un concepto de control social.....	25
1. 1. 1 Definiciones	25
1. 1. 2 Distinciones.....	33
1.2 Evolución en la teorización del control social y su relación como marco explicativo de la mediación.....	36
1. 2. 1 Teorías clásicas del contrato social	36
1. 2. 2 El positivismo sociológico de Comte y su influencia en la Criminología positiva y clínica	38
1. 2. 3 La primera definición del concepto de control social por E. A. Ross	44
1. 2. 4 La influencia de la Escuela de Chicago.....	45
1. 2. 5 La perspectiva funcionalista de Durkheim y Parsons y su repercusión en Luhmann y Jakobs.....	47
1. 2. 6 El interaccionismo simbólico de Mead	49
1. 2. 7 El positivismo jurídico de Kelsen y el psicoanálisis	49
1. 2. 8 Otras teorías psicológicas.....	50
1. 2. 9 Las enseñanzas de la Antropología y la Sociología del Derecho	51
1. 2. 10 Teorías propiamente criminológicas: subculturales, del aprendizaje social, del control interno, del conflicto y del etiquetado	52
1. 2. 11 Teorías de la elección racional y teorías económicas.....	65
1. 2. 12 Aportaciones de la Escuela filosófica de Frankfurt: Habermas y la teoría de la acción comunicativa	67
1. 2. 13 Recientes teorías criminológicas.....	70
1. 2. 13. 1 Nuevo realismo de izquierdas o radical	70
1. 2. 13. 2 La Criminología republicana y el comunitarismo	76
1. 2. 13. 3 Perspectivas feministas	80
1. 2. 13. 4 La Criminología constitutiva.....	83
1. 2. 13. 5 Consideración especial del abolicionismo	84
1. 2. 14 Las aportaciones de la Victimología y la Criminología comparada.....	91
1. 2. 15 Teorías sobre la justicia restaurativa en el ámbito del sistema penal: de raíces explícitamente cristianas (Zehr, Wright y el movimiento de la justicia relacional) y otros enfoques (Cragg, Fatic y Beristain).....	99
1. 2. 16 Recapitulación.....	103
Capítulo 2. Confusión y complementariedad de los controles formales e informales	105
2. 1 Distinción entre control social formal e informal: agentes, destinatarios, estrategias. El control jurídico-penal.....	105
2. 2 Interdependencia de ambos tipos de control en su funcionamiento	116
Capítulo 3. Crisis y aparición de nuevas estrategias de control social formal	119
3. 1 Gestión de la criminalidad.....	120
3. 2 Participación en la política criminal	126

	nº página
3. 3 Prevención en la comunidad.....	128
3. 4 Recapitulación.....	130
Capítulo 4. Los procesos de mediación como control social trilateral y conciliatorio	131
Reflexión final.....	140
PARTE SEGUNDA: PROCESOS DE MEDIACIÓN DESDE LA HISTORIA Y ANTROPOLOGÍA DEL CONTROL SOCIAL.....	143
Capítulo 1. Aspectos previos teórico-metodológicos: la Historia y la Antropología del Derecho y del control social.....	149
Capítulo 2. Las sociedades premodernas	169
2. 1 El control comunitario en la Prehistoria	173
2. 1. 1 Paleolítico	173
2. 1. 2 Neolítico.....	174
2. 2 Historia antigua. De la aparición del derecho escrito en distintas culturas al derecho romano.....	176
2. 2. 1 El Próximo Oriente	176
2. 2. 2 La antigua India	181
2. 2. 3 China imperial.....	182
2. 2. 4 El antiguo derecho hebreo	183
2. 2. 5 Grecia antigua y clásica	184
2. 2. 6 El Derecho romano	188
Capítulo 3. Las sociedades medievales	198
3. 1 España visigoda	198
3. 2 El derecho en la cultura musulmana	203
3. 3 La etapa de la reconquista.....	205
3. 4 El pluralismo jurídico altomedieval.....	208
3. 5 La recepción del derecho común en la fase bajomedieval y los cambios en el proceso penal	212
Capítulo 4. Las sociedades modernas.....	224
4. 1 El surgimiento del Estado centralizado.....	224
4. 2 La conquista y colonización de las Indias: un ejemplo de mestizaje jurídico.....	231
4. 3 Separación entre el legislador y el juez, promoción del papel del fiscal, recopilación del derecho escrito y formalización del proceso	235
4. 4 Las penas: entre la confusión delito/pecado	243
Capítulo 5. Las sociedades contemporáneas.....	251
5. 1 Una etapa intermedia: la Ilustración y sus proyecciones. Sistematización del Derecho penal y nacimiento de la prisión	251
5. 2 Del Estado absoluto al liberal: el constitucionalismo y la codificación.....	258
5. 2. 2 El Estado liberal y su evolución.....	258
5. 2. 3 Constitucionalismo y codificación.....	263
Capítulo 6. Las sociedades posmodernas	272
6. 1 Algunas cifras relativas a la criminalidad registrada en España	273
6. 2 Tendencias relativas al sistema penal	278

	nº página
6.3 Primeras valoraciones del Código Penal de 1995 en el momento de su aparición. Su debate público	295
Reflexión final	298
PARTE TERCERA. INSTITUCIONALIZACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL	313
Capítulo 1. El origen próximo de las propuestas relativas a la mediación y su encuadre político-criminal	317
1. 1 Movimientos sociales y opinión pública	319
1. 1. 1 Los movimientos en favor de los derechos de los internos y de las alternativas a la prisión	319
1. 1. 2 Los movimientos en favor de los derechos de las víctimas.....	321
1. 1. 3 Los movimientos en favor de la resolución alternativa de los conflictos	323
1. 1. 4 Opinión pública.....	325
1. 2 Teorías dentro del Derecho penal.....	326
1. 3 Iniciativas institucionales	331
1. 3. 1 En la esfera interna.....	332
1. 3. 2 En la esfera internacional	333
1. 3. 2. 1 Alternativas	334
1. 3. 2. 2 Derechos de las víctimas	335
1. 3. 2. 3 Resolución alternativa de conflictos	340
Capítulo 2. Principios y fines del Derecho penal y proyectos de mediación	341
2. 1 El <i>ius puniendi</i> : fundamento y fines de la pena.....	342
2. 2 Los principios del Derecho penal y su vinculación a las características del Estado concreto	359
Capítulo 3. Principios del proceso penal y proyectos de mediación	369
3. 1 La mediación como proceso distinto del enjuiciamiento	369
3. 2 El proceso y la victimación secundaria	374
3. 3 Proceso penal y principios constitucionales.....	384
Capítulo 4. Experiencias de diversos países. Comparación de los modelos de mediación, según los criterios de “centralismo jurídico” e “ideología”	396
4. 1 Funcionamiento de cada proyecto.....	398
4. 1. 1 Relación con la justicia formal o centralismo jurídico.....	398
4. 1. 1. 1 Marco jurídico (límites)	398
4. 1. 1. 2 Conexión con los tribunales	423
4. 1. 1. 3 Situación del mediador.....	426
4. 1. 1. 4 Financiación	429
4. 1. 2 Ideología u objetivos	430
4. 1. 2. 1 Crecimiento personal.....	430
4. 1. 2. 2 Transformación social	434
4. 1. 2. 3 Prestación de servicios	435
4. 2 Conclusiones generales a todos los proyectos analizados	437

	nº página
Capítulo 5. Programas de mediación en el contexto del derecho (penal) español de menores y adultos	439
5. 1 La mediación como otra respuesta en la justicia de menores	440
5. 1. 1 El marco legal y los proyectos de reforma.....	440
5. 1. 2 Programa de mediación en la Comunidad de Cataluña	448
5. 1. 3 “Programa” de mediación en la Comunidad de Madrid	456
5. 1. 4 “Programa” de mediación en la Comunidad del País Vasco	458
5. 2 La mediación reparadora con infractores adultos	461
5. 2. 1 El proyecto valenciano.....	461
5. 2. 2 Otros proyectos	464
5. 2. 2. 1 En las Oficinas de Ayuda a las Víctimas	464
5. 2. 2. 2 Iniciativas por parte de asociaciones.....	465
5. 2. 2. 3 Iniciativas por parte de las fiscalías	466
5. 2. 2. 4 Promoción de la justicia de paz y municipal.....	467
5. 2. 2. 5 Experiencias de mediación social	473
Capítulo 6. Análisis socio-jurídico del Código penal en relación con la mediación reparadora	478
6. 1 La víctima en el NCP: ¿Personaje secundario o protagonista?.....	479
6. 2 La reparación en sentido estricto (sin mediación): la responsabilidad civil	490
6. 3 La socialización del daño: posibilidades de compensación estatal.....	498
6. 4 ¿Un Derecho penal de alternativas? Las penas y medidas en el NCP	506
6. 4. 1 Las medidas	507
6. 4. 2 Penas restrictivas de la libertad de movimientos	509
6. 4. 3 Suspensión de la ejecución de la pena	510
6. 4. 4 Penas sustitutivas	513
6. 4. 5 La libertad condicional	515
6. 5 La ejecución de la pena privativa de libertad y la reparación a la víctima	517
6. 6 Los comportamientos descritos en los libros II y III: relaciones conflictivas objeto de mediación	521
6. 6. 1 Libro II: los delitos.....	522
6. 6. 2 Libro III: las faltas	539
6. 7 Recapitulación.....	540
Capítulo 7. Posibilidades de una nueva regulación en el CP	542
7. 1 Diversas propuestas de política-criminal	542
7. 2 Planteamientos propios	548
Reflexión final	556
PARTE CUARTA. PLURALISMO NORMATIVO: PROCESOS ACTUALES DE MEDIACIÓN FUERA DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL	567
Capítulo 1. El concepto de derecho en los estudios sobre el pluralismo normativo y culturas jurídicas	572
Capítulo 2. Derechos indígenas	580
2. 1 Su reconocimiento jurídico internacional y estatal y su estudio antropológico.....	580
2. 1. 1 Reconocimiento jurídico.....	580
2. 1. 2 Estudios antropológicos	589

	nº página
2. 2 Ejemplos ilustrativos de derechos indígenas.....	594
2. 2. 1 Norteamérica.....	594
2. 2. 2 Latinoamérica.....	599
2. 2. 3 África.....	609
2. 2. 4 Oriente Medio.....	612
2. 2. 5 Asia y el Pacífico.....	614
Capítulo 3. Sistemas normativos de otras minorías culturales en Occidente.....	618
3. 1 La minoría gitana en España.....	621
3. 1. 1 La adaptación al derecho estatal como respuesta a la discriminación.....	621
3. 1. 2 Aspectos socio-culturales.....	625
3. 1. 3 Derechos gitanos.....	631
Capítulo 4. Justicia popular.....	640
Capítulo 5. La práctica del derecho penal y la evasión espontánea hacia otras agencias de control.....	644
Reflexión final.....	647
PARTE QUINTA. ESTUDIO DE DIVERSOS CASOS DE CONTROL SOCIAL A TRAVÉS DE PROCESOS DE MEDIACIÓN: PARALELISMOS Y CONTRASTES.....	655
Capítulo 1. Precisiones metodológicas.....	659
Capítulo 2. Presentación de los casos: contexto, narración del proceso de mediación, variables explicativas e interpretación.....	663
2. 1 Caso de mediación en la justicia oficial de menores.....	663
2. 1. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación.....	666
2. 1. 2 Narración del proceso de mediación.....	668
2. 1. 3 Variables explicativas e interpretación.....	668
2. 2 Caso de mediación en los Juzgados de Paz.....	671
2. 2. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación.....	671
2. 2. 2 Narración del proceso de mediación.....	675
2. 2. 3 Variables explicativas e interpretación.....	676
2. 3 Casos de mediación en los servicios de asistencia a la víctima.....	677
2. 3. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación.....	677
2. 3. 2 Narración del proceso de mediación.....	682
2. 3. 3 Variables explicativas e interpretación.....	682
2. 4 Caso de mediación en la comunidad gitana.....	684
2. 4. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación.....	684
2. 4. 2 Narración del proceso de mediación.....	691
2. 4. 3 Variables explicativas e interpretación.....	692
Capítulo 3. Comparación de variables e integración teórica.....	694
3. 1 Aspectos estructurales y culturales: derecho y mediación.....	697
3. 2 Aspectos subjetivos: relaciones de las personas en conflicto.....	699
3. 3 Aspectos objetivos: el conflicto concreto.....	700
3. 4 Aspectos de poder: el mediador.....	701

	nº página
3. 5 Aspectos procedimentales: las distintas fases	702
3. 6 Aspectos prácticos: el cumplimiento del acuerdo.....	704
3. 7 Aspectos socio-jurídicos generales	704
Reflexión final.....	712
<i>CONCLUSIONES GENERALES</i>	715
Abreviaturas utilizadas	735
Bibliografía	739
Índice.....	911
Índice de ilustraciones	917
Agradecimientos.....	919

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A	Auto
AATC	Autos del Tribunal Constitucional
ACP	Anterior Código penal
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i> (Resolución Alternativa de las Disputas)
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales
ATA	<i>Außergerichtlicher Tatausgleich</i> (Compensación Extrajudicial)
ATA-E	<i>Außergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene</i> (Compensación Extrajudicial para Adultos)
ATA-J	<i>Außergerichtlicher Tatausgleich für Jugendliche</i> (Compensación Extrajudicial para Menores)
CA	Comunidad Autónoma
CAPV/CAV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil
CCOO	Comisiones Obreras
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
cfr.	Compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJ	<i>Criminal Justice</i> (Justicia Criminal)
comp.	Compilador
coord.	Coordinador
CP	Código penal
DBH	<i>Deutsche Bewährungshilfe</i> (Asociación Alemana de Asistencia en la Prueba)
dir.	Director
DVJJ	<i>Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe</i> (Asociación Alemana de Asistencia a los Tribunales de Menores)
EA	Estatuto de Autonomía
ed.	Editor, edición
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
extr.	Extraordinario
fasc.	Fascículo
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
FGE	Fiscalía General del Estado
FMSM	Federación Mundial de Salud Mental
FZLN	Frente Zapatista de Liberación Nacional
HEUNI	<i>Helsinki United Nations Institute</i> (Instituto Europeo para la Prevención y Control del Delito, afiliado a las Naciones Unidas)
<i>ibíd., ibídem.</i>	En el mismo lugar
IISJ	Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati
IIPP	Instituciones Penitenciarias
ILANUD	Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
IMAC	Instituto para la Mediación, Arbitraje y Conciliación
IMAIN	Instituto Madrileño de Atención a la Infancia
INAVEM	<i>Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation</i> (Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de Mediación)
inc.	Inciso

INE	Instituto Nacional de Estadística
IPPF	<i>International Penal and Penitentiary Foundation</i> (Fundación Internacional Penal y Penitenciaria)
IRSE	Instituto de Reintegración Social de Euskadi
ISPAC	<i>International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme</i> (Consejo Asesor Científico y Profesional del Programa de Justicia Penal y Prevención del Delito de las Naciones Unidas)
Internacional	Científico y Profesional del Programa de Justicia Penal y Prevención del Delito de las Naciones Unidas)
IVAC-KREI	Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa
JGG	<i>Jugendgerichtsgesetz</i> (Ley de Tribunales para la Juventud)
JVP	Juzgados de Vigilancia Penitenciaria
LA	Ley de Arbitraje
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LRCPJM	Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento en los Juzgados de Menores
MF	Ministerio Fiscal
n.	Número
NACRO	<i>National Association for the Care and Resettlement of Offenders</i> (Asociación Nacional para el Cuidado y Reinserción de los Infractores)
NCP	Nuevo Código Penal (de 1995)
OAVD	Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
org.	Organizador
ÖstGB	Österreichisches Gesetzbuch (Código penal austriaco)
p.	Página
PASS	Programas Aplicados a Servicios Sociales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIOOM	<i>Interdisciplinary Research Program on Root Causes of Human Rights Violations</i> (Programa de Investigación Interdisciplinaria sobre las Raíces Profundas de las Violaciones de los Derechos Humanos)
p. ej.	Por ejemplo
PP	Partido Popular
PRECO	Procedimientos de Resolución de Conflictos Colectivos y la Negociación
Colectiva	
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
REEP	Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (a partir del número 154, Revista de Estudios Penitenciarios)
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
s	Siguiente
S	Sentencia
SAV(D)	Servicio de Asistencia a las Víctimas (de Donostia-San Sebastián)
s.f.	Sin fecha

SIM	Salario Mínimo Interprofesional
SIV	Sociedad Internacional de Victimología (WSV <i>World Society of Victimology</i>)
ss	Siguientes
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal)
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i> (Ordenanza Procesal Penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StVollstrO	<i>Strafvollstreckungsordnung</i> (Ordenanza de Ejecución Penal)
StVollG	<i>Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheits-entziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung -Strafvollzugsgesetz-</i> (Ley sobre la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y de las Medidas de Corrección y Seguridad con Privación de Libertad)
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJ	Tribunal de Justicia
TOA	<i>Täter-Opfer-Ausgleich</i> (Compensación/Reparación Autor-Víctima)
TPI	Tribunal Penal Internacional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de los Trabajadores
UIMP	Universidad Internacional Menéndez Pelayo
UMAC	Unidades de Mediación, Arbitraje y Conciliación
UNICRI	<i>United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute</i> (Instituto Interregional de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Delito y la Justicia)
UPV-EHU	Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea
v.	<i>Von</i>
vid.	Véase
vol.	Volumen
VOM	<i>Victim Offender Mediation</i> (Mediación Víctima-Autor)
VOMP	<i>Victim Offender Mediation Program</i> (Programa de Mediación Víctima-Autor)
VORP	<i>Victim Offender Reconciliation/Reparation Program</i> (Programa de Reconciliación/Reparación Víctima-Autor)
/	Párrafo aparte

ÍNDICE DE LAS ILUSTRACIONES

P. 23	<i>The Panopticon (Breda, Holland)</i> . En Herzog <i>et al.</i> (1997, 33).
P. 39-40	En J. Cabellud (s.f., 18-9; 186-7).
P. 145	Grabado de Francis Wheatley sobre la miseria de las prisiones (1787).
En el n.	6 de <i>Historia Social</i> (1990, 56).
P. 315	Folleto del servicio de mediación de Helsinki, 1995.
P. 454	<i>Negotiating Table</i> . En Herzog <i>et al.</i> (1997, 42).
P. 569	<i>Yayauhqui Tezcatlipoca</i> . El Dios Juez. Cultura mixteca.
P. 657	Una familia gitana cerca del Campus (San Sebastián). Anabel Varona, 1996.

INTRODUCCION

“La investigación es un proceso interminable de producir conocimiento provisional. Si la investigación se destina a facilitar un cambio progresivo, entonces también ella debe cambiar -y asimismo el investigador-” (Munger y Seron 1984, 279).

Estas líneas introducen al lector en un trabajo de tesis doctoral titulado *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. El tema fue elegido por su novedad dentro de las llamadas alternativas a la prisión -sobre las que tuve oportunidad de investigar con anterioridad- y, concretamente, por llamarme la atención la viva polémica que suscitaba y aún suscita. Hoy se sobreentienden y repiten conceptos que, apenas cinco años atrás, resultaban casi desconocidos. Se habla de una justicia reparadora que compensa, reintegra y media (Larrauri 1997, 177). El término de *justicia restaurativa* se insinuaba en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993, y siguió cobrando importancia en los Congresos Internacionales de Victimología de Adelaide (Australia) en 1994 y Amsterdam en 1997; además, está programado como tema de discusión en el próximo Congreso Internacional de Criminología, que tendrá lugar en Corea, en 1998 -será la primera vez que un país asiático acoja este tipo de reunión científica, con lo que se intenta subrayar el carácter intercultural de la disciplina-. Igualmente, será debatido dentro del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

En opinión de Eco (1992, 266), el desarrollo de la tesis debe vivirse como un desafío agradable, sin embargo, no puedo ocultar que existen momentos desagradables, llegando a convertirse el doctorando en esclavo de *su* tema, a través del cual termina viendo y viviendo todo lo que le rodea. Cuando comencé el proyecto de tesis doctoral aún no imaginaba que esta problemática, tan distinta a la investigación que acababa de finalizar sobre la inmigración, se enredaría con ella -y aun con la planeada para el futuro,

relativa a las culturas jurídicas-, produciéndose argumentos y conclusiones que, quizá, puedan sorprender a más de un lector. Ello, a su vez, me lleva a pensar en los fenómenos de la delincuencia y de la criminalización como una de las cuestiones fundamentales de las sociedades multiculturales de finales de siglo, que exigen una reinterpretación del contrato social y, en sentido más amplio, del control social ².

El propósito de mi tesis doctoral es demostrar que la mediación ha ocupado y, más importante, sigue ocupando un espacio en el control social de los comportamientos que pueden caer dentro del sistema penal. Por lo demás, los nuevos proyectos emergentes alrededor del mismo, cuestionan algunos de sus principios, requiriendo un análisis más profundo por su posible repercusión en los derechos humanos de las víctimas, de los infractores y, en definitiva, de toda persona.

² En opinión de Denis Szabo, uno de los grandes temas de la Criminología del año 2000 será la ficción de la igualdad ante la justicia, teniendo en cuenta que, por ejemplo, aunque sólo representan un 6% de la población húngara, en este país la mayoría de los detenidos son gitanos; situaciones similares se observan en relación con la comunidad negra en EE.UU., con los indios y mestizos en el oeste de Canadá, con los árabes en países occidentales, etcétera (Beauduin 1997, 132).

Tentativamente, cabe entender el concepto de **mediación reparadora** como un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero, que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales³ y que, en su caso, afectará al proceso penal -entendiendo éste en sentido amplio-. Se enmarca dentro de los mecanismos de control social, como concepto fundamental sociológico, antropológico y criminológico. Los proyectos de mediación entre víctima y autor, en relación con el sistema penal, comenzaron en EE.UU. en la década de los setenta y se han extendido a diferentes países, principalmente occidentales. Se concibieron dentro de un nuevo lenguaje sobre el protagonismo de la víctima en el proceso penal y las alternativas, primeramente para menores y jóvenes. Se pretendía humanizar la respuesta que el poder punitivo daba al infractor -potenciando su responsabilidad y reduciendo la coerción y el estigma-; a la víctima -logrando una reparación del daño y una mayor confianza en el sistema-; y a la propia comunidad -fomentando la participación y la descentralización-. Estas experiencias han resultado modestas, cuando se considera la naturaleza y el número de los supuestos afectados, lo que no ha impedido que surjan críticas severas, centradas precisamente en ese aparente bajo impacto. Se habla así de una extensión del control social, que incluye una falta de garantías y una inadecuación a las condiciones estructurales de los contextos sociales donde pretenden aplicarse⁴. Las consideraciones críticas proceden tanto de la

³ El concepto de mediación es complejo y sus elementos identificadores múltiples y cambiantes en cada sociedad, tiempo y geografía. Aquí se tratará la mediación como institución social y objeto de teorización, lo que va más allá de la reparación como sanción (sobre ésta vid. Larrauri 1997).

⁴ Para un breve pero completo resumen de la situación actual, referido esencialmente a la mediación comunitaria en el ámbito anglosajón, véase Mika (1992, 560).

Criminología⁵, como de la Sociología del Derecho⁶, abriendo asimismo un debate importante en el seno del Derecho penal. Este último se ve especialmente afectado, en cuanto que se propone una justicia más allá del castigo o la pena basada meramente en la retribución, la disuasión o la rehabilitación del delincuente, resultando evidente la importancia de la reparación en las recientes corrientes político-criminales, en las que ésta –configurada como sanción– desplaza al castigo tradicional (Eser y Walther 1996, ix).

⁵ Sobre los saberes que integran la Criminología, adopto una acepción amplia, que entiende la Victimología -corriente relevante en esta temática- dentro de aquélla.

⁶ Sobre la necesidad de una teoría crítica en ella, vid. Freeman (1985, 160-6).

Me acerco a este tema desde la **Criminología**, que junto con el Derecho y la Sociología jurídica, constituye parte de mi formación. Se utilizará un lenguaje distinto del Derecho penal, que debe mucho a las teorías del etiquetaje y a las recientes corrientes constitutivas, relacionadas con los Estudios Jurídicos Críticos⁷. Cabe preguntarse si todavía hoy existe un espacio para una Criminología teórica o intelectual, conectada con aspectos más extensos de la teoría social, frente a su vocación práctica hacia la profilaxis o prevención, es decir, con la función de diseñar y evaluar programas preventivos (primarios, secundarios o terciarios) al servicio de las instituciones penales o comunitarias⁸. Ello se relaciona con la llamada crisis de esta disciplina, sobre la que se ha escrito recientemente en los países anglosajones, ante la ausencia de nuevas teorías⁹. Hace ya casi una década, uno de los representantes de la llamada anti-Criminología escribía que ésta constituye una materia con un complicado pasado y un polémico presente (Cohen 1988, 6). En el momento actual, donde no podemos hablar del final del Derecho penal¹⁰, sí debemos reflexionar, como hace el autor mencionado, sobre el final de una cierta Criminología, ya sea como ciencia, disciplina o empresa. Como recuerda Cohen, la única garantía para evitar un positivismo o un

⁷ Brevemente sobre los mismos, véase Pérez Luño (1997, 100-1) y, de forma completa, Pérez Lledó (1996). Lo que me interesa de los *Critical Legal Studies* es la capacidad de cuestionamiento y su visión para contemplar las interacciones entre el derecho y la sociedad. Ello no me impide asumir la crítica respecto de su ambigüedad y falta de análisis conceptual. En relación con la traducción de la denominación de esta corriente, cabe precisar ahora que, en este trabajo, se utilizan, en ocasiones, los calificativos *jurídico* y *legal* como sinónimos, porque en muchas expresiones manejadas, procedentes del inglés, no se realiza dicha distinción, con lo que pretendo aproximarme a una traducción literal. Sin embargo, en castellano, el primero posee un significado más dilatado. Por otra parte, teniendo en cuenta el objeto de análisis, hablaré de *derecho* en un sentido amplio, pudiéndose distinguir dentro del mismo los conceptos de legalidad (estatal) y regulación (estatal o no).

⁸ Cfr., en favor de esta vocación práctica, Holyst en referencia a Polonia (1995).

⁹ Cfr. Pavarini (1994) y, en otra dirección, Nelken (1994).

¹⁰ Cfr. Scheerer (1986, 100) y García-Pablos (1995).

deconstruccionismo extremos es recordar la existencia de los sujetos estudiados, tanto delincuentes como víctimas (1988, 31), cuya interacción hace que este tema sea fascinante (Christie 1997).

De acuerdo con García-Pablos (1992, 32-3), la Criminología ha de contemplar el delito sobre todo como problema social y comunitario que produce un dolor extensible al infractor, a la víctima y a la comunidad: “Los problemas sociales reclaman una particular actitud del investigador que la Escuela de Chicago denominó ‘empatía’... Contraria a la empatía es la actitud cansina e indiferente, tecnocrática, de quienes abordan el fenómeno criminal como cualquier otro problema, olvidando su trasfondo aflictivo, su amarga realidad como conflicto interpersonal y comunitario. O la estrictamente formalista que ve en el delito el mero supuesto de hecho de la norma penal... fundamento de la inexorable pretensión punitiva del Estado”.

El pretendido final de la Criminología resulta paradójico en países como el nuestro, en los que se ha prestado escasa atención a esta ciencia en su vertiente teórica. Igualmente, se reconoce la “ausencia clamorosa, injustificada e incomprensible” de la investigación criminológica (Lamo de Espinosa 1989, 291-2), salvando contados trabajos. Llama la atención, de forma especial, que no se hayan potenciado estudios internos que verifiquen o se apoyen en teorías clásicas y recientes, concretamente fuera del campo de la Sociología o la Antropología.

Sobre los orígenes de las ciencias humanas, Smith argumenta que éstos descansan tanto en la búsqueda de las causas del delito, como de las raíces gramaticales (1997, 376). Desde que, en 1857, apareció el término “Criminología” en la revista inglesa *Saturday Review*¹¹ -aunque la primera

¹¹ Respecto de la historia de la Criminología en el Reino Unido vid. Rock (1994) y, particularmente sobre sus comienzos en el siglo XX, Garland (1996b). Sobre los orígenes y crecimiento de esta disciplina, Beirne (1994).

utilización del mismo se ha atribuido tradicionalmente al antropólogo francés Topinard-, el afán criminológico ha tropezado con dificultades en su expansión. En 1885 Garófalo publica su conocida obra con este nombre y, en la última década del siglo XIX¹², la Criminología es ya una disciplina en las Universidades europeas de Marburgo, Burdeos, Lyon, Nápoles, Pavia, Viena... Habrá que esperar a 1920 para que lo sea también en Birmingham (Rock 1994, xvii-xviii). Sin olvidar importantes teorías desarrolladas a lo largo de este siglo, su revolución teórica se producirá en los años sesenta, cuando se propone el paso del paradigma etiológico al del control.

¹² En todo caso, al igual que ocurre en la actualidad, ello no significa que no se hiciese antes Criminología dentro de la Psicología, Antropología, Sociología y Biología criminales.

Parece pertinente detenerse sobre el desarrollo de la Criminología en España, como disciplina y aplicación práctica, ya que este estudio pretende enmarcarse en ella. Dejando a un lado la discusión acerca de su complicada autonomía como proceso histórico, en el que se inscribe la actividad de los actuales Institutos¹³, me interesa resaltar que nuestra primera Criminología, como en otros países, fue también positivista. Sin olvidar la obra anterior de Dorado Montero y Bernaldo de Quirós, la Escuela de Criminología representa la recepción de la Criminología lombrosiana en nuestro país. Fue fundada en 1903 por Rafael Salillas (1854-1923)¹⁴, en la antigua cárcel modelo de Madrid, de la que era director, con el fin de formar al personal de prisiones. En su Museo recogió algunos cráneos de “criminales” conseguidos por sus gestiones y que el periodista, funcionario y más tarde director de prisión, Rico de Estasen, pudo fotografiar, dándonos su propia interpretación, que no abandona el carácter biológico determinista (1945; 1954). Desde entonces, aunque a ritmo muy distinto del de otros países, esta disciplina ha evolucionado con las aportaciones de Jiménez de Asúa, Ruiz de Funes y López Rey, entre otros exiliados tras la Guerra Civil, hasta llegar en la actualidad a un debate¹⁵ que, en mi opinión, habría que potenciar mediante la aportación de estudios empíricos que se relacionen con un contexto teórico interdisciplinar más amplio, independientemente de la clasificación como materia que puedan merecer dentro de las distintas Facultades y centros de

¹³ El primero fue fundado en Madrid en 1964. Más tarde se crearían en Barcelona, Valencia, Santiago y San Sebastián, ampliándose posteriormente. Sobre la necesidad de su promoción, véase la Declaración de los Directores de los Institutos de Criminología de España, reunidos en Sevilla el 20 de septiembre de 1996, en *Noticias Criminológicas* (1996) 1: 4-5.

¹⁴ Véase Fernández Rodríguez (1976).

¹⁵ Véase, en su relación con la enseñanza universitaria, Muñoz Conde (1992, 249-54). Cfr. Generalitat de Catalunya (1992), obra que recoge algunas contribuciones al XLVI Curso Internacional de Criminología, celebrado en Barcelona en 1991.

investigación. Adicionalmente, estoy de acuerdo con Giménez-Salinas y Funes en que la investigación en España sobre el control del delito existe, aunque no sea tan numerosa como en otros lugares y se encuentra dispersa bajo un sinnúmero de disciplinas¹⁶. Igualmente, coincido en señalar la escasez de estudios sobre la creación de las normas penales y la evaluación de su impacto, temas fundamentales de la Sociología jurídica (1995, 48; 60)¹⁷.

¹⁶ Cfr. Larrauri (1996a).

¹⁷ Vid. sobre la distinción entre los estudios socio-jurídicos y la Sociología del Derecho, en su relación con la Criminología, Nelken (1981).

Precisamente he escogido la perspectiva criminológica para observar el tema planteado en el título, por su pretensión de conocimiento **transdisciplinar**¹⁸, es decir, como posible cooperación integradora de saberes tradicionalmente situados en compartimentos separados. A pesar de que ello conlleva el riesgo de caer en una falta de rigor conceptual, trae consigo la potencialidad de abrir nuevas formas de pensar lo cotidiano. Fuera de ello, esta disciplina se encuentra permanentemente enfrentada a una crítica acuciante. Las vías sobre las que se desplaza quizá no hayan sido nunca propias, discutiéndose su fragmentación¹⁹, lo que, como ya se ha mencionado, constituye a su vez su riqueza. Actualmente, la Política, la Historia, la Filosofía, la Antropología cultural²⁰ y la Economía, entre otras, se han incorporado al árbol de esta ciencia²¹. En dicho árbol, como indica Scheff en términos políticos (1995), se observa una confederación antes que una federación, en relación con la interdisciplinariedad. En definitiva, se trata de superar el enfrentamiento de teorías y paradigmas²², aun reconociendo los errores epistemológicos y las dañinas consecuencias prácticas de una determinada Criminología. Centrándonos en estos ataques, podemos cambiar el nombre, como proponen algunos autores²³, por ejemplo, por el de Sociología del

¹⁸ Véanse sobre los conceptos de inter y transdisciplinariedad, Cobo Suero (1992), Beristain (1995), Quintano (1954) y Baratta (1995).

¹⁹ Sobre la fragmentación de la Criminología, véanse Ericson y Carriere (1996).

²⁰ Véase especialmente Aranguren (1986).

²¹ Sobre la visualización de la ciencia criminológica en forma de tronco, con ramas y raíces, véase Kaiser (1976, 19). Respecto de la problemática de configurar la Criminología como ciencia, vid. García-Pablos (1988, 47-9); y del Derecho y la dogmática penales, Carbonell (1995, 230) y Vives (1996a, 488), quienes los entienden como saberes (técnicos) que deben perfeccionarse para garantizar los derechos.

²² Que, como ya se ha mencionado, ha llevado a algunos autores a propugnar una anti-Criminología, así Cohen, Pavarini, Smart, Zaffaroni, etcétera.

²³ Entre ellos Bergalli (1985), lo que implica también la adopción de una determinada

control social. En mi opinión, esto no constituye algo fundamental y, en todo caso, el reconocimiento de posibles prejuicios favorece la transparencia intelectual. La revolución que se necesita en este área pudiera situarse entre los que quieren estar dentro y fuera. Esta discusión fronteriza, de hecho, beneficia a la empresa teórica de la Criminología²⁴.

En el tema que aquí interesa, no cabe olvidar que fue la Criminología positivista la que puso el acento en la reparación -fundamentalmente como indemnización- a la víctima, defendiéndola incluso como sanción, complementada en su caso por la compensación estatal. Este hecho lleva a concluir que, de algún modo, no es cierto que sus representantes sólo se ocuparan de la figura del delincuente²⁵.

perspectiva.

²⁴ En este sentido, cfr. Muncie, McLaughlin y Langan (1996, xxiv).

²⁵ De acuerdo con Ferri: "Se ve, pues, con evidencia, cómo en el sistema positivista de defensa social contra el delito, sistema que tiende a una protección más eficaz de la sociedad y del individuo, la reparación del daño toma el carácter de un principio fundamental..." (1908: 282, t. II).

La opción por la noción de **control social**²⁶, como concepto criminológico fundamental que posibilita un análisis más complejo, dinámico e interactivo²⁷ condiciona que este trabajo salga al encuentro de la Antropología social y cultural²⁸, la Historia social y política, la Semiótica²⁹ y la Psicología Social. Uno de los puntos de vista de mayor relevancia en estas páginas será el de la Sociología del Derecho³⁰. Brown, Esbensen y Geis consideran esta disciplina como subárea o especialización de la Criminología. La estrecha relación procede de la importancia que, en Criminología y en política criminal³¹, tienen los procesos de criminalización y descriminalización

²⁶ Tratado ya respecto de la reparación, por autores como Frehsee (1987), Weitekamp (1990b) y, mucho antes, en lo relativo a las víctimas en general, por Ziegenhagen (1977). En nuestro país, centrándose sólo en la reparación en el campo penal, vid. Tamarit (1993); en cuanto a la mediación reparadora, pueden verse las tesis doctorales, desde el Derecho penal, de Pérez Sanzberro en torno a las experiencias alemanas (1996) y, desde una perspectiva más criminológica, de San Martín sobre las francesas (1996).

²⁷ Pudiendo relacionarse las “categorías” o conceptos básicos de delito, delincuente y víctima.

²⁸ La consideración de estas disciplinas supone un intento de ser consciente del etnocentrismo que ha caracterizado, con distinta intensidad, a todas las ciencias. En todo caso, desde el mismo Occidente renacentista encontramos voces en favor del relativismo, así en la crítica de Michel Eychem Montaigne (1533-1592) al centralismo de los valores del hombre europeo y al derecho a calificar de barbarie todo aquello que se aparte de ellos. Montaigne también se mostró escéptico sobre el progreso racionalista. En relación con ello, en un comentario a Habermas, Martínez Velasco, afirma: “Lo que oculta ese subjetivismo descarnado, que defiende el racionalismo, es un profundo antropocentrismo y egoísmo que, a juicio de McCarthy, ha dominado el individualismo occidental” (1993, 131).

²⁹ Sobre la relación entre el concepto semiótico de equivalencia y la *lex talionis*, donde se unen los valores de compensación y venganza, véase Kevelson (1994).

³⁰ Lamo de Espinosa distingue entre Criminología penal o policial, como técnica, y Criminología social o Sociología de la desviación, como ciencia (1989, 313). Sobre los orígenes y principales representantes de la Sociología jurídica, véanse Aguilera (1996, 116-20), Raiser (1995) y Pérez Perdomo (1996). Sobre las relaciones entre la dogmática penal y una determinada perspectiva de la Sociología jurídica, véase Polaino Navarrete (1990, 2-5); y en torno a su tarea científica crítica, vid. Treves (1991, 235-244). En cuanto a las razones para un mayor desarrollo respecto del Derecho penal antes que el civil, vid. Simon y Lynch (1989).

³¹ Tal y como la define Bustos Ramírez (1996, 3): “poder de definir los procesos

(1991, 34), como también ha señalado H. J. Schneider (1987, 86)³². A ello se añade el que la Sociología del Derecho estudie el conjunto de normas de un grupo social, en su proceso de formación e interrelación. En dicho conjunto, las normas estrictamente jurídicas son sólo una parte, por lo que tenemos que considerar la noción de pluralismo jurídico³³.

criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.”

³² Para Schneider, en una concepción amplia, función y objeto de la Criminología es el análisis empírico de los procesos de criminalización y descriminalización; el delito y la criminalidad; el infractor y la víctima.

³³ Para resaltar la importancia de estos temas, discutidos actualmente, desbordando el ámbito anglosajón, cabe indicar que el Congreso Internacional de Ciencias Penales de 1996 -bajo el cual se celebraron el III Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales, el I Simposio Ibero-Luso-Americano de Criminología y la IV Jornada Nacional Cubana de Criminología, en noviembre de dicho año en La Habana-, incluía entre sus contenidos la discusión sobre el control informal y la posmodernidad.

Por su parte, el **Derecho penal** (incluyendo el procesal) constituye tan sólo -pero de manera importante- el eje sobre el que gira este trabajo; un eje cada vez más estrecho y en competencia con muchos otros proporcionados -como ya se ha mencionado- por la Sociología del Derecho, la Antropología o la Psicología sociales³⁴. El objetivo metodológico no consiste aquí en sistematizar normas o abstraerlas dentro de un esquema lógico-formal deductivo³⁵, sino en cuestionar el concepto de “normas” y en buscar sus orígenes y su interacción en la vida socio-jurídica³⁶. Se pretende conocer el funcionamiento de esas normas, para interrogarse sobre ellas, antes de seguir avanzando en su producción y teorización formal. Por lo dicho anteriormente, si se me permite, sólo podría estar de acuerdo con algún autor en que los criminólogos deben disponer para sus investigaciones de un conocimiento acabado de la dogmática³⁷, si pensara en un modelo de Criminología al servicio del Derecho penal. Sin embargo, la perspectiva criminológica, en la que este trabajo se asienta, se aleja de la servidumbre al Derecho penal, ya que su visión es mucho más amplia y, claro está, menos dogmática y quizá más confusa. Tampoco se pretende realizar un programa concreto de política criminal³⁸, como

³⁴ De algún modo, se trata de analizar el Derecho penal -incluyendo la dogmática- externamente, desde estos ángulos y no dentro de una perspectiva sistémica dogmática. En todo caso, como indica Bustos (1996, 3): “...la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición... Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.”

³⁵ Cfr. van Swaaningen y Zaitch (1996, 237).

³⁶ Tampoco profundizaré en las relaciones Derecho penal-Criminología, tema “muy remanido y agotado desde la perspectiva dogmático-jurídica”, en opinión de Bergalli (1986, 100).

³⁷ Véase Cuerda Riezu (1991, 61). También en la misma dirección que Cuerda, pero en el ámbito concreto de la Victimología, Polaino Navarrete (1996, 18-9).

³⁸ Entendiendo ésta, con Bacigalupo, como una concepción de reforma utilitaria del Derecho penal y, concretamente, de la pena. Aunque, en todo caso, posee implicaciones mayores

no podría ser de otra forma dentro de una tesis doctoral, constatando la inevitable, y a veces deseable, grieta entre la teoría y la práctica. Se reivindica, entonces, un fin reflexivo pero que, en todo caso, tiene su origen en el comportamiento mismo del Derecho penal. En este sentido, según indica Bustos Ramírez, este Derecho tiene su origen, más allá que en la construcción de una técnica, en el respeto de las garantías del individuo, limitando abusos de poder. En estos términos, pueden contemplarse conjuntamente el aspecto garantista del Derecho penal y el crítico de la Criminología (Bustos 1983, 31). La trascendencia de esta investigación, siendo consciente de su carácter provisional -señalado al inicio de esta introducción con las palabras de Munger y Seron-, consiste, quizá, en añadir una perspectiva distinta al debate sobre una forma alternativa de hacer justicia. Una justicia basada en la mediación reparadora parece menos violenta. Pero, en todo caso, hacer justicia, o en otras palabras ejercer un control social respecto del tratamiento de los conflictos³⁹, con base en la mediación, no implica de por sí que se respeten todas las garantías.

(1994). De esta forma, de Sola habla de una política criminal alternativa en la que no se trata de superar el Derecho penal garantista, sino los valores y criterios sancionatorios imperantes en él: “Como una política criminal ‘alternativa’ sólo adquirirá pleno sentido dentro de un proyecto global de transformación social, que suponga el tránsito de unas estructuras autoritarias a otras igualitarias y dinamizadoras de la participación y de la gestión social de los intereses comunitarios, el propio concepto de desviación habrá de revestir una connotación diferente” (Sola 1983, 246 y 262). Cfr. Bustos en la nota 30.

³⁹ Sobre la necesidad de resaltar la idea de justicia frente a la del control, véase Christie (1993, 178-9).

Una vez realizadas las anteriores consideraciones sobre las fuentes y los límites de la tesis doctoral, intentaré detallar las siguientes hipótesis que configuran el núcleo de cada una de sus **cinco Partes**, recordando el propósito general ya indicado. En la Primera se afirma que la mediación es control social. Al utilizar esta definición resulta necesario comenzar aludiendo a la teorización sociológica y criminológica sobre el control social⁴⁰ y, en concreto, sobre la distinción entre el formal y el informal, para terminar nombrando una serie de tendencias relativas a los mismos, en las que se enmarcan los proyectos de mediación. Teniendo en cuenta que, en general, toda obra sociológica se mueve en torno al control social, ya que trata de los fundamentos de la sociedad, se efectuará una selección basada en las lecturas realizadas hasta el momento, siempre con el riesgo de dejar de mencionar otras importantes -pero con la seguridad de haber examinado aquellas relevantes para la línea de investigación propuesta-. Se llevará a cabo, por tanto, una interpretación de la doctrina sociológica y criminológica en la materia, sin renunciar a datos estadísticos e informes sociológicos que me permitan comprobar -limitadamente-, en qué grado dichas teorías son aplicables a nuestro país⁴¹.

En la Parte Segunda incidiré en la perspectiva histórica y antropológica, con la mención de estudios concretos sobre la mediación en distintas sociedades y grupos. Esto nos ayudará a comprender cómo esta forma de control social trilateral y de estilo compensatorio y/o conciliatorio ha existido y existe en diversos contextos socio-históricos y no supone, necesariamente, una reprivatización del sistema. Metodológicamente, aquí busco, más que una precisión cronológica propia del método histórico, unas

⁴⁰ Sobre la relevancia del mismo, véase Pegoraro (1995).

⁴¹ Lo cual constituye, actualmente, una de las lagunas a cubrir por la investigación criminológica.

correspondencias entre los temas comunes en el tiempo, por lo que se observarán intermitencias en cada período.

Revisados los aspectos teóricos y diacrónicos, en la Parte Tercera me centraré en experiencias formalizadas de mediación alrededor del sistema penal contemporáneo, en relación con las teorías jurídicas que las explican, critican o tratan de promover. La mediación -como tendencia político criminal reciente, con un origen preciso- produce unos efectos sobre el Derecho penal y viceversa. Se verán las posibilidades de nuestra legislación y las propuestas *de lege ferenda* para la introducción de la mediación reparadora.

Continuando con mi línea argumentativa, en la Parte Cuarta se analizarán, fuera del sistema penal y bajo el concepto de pluralismo jurídico, procesos de mediación que han sobrevivido y/o son promovidos actualmente, recayendo sobre hechos que podrían haber entrado en aquel sistema. Se pondrá de relieve la relación entre cultura y mediación.

En la Parte Quinta y última presentaré un breve análisis, consistente en un estudio de casos de mediación en cuatro foros de justicia diversos, dentro de un mismo Territorio Histórico, mostrando dicho pluralismo. Asumiendo el límite de mi percepción selectiva, estimo que este apartado empírico resulta importante, ya que, entendiendo conciencia como pensamiento: “Considerar la conciencia como algo descarnado y desnaturalizado al margen de cualquier actividad real y sensible humana es apartarla de su raíz y de su origen concreto y situarla en un mundo extrahumano separado de las condiciones materiales y sociales de su existencia” (Martínez Velasco 1993, 131)⁴². Con ese fin, se llevarán a cabo entrevistas semi-estructuradas y observación directa. La elección de los supuestos se justifica, amén de por

⁴² Precisamente este autor, citando a Habermas, indica que la razón comunicativa es la alternativa a la disociación de lo empírico y lo trascendental, “el yo queda mediatizado en su alter, estableciéndose, de esta forma, el ámbito para la cooperación en la interpretación” (1993, 133).

su accesibilidad, por la posibilidad de comparar las variables que configuran similitudes y diferencias más profundas, relativas a la utilización de la mediación como estrategia de control social.

Cada Parte finaliza con una reflexión global, en la que subrayo las ideas principales de los capítulos a modo de recapitulación, conectándolas, en ocasiones, con otras más amplias y difusas. Termino el trabajo con unas conclusiones generales, donde queda reflejado lo sustancial, es decir, el producto final de la investigación sobre las hipótesis planteadas, incluyendo mi toma de postura. En general, con esta metodología interdisciplinar cualitativa⁴³, se ha adoptado el concepto de control social como hilo conductor de los distintos apartados. Como indicó Gibbs en su día (1982a, 7), éste es un concepto interdisciplinar, aunque fundamentalmente empleado en Sociología, que contiene grandes potencialidades y puede ser utilizado a escala macro, media y micro⁴⁴. Asimismo, de acuerdo con García-Pablos (1988, 103-4): “El protagonismo de la persona del delincuente que caracterizó a la Criminología tradicional parece haber dado paso a un nuevo modelo de ciencia criminológica interesada, además -y sobre todo-, por la víctima y por el control social del comportamiento desviado.” Ya se ha mencionado anteriormente, que se trata de la adopción de un nuevo paradigma por parte de la Criminología, el paradigma del control, bajo la influencia de la teoría del etiquetaje.

Como vemos, hasta la Parte Quinta, estamos ante una investigación secundaria, ya que la metodología de este trabajo se basa, primordialmente,

⁴³ Esta metodología impide una generalización de las conclusiones, pero invita a ser comparada en sus elementos por otros estudios. Se apreciará también el apoyo estadístico, sin olvidar que, aunque puedan parecerlo, los datos de este tipo no son plenamente objetivos y expresan más bien cómo opera el sistema, y no qué o cuántos son los delitos.

⁴⁴ La distinción entre microsociología, como estudio de las formas sociales elementales, y macrosociología, como análisis de la combinación de las formas de sociabilidad en los distintos grupos, se la debemos a Gurvitch (1947).

en la interpretación de datos documentales preexistentes, completándose con técnicas de comparación, análisis de contenido de textos normativos y doctrinales, y, finalmente, con un modesto trabajo de campo. Podríamos recordar aquí los obstáculos epistemológicos con los que, según la terminología del filósofo francés Bachelard, debemos plantear el problema del conocimiento científico en sí mismo (1972): el progreso científico no sigue un desarrollo lineal unitario sino que experimenta rupturas epistemológicas. Sólo se conoce en contra de un conocimiento anterior, destruyendo conocimientos mal adquiridos, por aproximaciones continuas (Ouviña 1979, 3-4). La Criminología positiva, al igual que la Sociología, tiene uno de sus orígenes en los escritos de Comte, pero hoy ya no podemos hablar de ciencias exactas, sino de aproximaciones provisionales, abandonando todo pensamiento positivista⁴⁵. De cualquier forma, toda teoría posee valor en sí misma, ya que supone una panorámica humana determinada en un momento dado, siendo ampliada por otras posteriores.

⁴⁵ A esta larga necesidad de abandono por parte de la Criminología se dedica el último libro de Ezzat Fattah (1997).

En concreto -y quizá ello constituya el elemento más relevante en la investigación-, la mayoría de las tendencias teóricas contemporáneas cuestionan la eficacia del sistema penal y del fin de la pena, según sintetiza García-Pablos; por lo que, al considerar el delito como fenómeno ubicuo e intrínseco en la convivencia social, deben buscarse sus factores y, mientras tanto, instrumentos de respuesta menos estigmatizantes, así como de investigación que sean más cuidadosos ante los prejuicios. Para el autor citado, nos encontraríamos ante un pensamiento más rico, variado, dinámico, sociológico y político y, por tanto, conflictivo. Por otra parte, como argumenta Martínez Velasco, en relación con la obra de Habermas: “La razón descentrada viene a superar la razón sujetocéntrica y logocéntrica que ha caracterizado el pensamiento occidental... /No es concebible una razón pura, sustantiva; desde el principio se trata de una razón finita, limitada, situada y, sobre todo, encarnada en el obrar comunicativo y vital... el sujeto de conocimiento no es más el yo trascendental puro de Kant, ni un yo psicológico o empírico, sino una comunidad de investigadores que comparten una misma estructura fisiológica básica y que interactúan comunicativamente dentro de unos marcos institucionales y culturales sometidos a evolución histórica” (1993, 134).

Al inicio de mi investigación, un Profesor de Derecho me comentó que el Derecho penal era prosa, mientras que los estudios criminológicos constituían poesía. La manera de decirlo venía a insinuar que la Criminología representaba una disciplina de dudoso carácter científico, exigiendo un menor esfuerzo intelectual. Estoy en completo desacuerdo con este sentido, en cuanto que olvida, tanto la complejidad de numerosos análisis criminológicos, como el sufrimiento e inteligencia de la creación poética. Sin embargo, la metáfora sirve para hablar de disciplinas –sea el Derecho penal, sea la Criminología– que no son ciegas ante la experiencia humana, tanto racional

como emocional, existiendo la posibilidad de una prosa poética de indudable valor para el entendimiento. Sirve como muestra la cita que recojo en las conclusiones.

En cuanto a las fuentes, permítaseme opinar que las tesis del futuro, al menos en Criminología, difícilmente podrán agotarlas. Se tratará más bien de seleccionar y analizar las más adecuadas, según el objeto de estudio. En la sociedad de la información, con múltiples bases informáticas y con la posibilidad de acceso a la Internet -de la que he extraído gran cantidad de material-, grande es el riesgo de ahogarse en la confusión provocada por la proliferación de datos. En cierta forma, la elaboración de esta tesis se encuentra en una etapa de transición: he pretendido agotar las fuentes principales -de lo que son testigos las remisiones bibliográficas en el texto y en las notas, que van más allá del apoyo estricto de los argumentos presentados⁴⁶-, pero, al mismo tiempo, he sido consciente de la imposibilidad de la tarea. He intentado entonces relacionar elementos diversos, identificando algunos que invitan a su análisis posterior.

Respecto de las cuestiones formales, que ya habrá podido apreciar el lector, he seguido la decimocuarta edición del Manual de Estilo de Chicago en lo relativo al listado bibliográfico y a las referencias en texto, respetando el orden autor-fecha. Constituye una opción personal que, consciente de sus desventajas -principalmente por añadir confusión al texto- y de la escasa familiaridad con este sistema en la mayoría de los ámbitos doctrinales de nuestro país, pretende primar la visualización del nombre del autor y, fundamentalmente, la fecha de la obra⁴⁷.

⁴⁶ Se observará la profusión de citas, justificadas porque, reinterpreto las palabras de Delumeau: "...el sabor y la verdad del documento de primera mano son irremplazables y los únicos capaces de convencer al lector de la importancia del tema tratado" (1996, 50).

⁴⁷ Otra cuestión formal es la distinción personal entre *D*erecho y *d*erecho. He querido

Por último, con el uso de la primera persona no pretendo eludir el agradecimiento por la generosa ayuda de muchas personas que, a lo largo de cuatro años, me han apoyado, sino que más bien quiero asumir la responsabilidad por opiniones particulares muy discutibles. Termino la Introducción expresando mi profunda gratitud a la dirección y al personal de los diversos centros de los que -a través de estancias cortas o prolongadas- he obtenido la mayor parte de los materiales para el desarrollo de este estudio y que, con tanta cordialidad, me abrieron sus puertas. Son la Escuela de Criminología de la Universidad Católica de Lovaina, el Instituto Europeo para la Prevención y Control del Delito de Helsinki, el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y la Facultad de Derecho de San Sebastián de la UPV-EHU, en cuyo Departamento de Derecho Público, que dirige la Prof.^a Adela Asua, se inscribe esta tesis doctoral. Mención especial merece el Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI) -como centro de aplicación para el disfrute de mi beca predoctoral, que debo agradecer al Gobierno Vasco-, en el que se gestó y elaboró la mayor parte de esta tesis, gracias a la colaboración de su Director, el Prof. Antonio Beristain. En todos los centros citados, he recibido ayuda y sugerencias de entrañables profesores y compañeros de doctorado de muy diversos países (Reino Unido, EE.UU., Francia, Colombia, México...), que me han permitido contar con imprescindibles puntos de reflexión para la parte comparativa del trabajo.

diferenciar, con el uso de la mayúscula, la ciencia del *Derecho* del conjunto de normas o regulación, que constituyen *derecho*. Por otra parte, se advertirá la dificultad de traducir términos como *labeling*, procedentes de la Criminología anglosajona, por lo que podrá comprobarse el uso de anglicismos que van introduciéndose en la literatura en castellano sobre el tema, sin una traducción satisfactoria.

AGRADECIMIENTOS

En la Introducción he expresado mi gratitud a algunas personas. Por afecto y respeto, deseo ahora mencionar a otras, con nombres y apellidos, lo que justifica este apartado final. Considerando, además, que los finales son comienzos. Primeramente, me gustaría recalcar mi deuda por lo mucho que he aprendido, de la calidad humana e intelectual, de los Profesores José Luis de la Cuesta, Catedrático de Derecho penal y director alentador de esta tesis, a quien espero no haber defraudado con mi obstinada perspectiva criminológica, y Antonio Beristain, Director del IVAC-KREI, cuyas clases y escritos han inspirado muchos puntos de la investigación.

No quisiera olvidar diversas instituciones y organismos, así como a las personas que allí trabajan con tanto entusiasmo, que me han ofrecido su colaboración para el trabajo de campo: los Juzgados de Menores de Madrid y San Sebastián, el Juzgado de Paz de Andoain, el Servicio de Asistencia a la Víctima de San Sebastián, la asociación *Kamelamos Adikerar* y el Secretariado General Gitano de Cáritas. Por otra parte, me gustaría subrayar los enormes beneficios, intelectuales y personales, que me ha aportado la participación como formadora, junto con la Profesora Guadalupe Pérez Sanzberro -con quien tanto he disfrutado y a quien tanto debo-, en el curso relativo a los proyectos de mediación víctima-autor, destinado al personal de los Juzgados de Menores de la Comunidad Autónoma Vasca, desarrollado en 1997; así como la asistencia a las reuniones preparatorias del Programa de intercambio de estudiantes entre la Unión Europea y Canadá, sobre victimación, mediación y justicia restaurativa, que involucra a diversos Institutos y Escuelas de Criminología, durante los cursos 1997-8 y 1998-9; y, finalmente, mi labor de preparadora de la materia de Criminología para los opositores al cuerpo técnico de

Instituciones Penitenciarias, becados por el Gobierno Vasco -cuyos estudios se realizan en el IVAC-KREI-. A Pilar, Mónica, Edurne e Iñaki agradezco sus replanteamientos de las teorías criminológicas.

Muchas de las personas que nombro a continuación son conscientes del esfuerzo y las atenciones que me han dedicado, por los que nunca podré expresar una gratitud suficiente; otras quizá, con gestos menos explícitos, no se hayan dado cuenta de lo que han enriquecido mi trabajo. Algunas de ellas no han podido acompañarme hasta el final, pero su recuerdo es muy importante. De forma conjunta, mencionaré a los siguientes profesores y compañeros: Prof. Tony Peters, Prof.^a Tosca Hernández, Prof. Johannes Feest, Michael Kilchling, Prof. Sebastian Scheerer, Prof. Chockalingam, Prof. Joutsen, Aarne Kinnunen, Prof. Paavo Uusitalo, Prof. W. Felstiner, Russ Immarigeon, Prof. Roberto Bergalli, Mark Fenwick, Prof. Kwane Frimpong, Prof. D. S. Koyana, Prof. Dario Melossi, Prof. Rod Morgan, Prof.^a M. E. I. Brienens, Martin Wright, Begoña San Martín, Isidoro Blanco, Prof. Iñaki Subijana, Javier Urrea, Fely González, Concha Aizpurua, Prof. Juan Gutiérrez y Frauke, Ramón Iriarte, José Ramón Giménez, Guerau Ruiz Pena, Profesores Juan Sarmiento y Paola González Gil, Javier Elósegui, Prof. Patxi Etxeberría, Prof. Iñaki Pariente, Jone Fernández, Olga Vidaor, Begoña Guerra, Eli Navarro, Eukene Bengoa, Oskar Arana, Paula Peláez, Paolo Scalia, Claudia Della Roca, Mónica Peruffo, Luis González, Arantxa Rojo, Jens Ölander, Giovanni Torrisi, Fernanda Noriega, Fernando Tapia, Roberto Gutiérrez, Luis Cargua, Eeva Kolehmainen, Edurne Terradillos, Heidrun Kiessl, Carlos Arruti, Tina y Christian, Carmelo y Maruja, Cristina Sánchez, Javi Sesma, Jorge y María, Susana Arrese, Sole de Aguirre, Elvira Muñoz, Rakel Lizarralde, José Antonio Azpiazu; Lourdes Ruiz, Pedro Atxutegi, Isabel San Vicente, Isabel Germán, Gurutze Ruiz, Carmen Lasa, Arantza Rodríguez, Roberto Casas, Fernando Bermejo, Álvaro de las Heras -auténticos compañeros del paso de las semanas-; Rosa María Canela; Inmaculada Iraola, Arancha Redondo, María Jesús Lasquibar, Itziar Aristizabal, Itziar Ibáñez; Juanjo Morán, Marce Fernández, Carlos Etxeburua e Iñaki Sardón -quienes, además de responsables de la seguridad, me acompañaron moralmente

los días festivos, en la vacía Villa Soroa, sede del IVAC-KREI-, y a Dori Piñeiro y Pili García, en los mediodías.

Falta, por último, indicar que sin el apoyo de mis padres, M^a Ascensión Martínez y Juan Jesús Varona -a quienes torturé con la lectura de estas páginas, dedicadas a ellos-, de mi hermana, Anabel, hermanos, Carlos, Pablo y Juan -y su Montse y Mark-, y abuelos, Sole y Bene, no hubiese tenido fuerzas para llegar hasta aquí. Mucho menos sin el cariño de Rafa... y el recuerdo de Chita.

PARTE PRIMERA

**INTERDEPENDENCIA DE LOS CONTROLES
SOCIALES FORMALES E INFORMALES. LA
MEDIACION COMO UNA DE SUS FORMAS**

PARTE PRIMERA. INTERDEPENDENCIA DE LOS CONTROLES SOCIALES FORMALES E INFORMALES. LA MEDIACIÓN COMO UNA DE SUS FORMAS.

1. DECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTROL SOCIAL

Estoy de acuerdo con el profesor Melossi en que el trabajo crítico de deconstruir⁴⁸ la organización social constituye una labor de transparencia intelectual y, en este sentido, de democracia (1990, 184). Bajo este epígrafe intentaré mostrar el origen socio-histórico del concepto difuso de control social, teniendo en cuenta la existencia de conceptos similares en la evolución de su estudio por diversas corrientes teóricas⁴⁹.

1. 1 HACIA UN CONCEPTO DE CONTROL SOCIAL

1. 1. 1 Definiciones

⁴⁸ Hablo de deconstrucción porque se pretende una revisión de los conceptos adquiridos y asumidos tradicionalmente sin cuestionamiento, y de los no convencionales o ignorados, de forma menos ambiciosa al deconstruccionismo propuesto por Derrida.

⁴⁹ Para una crítica, en perspectiva histórica, del concepto de control social, incluyendo una serie de propuestas, vid. Sumner (1997a y b). Sobre el concepto de control social aplicado a la realidad hispanohablante, vid. Bergalli (1997a, 35-9).

Sin olvidar las contribuciones de la Antropología y la Historia (de las que trataré en la Parte siguiente), en este momento intentaré exponer la delimitación del concepto de control social en la teoría sociológica⁵⁰ y, en concreto, criminológica, que lo ha introducido como fundamental dentro de un cambio de paradigma. García-Pablos entiende que el estudio del control social penal corresponde en puridad a la Sociología criminal y, junto con Kaiser, lo define como “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias” (1988, 105). Es ésta la definición que se adopta en el presente trabajo, sin dejar de aludir brevemente a otras, según han sido expuestas por diversos autores.

Aunque Pérez Sanzberro señala que la comprensión del Derecho penal como instrumento de control está ampliamente asumida (1996, 414)⁵¹, merece la pena destacar la escasa o nula alusión al concepto de control social desde la dogmática y las normas penales⁵² e incluso desde la política criminal⁵³. En todo caso, existen breves referencias, así las de las ediciones de la obra de Mir Puig *Derecho penal. Parte General*. Este manual comienza con un apartado dedicado al Derecho penal “como medio de control social”, en coexistencia

⁵⁰ Respecto de la delimitación conceptual, tendré en cuenta particularmente autores relacionados con la Sociología general como Black y Horwitz, con la Sociología política como Melossi y Janowitz, así como distintos representantes de la Criminología (Gibbs, Cohen, Kaiser, etc).

⁵¹ Y se relaciona especialmente con las tesis de la prevención general positiva en cuanto control interno (1996, 446-8).

⁵² Por otro lado, consecuencia comprensible ante la delimitación conceptual estricta del Derecho penal. Sobre el concepto de Derecho penal objetivo (aspecto formal y material del mismo) y subjetivo, véanse, entre otros, Octavio de Toledo y Ubieto (1981). Para una relación de penalistas que siguen la formulación formal de von Liszt, véase Sainz Cantero (1982, 7-8). Cfr. Cuerda Riezu (1990). En sentido contrario, Bergalli se sorprende precisamente de que determinados penalistas aludan de pasada al concepto de control social sin dar explicaciones sobre sus orígenes o utilización (1996b, 2-3).

⁵³ Como excepción, relativa a la mediación, véase Bustos (1996).

con otros formales -como el Derecho administrativo- e informales -en el marco de la familia, la escuela, la profesión y otros grupos sociales- (1996, 5-7). Mir Puig considera que esta idea es mayoritaria en la doctrina y, en concreto, define el Derecho penal como “un medio de control **jurídico** altamente *formalizado*”⁵⁴. Se encuentra dirigido a evitar los comportamientos especialmente peligrosos con las sanciones más graves, lo que justifica su monopolio por el Estado y una delimitación clara de garantías, con base en el principio de legalidad⁵⁵.

⁵⁴ Negrilla y cursiva del autor. En este sentido, García Rivas (1996, 16). Véase también de la Cuesta (1989, 59).

⁵⁵ Téngase en cuenta el tratamiento de esta problemática en torno al principio de *ultima ratio*. Jescheck afirma que el Derecho penal coexiste dentro del sistema global de control social, entre cuyos titulares están la familia, el municipio, la escuela, las iglesias, las empresas, los sindicatos y las asociaciones. Concluye que: “La Administración de Justicia penal constituye sólo una parte de tal sistema, y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso intercambiables hasta cierto punto” (1993, 2).

García-Pablos comienza su manual de Derecho penal con un concepto sociológico del mismo que implica su definición como uno de los instrumentos del control social formal “a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (1995, 1-2). Morales, en una recapitulación sobre las ciencias penales, recalca la asignación al Derecho penal, por parte de la Criminología, de la función de control social como mecanismo formal racional de mantenimiento del orden y convivencia social, constituyendo las garantías que proporciona su auténtico fundamento (en Quintero 1996b, 216).

Zugaldía comienza el capítulo primero de su obra sobre los fundamentos del Derecho penal con un epígrafe titulado “El Derecho penal como sistema normativo de control social”, haciendo referencia en la nota a pie número dos a las explicaciones antropológicas sobre el surgimiento de los sistemas avanzados de control social. En el capítulo segundo se refiere al control social jurídico-penal como control social primario y formalizado, destacando igualmente su naturaleza selectiva y discriminatoria (1993, 27-31; 33-43). Por su parte, Bacigalupo comienza su obra calificando el Derecho penal de “...*instrumento de control social* que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad” (1994, 9)⁵⁶. Su medio es la sanción o castigo, pero aplicado de manera formal y fundamentado racionalmente. De una manera confusa y contradictoria con las corrientes sociológicas más relevantes en este

⁵⁶ Cursivas del autor.

apartado, incluye el Derecho penal dentro de los controles sociales primarios⁵⁷.

⁵⁷ Resulta más acertada su distinción -en conexión con Kaiser- de control social y control del delito por medios coactivos. Paralelamente se refiere a la "*función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito*", mediante la amenaza y el castigo (ibídem, 10-1).

Asimismo en el ámbito de la dogmática, Antonio Cuerda Riezu intenta audazmente explicar la interrelación entre el concepto de control social de la Criminología crítica y la dogmática penal⁵⁸, concretamente en cuanto a la idea de protección de bienes jurídicos (1991). Según este autor, es posible afirmar simultáneamente "...que *normativamente* el sector jurídico-penal persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos y que *sociológicamente* el Derecho penal es una modalidad más de control social, que debe ser subsidiaria a otras formas menos gravosas". Pero, como indica Cuerda, para poder realizar esta afirmación es preciso adoptar un concepto de control social más amplio que el de la Criminología crítica, por lo que toma como modelo los conceptos de Hassemer (1985) y de Muñoz Conde (1985)⁵⁹. En concreto, Hassemer define el control social como: "una *condición básica irrenunciable de la vida social*. Con él asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta, sin las que no podría seguir existiendo como grupo o sociedad. También el control social asegura los límites de la libertad humana en la rutina de la vida cotidiana y es un instrumento de enculturación y de socialización de los miembros del grupo o de la sociedad. No hay alternativas al control social" (1985, 390)⁶⁰.

Pasando al marco sociológico originario, en un artículo publicado en 1975, el Profesor de la Universidad de Chicago, Morris Janowitz, califica

⁵⁸ Cuestión ya abordada por Bustos Ramírez, quien estudió la totalidad del sistema penal como forma específica del control o forma de organización concreta del poder, necesitada de límites (1987, 11). Para este autor, en el proceso de profundización democrática deben desarrollarse una Criminología crítica y un Derecho penal garantista (1994, 38). Por otra parte, Bustos ha advertido de las potencialidades y peligros en la utilización del concepto sociológico anglosajón de control social (1994, 5-8). Sobre la casi imposible colaboración entre la Criminología crítica y la dogmática, reduciéndose principalmente a resaltar que en ocasiones "...la conceptualización dogmática no responde a los principios valorativos del Estado en que se ubica", véase Silva (1992, 100-1).

⁵⁹ Véase también Muñoz Conde y García Arán (1996, 25-9).

⁶⁰ Cursivas del autor.

el concepto de control social de “sensibilizador”, usando la terminología de Herbert Blumer, o de “orientación teórica”, utilizando la de Robert K. Merton. De acuerdo con Janowitz, el concepto de control social es central en el nacimiento de la Sociología, aunque se hayan utilizado términos diversos, e incluso lo propone como alternativa a la visión de la crisis de esta disciplina (1995, 5-6 y 23). Igualmente, Donald Black ha subrayado que la Sociología del control social puede considerarse como uno de los logros científicos del siglo XX. En concreto, encontró su desarrollo en su segunda mitad, enfatizando el derecho -especialmente el penal- como control social gubernamental (1993, 1). De acuerdo con Roberto Bergalli, la teoría sociológica y la psicológica constituyen los dos campos más relevantes del desarrollo conceptual del control social, cuya discusión se enmarca fundamentalmente en la sociedad estadounidense⁶¹ y puede aparecer como respuesta al modelo de Tönnies y otros autores que apoyan la línea de *Gemeinschaft-Gesellschaft* (comunidad-sociedad) (1992).

⁶¹ Especificando que: “Control social no fue originariamente -y, en consecuencia, no ha sido necesariamente- la expresión de una perspectiva política conservadora. Muchos sociólogos norteamericanos que emplearon el término en la primera hora eran conspicuos socialistas; otros estaban adscritos a puntos de vista progresistas.” Aunque Bergalli añade después, que no quedaba claro en estos autores el ideal de sociedad, más allá de aquél basado en el consenso espontáneo sobre normas aceptadas racionalmente (1992, 176-7).

También posteriormente al análisis de Janowitz, pero en relación con lo anterior, otro estudioso de este tema, el Prof. Dario Melossi (1990), enfrentándose a un proceso de deconstrucción, ha indicado cómo el origen y las ramificaciones del concepto de control social proceden de la Sociología estadounidense⁶² y enfatiza la idea de sociedad civil, frente al concepto político-filosófico europeo de Estado⁶³. En contra de Foucault, de la Criminología y la Sociología de la Desviación radicales, este autor defiende que los conceptos de Estado y control social pertenecen a dos tradiciones intelectuales y a dos situaciones históricas distintas. En opinión de Melossi, el origen del concepto de control social se relaciona con las formas de organización igualitarias de los colonos protestantes y la noción de autocontrol. En este sentido, el concepto de autocontrol se identifica con el de control social en su perspectiva de poder activo, plural, positivo y más efectivo. Ya Tocqueville, en su estudio sobre la democracia en América, producto de una visita para conocer su sistema penitenciario⁶⁴, subrayó que la democracia es más fuerte y poderosa que la censura o el absolutismo⁶⁵.

⁶² En cualquier caso, Melossi destaca el concepto de control social que subyace en el *Panóptico* de Bentham -más tarde analizado por Foucault- y que se relaciona con la idea de control social desarrollada por la primera Sociología estadounidense, subrayando el ejercicio del autocontrol (véase la ilustración que introduce esta Parte). También Durkheim estudiará la posibilidad de sustitución de la coerción por la democracia, en cuanto que una sociedad sin delitos sería aquella en la que sus miembros hayan interiorizado profundamente las normas (1990, 56).

⁶³ Cfr. sobre la obra de Melossi, Bergalli (1996b, 3-4), quien concluye que: "En el ámbito de la cultura jurídica continental jamás se había hablado de control social... Por el contrario, si alguna referencia pudo haberse hecho del derecho como instrumento de organización social, ella ha estado vinculada a la tradición politicológica que, desde Macchiavelli a Gramsci, ha señalado al Estado como centro de formulación de un control político de la sociedad" (ibídem 1996, 4). Para una reflexión en torno a la relación de los escritos de Gramsci sobre la regulación moral y el autocontrol, vid. Hunt (1997).

⁶⁴ Dumm explica el interés conjunto de Tocqueville en la política y el castigo, tomando en cuenta las tesis de Foucault (1987).

⁶⁵ Frente a esta visión, Rousseau entendió que la coerción estatal estaba legitimada

Posteriormente, en la misma dirección, la defensa de la libertad de expresión por Brandes y Wendell Holmes constituyó un instrumento de producción de significados sociales, como hoy lo son las reivindicaciones de acceso y control de los medios de comunicación (Melossi 1990, 113). De hecho, cabe entender que la idea central del control social actual se encuentra alrededor de la lucha por el monopolio de la construcción de significados, primordialmente por parte de los medios de comunicación.

y que la internalización del derecho, es decir, la obediencia al mandato interno de la conciencia, era la base de la democracia (Melossi 1990, 29).

En definitiva, si quisiéramos una definición de control social, como instrumento de análisis provisional, con un acuerdo básico común de los distintos teóricos, quizá podríamos preguntarnos: ¿qué es lo que hace que las sociedades se mantengan unidas, es decir, que exista cohesión social frente a las distintas vicisitudes, inclusive la desviación de la norma penal?⁶⁶ Janowitz distingue entre el sentido macrosociológico del control como regulación social -quizá sea más exacto, en el caso de Janowitz, concretar en regulación sociopolítica⁶⁷-, que se encontraba en los orígenes del concepto, y el sentido estricto como proceso de socialización que conduce a la conformidad, que predominó a partir de los años cuarenta, en relación con el Derecho penal (1995, 18-9; Pitch 1995, 10-8). Para Janowitz, el control social se define positivamente, siendo “la reducción de la coerción, aunque se reconozcan los irreductibles elementos de coerción en un sistema legítimo de autoridad” (1995, 7). Para otros sociólogos como Coser (1982, 17-22), la idea de poder es central en toda noción de control social, aunque ha sido tradicionalmente olvidada por los teóricos del mismo⁶⁸. Las relaciones de poder existen, aunque éste no sea coercitivo, cuando alguno/s puede/n determinar el comportamiento de otro/s. Esto puede ocurrir a través del monopolio del conocimiento⁶⁹ o la manipulación -cuando las mentes y las

⁶⁶ En términos de Adorno, ¿qué es “lo que secretamente mantiene unido el engranaje”? (Adorno y Horkheimer 1979, 213).

⁶⁷ Lo cual queda claramente reflejado en las siguientes afirmaciones del autor: “Por lo tanto, el que-hacer de los estudiosos de control social no es sólo explicar los modelos de comportamiento desviado, como el suicidio, la criminalidad, y la infelicidad personal por más importantes que puedan ser. El problema central es ayudar a explicar la declinación de la oposición parlamentaria y el crecimiento de la inestabilidad del liderazgo ejecutivo... El mayor avance en la historia intelectual del control social ha sido su vinculación con los procesos políticos y con la crisis de ‘legitimidad política’” (1995, 25; 29).

⁶⁸ Cfr. Salas Porras (1996). En relación con la ideología, véase Bergalli (1980).

⁶⁹ Por ejemplo, por la burocracia, como señaló en su día Max Weber. Actualmente el control burocrático puede expandirse cuando se utilizan medios informáticos (Coser 1982,

voluntades de los sujetos subordinados se ven afectadas por medios simbólicos, como la propaganda-.

20).

El sociólogo teórico estadounidense, Donald Black, mantiene que, en sentido estricto, el control social es básicamente, en Sociología, el tratamiento de lo que está bien o mal⁷⁰, lo que le permitió elaborar en 1984⁷¹ una teoría general del control social, en la que se apoya la presente tesis. Para él, el control social supone una variable dependiente. Mediante su teoría pretende explicar su naturaleza en “cualquiera y en todos los sitios, en todo el mundo y a lo largo de la historia”, teniendo en cuenta las variables independientes estructurales⁷². Black aclara que el objetivo debe ser estudiar el funcionamiento de dichas variables y no la moralidad en sí, que difícilmente puede asumirse como absoluto universal (1984; 1993, xiii; xvi). Más concretamente, según este autor, acercándose aquí en cierta forma a T. Parsons (1951, 297), el control social sería cómo las personas definen y responden al comportamiento desviado (1990, vii).

⁷⁰ Aunque distingue entre distintos criterios de evaluación, cada uno de los cuales varía según la cultura: el moral, el intelectual o científico y el estético (1993, 20-1). Cfr. Habermas (1993b).

⁷¹ Anteriormente, véase su trabajo de 1976, *El comportamiento del derecho*. Tanto su teoría, como la de Horwitz (1990), han sido calificadas por algunos autores de superficiales (vid. Sebba 1996b, 10), aunque por razones explicativas la encuentro adecuada a los objetivos de este trabajo.

⁷² Lo que, sin embargo, -y en esto estoy de acuerdo con Alan Hunt- no le impide caer en cierto positivismo sociológico. En todo caso, el mismo Black reacciona defendiendo una Sociología radical o pura, sin subjetivismos o antropocentrismos, en el intento de explicar las variaciones o comportamiento de lo que se llama la realidad social. Así en una contribución reciente, donde intenta explicar la epistemología de su Sociología, se declara culpable de suicidarse, de asesinar al sujeto y responde a la pregunta de quién es él de la manera siguiente: “Soy vida social: llamo a la policía y soy ley. Inflijo dolor y soy violencia. Canto y soy música. Rezo y soy Dios. Escribo estas palabras y soy Sociología. Obedezco las leyes de la vida social y voy más allá de mí mismo” (1995, 55). Para Black, se trata de un nuevo paradigma, de una concepción multidimensional del espacio social, distinta de los paradigmas sociológicos de la fenomenología, de la teoría de la elección racional, de las teorías marxistas y neo-marxistas o del funcionalismo (ibídem, 29 y 43). Respecto de su Sociología del Derecho, dice que no es teleológica: no intenta explicar la efectividad, fines, propósitos, intereses o funciones del derecho. En un intento de lograr la objetividad, tampoco dice nada sobre los valores, la justicia o la política. Dicha Sociología está basada en datos empíricos y ha sido aplicada o verificada por otros autores (véase la larga cita con referencias, ibídem, 21, nota 88).

Desde la teoría del *labeling*, Blomberg y Cohen también definen el control social como el repertorio organizado de respuestas sociales a la desviación (1995, 5-6). A partir de los sesenta, según dichos autores, los sociólogos de la desviación y el delito comenzaron a aplicar la noción de control social, como respuesta a la desviación, en tres niveles:

-el micro o interpersonal (investigando cómo se crean significados e identidades estigmatizadas);

-el institucional (cómo determinadas burocracias y profesiones -policía, tribunales, cárceles, asistencia social y agencias de tratamiento- procesan la desviación);

-y el macro o histórico (cómo se establecen categorías particulares de desviación, de leyes o de instituciones).

Por su parte, Gibbs realiza una definición más sofisticada y compleja que le permite apartarse de las nociones de norma y desviación (1981; 1982b, 86 y 88). Para él, el control social consiste en un intento de uno o más individuos (X) de manipular el comportamiento de otro/s (Y), a través de un tercero/s (Z), mediante instrumentos diversos al mandato jerárquico. Así quedan excluidos el control próximo (cuando no existe Z) y el secuencial (cuando X ordena a Y que ordene a Z).

Finalmente, Melossi entiende el control social, no como concepto normativo, sino como concepto sociológico útil en el estudio de la coerción y la generación de consenso⁷³. En todo caso, en mi opinión, no es posible deslindar totalmente lo normativo de lo sociológico en el entendimiento del control social como la forma de ordenar una sociedad pluricultural y con grupos de intereses diversos, dentro de un marco de consenso democrático. Pat Carlen ha distinguido el control social del antisocial, conectando con la división entre control positivo y negativo (1995, 213). El control social,

⁷³ Véase el desarrollo de esta tesis en Melossi (1990 y 1994).

según Carlen, consiste en “una variedad de prácticas institucionalizadas diseñadas para limitar la acción individual en favor de los intereses de los ideales de justicia social y penal proclamados por la colectividad, ejemplificados en el derecho y las ideologías dominantes.” En contraste, el control antisocial sería: “...una variedad de prácticas institucionalizadas que pueden, tanto imponer límites a la acción individual, favoreciendo un grupo de ciudadanos a expensas de otro, como también disminuir el poder de las ideologías de igualdad de oportunidades en relación con el género, la raza y la clase (u otros grupos sociales); o (en sociedades con ideologías de igualdad de oportunidades) imponer límites antisociales a la acción individual, ya que atrofian la contribución social de un individuo y lo hacen por razones de atributos biológicos o de relaciones sociales de explotación.”⁷⁴

⁷⁴ Cfr. John Kenneth Galbraith cuando habla de los términos excluyente e incluyente. Se refiere a una democracia incluyente frente a la extensión de la marginación en la sociedad dual estadounidense (1996). Vid. también Manzano (1995, 99).

Bajo mi punto de vista, un elemento importante de todo control actual positivo o social sería su generación, aplicación y control democráticos, de manera que p. ej. en algunos países, con las tasas más bajas de criminalidad⁷⁵, el control se consigue mediante unos regímenes políticos paternalistas y homogeneizantes.

1. 1. 2 Distinciones

El concepto de control social se relaciona y, en ocasiones, confunde, con otros como los de orden social, control interno y socialización, en los que me detendré a continuación. La distinción entre control social y orden social parece indicar la mayor amplitud de este último. Sin embargo, existen autores como MacIver, para los que el control social es el equivalente moderno del tema clásico del orden social⁷⁶. Las instituciones influirían en los individuos, y los comportamientos individuales, regulados y estandarizados, servirían para mantener dichas instituciones (Janowitz 1995, 16). El sociólogo precursor del concepto de control social, E. A. Ross, definía éste de manera imprecisa como una institución humana que contribuye al orden social. Diana Crane explica que el control se refiere tanto al orden social (regulación del comportamiento) como al consenso (valores y percepciones ampliamente compartidos) (1982, 229)⁷⁷. Por su parte, Blomberg y Cohen indican

⁷⁵ Sobre la ideología comunitaria en la construcción del Estado de Singapur, vid. Noor (1996). Sobre la práctica del castigo corporal como disciplina en este país, véase CJ International (1994, 17-9).

⁷⁶ Puede relacionarse la idea del orden social con la de armonía y justicia, tal y como se tratan en el libro primero de la *República* de Platón (Boni 1992). Por otra parte, Roberto Bergalli distingue entre control social y organización social. El control social sería la capacidad de una organización social para regularse a sí misma, lo cual suele implicar una variedad de objetivos. La organización social sería el modelo de influencia para un conjunto de grupos sociales (1992, 176).

⁷⁷ En estos términos, Crane se refiere al consenso como valores y percepciones

que, en términos políticos y conceptuales, el discurso del control social nació como parte de otro más amplio sobre regulación, ciudadanía y orden social, y se conectan hoy en día con el interés revivido por la sociedad civil y la gobernabilidad en los países occidentales, del antiguo bloque soviético (1995, 4) y de Latinoamérica⁷⁸.

ampliamente compartidos que son creados y mantenidos por instituciones culturales, especialmente las relacionadas con la educación, la religión, la cultura popular, el arte y las ciencias. En su opinión, el consenso del futuro puede encontrarse en el disenso intercultural, en la pertenencia a distintas comunidades que, sin embargo, mantienen canales de comunicación entre ellas (1982, 229 y 241).

⁷⁸ Cfr. Garland, desde las tesis de Foucault, sobre el concepto de gobernabilidad en relación con el control jurídico-penal (1997a). Respecto de algunos países latinoamericanos, vid. Cárcova (1995).

Una segunda diferenciación es la que realiza Janowitz cuando distingue control social de autocontrol o control interno⁷⁹. Este último se define como “la contrapartida psicológica e individual del control social” (1995, 7). Sin embargo, para Melossi, siguiendo a Mead, el control social y el autocontrol se identifican; son dos caras del mismo proceso. En todo caso, el autocontrol podría entenderse como internalización⁸⁰ de distintos controles sociales (formales o informales, jurídico-penales o morales, etcétera), como fin de la socialización y quizá como el más efectivo de los controles, siendo preventivo o inhibitor de la conducta desviada de la norma impuesta o cooperador en la respuesta a la misma⁸¹. Dentro de la noción de

⁷⁹ Gottfredson y Hirschi publicaron en 1990 su obra *Una teoría general del delito* donde, profundizando en la tesis del arraigo, señalan que la causa de la criminalidad se encuentra en la ausencia de autocontrol, propugnando una Criminología que integre las corrientes positivas y la moderna Sociología criminal. Para ellos, el autocontrol es un fenómeno estable que se aprende hacia la edad de los ocho años. En 1993, Sampson y Laub propusieron una teoría con conclusiones enfrentadas a las de los anteriores autores, basándose en análisis longitudinales -volviendo al estudio del matrimonio Glueck-. Sampson y Laub defienden también la importancia de los lazos sociales y el control informal, pero opinan que éstos pueden verse influidos por factores individuales y sociales en las distintas trayectorias de la vida. Para una comparación de ambas teorías, véanse Cohen y Vila (1996). Respecto del uso de los autoinformes para verificar ciertas teorías relativas al control social individual, en relación con la etnicidad en los Países Bajos, vid. Junger y Marshall (1997). Sobre la importancia de la autodisciplina en el futuro, que puede identificarse como autocontrol, véase García Andrade (1989, 69).

⁸⁰ Que Foucault simbolizó en su alusión al Panóptico de Bentham. A finales del siglo XIX, Nietzsche (1844-1900), en su obra *Genealogía de la moral*, indicó que el castigo constituye la nemotécnica creada para que la gente recuerde sus derechos y obligaciones. La moralidad nace de la coerción, aunque se pone en práctica como mandato procedente de la conciencia en un proceso de internalización, que se relaciona con la teoría de Freud (especialmente en su obra *Tótem y Tabú*, donde se habla del contrato social) (Melossi 1990, 60-2).

⁸¹ En este sentido, en relación con sustancias que pueden producir adicción, véase el estudio de David Matza y Patricia Morgan sobre la evolución desde un control individual a otro social, en la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX, en EE.UU. Señalan cómo a fines del siglo XX se puede observar una vuelta a la aplicación selectiva de un control individual que olvida el contexto social (1995). Black ha tratado también este aspecto, desde otra óptica, poniendo como ejemplo el declararse culpable de un delito o entregarse a la policía (1993, 65). Asimismo, podemos considerar el suicidio o la autocrítica.

control interno, situaríamos los estudios sobre el *locus de control*, término que se refiere a la percepción de la causación de la acción, como responsabilidad del sujeto o de su contexto externo (Burnstein 1982, 43). De acuerdo con Mathiesen (1997), la disciplina del alma o autocontrol se desarrolla actualmente a través del sinóptico moderno, es decir, los medios de comunicación.

Finalmente, otra posible distinción sería la existente entre control social (especialmente interno) y socialización⁸². En ambos casos se distingue entre procesos formales e informales. Siguiendo a Lemert, la socialización constituye el proceso más general a través del cual tienen lugar transiciones en las posiciones sociales (1972, 78). Esta relación ha sido estudiada, no sólo por la Sociología, sino especialmente por la Psicología (Gibbs 1982a, 11) y la Pedagogía. Según Burnstein (1982, 23-4), por parte de la Psicología han sido dos las tendencias que han analizado el control social: la Psicología del desarrollo, que ha aludido principalmente al control interno en relación con el concepto de desarrollo moral -dentro de la Psicología del desarrollo incluye el psicoanálisis, el aprendizaje social y el planeamiento moral-, y la Psicología social, que menciona el control social externo a través del concepto de conformidad. También merece destacarse la teoría del desarrollo de la autoconciencia de Mead (Giddens, 1994, 104-5).

De acuerdo con Giddens, la socialización supone el medio de contacto intergeneracional, distinguiéndola de la personalización y la culturización. Constituye: “el proceso por el cual el niño indefenso se va convirtiendo gradualmente en una persona autoconsciente y capaz de conocer, diestra en las formas de cultura en la que ella o él ha nacido” (1994, 93; 192). Para

⁸² Cfr. Simmel (1918). Hess distinguió entre control social activo y preventivo. Este último actuaría a través de la socialización (Bergalli 1991, 20).

este autor existen tantas agencias socializadoras como grupos o contextos sociales en los que los individuos pasan gran parte de sus vidas⁸³.

⁸³ Siguiendo a Aniyar de Castro (1991, 379) y a otros autores que han estudiado el fenómeno de la prisionización, la cárcel u otro tipo de respuesta al delito es una forma de socialización sustitutiva.

Entre las agencias de socialización o esferas sociales, en el plano teórico, el sociólogo estadounidense Charles Horton Cooley (1864-1929) separó los grupos primarios de los secundarios⁸⁴. Los primeros se caracterizan por establecer contactos directos y de familiaridad. Según Cooley, con cierto idealismo, se trata de pequeñas asociaciones de personas vinculadas por lazos de naturaleza emocional envolvente (Giddens 1994, 322). Ejercen una influencia preponderante en la socialización, concretamente como contexto de transmisión de valores. Entre los grupos primarios tenemos la familia, los amigos⁸⁵ y los compañeros de trabajo. Aquí conviene destacar la importancia del tiempo libre o de ocio en las sociedades actuales de masas de consumo⁸⁶. Por otra parte, en los grupos secundarios se subrayan las relaciones de inferioridad o desventaja con las instituciones, las cuales también sirven para la creación y el mantenimiento de valores. Para Cooley, un grupo secundario se constituye por personas que se conocen pero que se relacionan de forma impersonal y con fines prácticos específicos⁸⁷.

1. 2 EVOLUCIÓN EN LA TEORIZACIÓN DEL CONTROL SOCIAL Y SU RELACIÓN COMO MARCO EXPLICATIVO DE LA MEDIACIÓN

⁸⁴ De manera alternativa, el criminólogo de Tubinga, H. Göppinger, ha propuesto hablar de cinco factores relevantes en la esfera social del delincuente: familia de origen y adquirida, comunidad de residencia, ámbito de rendimiento y tiempo libre (1975).

⁸⁵ Giddens alude a los grupos de pares como amigos en la infancia de la misma edad (1994, 110), lo cual se propicia en nuestras culturas con el sistema escolar.

⁸⁶ Gurrutxaga Abad ha realizado un tratamiento del tiempo de ocio como creador de comunidad (1993; 1996). En relación con las investigaciones criminológicas, véase la inclusión de "actividades improductivas en tiempo libre" en las llamadas constelaciones criminovalentes de Göppinger (1975).

⁸⁷ Cfr. la distinción, explicada más adelante, que realiza Habermas entre sistemas y mundos de vida.

A continuación realizaré un breve repaso de la utilización del concepto de control social en la teoría occidental sociológica⁸⁸ y, particularmente, criminológica⁸⁹. En este sentido, Horwitz, siguiendo a Black, ha distinguido dentro del estudio científico del control social, el concepto y las explicaciones sobre el mismo (1990, 8-14), que no siempre son explícitas.

1. 2. 1 Teorías clásicas del contrato social⁹⁰

⁸⁸ Con elementos filosóficos.

⁸⁹ Véanse, dentro de las monografías sobre la teoría sociológica, Coleman (1990) y Roucek, (1978). Cfr., más específicamente, Kreissl (1986), Bergalli y Marí (1989), Nanette (1990), Little (1989), Pfohl (1994), Tittle (1995) y LaPiere (1954). Entiendo que la Criminología es distinta del pensamiento sobre el delito que pueda haber existido en toda sociedad. En contra, Bernaldo de Quirós (citado por Herrera 1996, 73).

⁹⁰ Como precedente lejano de las teorías clásicas del contrato social podemos aludir al pensamiento de Tomás Moro, que cabría entender como propuesta de otro control social frente al existente. Santo Tomás Moro (1478-1535) publicó en 1516 su obra *Sobre la mejor condición del Estado y sobre la nueva isla Utopía*, donde se atribuía la delincuencia a causas económicas, por lo que en Utopía no existía el dinero. En ella desaparecerán fraudes, robos, rapiñas, riñas y asesinatos. Por otra parte, Moro propuso que los poderes públicos arbitrasen medidas necesarias para que el delincuente compensase con su trabajo el daño causado a la víctima. Además, en esta federación democrática de ciudades, las leyes serían escasas y claras para no enmascarar el interés de unos pocos. Cfr. sobre Moro como criminólogo, Blasco (1943).

A finales del siglo XVII adquiere relevancia la actitud ilustrada, como confianza en una razón liberadora que cambiará el concepto del derecho. Habría que buscar sus raíces en el humanismo renacentista y en el racionalismo. Más allá de la religión, el movimiento ilustrado busca una secularización del derecho como creación humana derivada del pacto social. Así será recogido en la codificación posterior a la Revolución Francesa (Fiestas Loza 1991, 934-5). Precisamente, el pacto o contrato social constituye la manera amplia de pensar sobre el control social, aunque no sea éste el término utilizado⁹¹. Grandes pensadores como Hobbes (1588-1679)⁹², Locke (1632-1704) y Rousseau (1712-1778) aportaron las bases sobre las que sustentan los conceptos modernos de Estado⁹³ y Derecho⁹⁴.

En referencia al nuevo modelo de Estado colberto-jacobino que se terminará creando, Caballero mantiene que se sostiene sobre tres falacias, a saber: que la justicia equivale a la administración de justicia, que el derecho equivale a la ley del Estado y que la sociedad global equivale al

⁹¹ Sobre la evolución del contrato social, véase Kyrms (1996).

⁹² Quien nos habla de un control social unilateral de autoayuda en el estado de naturaleza.

⁹³ También ahondaron en el debate sobre la naturaleza humana y las transgresiones. En este aspecto, cabe destacar la obra del médico y filósofo neerlandés, Bernard de Mandeville (1670-1733), quien en su *Fábula de las abejas, o vicios privados, beneficios públicos* defiende que los vicios humanos constituyen la base real de las ventajas materiales que conlleva la revolución industrial. Para él, la naturaleza humana es intrínsecamente agresiva y competitiva, construyéndose espontáneamente instrumentos para disimularla, como son los buenos modales, la virtud o el honor. La lucha se traslada a ser apreciado y admirado mediante la educación, la riqueza y la delicadeza, dando quehacer a los pobres. Se trata de la teoría de la armonía espontánea de los intereses individuales (Boni 1992, 614). Cfr. la comparación de Drapkin de las tesis endogenistas que consideran la especie humana naturalmente agresiva y las exogenistas que subrayan el predominio de la capacidad de cooperación para asegurar la supervivencia (Mueller y Adler 1996, 56).

⁹⁴ Sobre su vinculación con el proceso de centralización, véase Jáuregui (1986).

Estado (1991). Por tanto, dentro de esta visión, el estilo penal de control social prima sobre otros, inclusive los informales.

Es en este contexto donde surge la llamada Escuela clásica de Derecho penal⁹⁵, bajo la visión de un hombre⁹⁶ racional, igual y libre, que busca la legitimación y fundamentación del castigo, sin entrar a cuestionar esta forma de control social, ni analizar las causas de la desviación. Se consolida así la definición del delito como ataque al Estado soberano, como cuestión pública. Siguiendo a Montesquieu, Voltaire, Beccaria⁹⁷, y en España Lardizábal, se enfatiza el fin utilitario preventivo del castigo, bajo los principios de responsabilidad individual, proporcionalidad, humanidad y legalidad, pretendiendo limitar los abusos de las autoridades del Antiguo Régimen⁹⁸. En los siglos XVIII y XIX se publican las obras de los primeros sistematizadores del Derecho penal, como son Blackstone en Inglaterra⁹⁹, Filangieri y Romagnosi (1956) en Italia y Feuerbach en Alemania¹⁰⁰. Bajo esta concepción utilitaria del castigo, junto con las condiciones socio-históricas de la época, se generalizará la prisión, institución sobre la que entonces escribieron Bentham y Howard, entre otros¹⁰¹.

⁹⁵ Entre cuyos representantes cabe citar a Kant, Hegel y Carrara, defendiendo aún la retribución que elimina el primer mal.

⁹⁶ Subrayando el sustantivo "hombre".

⁹⁷ Sobre Voltaire y Beccaria como reformadores del Derecho penal, véase Maestro (1942).

⁹⁸ Sobre el "mito de la Revolución Francesa" en palabras de Mereu, véase el comentario de Quintero (1996b, 151-2).

⁹⁹ Quien, en 1765, publica sus *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*.

¹⁰⁰ Sobre la ciencia penal europea a principios del siglo XIX, incluyendo a Bentham, véase Quintero (1996b, 157-9).

¹⁰¹ Véase la Parte Segunda

1. 2. 2 El positivismo sociológico de Comte y su influencia en la Criminología positiva y clínica

En el siglo XVIII, Hume representó la corriente empirista del pensamiento ilustrado frente a los racionalistas abstractos. Posteriormente, Comte (1798-1857), quien influyó de forma fundamental en la Criminología positiva, habló de control social mediante la “previsión” a través de las leyes científicas (Boni 1992, 190). Es este tipo de control *científico* el que provocó los primeros ensayos empíricos antecedentes de la Criminología, algunos incluso antes de Hume, bajo el nombre de Fisionomía, con Della Porta en el siglo XVI; de Frenología, con Cubí y Soler en España en el siglo XIX, o de Psiquiatría y Antropología biológica -que recibirá las tesis de Darwin-¹⁰².

¹⁰² Un control, que como ya ha sido señalado en la introducción, era andro y etnocentrista. Lombroso vio al delincuente como un ser atávico, consecuencia de la regresión a estadios primitivos de la humanidad, que relacionaba con el tipo australiano y mongólico. También Garofalo, magistrado y catedrático de Derecho penal, entendió que la causa del delito tenía su base en la Biología, según factores hereditarios de carencia de sensibilidad moral, presentes principalmente en “razas inferiores”. Cfr. González de Pablo (1949). El frenólogo mallorquín Mariano Cubí y Soler (1801-1875) relacionó, tres décadas antes de que Lombroso hablara del delincuente nato -como subtipo humano con determinados rasgos físicos y psicológicos-, a su criminal nato con determinadas tribus árabes de Argelia y Caribe (García-Pablos 1988, 212-2; 1992, 98). Todo ello justificaba que se midieran las orejas o la frente del infractor. Véanse las ilustraciones de las páginas 39 y 40. La lectura de las referencias dan una idea de lo caro que puede resultar el concepto de peligrosidad para los principios del Derecho penal.

Asimismo, como antecedente de la Criminología positiva en la primera mitad del siglo XIX, pero de carácter sociológico y no antropobiológico, tenemos la denominada etapa de transición que representa la Estadística Moral o Escuela Cartográfica para la cual la criminalidad constituyó un hecho social de masas cuantificable, siendo objeto de leyes explicativas de su constancia¹⁰³. Estudió al delincuente medio y la fenomenología delictiva. Se trata del control estadístico que cree en la objetividad. Como indica T. Pitch, es una época de preocupación por los problemas sociales de las ciudades de la revolución industrial y, por parte del Estado centralista, por controlar y registrar estadísticamente la población. Según el fundador de esta Escuela, el matemático y demógrafo belga L. A. Quetelet (1796-1874), en su obra sobre física social: "...todo orden social acondiciona de antemano cierta cantidad de diversos delitos que se producen como una consecuencia necesaria de su organización" (García-Pablos 1988, 225-9)¹⁰⁴.

¹⁰³ En este sentido, algunos autores reclaman para Quetelet (1796-1874), desplazando a Comte, la paternidad de la Sociología.

¹⁰⁴ Pueden apreciarse influencias respecto de la prevención situacional actual, por ejemplo, si consideramos las leyes térmicas formuladas por el mencionado autor, o las consideraciones del francés Guerry sobre la escasa relación entre la criminalidad y la pobreza o la densidad de población, temas tratados posteriormente por otros representantes de esta Escuela.

Por su parte, la Criminología positivista crea un modelo de control clínico o médico paternalista que ve al delincuente como un ser biológicamente anormal, por lo que se trata de controlar la herencia, antes que hablar de la responsabilidad del sujeto. Se entra así en el campo del determinismo y la peligrosidad¹⁰⁵, que requiere una intervención sobre el individuo con el fin último de hallar las causas del delito para hacerlo desaparecer. Bajo esta concepción se explica la construcción de tipologías de delincuentes por parte de Lombroso y Ferri y la propuesta de una serie de medidas y tratamientos¹⁰⁶. Los principales representantes de esta corriente en España fueron Dorado Montero¹⁰⁷, Rafael Salillas¹⁰⁸ y Constancio Bernaldo de Quirós (García-Pablos 1988, 282-5; Cobo del Rosal y Bacigalupo 1980).

Deteniéndonos en Ferri, según sus palabras: "...se obtiene más de los hombres lisonjeando su amor propio y dirigiéndose a su interés personal, que usando de violencias y de autoridad" (1908, tomo I, 293). Con su teoría de los sustitutivos o equivalentes de la pena, se refiere a los controles sociales previos al penal, en los órdenes económico, político, científico,

¹⁰⁵ Cfr. en el nuevo Código penal español de 1995. Sobre el origen de la Criminología como ciencia y la utilización del término "psicopatía" en EE. UU., a comienzos del siglo XX, vid. Rafter (1997).

¹⁰⁶ Sobre sus consideraciones en torno a la reparación a la víctima y su compatibilidad con la noción del delincuente anormal, véase Herrera (1996, 77-8). Cfr. Creus (1993).

¹⁰⁷ Con influencia del correccionalismo, Dorado Montero, en su obra *Derecho protector de los criminales*, publicada en Madrid en 1915, indica que el Derecho penal retributivo está en crisis, siendo preciso un nuevo derecho preventivo correccional (García-Pablos 1992, 117).

¹⁰⁸ Fundador de la Escuela de Criminología en la Cárcel Modelo de Madrid, de la que fue director, según ya se ha indicado en la Introducción. Esta Escuela, de clara influencia positivista, tenía el fin de formar al personal de prisiones y fue creada por Decreto de 12 de marzo de 1903, inaugurándose sus cursos en 1907. La Escuela se transformó en el Instituto de Estudios Penales durante la II República. En la Guerra Civil fue incendiada y los libros y piezas del museo que se salvaron se conservaron en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, sede provisional de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Rico de Estasen 1945; 1954).

civil, administrativo -incluyendo aquí la reparación a la víctima-, religioso, familiar y educativo. En definitiva, propone un “Código preventivo” frente al penal. La prevención constituiría la principal garantía del orden social, por lo que la Escuela positiva insiste en que se unan en un mismo sistema los diferentes medios de defensa de la sociedad, ya sean civiles, penales, preventivos o represivos. Por ello, dicha Escuela considera la reparación como un principio fundamental de esa defensa social. Respecto de la reparación, Ferri subraya tres aspectos: 1. La reparación de los daños cumple una función social, existiendo una razón común de la responsabilidad civil y penal, y correspondiendo dicha función al Estado en interés directo del perjudicado e indirecto de la sociedad. Incluso -junto con Garofalo y Puglia- propone la existencia de una medida reparativa como sanción principal o accesoria, para delincuentes ocasionales que hayan cometido delitos pequeños. 2. La reparación implica una obligación del delincuente hacia el ofendido. 3. La reparación puede constituirse como sanción sustitutiva de la pena privativa de libertad para delitos menores. Y, si el condenado a la responsabilidad civil es pobre “...precisará ver el medio de sustituir la indemnización en especies con la obligación de trabajar en provecho de la parte perjudicada, sea ésta un individuo o la sociedad.” A finales del siglo XIX, Garofalo había añadido que la reparación de los daños podría ser un verdadero equivalente de la pena si se configuraba como sanción y no sólo como derecho del perjudicado, proponiendo reformas concretas en el Derecho penal (Ferri 1908, tomo II, 162-3; 276-7).

En la segunda mitad del siglo XIX, las enseñanzas de la Escuela Positiva evolucionaron hacia un eclecticismo de difícil equilibrio que cede, especialmente en Europa, ante el Derecho penal. Tenemos, por ejemplo, la Escuela de Lyon o escuela del medio con Lacassagne (y su teoría del medio social

como caldo de cultivo de la criminalidad) y Tarde¹⁰⁹. Este último formula una teoría de la criminalidad de carácter psicosocial, de la que se sobresalen sus leyes de la imitación¹¹⁰.

¹⁰⁹ Quien, según determinados autores, no se incluye en dicha Escuela.

¹¹⁰ Otros ejemplos de esta evolución se encuentran en las tesis de la *Terza Scuola* de Carnevalle y Alimena, quienes propugnan el dualismo penal y la pena como instrumento de castigo y readaptación social, así como de la Escuela de Marburgo o Joven Escuela de Política Criminal de von Liszt, proponiendo una “ciencia total del Derecho penal”, alumbrada por la Unión Internacional de Derecho Penal. Por su parte, a principios del siglo XX se desarrolló la Escuela de Defensa Social, apoyando también el dualismo penal y el tratamiento resocializador del autor responsable (Beristain 1962; Muñagorri 1977). Destacan en esta Escuela Filippo de Gramatica en Italia, quien incide en la prevención negando el derecho estatal simplemente a castigar (1974), y Marc Ancel en Francia en lo que se denomina la Nueva Defensa Social, que incide en la responsabilidad del autor que ha de reintegrarse en la sociedad (García-Pablos 1988, 290-305). En este sentido, la defensa social ha promocionado, tras la Segunda Guerra Mundial, las distintas innovaciones criminológicas y penales, dentro de la cual se incluye la mediación.

En cierta forma, la Criminología positiva ha evolucionado hacia la llamada Criminología clínica actual, apoyada en la línea “diagnóstico-pronóstico-tratamiento” de la personalidad del delincuente, según el análisis de un equipo interdisciplinar¹¹¹. La obra de Jean Pinatel se sitúa dentro de este contexto y su tesis parte del “estado peligroso” del delincuente como determinante del “paso al acto”. Esta cuestión se valora en un criminodiagnóstico, que atiende la capacidad criminal y la inadaptación social, para determinar si el estado peligroso es crónico, marginal o circunstancial, entre otras posibilidades. Se define la Criminología clínica como estudio del delincuente concreto en cuanto a los factores determinantes del delito (diagnóstico), los medios correctores (tratamiento) y las probabilidades de reinserción (pronóstico). Bajo el efecto de esta Criminología se crearon en nuestro país, en 1967, la Central Penitenciaria de Observación y los Equipos de Observación y Tratamiento. Además, pueden percibirse otras influencias de la Criminología clínica en los artículos 25. 2 de la Constitución; art. 1, 59, 64 y 72 de la LOGP; art. 102-106, 109, 111, 156, 195c), 199.4, 204-205, 272 y 274 del nuevo Reglamento Penitenciario¹¹²; y art. 6.1, 78, 80.1 y 97 a) del nuevo Código penal¹¹³. Complementariamente, hoy puede apreciarse la aplicación de una cierta Victimología clínica cuando se habla de victimodiagnóstico y del “estado peligroso” de las víctimas. En todo caso, cualquier tipo de pronóstico se

¹¹¹ Interdisciplinariedad que no se observa en la práctica, con el dominio de análisis exclusivamente psicológicos o jurídicos. Por otra parte, la Criminología Clínica es potenciada a través del Instituto Internacional que lleva su nombre en Génova (Italia), en convenio con la Sociedad Internacional de Criminología.

¹¹² Que, en todo caso, según se dice en su Preámbulo de forma poco explicativa, concibe el tratamiento más cercano a su componente de resocialización que a su concepto clínico.

¹¹³ Véase también, en la Parte Tercera, la configuración del equipo técnico en la jurisdicción de menores.

enfrenta a los problemas inherentes al mismo: desde el filosófico sobre la libertad humana y el determinismo, pasando por el principio de legalidad, respecto de la aplicación de medidas de seguridad, etcétera, hasta dificultades metodológicas en cuanto a la posibilidad de agrupar factores tan diversos como la personalidad, la edad, el sexo, la posición social, el hábitat, etcétera.

Otra evolución de la Criminología positiva, y el control propugnado por la misma, se encuentra en el llamado neopositivismo que defiende un determinismo por factores individuales (con orientaciones biológicas, psicológicas, psiquiátricas o psicoanalíticas), sociales o mixtos (donde, de alguna manera, podemos mencionar el enfoque multifactorial del matrimonio Glueck e incluso del criminólogo alemán Göppinger¹¹⁴) (García-Pablos 1988, 309-470).

1. 2. 3 La primera definición del concepto de control social por E. A. Ross

¹¹⁴ Ambos olvidaron en esa multiplicidad de factores, el “factor humano de la víctima”.

Influido por Gabriel Tarde y Herbert Spencer, como ya se ha mencionado, fue E. A. Ross, de la Universidad de Stanford, quien empleó por primera vez el término de control social en 1894 para aclarar cómo los hombres viven estrechamente juntos, asociando sus esfuerzos con cierto grado de armonía (1901; 1959). Estudió la persuasión y la manipulación como “medios para guiar la conciencia individual y el deseo de los miembros de una sociedad”¹¹⁵. Se refirió al “moldeamiento de los sentimientos y deseos de los individuos para adaptarse a las necesidades del grupo”. Este moldeamiento no se produce solamente por medio del derecho, sino también a través de las creencias en lo supranatural, las ceremonias, la opinión pública, el arte, la educación, etcétera (Coser 1982, 13)¹¹⁶.

Dentro de esta perspectiva teórica sociológica, Ross distinguió entre una acepción amplia de control social -que incluye los aspectos interiorizados por los individuos de una cultura que contribuyen a la regulación de las relaciones sociales- y otra estricta, como influencia de un individuo sobre otro o de una institución o grupo social sobre determinadas personas. La familia, la escuela, los partidos, etcétera, tienen sus propios medios y modos de control social. En todo caso, la difusión del control constituía, en su opinión, la garantía contra posibles abusos.

1. 2. 4 La influencia de la Escuela de Chicago

¹¹⁵ Citado en Janowitz (1995, 12).

¹¹⁶ Asimismo, otro de los fundadores de la Sociología estadounidense, William Graham Sumner destacó en el subtítulo de su obra de 1906, *Folkways*, la importancia de los usos y costumbres para lograr la conformidad individual.

A principios de siglo, dos sociólogos estadounidenses, Charles Horton Cooley y W. I. Thomas, escribieron sobre el control racional de la vida social en relación con el pragmatismo filosófico y la Psicología social. Como ya se ha mencionado, Cooley (1864-1929), influido por Mead, utilizó la noción de grupos primarios (*intimate face to face association*) y enfatizó la interacción social, lo que expresó indicando que “el hombre y la sociedad nacen gemelos” (Cosser 1982, 14). Este autor diferenciaba así entre el control que se ejerce por la sociedad en general y las particulares formas de control desarrolladas por diferentes grupos. De este modo, el grupo primario controla principalmente mediante la interacción emocional. Por su parte, W. I Thomas realizó estudios sociológicos y culturales comparativos y publicó, entre 1918 y 1920 junto con F. Znaniecki, los cinco volúmenes de su obra *El campesino polaco en Europa y América*. En ella se explicaba la desorganización social por el desconocimiento o no internalización del inmigrante del contrato social. El campesino polaco veía desmoronados sus vínculos comunitarios, base de su organización social originaria -ligada al espíritu de la comunidad-, al instalarse en un sistema capitalista desarrollado, con valores distintos a los de su cultura. Propugnaban entonces incidir positivamente en sus actitudes, generando un nuevo instinto social o una solidaridad activa (García-Pablos 1988, 478). Este enfoque puede observarse también en la obra de Park, Burgess y McKenzie, de 1928, *El crecimiento de la ciudad*.

Adicionalmente, Thomas, y más tarde Robert E. Park, recibieron la influencia de Georg Simmel, quien en su ensayo “Die Kreuzung sozialer Kreise” (1922), argumentó que la individualidad es el resultado de un modelo de participación y el producto de un tipo específico de control social. A finales de los años cincuenta, también R. Bendix y B. Berger contendieron que la participación social en sus formas genéricas producía mayores efectos socializadores (Janowitz 1995, 14; 21). El mismo Janowitz, considerando los

movimientos sociales de la segunda mitad de los años sesenta, destacó el esfuerzo por extender la participación ciudadana en las agencias administrativas y en asociaciones voluntarias, lo que reflejaba, en su opinión, “un reconocimiento implícito de las limitaciones de las elecciones nacionales periódicas como mecanismos de control social y político” (1995, 26).

La Asociación Sociológica Americana estudió el tema de la efectividad de los diversos elementos de control social, en su Congreso Nacional de 1917, en relación con los trabajos empíricos sobre menores, inmigrantes, trabajadores, etcétera. Esta orientación pragmática puede conectarse con la afirmación de Robert E. Park y Ernest W. Burgess de que: “Todos los problemas sociales resultan ser problemas de control social” (1921, 787). Más que como mecanismo de conformidad, para estos sociólogos el control social constituía procesos de participación.

Los autores citados hasta el momento pueden considerarse precursores o representantes de la **teoría ecológica** de la **Escuela de Chicago**, preocupada por los problemas de las ciudades multiculturales estadounidenses y en la que el control social fue un concepto central (Blomberg y Cohen 1995, 5). Así, Park propuso la construcción de un discurso o cultura común entre los diferentes grupos para vivir juntos en democracia (Melossi 1990). Sin embargo, Robert M. MacIver, en conexión con Max Weber, introdujo el elemento coercitivo dentro del análisis del control social (Janowitz 1995, 15-6).

En la evolución posterior de la teoría ecológica, además de los autores que trataron de la Psicología comunitaria como se mencionará más adelante, podemos indicar el estudio de A. Lind sobre la criminalidad en Honolulu (1930). En él se destacó cómo cada subgrupo nativo tiene concepciones culturales diversas que hacen que determinada conducta (el suicidio, la promiscuidad sexual, las riñas, el juego, etcétera) merezca o no el rango

de delito, definido por los tribunales de los colonizadores. Esta definición chocaba con valores de las comunidades indígenas y provocaba conflictos que, a su vez, eran criminalizados (García-Pablos 1988, 487).

Por su parte, durante los años 20 y los primeros de los 30, una serie de economistas políticos utilizaron el término de control social en sus investigaciones sobre la organización económica. Un ejemplo es la obra de John Maurice Clark (1926), para quien la sociedad requería un conjunto de normas formales e informales que consolidaran los acuerdos de cooperación. En relación con estos autores se encontraba la tendencia realista en el Derecho, la Política y la Psicología.

Karl Mannheim introdujo, a comienzos de los cuarenta, la literatura estadounidense en Europa e insistió en que la efectividad de los procesos de control social descansaba en unas instituciones parlamentarias fuertes. Pero es a partir de entonces cuando se comenzó a utilizar el concepto en un sentido más estricto como socialización que conduce a la conformidad. Tras la Segunda Guerra Mundial su acepción clásica amplia ha ido reapareciendo (Janowitz 1995, 17-9).

1. 2. 5 La perspectiva funcionalista de Durkheim y Parsons y su repercusión en Luhmann y Jakobs

Al mismo tiempo que se desarrollaba la Sociología estadounidense por la Escuela de Chicago¹¹⁷, en el ámbito europeo francés, dentro de una perspectiva **funcionalista**, Durkheim (1858-1917) realizaba una serie de

¹¹⁷ Puede compararse cómo, en 1892, mientras que Durkheim se convertía en el primer doctor en Sociología de la Universidad de París por su obra *La división del trabajo en la sociedad*, se creaba al otro lado del Atlántico, con ayuda de Rockefeller, el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago. Cfr. Raiser (1995, 289-90). Para una integración de las perspectivas teóricas de Durkheim, Marx y Foucault en relación con la justicia restaurativa, vid. Minor y Morrison (1996).

estudios, dentro de la línea de la “comunidad y sociedad” (Janowitz 1995, 14-5). Quizá en este sentido deba entenderse su obra sobre las dos leyes de la evolución penal¹¹⁸. Según Melossi, en ambas leyes Durkheim identificaba un cambio de conceptos: del delito que daña la sensibilidad religiosa, al que ataca valores humanos racionales (la conciencia colectiva). Este último se daría en sociedades con mayor división del trabajo. En el proceso de secularización del Derecho penal, disminuiría la severidad del castigo (1990, 55-6). En todo caso, el fin primordial del mismo no es el control del delito, sino el mantenimiento de la solidaridad y la identidad social, con lo cual el crimen, de alguna manera, contribuye a ellas (Liska 1987, 71-2). En su obra *Las reglas del método sociológico* escribió sobre esta función integradora¹¹⁹. Tras la Segunda Guerra Mundial, dentro del funcionalismo, Talcott Parsons, en su libro *La estructura de la acción social* (1937) se refirió al gran dominio de Durkheim acerca de la naturaleza del control social y de la importancia de la conformidad moral (Janowitz 1995, 20). Para Melossi, Durkheim unificó la idea tradicional del Estado con la idea de la comunicación y la democracia que sustituirían al Estado coercitivo. Por otra parte, destacó el proceso de internalización del control social, ya que su esencia reside en el sentido de obligación moral de obedecer la norma. Utilizó la noción de “la determinación de los hechos morales” en sus obras *Sociología y Filosofía* (1924) y *Suicidio* (1897).

¹¹⁸ Basándose en la tesis de Durkheim, Alfred Blumstein y Jacqueline Cohen propusieron, en 1973, una teoría sobre la estabilidad del castigo, examinando los índices de encarcelamiento de EE.UU., de los años veinte a setenta, que ofrecían una cierta constancia (Blumstein 1995, 259). Véase sobre las dos leyes de Durkheim, Spitzer (1975). Sobre un controvertido estudio empírico de 1976, que verificó la hipótesis de que la solidaridad mecánica, junto con una crisis social, aumenta el castigo represivo, véase Liska (1987, 73). Respecto de las bases para un análisis cuantitativo de verificación de la tesis de Durkheim, cfr. Gibbs (1982b, 96-100).

¹¹⁹ Cfr. la interpretación de Klaus Makela sobre las funciones del sistema de Derecho penal, entre las que destaca la tecnocrática y la relativa a influir en la moral pública (1975). Vid. también Bredemeier (1962).

En 1951, dentro del desarrollo de la corriente funcionalista, en la obra de T. Parsons *El sistema social*, se analizaba el control social para explicar la desviación, lo que fue desarrollado por sus seguidores. En opinión de Melossi, Parsons sostuvo una teoría monista del control social (1990, 138). Con gran repercusión posterior, identificó la desviación, como comportamiento irracional, con la ausencia de control, siendo éste para él un concepto psicosociológico. De este modo, subrayó el proceso de internalización de las normas. Otro funcionalista, Robert K. Merton, supo elaborar un concepto sofisticado de control social que combinase su manifestación interna o individual con la institucional o social (Cosser 1982, 16-7).

En la evolución de las tesis estructural-funcionalistas, con su énfasis en la función simbólica del Derecho penal, tenemos al sociólogo del derecho alemán **Luhmann**, cuya obra está influida por la teoría general de los sistemas (Raiser 1995, 148-73)¹²⁰. En relación con este autor, y en el campo del Derecho penal, junto con Amelung y Otto, **Jakobs** es uno de los representantes de la teoría de la prevención integración¹²¹, incidiendo en el carácter funcional simbólico del castigo (1996), como se verá en la Parte Tercera.

1. 2. 6 El interaccionismo simbólico de Mead

¹²⁰ Según Bergalli, iniciada la crisis del Estado moderno del bienestar, la búsqueda de relegitimación del derecho como instrumento básico de control social es el argumento central de la epistemología alemana de Luhmann (1991, 21). Para un repaso de la obra laberíntica de Luhmann, desde el concepto de poder, véase Serrano (1988, 29-69). Respecto de Luhmann y Teubner, vid. Pérez Luño (1997, 121-2), y en relación con el Derecho penal, cfr. Vives Antón (1996a).

¹²¹ Sobre otros representantes, con cuyas teorías Pérez Sanzberro entiende que los proyectos de conciliación tienen mejor acomodo, consúltese su tesis doctoral (1996).

De vuelta al contexto estadounidense, dentro del interaccionismo simbólico en conexión con la Psicología social, George Herbert Mead (1863-1931) habló de la “fenomenología de la mente” como construcción de círculos más amplios de significado¹²², con sus implicaciones para una sociedad descentralizada y democrática (Melossi 1990, 18). Mead trató también el tema de la internalización de las normas (1918). La imagen de uno mismo se desarrolla a través de la experiencia social que indica lo que otros piensan y esperan de uno. La conciencia es una creación social (Coser 1982, 15).

En relación con Mead, podemos mencionar una teoría del castigo más allá de las fronteras del Derecho penal (Bergalli 1991, 23). Con un carácter interaccionista entiende que el sistema penal constituye un contexto de comunicación especial, en cuya complejidad deben ser considerados la norma como proceso dialógico (entre el yo infractor, el otro víctima y el tercero que reacciona de forma negativa) y el castigo que regula la interacción y protege la estructura del sistema. Se trata de la teoría de Calliess, quien estudia el sistema penal como regulación de la interacción de dichas partes, creando posibilidades de participación (Bustos Ramírez 1984, 37-8).

1. 2. 7 El positivismo jurídico de Kelsen y el psicoanálisis

¹²² Admitiendo una cierta competición entre diferentes círculos de control social. Sobre el interaccionismo de Mead, véase Sánchez de la Yncera (1994).

En el ámbito alemán, Kelsen (1881-1973), al mismo tiempo que construyó una teoría pura del derecho positivista, se interesó por los escritos de Freud. Es este aspecto de su obra, generalmente olvidado, el que destaco en esta sección, lo que motiva su mención conjunta. Kelsen escribió que la democracia debería ser una sociedad sin Estado, sin padre, basada en la hermandad, e incluso en el principio maternal, lo que en opinión de Melossi supone una cierta anticipación a algunas ideas feministas (1990).

Para Freud (1856-1939), en el proceso de alcanzar la madurez, el “policía interno” sustituye al “policía externo”, por lo que el verdadero control social opera desde dentro más que desde fuera (Coser 1982, 15). El conflicto e identificación con los padres durante el período edipal fomenta la internalización del control y sirve como modelo para relaciones posteriores con la autoridad. Dentro de una interpretación psicológica, se trata también de crear las instituciones apropiadas para inducir y mitigar el sentimiento de culpa (Burnstein 1982, 25), ya que el delincuente busca la pena para neutralizar dicho sentimiento, procedente de una infancia traumática. Al mismo tiempo la sociedad lo convierte en chivo expiatorio, castigándole para canalizar su agresividad y frustración. Como señala García-Pablos: “... el psicoanálisis desmorona el fundamento ético del castigo y la propia racionalidad del mismo” (1994, 326). Asimismo, las teorías psicoanalíticas destacan que la sociedad se centró sólo en el delincuente, olvidando a la víctima del delito, porque se identificó con el infractor, preocupándose por el sujeto al que teme.

1. 2. 8 Otras teorías psicológicas

También dentro de la Psicología, debemos tener en cuenta que las teorías del aprendizaje social, especialmente las de conductistas como Skinner,

enfatan la distinción entre recompensa y castigo, así como el papel del modelo (Burnstein 1982, 27-32). Desde otra perspectiva, la del desarrollo moral, el psicólogo suizo Jean Piaget (1896-1980) subraya la importancia de la internalización en el proceso de control social, sobre todo en su obra *El juicio moral en el niño*. Para este autor, los juicios morales autónomos maduros se desarrollan e internalizan sobre la base de relaciones de cooperación social entre compañeros, en contraste con los juicios morales heterónomos, que caracterizan las primeras etapas y emanan de la conformidad con las afirmaciones autoritarias de los padres y otras figuras superiores. Su seguidor, Kohlberg subraya también que, en las últimas fases de ese desarrollo moral, se pueden expresar empatía y entendimiento respecto de los otros (Coser 1982, 15; Burnstein 1982, 32)¹²³.

1. 2. 9 Las enseñanzas de la Antropología y la Sociología del Derecho

Herbert Hughes, quien influyó en Erving Goffman y Howard Becker, tuvo en cuenta las corrientes de la Antropología social y su metodología de trabajos de campo -véase la Parte Segunda-. A su vez, diversos antropólogos utilizaron el concepto de control social “para integrar sus materiales etnográficos y mantener su vinculación con la tradición intelectual de los sociólogos” (Janowitz 1995, 20)¹²⁴.

En el ámbito de la Sociología del Derecho, Roscoe Pound publicó en 1942 *El control social a través del derecho* (Janowitz 1995, 17)¹²⁵. Por su parte,

¹²³ Véase la tesis de los valores y actitudes criminales dentro de la teoría cognitiva del desarrollo moral. Sobre las orientaciones psicológicas, ténganse en cuenta también las teorías del control interno.

¹²⁴ Janowitz cita, entre estos antropólogos sociales, a Raymond Firth (1951), S. F. Nadel (1953) y Jack Godoly (1957).

¹²⁵ Sobre el concepto de Pound de “derecho natural positivo”, véase Melossi (1990,

Georges Gurvitch (1894-1965), clásico de esta disciplina¹²⁶, rechazando la idea de una sociedad homogénea, incluyó, entre los criterios para clasificar los grupos sociales, el del tipo de control social y de autoridad. Asimismo, estudió la función de control social de los procesos culturales (valores, símbolos, etcétera), concluyendo que el factor central de la integración social es dicho control.

132).

¹²⁶ En 1947 publicó su obra bajo ese título.

1. 2. 10 Teorías propiamente criminológicas: subculturales, del aprendizaje social, del control interno, del conflicto y del etiquetado

Como indica Rock (1994, xi), no existe una historia definida de la Criminología, ya que se trata de una acumulación de teorías, de las que paso a mencionar las que considero de mayor relevancia respecto del concepto de control social en relación con mi estudio.

A mediados del siglo XX se desarrollan las teorías **subculturales**, fundamentalmente en EE.UU., ante los problemas de los menores pertenecientes a minorías étnicas, constituidos en ocasiones en bandas juveniles. En ellas se insiste en el carácter pluralista del orden social, la cobertura normativa de la conducta desviada como opción de grupo¹²⁷ y la semejanza estructural en la génesis de todo comportamiento, regular o irregular. En definitiva, la desviación no es consecuencia de la desorganización, sino de otro tipo de organización. Entre sus representantes destacan Kobrin, Cohen, Cloward, Ohlin y Miller (García-Pablos 1988, 535-550; Tierney 1996). Para A. K. Cohen, quien estudió principalmente la delincuencia juvenil en relación con los estratos sociales, la subcultura criminal constituye “un sistema de valores y creencias que fomenta la comisión de actos delictivos, confiere rango social a sus miembros por razón de tales hechos y especifica la clase de relaciones que se han de mantener con las personas ajenas al mundo social de los delincuentes” (García-Pablos 1988, 535)¹²⁸. De acuerdo con Cohen, toda norma conlleva la posibilidad de desviación, que no siempre destruye la organización social.

¹²⁷ Esta idea se desarrollará posteriormente respecto del concepto de pluralismo jurídico en las Partes Tercera, Cuarta y Quinta.

¹²⁸ El concepto de subcultura fue utilizado, por vez primera en Sociología, por McLung Lee en su obra de 1945 *Niveles de Cultura como Niveles de Generalización Social*.

Por su parte, Cloward y Ohlin hablan de subculturas independientes en la sociedad. Las subculturas criminales tienen su base en la ausencia de oportunidades legítimas de éxito para jóvenes que comparten las metas oficiales. En una evolución de esta teoría, W. Miller indica que existe una cultura de las clases bajas como sistema tradicional y completo, por lo que la desviación no puede considerarse como intencionada. La subcultura criminal no sería sino una parte de la misma, dados determinados ambientes¹²⁹. Otros autores como Bloch y Niederhoffer han restado importancia a la clase social, subrayando la edad y la delincuencia como rito de transición. Matza y Sykes también prefieren destacar la edad, en lo que sería un conflicto generacional, donde sin embargo se comparten ciertos valores comunes que hacen necesarias técnicas de autojustificación y de neutralización. Posteriormente, el término subcultura, en su relación con la llamada contracultura, se ha aplicado a integrantes de determinados movimientos sociales¹³⁰.

También a mediados del siglo XX, y principalmente en los años sesenta, se desarrollan las teorías del **aprendizaje social**, de carácter psicosocial. Según las mismas, el comportamiento criminal (valores y técnicas) se aprende en la interacción social. Podemos distinguir entre estas teorías la de la asociación diferencial (Sutherland y Cressey), la oportunidad diferencial (Cloward y Ohlin), la identificación diferencial (Glaser), del condicionamiento operante (Akers), del refuerzo diferencial (Jeffery) o la neutralización (Sykes y Matza). Dentro de la asociación diferencial, Sutherland destacó una pluralidad de mundos normativos de los que participa cada individuo (Melossi 1990). En el proceso de aprendizaje enfatizó la importancia de las relaciones con familiares y amigos, dependiendo su

¹²⁹ Véanse en la Parte Cuarta las referencias a las teorías antropológicas sobre la cultura de la pobreza.

¹³⁰ Cfr. Milton Yinger (1960).

influencia criminógena del grado de intimidad del contacto interpersonal (García-Pablos 1988, 557)¹³¹. Por su parte, la teoría de la identificación diferencial puede ponerse en contacto con la influencia de los medios de comunicación. En cuanto a Akers, éste defiende la teoría del condicionamiento operante. La conducta del individuo se refuerza cuando obtiene gratificaciones o evita castigos, mientras que se debilita ante estímulos negativos. Jeffery se centra en la teoría del refuerzo diferencial integrando elementos de la Biología. Para este autor, el delito constituye una conducta reforzada positiva o negativamente y varía según las condiciones sociales, psicológicas y biológicas, debiendo darse el tratamiento en las esferas privadas donde surge (García-Pablos 1988, 564-6; 367-9).

¹³¹ Cfr. su importancia para las *Family Group Conferences*, en la Parte Tercera.

Sykes y Matza¹³², en relación con la teoría de la subculturas, indicaron que los delincuentes comparten los valores convencionales y racionalizan su conducta a través de una serie de técnicas llamadas de neutralización (1957), como son: la exclusión de la propia responsabilidad; la negación de la ilicitud penal; la negación de la condición de víctima, presentándose el delito como un acto de justicia ante el merecimiento de éste por parte de aquélla; la descalificación de quienes reprueban el acto criminal; y la alusión a valores superiores (García-Pablos 1988, 568-570).

Por otra parte, tenemos las **teorías del control (interno)**, desarrolladas a partir de los años cincuenta. En general, estas teorías con caracteres psicopedagógicos señalan el potencial delictivo de todo individuo, independientemente de su clase social, que se neutraliza por los vínculos sociales, primordialmente de los grupos primarios. Podemos destacar las teorías del arraigo social, de la conformidad diferencial, de la contención, del control interior y de la anticipación diferencial (García-Pablos 1988, 570-7). En cuanto a la teoría del arraigo o vínculo social (*social bond*), Travis Hirschi formuló su tesis en la obra *Las causas de la delincuencia*, de 1969, según la cual, un individuo sería disuadido de cometer un delito con mayor o menor éxito, de acuerdo con su arraigo social. En 1990, dicha teoría ha sido reelaborada por Hirschi y Gottfredson, a quienes se ha aludido anteriormente¹³³.

¹³² Para Stanley Cohen el libro de David Matza *Convirtiéndose en desviado* fue el libro de Criminología de finales de los sesenta. Mientras que el de Foucault, *Vigilar y castigar*, fue el de fines de los setenta (1988b, 10).

¹³³ Su obra ha sido criticada, entre otros, por Empey y Stafford (1991), al resultar en una causalidad lineal que enlaza el escaso apego hacia los padres, el fracaso escolar, el compromiso mínimo hacia las metas convencionales y la identificación con compañeros delincuentes, con el comportamiento criminal.

Por su parte, S. Briar e I. Piliavin han insistido con su teoría de la conformidad diferencial o de compromiso en la importancia de la relación con los padres como modelos de conducta que condiciona el compromiso ante la sociedad, en función también de los diversos estímulos. De acuerdo con W. Reckless, son las cualidades personales, incluso en zonas pobres, las que sirven de freno al delito, según su teoría de los mecanismos de contención internos -fundamentalmente la personalidad, con la importancia del concepto de sí mismo y de los demás- y externos -que promueven el sentimiento de pertenencia a la comunidad, el refuerzo de los valores, etcétera-. Similar a la teoría de Reckless es la de A. J. Reiss del control interior. Según este autor, la criminalidad supone el resultado de una falta de normas internalizadas, de una desaparición de controles y/o de un conflicto entre reglas y técnicas sociales. El control personal constituye el control social en la conciencia. En este proceso juega un papel fundamental el grupo primario. Finalmente, menciono la teoría de la anticipación diferencial de D. Glaser, de acuerdo con la cual, según pondere el sujeto las posibles ventajas y desventajas de su obrar, cometerá o no el delito, teniendo en cuenta sus vínculos sociales y las experiencias precedentes.

Dentro de las formulaciones teóricas de la segunda mitad del siglo XX incluyo también las **teorías del conflicto** (cultural y social). En primer lugar, entre los representantes de las teorías del conflicto cultural, cabe citar a Sellin y Taft (García-Pablos 1988, 615-6, nota 11). Sellin explicó los delitos como resultado del conflicto entre diferentes grupos culturales¹³⁴. En una sociedad compleja, una misma situación puede ser objeto

¹³⁴ Cfr. también los estudios de Sellin, que se pueden relacionar con los análisis sobre la opinión pública respecto de los delitos considerados más agresivos por la población. En primer lugar figuraba el homicidio, luego la violación y en tercer lugar las lesiones físicas. Vid. el estudio de opinión de un grupo de estudiantes de Albacete, en Rechea, Gómez y Nieto (1993). Cfr. la investigación de Robinson y Darley (1995), sobre las diferencias entre lo que el público estadounidense considera moralmente correcto o erróneo y lo que dice

de regulaciones distintas y contradictorias¹³⁵. Los conflictos pueden ser primarios (entre dos culturas divergentes) y secundarios (cuando una cultura genera varias subculturas, cada una con sus normas de conducta propias¹³⁶). En ambos tipos, el derecho representa las normas de conducta de la cultura dominante. Los conflictos primarios se producen en zonas fronterizas o precisamente cuando un derecho va más allá de sus fronteras (colonización) o determinados grupos entran dentro de un territorio que no es el suyo (inmigración)¹³⁷.

la ley formal, distinguiendo entre la criminalización o articulación de la norma; la asignación de responsabilidad; y la graduación de los castigos apropiados. En general, se evidencia una desconfianza respecto del funcionamiento del sistema penal.

¹³⁵ Véase aquí también el concepto de pluralismo jurídico, desarrollado especialmente en la Parte Cuarta.

¹³⁶ Otros autores como S. Shoham en Israel, dentro de la misma cultura, han relacionado la criminalidad con el disenso axiológico de padres e hijos. En los años cincuenta, D. R. Taft conectó la criminalidad con el cambio social y la crisis de valores.

¹³⁷ Sellin estudió particularmente los problemas de la segunda generación de inmigrantes.

Podemos aludir también a las teorías del conflicto social, representadas por Dahrendorf, Coser, Vold, Chambliss, Seidman y Turk (García-Pablos 1988, 618-633). A finales de los años cincuenta, Dahrendorf sostuvo que lo excepcional es la ausencia de conflictos. Los conflictos ayudan al cambio y aunque pueden regularse, no pueden suprimirse. La cohesión social se logra por la coerción y la violencia de unos sobre otros. En todo caso, este autor rechaza el concepto marxista de clase y conflicto. Por su parte, Lewis Coser integró la teoría funcionalista parsoniana dentro de la teoría de la desviación, distinguiendo entre desviación innovadora y criminal (esta última persigue intereses particulares). La cohesión social necesita tanto del consenso como del conflicto. La regulación del conflicto impide una agresividad destructora, pero al mismo tiempo posibilita que permanezcan las diferencias sociales, ya que el conflicto evita verse como iguales. Existirían, en todo caso, conflictos disfuncionales o no realistas que sí cuestionarían la propia legitimidad del sistema. Adicionalmente, G. B. Vold precisó las tesis de Dahrendorf dentro de la Criminología. Para Vold ciertos delitos son producto de conflictos, siendo la criminalidad inseparable del proceso social. El conflicto existe entre los miembros del Parlamento, entre la acusación y la defensa, el funcionario y el recluso, el oficial de vigilancia y el penado en libertad bajo palabra, etcétera.

En 1971, W. Chambliss y R. Seidman publicaron *Derecho, orden y poder*, indicando que la justicia penal no puede resolver pacíficamente los conflictos sociales, ya que ella misma resulta expresión del conflicto entre los grupos de poder, tanto en la fase de génesis como de aplicación de la norma. También en los años sesenta, Austin Turk desarrolló un modelo conflictivo de relaciones de poder, similar al de Dahrendorf. El orden social descansa sobre el consenso y la coerción. Las relaciones de autoridad se sostienen porque los individuos han sido condicionados para que las acepten sin cuestionarlas.

Turk diferencia entre las normas culturales, como derecho escrito, y las sociales como derecho vivido o aplicado¹³⁸.

¹³⁸ Para profundizar sobre esta idea, véase su obra *Criminalidad y orden legal* (1969).

Recientemente, Sims defiende la posibilidad de acercamiento de las teorías marxistas del conflicto y las del consenso (1997). Las teorías del conflicto social de corte marxista, donde incluimos la Criminología radical, crítica y nueva, ponen en primer plano el carácter estructural del conflicto socio-económico de clases (García-Pablos 1988, 633-40). Además del propio Marx, podemos aludir entre sus representantes¹³⁹, respecto de la función de la pena analizada históricamente, a Rusche y Kirchheimer (1939), Melossi y Pavarini (1977) y, en general, a Quinney, Chambliss¹⁴⁰, Platt, Krisberg y Bonger, entre otros¹⁴¹. Partiendo de la perspectiva del etiquetaje, van más allá al contemplar el crimen como función de las relaciones de producción de la sociedad capitalista. A mayor número de personas que amenacen los intereses de los poderosos, mayor nivel de control social (Liska 1987, 77-8). En estas teorías no se observa la relación interpersonal víctima-delincuente, sino que se busca explicar la victimación de éste, denunciando los abusos de poder y la selección subjetiva del control social capitalista (Lilly, Cullen y Ball 1989, 138). Richard Quinney se refirió a la emergencia de una nueva tecnología de prevención y control del delito, en concreto respecto de EE.UU., dentro de la que se encuentran las llamadas alternativas a la justicia penal, que hacen crecer instituciones fuera de la misma, pero bajo el control capitalista. También destacaba las iniciativas estatales de participación de la ciudadanía en el control penal mediante el fomento de la asistencia a las víctimas, colaboración con la policía, sanciones o proyectos de reintegración en la comunidad, políticas de prevención, etc. En definitiva: "Todos hemos de ser parte del sistema de justicia penal". Sin embargo, Quinney

¹³⁹ Cfr. Bergalli (1986, 101).

¹⁴⁰ Véase su obra *Hacia una economía política del delito* (1996).

¹⁴¹ Sin olvidar la influencia de Foucault (1975), quien ha analizado la genealogía del poder desde el siglo XIX, pasando por el símbolo de la prisión panóptica.

ya advertía de las posibles contradicciones que podían crear los programas que intentaban desarrollarse fuera de la influencia estatal, sin que esperase demasiado de ellos (1980, 14-5). Al mismo tiempo, se enfatiza la idea de la prevención, basada en la concepción del “individuo capitalista (racional y utilitarista)”, la misma que hace que la cárcel se vea como una forma racional de control¹⁴². Un control que se basará cada vez más en un análisis de las políticas afectadas y su gestión, en lugar de sus causas, ya que éstas difícilmente pueden eliminarse. Su propuesta alternativa radica en pensar nociones de justicia distintas de las capitalistas.

¹⁴² Véase sobre lo anterior el capítulo tres de esta Parte.

En relación con esta última aportación, dentro de la Criminología marxista, aunque con rasgos personales, podemos situar al Profesor del Instituto de Criminología de Cambridge, Colin Sumner, quien ha publicado recientemente un libro significativo *La Sociología de la desviación. Una necrológica* (1994). Para este autor el concepto de “desviación” social, nacido junto al movimiento social demócrata de los años treinta en EE.UU., ha perdido su potencia a partir de 1975, fundamentalmente por su debilidad interna. Esta debilidad se refleja en la incapacidad de llegar a un acuerdo sobre la “normalidad”, por lo que se abandona como concepto científico válido. “Desde 1975 se ha dado una coalición inadvertida entre la izquierda y la derecha dentro de la Criminología con la finalidad de abandonar el análisis etiológico de conceptos falsos sobre la conducta -se ha llegado a un momento en que es más manejable, y realista políticamente, centrarse en la prevención del delito, el control de la policía y las víctimas-.” De acuerdo con Sumner, también el concepto de control social ha caído rápidamente en descrédito y desuso, al basarse en la idea de consenso y de políticas penales coherentes. Según este autor, desgraciadamente hoy vivimos en un mundo de censura¹⁴³, en que la desviación social ha muerto conceptual y empíricamente. A partir de este momento habría que hablar de una Sociología de la censura que tendrá que tener en cuenta los elementos positivos¹⁴⁴ y negativos del legado de la Sociología de la desviación (1994, 309-313).

¹⁴³ Que, en mi opinión, se configura como estrategia de control social.

¹⁴⁴ Entre ellos, el haber llamado la atención sobre las agencias de regulación social.

La Criminología marxista se expresa también en obras de la denominada **Criminología radical**. De acuerdo con Platt, la Criminología radical estadounidense, uno de cuyos principales escenarios fue la Escuela de Criminología de Berkeley en los años sesenta, tendió en sus primeros momentos hacia un ultraizquierdismo, un romanticismo y una utopía mesiánica. Debe enmarcarse en la época concreta de la contracultura, los movimientos estudiantiles y el antipositivismo respecto de las ciencias sociales (Geis 1995, 286; 299). Por su parte, Taylor, Walton y Young, como representantes del Grupo europeo para el estudio de la desviación y el control social¹⁴⁵, en el que influyó S. Cohen, publicaron en 1973 sus obras *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada* y, dos años más tarde, *Criminología crítica*¹⁴⁶. Ésta última es una Criminología comprometida que reclama una función crítica y no auxiliadora del Derecho penal. La desviación es producto de una reacción social injusta e irracional, basada en estructuras concretas de producción y división del trabajo. El "delincuente" se identifica con un individuo racional y consciente dentro de su clase social. Este movimiento ha sido importante en Latinoamérica¹⁴⁷ donde, desde agosto de 1981, se vienen celebrando los Encuentros de Criminología Crítica, en el marco de los cuales uno de sus participantes proponía el abandono de la Criminología,

¹⁴⁵ Cfr. del Olmo (1979) y *Crime and Social Order in Europe* (1996, n. 1, 13). Véanse también Peters (1996) y Pilgram y Steinert (1975).

¹⁴⁶ Véase críticamente Ghezzi (1991); en relación con Foucault, vid. Althoff y Leppelt (1995); y, en general, Larrauri (1991b), Baratta (1979; 1985; 1993; 1994; 1995), Aniyar de Castro (1995), Scraton y Chadwick (1996), Bussmann y Kreissl (1996) y van Swaaningen (1996). En concreto, sobre el futuro de la Criminología crítica cfr. Pepinsky (1997) y Schwartz (1997).

¹⁴⁷ Cfr. del Olmo (1981) y El Fakih (1991). La Criminología -tanto etiológica, como crítica- fue importada a América Latina, siendo precisa, hoy, una Criminología empírica que explique cómo funciona el sistema penal en dicha región, aunque ello requiere una inversión en fondos de investigación, que no se vean frenados ante el objeto del estudio. Zaffaroni propone una Criminología "etiológica en serio", rechazando el estudio del delito como fenómeno natural (1997).

fundamentalmente de su modelo etiológico positivista, en favor de una Sociología del control penal (Bergalli 1985; 1986, 106)¹⁴⁸. Objetaba que el paradigma de la Criminología crítica que veía al "...criminal como víctima, o como oprimido o rebelde, sostenido en la época romántica de la década de 1970, le impidió tematizar los requerimientos de criminalización que no provengan de grupos dominantes" (Bergalli 1995, 80).

Finalmente -aunque sin seguir exactamente una línea cronológica, ya que influyó en las Criminologías crítica y radical-, la teoría fundamental que significó un cambio de paradigma dentro de la Criminología fue la **teoría del *labeling* (etiquetaje, rotulación o reacción social)**. El discurso contemporáneo sobre el control emergió del movimiento de la nueva Sociología de la desviación de la primera mitad de la década de los sesenta, como derivación del interaccionismo simbólico, con elementos de la fenomenología y la etnometodología. Entre sus precursores encontramos a Mead, Thomas y Tannenbaum¹⁴⁹. Como representantes de la misma, a partir de los cincuenta y sesenta, pueden citarse a Lemert, H. Garfinkel¹⁵⁰, E. Goffman, K. Erikson, H. Becker, E. Schur, T. Scheff, J. Kitsuse, D. Matza¹⁵¹ y A. Cicourel, quienes intentaron incorporar la microsociología del control social -la construcción de la desviación y de identidades desviadas- dentro de una agenda sociológica más amplia (Blomberg y Cohen 1995, 5)¹⁵².

¹⁴⁸ Otros autores que han experimentado una cierta evolución en este sentido son Pavarini y Melossi, con muchos matices.

¹⁴⁹ Quien, a finales de los años treinta, hizo alusión a los conceptos de etiquetado (*tagging*) y dramatización del mal (*dramatization of evil*).

¹⁵⁰ Cfr. sobre Garfinkel, Newman (1995).

¹⁵¹ En quien me detendré en relación con la percepción "forzada" del delincuente respecto de su víctima y de su responsabilidad según las técnicas de neutralización o justificación, expuestas por Matza y G. Sykes.

¹⁵² Para una revisión de las aportaciones de esta teoría, en relación con las reformas

punitivas del tratamiento a menores infractores en el Reino Unido, vid. Ruggiero (1997).

Lemert se opuso a la concepción monista y reactiva de Parsons. En su opinión, el control social estudiado por éste puede producir una desviación secundaria. Como indica Melossi esto es así porque la mayoría de las sanciones jurídicas son negativas, aunque las positivas parecen desarrollarse en los Estados de bienestar (1990, 141-2 y 149-150)¹⁵³. Lemert distinguió entre control social pasivo o reactivo y activo. El primero se basa en las tradiciones, costumbres y leyes que influyen en la motivación, al amenazar con denegar algo valorado por la persona amenazada. Constituye una forma de control típica de los regímenes autoritarios, que se basan en la censura. El control activo supone un proceso para la puesta en práctica de metas y valores. Es un control social que ofrece motivos para actuar de una manera positiva, dándose propiamente en democracia¹⁵⁴.

Deteniéndonos en el concepto de desviación secundaria¹⁵⁵ -construido por Lemert en su obra *Patología Social*, publicada en 1951, y desarrollado años más tarde en el capítulo tercero del libro *Desviación humana, problemas sociales, y control social*-, éste se relaciona con el de estigma de Garfinkel y Goffman, en el sentido de que la desviación secundaria se refiere a procesos que crean, mantienen o intensifican aquél (1972, 63). En todo caso, para que la estigmatización establezca una “identidad desviada total” tiene que producirse en las distintas instancias sociales y no es tanto la ceremonia penal, sino las consecuencias de ella, las que configuran el éxito de la estigmatización, para la cual también son importantes las subculturas. Lemert entiende que Mead fue precursor del concepto de desviación secundaria, en

¹⁵³ Véase en este sentido Aubert cuando se refiere a las “recompensas” (1985).

¹⁵⁴ Por su parte, Mills habló del lenguaje como forma de control social (Melossi 1990, 142-3), pudiendo desarrollarse como activo o pasivo.

¹⁵⁵ Del que los términos “victimación secundaria” y “terciaria” son deudores. Cfr. Hobe (1989), Viano (1996, 185), Commission (1997a, 4-10) y, para una definición de esta última, Beristain (1997b, 3).

cuanto afirmó que el procesamiento y los castigos disuasorios son incompatibles con la reinserción del delincuente en la sociedad. Un sistema así hace que sólo se mantengan actitudes agresivas hacia el transgresor de la ley, destruye la comunicación y genera hostilidad en aquél. Por lo tanto, según Mead, no sólo se fracasa en la prevención del delito, sino que se mantiene una clase criminal.

García-Pablos, siguiendo a Nettler, indica que la teoría del *labeling* es “genuinamente norteamericana”¹⁵⁶, en relación con los movimientos sociales de los años sesenta en aquel país (1988, 582-4). Supone la ruptura con las teorías etiológicas del delito para pasar a ser una teoría de la criminalización que problematiza la ontología del mismo¹⁵⁷. El control social construye, de forma discriminatoria, la criminalidad y al delincuente, estigmatizándolo. El victimario resulta víctima de los procesos de definición¹⁵⁸ y selección. Es éste precisamente el enfoque de Elías Neuman en su reciente obra *Victimología y Control Social*. Neuman destaca las tres victimaciones sucesivas que sufre el infractor¹⁵⁹: “El incumplimiento del contrato por parte de la sociedad desplaza a gran cantidad de hombres a la periferia, sin remisión. A ello se suma la victimización humana, que deviene del hecho de transgredir normas penales de una sociedad que no les ha dado un lugar (o por el lugar que les da), y una tercera... En la ejecución penal,

¹⁵⁶ Téngase en cuenta, en todo caso, la influencia del sociólogo alemán Simmel (1858-1918), ya ejercida sobre la Escuela de Chicago. Asimismo, puede pensarse en el desarrollo propio de esta teoría por diversos autores en otros países como Alemania (Sack, Feest, etc.). El término estigma se ha adoptado en distintos ámbitos, inclusive en la normativa internacional, así véanse los Principios de Riyadh de Naciones Unidas, de 1990, sobre la prevención de la delincuencia juvenil (especialmente 5 f) y 56).

¹⁵⁷ Cfr. Rühter (1979).

¹⁵⁸ En los que los legisladores, según terminología de Becker en su obra *Outsiders*, se convierten en empresarios morales (*moral entrepreneurs*) (1996).

¹⁵⁹ Victimaciones que variarán según los distintos contextos en que se enmarquen.

una nueva victimización producida por los controles formales del poder criminalizador” (1994, 25). La desviación se configura así como un acto que refleja un sentimiento de injusticia o resentimiento¹⁶⁰.

García-Pablos resalta seis postulados del *labeling*, que aquí se relacionarán específicamente con la noción de control social y se resumirán en cinco (1988, 584-6 y 588-603):

¹⁶⁰ Cfr. Lemert (1972, 66-8) y Fattah (1996).

1. La utilización del marco teórico sociológico del interaccionismo simbólico y el constructivismo social. En el primero fue fundamental la figura del filósofo y psicólogo estadounidense George Herbert Mead, quien influyó en la Escuela de Chicago, como ya se ha destacado, en cuya Universidad impartía clases. Para Mead el individuo constituye un ser activo y creativo. La existencia personal es la continua dialéctica del yo como expresión del control social, y del yo como respuesta espontánea y selectiva del sujeto. La autoconciencia o el yo social surge al aprender a mirarnos a nosotros mismos viendo cómo nos ven los demás. El yo social se forma por la reacción del yo a las reacciones de los otros. Se destaca la importancia de los símbolos en la vida humana, repercutiendo esencialmente en la microsociología. El intercambio de los símbolos constituye la interacción social (Giddens 1994, 752-3). Dentro de este marco, completado con el constructivismo¹⁶¹, cabe entender la interdependencia de la desviación y la reacción social.

2. El empleo del trabajo de campo, o la “introspección simpatética” según Cooley (García-Pablos 1988, 590), como técnica de investigación¹⁶².

3. El concepto de delito como carente de sustrato material u ontológico.

4. El control social constituyente de la criminalidad es selectivamente discriminatorio, en función de la posición social de la persona y la visibilidad o sensibilidad hacia sus acciones.

5. La reacción social resulta así irracionalmente criminógena, ayudando a mantener los estereotipos y la discriminación social. Como indicaba Becker,

¹⁶¹ Según la tesis de W. I. Thomas: “Si los hombres definen las situaciones como reales, éstas serán reales en sus consecuencias”.

¹⁶² Por ejemplo, Goffman, bajo el rol de asistente del director de gimnasia, pasó un año (1955-6) de trabajo de campo en el Hospital St. Elizabeth, de Washington, con el objetivo de aprender sobre el mundo social de los pacientes hospitalizados. El resultado de este aprendizaje fue la publicación, en 1961, de su famosa obra *Internados*. Para Goffman, aun reconociendo los límites metodológicos, “...un buen modo de aprender algo sobre cualquiera de esos mundos consiste en someterse personalmente, en compañía de sus miembros, a la rutina diaria de las menudas contingencias a la que ellos mismos están sujetos” (1994, 9-10).

se dibuja de este modo un círculo vicioso o profecía de autocumplimiento, vinculada a la carrera delictiva. De acuerdo con Garfinkel (1965), el proceso y la ejecución penales constituyen “ceremonias de degradación”¹¹⁷, de asignación de la situación social permanente de desviado y de producción de la desviación secundaria o concepto de sí mismo de desviado, según describió Lemert (1951). Como veremos más adelante, el criminólogo australiano John Braithwaite ha llevado a cabo una reformulación de la tesis de Garfinkel en relación con la justicia restaurativa.

¹¹⁷ Sobre las variaciones, según la forma de etiquetamiento, p. ej. en privado o público, o si se efectúa por personas con las que se tiene vinculación, véanse Thorsell y Klemke (1972). Cfr. Olivero y Lauderdale (1991, 62).

Respecto de la evolución posterior, Stanley Cohen y Andrew Scull han señalado que fueron la Criminología y Sociología del Derecho marxistas emergentes las que desarrollaron los aspectos del control social de la teoría del etiquetaje, en una dirección que devolvió el Estado al centro del escenario (1983). En relación con ello, a principios de los setenta, la Criminología crítica tuvo en cuenta la teoría del Estado de Louis Althusser, para quien la función del aparato represivo estatal consistía en asegurarse, por la fuerza, las condiciones políticas de reproducción de las relaciones económicas, como último lugar de las relaciones de explotación. En este sentido, para Melossi, una teoría del etiquetaje fundamentada (“grounded labeling theory”) debe preocuparse, no sólo de los comportamientos individuales y de la interacción entre quien pone la etiqueta y el etiquetado, sino también de los elementos socio-estructurales variables, los cuales afectan al grado de probabilidad de que un comportamiento sea definido como normal o desviado. En esta teoría, el Estado es una variable dependiente (1990, 151-3).

García-Pablos distingue una tendencia radical del *labeling approach* de otra moderada. En la primera se acentúa la función de etiquetamiento del control social, independientemente de la nocividad o reprochabilidad de la conducta. Se hace alusión principalmente a la perspectiva macro. En la segunda, se pone de relieve la pertenencia del proceso de estigmatización del sistema penal al proceso general de control social, donde se dan otros similares, aunque informalmente. Dentro de esta tendencia, se realizan estudios micro que enfatizan el interaccionismo simbólico (1988, 587-8). En relación con ello, cabe constatar la extensión informal del estigma de delincuente a la familia del mismo, a pesar del principio penal de responsabilidad individual. Como indica César Manzanos, basándose en su estudio empírico: “Este estigma como sujeto antisocial, indeseable o

culpable, no solamente recae sobre el sujeto, sino también y principalmente sobre su entorno de relaciones primarias, y sobre todo sobre su familia; no sólo por la consideración social que se le atribuye, sino... por las condiciones objetivas que le impone a su modo de vida, y que suponen la reproducción y agudización de su situación desfavorecida” (1995, 115).

La influencia de la teoría del etiquetaje sobre la política criminal es relativa, teniendo en cuenta que, por algunos autores, se propugnaba la no intervención. García-Pablos la destaca como fuente de inspiración de los programas de desvío y restitución (*diversion*¹¹⁸ y *restitution programs*)¹¹⁹ (1988, 603-4 y 606). En ellos, la víctima adquiere una cierta relevancia, aunque el protagonista sigue siendo el infractor, sin que, además, éste pueda librarse totalmente de cierto estigma. Según Lilly, Cullen y Ball, estos programas han funcionado más bien como un añadido al sistema, ampliando la red penal. En todo caso, algunos teóricos del etiquetaje, pedían -siempre mirando al sujeto activo- políticas informales, basadas en la comunidad, a través del arbitraje, el tratamiento y la resolución informal de conflictos (1989, 133; 176-7).

En un estudio sobre el desvío (*diversion*) de menores hacia alternativas, Lemert indica que dicho concepto, y el movimiento social que lo alienta, nacieron probablemente de las recomendaciones de 1967 del *Juvenile Task Force*, de la Comisión presidencial sobre el delito en EE.UU. En 1973 este término también aparecía en las recomendaciones de la Comisión Asesora Nacional sobre Principios y Objetivos Penales (*National Advisory Commission on Criminal Standards and Goals*). Al año siguiente ya era parte de la política

¹¹⁸ Sobre los diferentes conceptos y formas de *diversion*, especialmente en Alemania, vid. Meßner (1996, 57-62).

¹¹⁹ Ya en 1953, Nadel propuso la mediación en conflictos relacionados con la delincuencia.

del Congreso y se estaba aplicando con financiación federal y estatal (1981, 35-6). Los proyectos de *diversion* pretendían evitar -como el mismo Lemert indica- la desviación secundaria. Pero para este autor, se produce una “no intervención judicial o planeada”, que contrasta con la que ya se venía produciendo, más o menos espontáneamente, cuando se trataban determinados comportamientos de los jóvenes como normales, dentro del desarrollo de su personalidad¹²⁰. Todo ello lo lleva a concluir que se produce una ampliación de la red: “Lo que fue un esfuerzo por reducir la discreción en la justicia juvenil se ha convertido en una autorización para incrementar la discreción y extender el control allí donde antes no existía” (1981, 45). Finalmente, puede relacionarse esto con el movimiento de desinstitucionalización cuyo éxito consiste, principalmente, en estimular el cambio en la custodia de instituciones públicas a privadas.

¹²⁰ Esta política encuentra similitudes, según Lemert, con el papel de la Junta de la Reserva Federal que mantiene una vigilancia constante sobre la oferta del dinero e interviene periódicamente para alterar el tipo de descuento (1981, 39).

Entre las críticas hacia esta teoría, Kaiser subraya que no presta atención a los denunciantes y víctimas (y testigos) como agentes de control social (1988, 116)¹²¹. Quizá por este motivo, resulta interesante completar su marco teórico con las recientes tesis de la Criminología realista de izquierdas, la llamada Criminología constitutiva, republicana y el movimiento abolicionista. En todo caso, además de la alusión a Sykes y Matza, puede citarse el artículo de D. J. Black, sobre la producción de índices de delito (1970), como ejemplos de trabajos relacionados con el *labeling*, que tuvieron en cuenta el papel de la víctima. Black pone énfasis en la variación del tratamiento del caso por la policía, como agente de control social, dependiendo de quién sea la víctima y de cómo presenta ésta la denuncia (García-Pablos 1988, 598; Soria y Rincón 1992). Pero, en todo caso, este autor no puede inscribirse propiamente dentro de los representantes de la teoría del etiquetamiento, y sus últimas obras sobre una teoría sociológica pura lo confirman.

1. 2. 11 Teorías de la elección racional y teorías económicas

Otra perspectiva teórica sociológica, que puede relacionarse con el control social, es la de la elección racional, enlazando con las teorías clásicas utilitaristas¹²². Realizando una cierta matización, uno de sus representantes, el noruego John Elster, al final de su libro *El cemento de la sociedad: un estudio del orden social* señala una lista de factores que promueven -y a la vez dificultan- la cooperación y estabilidad social, como son: el altruismo, la envidia, las normas sociales o el interés propio. Se

¹²¹ Sobre las críticas generales a la teoría del *labeling*, véase García-Pablos (1988, 604-9). Respecto de su futuro, cfr. Wellford y Triplett (1993).

¹²² Cfr. Nagin y Paternoster (1993).

trata de analizar cómo interactúan estos elementos en casos concretos, donde no siempre se sigue la elección racional, según sus observaciones sobre juicios en los que se decide la custodia de un niño o sobre la negociación colectiva laboral. Son casos en los que, normalmente, se actúa de acuerdo con normas sociales, separándose de la teoría de la elección racional (Ryan 1991).

En relación con esta teoría podemos entender las teorías del delito basadas en una perspectiva económica, desarrolladas a partir de finales de los años sesenta¹²³, con la finalidad expresa de llegar a políticas de control del delito racionalmente económicas, tal y como las explica Liska (1987, 68-71). De acuerdo con estas tesis, las personas cometen delitos cuando el ratio de beneficios respecto de los costes es mayor para el comportamiento delictivo que para las alternativas no criminales. Por lo tanto, según Ehrlich (1973) y Becker (1968), las políticas de control del delito deben disminuir los beneficios y aumentar los costes de la actividad delictiva y/o aumentar los beneficios y disminuir los costes de las conductas no desviadas. El castigo se concibe así como un coste de la actividad delictiva que siendo cierto, severo y con recursos (capital y mano de obra) puede disminuir las tasas de aquélla. Entre las críticas, que acertadamente realiza Liska al respecto, puede señalarse que los intereses por controlar el delito son

¹²³ Y aún mantenidas, como puede verse al tratarse como tema de discusión durante una semana por la Sociedad Mont Pélerin, en Viena, en 1996. Dicha Sociedad se compone de abogados, filósofos, economistas y empresarios de corte liberal clásico, “defensores del orden espontáneo de la sociedad civil”. Precisamente, el principal orador de la sesión sobre el crecimiento de la delincuencia en la sociedad actual fue el economista estadounidense Isaac Ehrlich, quien ha tratado de verificar estadísticamente que la pena de muerte reduce el número de asesinatos. Por otra parte, para explicar por qué a un número tan elevado de encarcelaciones en su país no ha seguido una disminución del delito, indicaba que la oferta de control de la policía y los jueces se ha centrado en los delitos relativos al tráfico y consumo de drogas, olvidándose de los más clásicos -contra la propiedad y agresiones físicas-. Las conclusiones a las que llega, compartidas por Schwartz, adolecen, cuanto menos, de miopía al utilizar los conceptos de oferta y demanda, sin considerar aspectos estructurales y sociales, amén de los humanos (Schwartz 1996).

diversos y variarán, por ejemplo, según el índice de victimación y las necesidades de protección de cada grupo. Así los que se pueden permitir vivir en barrios de baja delincuencia y asegurarse por otros medios la protección que estiman necesaria (los muy ricos), junto con los que tienen muy poco que perder (los muy pobres), no estarían tan interesados en el control del delito estatal como las clases medias (1987, 70).

En cuanto al reflejo de las teorías de la elección racional y la oportunidad en el control jurídico-penal de hoy, Garland señala que, en contraste con la primera Criminología, en la actualidad se aplica un análisis económico respecto del delincuente y la víctima, como agentes racionales, promocionando mecanismos de prevención que manipulen los riesgos de cometer o sufrir un delito¹²⁴. La idea, siguiendo al autor mencionado, se originó en el sector privado de las compañías de seguros, dentro de sus estudios sobre costes, comenzando a influir, a partir de los ochenta, en las instituciones y prácticas estatales. Se llega así a “criminologías de la vida cotidiana” que ven el delito como evento normal y mundano (Garland 1997a, 185-6). Ello acarrea, a mi modo de ver, las mismas consecuencias negativas que la Criminología tradicional, ya que se produce un olvido, no ya del contexto social más inmediato, sino del estructural. Se llega así a permitir la gestión de los riesgos delictivos, de un modo similar a la de otros riesgos sociales, con el límite de los comportamientos considerados graves.

¹²⁴ Sobre la elección racional y el sentimiento de vergüenza, vid. Tibbetts (1997).

Por otra parte, podemos incluir en este apartado una teoría reciente, formulada por Currie (1997), de la que él mismo indica que es de alcance medio -según terminología de R. Merton-. Relacionando el desarrollo del capitalismo actual con los delitos violentos en las grandes ciudades¹²⁵, determina siete mecanismos interrelacionados, profundamente criminógenos, intrínsecos a la lógica de la sociedad del mercado, a saber: la destrucción progresiva de los medios de vida; el incremento de los extremos de desigualdad económica; la retirada de los apoyos y servicios públicos; la erosión de las redes informales y comunales de soporte mutuo, control y cuidado; la extensión de una cultura materialista y abusiva; el *marketing*, sin regulación de la tecnología de la violencia; y el debilitamiento de las alternativas socio-políticas.

1. 2. 12 Aportaciones de la Escuela filosófica de Frankfurt: Habermas y la teoría de la acción comunicativa

¹²⁵ Cfr. sobre este tema en nuestro país Polaino (1989), Stangeland (1995a) y Mapelli (1989). Habría que distinguir, en todo caso, entre violencia instrumental y gratuita o simbólica, así como estructural, sobre esta última, vid. Bergalli (1996b).

La Escuela de Frankfurt fue una escuela de Sociología de carácter originariamente marxista, que se desarrolló de los años treinta a los sesenta¹²⁶. Entre sus representantes tenemos a Horkheimer, Adorno, Marcuse, Walter Benjamin y Habermas. Este último filósofo alemán, nacido en Gummersbach en 1929, ha realizado una aproximación más sistémica¹²⁷ al concepto de control en sentido amplio, aunque su obra ha sido escasamente estudiada por la Sociología del control social. En última instancia, fundamenta la crisis de dicho control en el fracaso del subsistema cultura -familia, escuela, medios de comunicación de masas, etc.- en la producción de valores y motivaciones individuales útiles para la acumulación económica y el consenso político. La crisis sólo podrá afrontarse mediante políticas sociales racionalmente dirigidas a relanzar la producción de dichos valores, en definitiva, mediante el paso de una racionalidad tecnológica a otra discursiva que fomente la participación y reduzca la coacción (Boni 1992, 190; 407-8). Matizando las obras de otros representantes de la Escuela de Frankfurt, adopta un concepto más comprensivo de razón, más allá del saber científico y tecnológico (Martínez Velasco 1993, 127). Su obra fundamental es *Theorie des kommunikativen Handelns*, en dos volúmenes, publicados en Alemania en 1981, y traducidos al castellano en 1987. Algunas de sus ideas sobre la comunicación pueden recordar a las de Mead¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. Brown (1975).

¹²⁷ Distinta y en oposición a la de Luhmann, pero de complejidad similar. Véase Habermas (1993a y b). Sobre su obra, Mackay (1994), en relación con la reparación; Cortina (1989; 1993), respecto de la ética. Vinculado a las tesis de Foucault y a la necesidad actual de un derecho reconocedor de todas las personas, no excluyente, vid. Honneth (1997); y respecto de la dogmática penal, cfr. Vives Antón (1996c). En general, vid. Heiskala (1989), Rottleuthner (1989), Medina (1989), Cittadino (1995), Brown (1975), Serrano (1988), Innerarity (1996), Crossley (1996) y Bussmann (1989). Asimismo, puede verse una crítica a su concepto de la esfera pública en Taylor (1997, 61-3).

¹²⁸ Como indica Martínez Velasco: "Habermas parte del hecho fundamental de la comunicación, del espacio de la intersubjetividad humana, como un campo de la realidad apenas

De acuerdo con Habermas, el desarrollo del proyecto ilustrado, aunque en principio quiso aplicarse a la vida cotidiana, ha devenido en una separación de la gente común y de los expertos de la ciencia objetiva, del Derecho y la moralidad universal y del arte autónomo, como expresiones de la razón (1993b, 103; 1993a). El sociólogo Mathieu Deflem, de la Universidad de Colorado, ha relacionado la teoría de la acción comunicativa con el concepto de control social (1994), por lo que entiendo interesante presentar algunos resultados de dicho análisis. El filósofo alemán distingue dos tipos de racionalización, la cognitiva-instrumental (dirigida a la realización de objetivos definidos privadamente) y la comunicativa (dirigida a alcanzar el entendimiento en la acción social). La comunicación social se desarrolla en el *mundo de la vida (Lebenswelt)*¹²⁹ que incluye la tradición de una comunidad comunicativa (cultura), una red de grupos solidarios (sociedad) y procesos de socialización (desarrollo de la personalidad), contribuyendo por tanto al orden social. En el proceso histórico de racionalización de las sociedades occidentales, el mundo de vida se ha ido desemparejando de los *sistemas* (económicos, estatales), los cuales se guían exclusivamente por una racionalidad cognitiva-instrumental. El peligro se encuentra en que el mundo de vida puede ser colonizado por los sistemas economía y Estado, reemplazando el lenguaje por el dinero y el poder. Esta colonización se promueve a través del derecho como medio sistémico. Precisamente, el derecho puede entrar en el mundo de vida y romper las capacidades comunicativas, haciendo que los

explorado, lugar de la razón práctica y de la constitución originaria de la sociedad./La teoría de la racionalidad comunicacional no postula un sujeto autosuficiente, que se enfrenta a un mundo-objeto, sino que parte de la noción de un mundo vital simbólicamente estructurado, en el que se constituye la reflexividad humana.” Se da paso a “un yo devenido de la relación interpersonal, a través de un proceso histórico y social en el que se van construyendo las estructuras de la conciencia”. En palabras de Habermas: “el paradigma del conocimiento de los objetos debe ser sustituido por el paradigma del entendimiento entre sujetos capaces de hablar y actuar” (Martínez Velasco 1993, 124 y 130-1).

¹²⁹ Esta idea es adoptada de Husserl (Martínez Velasco 1993, 128).

conflictos (resueltos idealmente mediante la acción comunicativa) se conviertan en asuntos monetarios y burocráticos¹³⁰.

¹³⁰ Sin embargo, en otras obras posteriores, Habermas ha reconocido la dualidad de toda norma legal como medio sistémico y normativo, por lo que se acepta un margen para que el derecho pueda actuar positivamente. En consecuencia, según deduce Deflem (1994, 364), sus escritos -aunque críticos- pueden interpretarse como la propuesta de reforma de los sistemas, no de su abolición.

Por juridificación (*Verrechtlichung*), Habermas entiende la expansión del derecho moderno, principalmente escrito, sobre asuntos sociales previamente regulados informalmente (extensión del derecho) y el desmenuzamiento de una materia jurídica global en varias materias particulares (adensamiento)¹³¹. Ideológicamente, esto constituye algo positivo al regular los sistemas de la economía y del Estado; sin embargo, en la práctica parece que son estos mismos sistemas los que determinan sus propias condiciones de limitación. En este sentido, la inflación de la normatividad jurídica, invadiendo el mundo de la vida, sería el resultado de la burocratización general. Finalmente, como indica Martínez Velasco (1993, 133), la racionalidad comunicativa anticipa un ideal de sociedad sin coacción. Las instituciones jurídicas cobrarían aquí una mayor importancia que el derecho como medio sistémico. Las instituciones¹³², asentadas en tradiciones éticas y culturales, articularían ámbitos de acción intersubjetivamente estructurados, posibilitándose aquella racionalidad (Boladeras 1996, 87-8). Según la interpretación controvertida de Bussmann, la teoría de Habermas puede aplicarse a la proliferación de negociaciones informales en diferentes campos jurídicos. Para Bussmann, la argumentación del filósofo alemán significaría revalorizar el papel de la mediación, dentro de un paradigma orientado a la comunicación, donde el sistema de justicia penal resultaría un anacronismo (1992, 323).

La obra de Habermas ha influido en el pensamiento abolicionista¹³³, especialmente en cuanto a su propuesta de que los problemas sociales deberían

¹³¹ Cfr. Smart (1996a).

¹³² Cfr. la entrevista con Ricoeur en *El País*, 23 de noviembre de 1996, p. 28.

¹³³ Cfr. Hulsman y van Ransbeek (1987).

definirse en el mundo de vida de las personas involucradas, evitando su colonización por el sistema de justicia penal¹³⁴.

¹³⁴ Sin embargo, Deflem entiende que los abolicionistas no han tenido en cuenta toda la complejidad de la teoría de Habermas, especialmente como teoría integradora de perspectivas micro y macro dentro de una evolución social, de forma fundamental con el surgimiento del Estado de Bienestar tras la Segunda Guerra Mundial (1994, 361-2).

1. 2. 13 Recientes teorías criminológicas

Podemos preguntarnos qué dicen las nuevas tendencias criminológicas sobre el control social. A pesar de que diversos autores de habla inglesa han aludido recientemente a la crisis teórica de esta disciplina, merecen destacarse nuevas perspectivas o teorías reelaboradas. Aunque aludo aquí a teorías muy distintas, bajo el calificativo de “recientes”¹³⁵, pueden indicarse unos aspectos comunes mínimos. La mayoría -salvo el abolicionismo, que no es tan reciente y no constituye propiamente una teoría criminológica- tienen en común su vinculación con una política de neocriminalización. Igualmente, en contraste con las anteriores, estas tendencias ponen énfasis en las relaciones personales, más que en el papel del Estado.

1. 2. 13. 1 Nuevo realismo de izquierdas o radical

¹³⁵ Calificativo que debe considerarse respecto de nuestro país.

El nuevo realismo de izquierdas o radical ¹³⁶ se relaciona con el concepto de seguridad y el miedo al delito en determinados barrios ¹³⁷, lo que puede conectarse con las ideas de la Escuela de Chicago ¹³⁸. La Criminología realista de la nueva izquierda nace en el Reino Unido -aunque con una perspectiva internacional-, a fines de los setenta, teniendo como máximos representantes en dicho país a J. Young (1996), R. Matthews, T. Jones y B. MacLean, así como a Platt en EE.UU. y Hogg en Australia. En el Reino Unido se trata de una respuesta al giro derechista, al positivismo sociológico (*everything works*) y al idealismo de las teorías del etiquetaje y abolicionista (*nothing works*). Propugnan un entendimiento subcultural, no sólo del delincuente, sino también de la víctima. El delito constituye una relación social institucionalizada entre delincuente y víctima (Young 1987, 344). Entre sus técnicas de investigación, con influencia de la Victimología, se incluyen las encuestas de victimación, especialmente municipales, así p. ej. las de Islington (Reino Unido) de 1986 y 1990. Entre sus postulados destacan los tres siguientes. Primero, el delito -y el miedo al mismo, al cual se le reconoce cierta racionalidad¹³⁹- constituye una relación social y un problema real,

¹³⁶ El llamado realismo de derechas, representado por Wilson y Kelling (1982), relaciona las “conductas incivilizadas” con una mayor demanda de prisión y apartamiento hacia los barrios más pobres. No se habla de reformas sociales preocupadas por las causas, sino de gestionar la percepción de amenaza mediante mecanismos de control (véase *infra* el apartado tres sobre nuevas estrategias de control). Cfr. Lowman y MacLean (1992). Sobre marginación y victimación, desde un punto de vista latinoamericano, cfr. Navarro (1983).

¹³⁷ Cfr. Rosenbaum (1987). Para una diferenciación entre sus propuestas y el énfasis de otros proyectos basados en la prevención, vid. Pavarini (1997).

¹³⁸ Para una interpretación de las corrientes de realismo de izquierdas como integrantes de la Criminología crítica y reaccionando ante el abolicionismo, véase Silva (1992, 23-4).

¹³⁹ En el ámbito anglosajón, véanse Young (1988), Warr (1984), Sparks (1992), Taylor y Jamieson (1996) y Lewis y Salem (1986). El miedo al delito suele estudiarse como la relación entre el riesgo real y el miedo efectivo, resultando muy difícil medir estos dos factores

especialmente para la clase trabajadora que sufre de manera desproporcionada, como víctima¹⁴⁰ y delincuente¹⁴¹. Segundo, se debe redistribuir el valor “seguridad” a través de distintos medios como puede ser la democratización del control local de la policía (Lewis y Salem 1986)¹⁴². Finalmente, se debe

de manera precisa. Se trata de analizar qué es, cómo se construye (mediante experiencias personales, medios de comunicación de masas...), cómo se manifiesta (a través de acciones como pueden ser la de evitar salir a ciertas horas o por ciertos lugares, llevar sprays, etc.; si incide en el número de denuncias) y cómo puede medirse e interpretarse.

¹⁴⁰ Algo que ya había sido puesto de relieve, entre otros, por Makela (1975, 170) y que será comentado más adelante. Para un ejemplo concreto como vivencia personal en Harlem, véase Drapkin (1980, 381-2), quien ofrece su opinión sobre el tema en la p. 386.

¹⁴¹ Cfr., en relación con una visión crítica de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, Andrés (1991, 11).

¹⁴² Deteniéndonos en la cuestión del miedo al delito y la inseguridad en nuestro país, según una encuesta del Centro de Investigaciones Sociales (CIS), realizada en diciembre de 1995 -nº de estudio 2.200, encuestando a 14.994 personas de 17 provincias-, un 52% de los encuestados apreciaban más la seguridad ciudadana que valores como la solidaridad, la igualdad social y la libertad individual. Preguntando si se consideraba la inseguridad ciudadana como un problema grave en España, un 92% respondieron que sí. En contraste, a la pregunta de si se había sido víctima de un delito, sólo un 54% declaraban haber sufrido un delito en alguna ocasión. Un 92,8% no se consideraban víctimas propicias de delitos. Entre las víctimas, la mayoría lo fueron por robos en automóviles (14,6%) y atracos o tirones (11,8%). Desde que sucedió el delito, sólo un 6% de las personas que se declararon víctimas, dijeron sentir miedo y haber cambiado las costumbres. La mayoría no denunciaron el delito porque consideraron que no iba a servir para nada, siendo más habitual denunciar ante agresiones personales graves (67%), tirones (50,6%), hurtos de bolsos y carteras (59,1%), robos en viviendas o locales (70,7%) y robos en vehículos (88%). Ante la pregunta de si avisarían a la policía cuando viesen una agresión en la calle, tres de cada cuatro respondió afirmativamente. Un 64,9% lo hicieron, si oyera a un vecino agredir a su cónyuge, un 79,4% si viesen unos padres que maltratan a un hijo, un 83,7% si presenciasen un robo en un coche aparcado, un 74,3% en caso de ver un tirón a una mujer, y un 93,8% si se tratase de un robo en un domicilio particular. Un 47,3% de los preguntados respondieron que no denunciarían el robo en unos grandes almacenes por descuido del dependiente y un 81,6% que tampoco lo harían si ven a una persona que no paga en un transporte público.

Los encuestados relacionaron la inseguridad con la droga (52,6%), el terrorismo (49,9%) y los delitos sexuales (40,2%). En general, temían, por este orden, los atracos y robos (26,3%), los delitos que afectan a la libertad sexual (20,2%) y la integridad física (19,8%). Por su propia iniciativa, los encuestados adoptaban medidas preventivas como no llevar mucho dinero cuando salen (60,3%), eludir zonas apartadas (60,3%) y no salir solos por la noche (47,3%). Además, consideraban que se reduce el riesgo de victimación si no se llevan joyas y ropas caras (87,8%), se evitan aparcamientos mal vigilados (87,8%), se instalan puertas de seguridad y alarmas en los domicilios (57,7%), no se viste de forma provocativa (56,9%) y no se deja la radio del coche a la vista. En mi opinión, esta encuesta

intervenir en las cuatro esquinas del llamado “cuadrado del delito” (acción, reacción, delincuente y víctima -junto al Estado y la comunidad-). Se trata de integrar las perspectivas macro y micro, enfatizando la justicia social, ya que el delito se produce por diferencias en la estructura social y la ruptura de los controles informales (Matthews y Young 1992).

-que no deja de tener serias limitaciones, primordialmente que las preguntas condicionan las respuestas sin matices y no se tienen en cuenta diferencias geográficas- no puede llevar a la conclusión de que la seguridad ciudadana sea la máxima preocupación, en general, de los ciudadanos españoles en su vida diaria.

Sobre otros estudios anteriores, cfr. Rico (1994) y Hernández y Romero (1996). De acuerdo con una encuesta de 1992, sobre los problemas principales que preocupaban a los ciudadanos de las Comunidades Autónomas, en todas ellas se indicaba en primer lugar el paro. En el caso concreto del País Vasco, la preocupación era por este orden: el paro (34,7%), la droga (15,4%), el terrorismo (11,8%), la crisis económica (10%), la desindustrialización (5,4%) y la delincuencia (5,0%). Las Comunidades más preocupadas por la delincuencia eran Madrid y Andalucía (Martín Patino 1997, 515-6). Asimismo, en otro estudio se señala que, en los varones la edad condiciona más que la religiosidad las actitudes de queja ante la inseguridad ciudadana (de Miguel 1996, 53-55). Véase sobre este tema próximamente Ruidiaz (en prensa).

Roger Matthews es uno de los máximos representantes que se ha ocupado de estos temas, dentro del Centro de Criminología de Middlesex (Reino Unido)¹⁴³. Sintetiza en tres las transformaciones de las políticas de control penal recientes, que pueden traer esperanza, a saber: el reconocimiento creciente de las limitaciones de las estrategias de control basadas meramente en el infractor; el desarrollo de formas de policía locales y controladas democráticamente (“community policing”¹⁴⁴); y un énfasis en el papel de la víctima. Respecto de la segunda, Matthews resalta el cambio retórico y real en los países anglosajones donde se ha pasado de hablar de *fuerzas* a *servicios* policiales, de cara al público, “de coerción manifiesta a la manufactura del consentimiento”, de una policía de estilo militar a otra comunitaria (1994, 90). Ello se ha producido, según el autor, porque el estilo tradicional resultaba ineficaz e incluso alienaba a las personas cuya colaboración necesita la policía. Sin transmisión de información, ésta se ve obligada a utilizar vigilancia técnica o a pagar a informadores¹⁴⁵. Dicha transmisión sólo

¹⁴³ En el Reino Unido el miedo al delito es alto -se sitúa junto con el miedo a perder el empleo o caer enfermo-, aunque el número de delitos permanece estable desde 1993. Para disminuir esta inseguridad, se recomendaron, por parte de un comité que se ocupó de la cuestión, las siguientes medidas: publicación menos frecuente de estadísticas policiales; campañas de prevención del delito que no lancen mensajes sobre la violencia o habitualidad de la delincuencia; sensibilización de los medios de comunicación para evitar que sean alarmistas, siguiendo un código de conducta; ofrecimiento de información por parte de la policía a dichos medios de actividades positivas realizadas; incremento de la policía en la calle; y cooperación de la policía con las instancias locales en el diseño de programas de prevención para ciertos colectivos y situaciones. Respecto del miedo a los delitos más temidos, los violentos, se recomendó apoyar las publicaciones y charlas sobre la prevención, especialmente para mujeres; el uso de alarmas, aparatos de video y radios; aumento del número de policías; y campañas sobre el consumo de alcohol (Mayhew 1996).

¹⁴⁴ También se utilizan los términos “neighborhood policing”, haciendo referencia al barrio, o “consensus policing”, enfatizando el elemento del consenso. Sobre los distintos modelos de policía comunitaria y la prevención, estudiando las posibilidades de una policía de barrio en nuestro país, véanse Turrado (1996), Herrera Arrando (1996), Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (1992), Madariaga y Apellániz (1997) y Piris (1996). Cfr. Conill y Lahosa (1991) y Gomis (1991).

¹⁴⁵ Cfr. Gary Marx (1995).

se producirá si el público confía en una policía no corrupta, que atiende a sus preocupaciones y que utiliza de forma limitada la coerción. Así, en el Reino Unido, distintos grupos de consulta y trabajo con representantes de la comunidad han actuado como puentes de comunicación. Dentro de esas preocupaciones se encuentra la de dar una respuesta satisfactoria a las víctimas, potenciándose de forma concreta las unidades que atienden casos de violencia doméstica y violaciones.

Precisamente, el interés por la víctima se puso de relieve con los estudios de varias feministas en el ámbito anglosajón y de victimólogos como Fattah que enfatizaban la necesaria relación entre las dos partes (1973)¹⁴⁶. Dicho interés se completa hoy por los que piden una mayor participación de la víctima en el proceso penal, como puede ser dentro de la justicia restaurativa. De todo ello se deduce el auge de los estudios de victimación¹⁴⁷, que incluyen las actitudes del público hacia el delito y las agencias de control. Estos estudios, como divide Matthews, pueden ser locales, estatales o internacionales (estos últimos con dificultades metodológicas y conceptuales al tener que adaptarse a tradiciones culturales diferentes; concretamente, la encuesta internacional de victimación de 1989 ha sido criticada por ser muy selectiva, produciendo resultados superficiales y extraños¹⁴⁸). En opinión de Matthews, cuanto más extensas geográficamente, la

¹⁴⁶ Comentando este artículo, Bueno Arús señalaba la atención creciente a este tema por parte de los criminólogos (1973, 364).

¹⁴⁷ Desde que se comenzaron a utilizar en los últimos veinte años, hoy se reconocen como una herramienta esencial en la investigación criminológica (Matthews 1994, 97). Para una revisión de las críticas metodológicas recogidas contra ellos, véanse Biderman y Lynch (1981).

¹⁴⁸ Sobre la misma véanse van Dijk, Mayhew y Killias (1990). Para un cuadro resumen de encuestas de victimación en España hasta 1994, vid. Stangeland (1995b). Cfr. Díez Ripollés y otros (1996), respecto de la realización de una encuesta provincial en Málaga y sobre las relativas a la ciudad de Barcelona, vid. el número 5 de la revista *Prevenció* de 1990.

información suministrada será menos fiable y relevante político-criminalmente.

En todo caso, respecto de las investigaciones de victimación bien desarrolladas y enfocadas localmente. Este autor destaca nueve aportaciones beneficiosas, ya que proporcionan: una recogida de información más completa sobre el delito y la victimación; una identificación de la relación entre los incidentes denunciados y registrados; una base para el análisis de la evolución del delito; una determinación de las prioridades públicas respecto de la seriedad del mismo; una auditoría social, al manifestarse las relaciones del público con la policía¹⁴⁹; un examen del miedo al delito; una investigación en torno al impacto de la delincuencia sobre los distintos grupos de población; un análisis de la distribución de la misma, según variables geográficas, sociales y personales; y el desarrollo de iniciativas preventivas.

¹⁴⁹ En este sentido, al menos para Matthews, el que aumente la tasa de delitos registrados constituye un logro positivo, si ello presupone una mejora de las relaciones entre la policía y el público (1994, 98).

Los seguidores de la teoría del etiquetaje y del abolicionismo reprochan a los representantes del realismo de izquierdas su defensa de la esencia del delito como realidad unitaria y aglutinante social, y la presunción de intereses generales en la comunidad. Igualmente, han destacado su falta de explicación para los delitos económicos, en cuanto que éstos, en los que participan personas jurídicas, no pueden explicarse ni controlarse por las relaciones interpersonales (Pearce y Tombs 1992)¹⁵⁰. Entre otras críticas que ha recibido el nuevo realismo de izquierdas, ya se ha hecho referencia a las relativas al uso de las encuestas de victimación y la percepción del miedo al delito, señalándose que la opinión pública se compone en ocasiones de estereotipos y falsas imágenes, proporcionadas por los medios de comunicación, más que por las vivencias personales. En este sentido, se les acusa de caer en un cierto populismo político¹⁵¹. Simon y Feeley indican que la intensidad de la preocupación pública respecto del delito no está directa o fuertemente relacionada con la magnitud del mismo. Así, el reciente incremento de demandas de medidas punitivas en EE.UU. ha procedido de las clases medias blancas, cuando los índices de victimación sólo se han elevado fuertemente respecto de los más jóvenes (entre doce a quince años) y los más pobres, especialmente entre las minorías étnicas (1995). En relación con ello, y dentro del componente irracional del miedo al delito, podemos incluir los

¹⁵⁰ En la actualidad, en relación con la corrupción, algunos autores argumentan que la “justicia espectáculo” respecto de delincuentes de cuello blanco, que puede dar la apariencia de una disminución de la cifra negra o democratización en la aplicación del Derecho penal, parece más bien el reflejo de luchas de poder político y económico, donde las denuncias se utilizan como un arma más en la competencia por el poder, promoviendo la judicialización de este tipo de delitos, cuando, al mismo tiempo, la aplicación cotidiana del Derecho penal sigue centrada, en la mayor parte de los países, en la población más excluida (Zaffaroni 1997).

¹⁵¹ Cfr. Box (1996), sobre la socialización para contemplar el delito y a los delincuentes a través de los ojos del Estado, en ocasiones tras el prisma del criminólogo (Walklate 1992, 16). Véase *infra* la crítica de Bergalli en el apartado sobre Victimología.

estudios empíricos realizados en EE.UU. que muestran cómo el aumento de la población de minorías étnicas provoca un aumento del miedo al delito por la mayoría blanca. Y cómo, según se ha mencionado, paradójicamente, los sujetos de *victimación* son principalmente las víctimas pertenecientes a minorías étnicas, quienes encuentran mayores dificultades en su recurso a los controles oficiales. Por su parte, Liska concluye que, según sus estudios, el *miedo* al delito es inversamente proporcional a los ingresos y a la educación, más elevado entre los “no blancos” que entre los blancos y, además, la demanda de control es más fuerte entre los grupos de ingresos bajos y medios (1987, 81-4). Asimismo, un dato relevante en esta cuestión lo aportan las investigaciones recientes al apuntar una mayor posibilidad de victimación en el seno de la familia o por un conocido (Fattah 1996).

Hoy, el discurso de la inseguridad resulta entendible globalmente y se trata en los distintos foros internacionales (Sheptycki 1997). Sin embargo, la reacción al mismo puede resultar opresiva y aumentarlo, p. ej. si se recomienda quedarse en casa, vestir de manera “no provocativa”, comprar armas, que los vigilantes vistan un uniforme atemorizante, etc. (Sparks 1992, 133). Aniyar de Castro subraya cómo el miedo al delito puede legitimar la función represiva, según cómo se articule la demanda de mayor seguridad y, basándose en estudios empíricos, realiza una serie de consideraciones, entre las que destaco las siguientes: 1. No toda violencia es amenazadora, así la que se enmarca dentro del control social suele ser aceptada. 2. Los delitos más temidos son los que se cometen menos frecuentemente. 3. Los actos más graves de violencia se producen entre íntimos. 4. La importancia de las percepciones subjetivas varía según las diversas situaciones del sujeto. 5. Las medidas compensatorias arquitectónicas y de prevención situacional pueden ayudar a consolidar la ansiedad ante el delito (1991, 391-4).

1. 2. 13. 2 La Criminología republicana y el comunitarismo

Al igual que el nuevo realismo radical y la teoría constitutiva, la Criminología republicana nace como reacción al pensamiento del *nothing works* y el *just deserts*¹⁵². Desarrollada a comienzos de la década de los noventa, esta Criminología trata de apoyar movimientos sociales como el feminismo, o aquellos en favor de la ecología y la protección de los consumidores. La obra fundamental es *Not Just Deserts: A Republican Theory of Social Control*, publicada por los investigadores australianos Braithwaite y Pettit en 1990, como profundización en algunos puntos de la obra del primero de 1989 *Crime, Shame and Reintegration*¹⁵³. También pueden destacarse entre sus representantes a Mugford. Utilizan una metodología clásica, aunque incluyen la perspectiva antropológica, especialmente en sus alusiones a la justicia aborígen.

¹⁵² Siguiendo a Braithwaite (1993a): “necesitamos una revolución teórica en la Criminología para salir del nihilismo contemporáneo”.

¹⁵³ Para un estudio etnográfico, vinculado a la justicia restaurativa, basado en entrevistas a 48 hombres y mujeres cuya última condena era la suspensión vigilada de la pena en Nueva Zelanda, véase Leibrich (1996). Confirma parte de las tesis de Braithwaite, aunque da un mayor valor al componente interno moral del sentimiento de vergüenza, de cara al abandono de una carrera delictiva -evaluando asimismo la teoría de la elección racional-. Cfr. Bierbrauer (1992).

Entre sus postulados consideraré los dos siguientes. Primero, la criminalización sólo debe producirse si aumenta el “dominio” o concepción republicana de la libertad, definida socialmente. Segundo, debe potenciarse la censura como control social reintegrativo y no estigmatizante, enfatizando los controles informales¹⁵⁴. Se entiende el republicanismo como teoría política dominante durante varios siglos hasta el final del XVIII, cuando fue sustituido por el liberalismo, el marxismo y el utilitarismo (Braithwaite y Pettit 1994, 62). El castigo, que sólo puede justificarse por razones preventivas, debe ser aplicado con parquedad o moderación para minimizar la intrusión dentro del dominio. En definitiva, las instituciones republicanas tendrían que seguir cuatro principios¹⁵⁵: de parquedad o moderación, de control del poder, de reprobación, y de reintegración. El principio de reprobación enfatiza la noción de “vergüenza” (*shame*) en oposición a la coerción¹⁵⁶. La condena moral expresaría un diálogo social entre los infractores y el resto de la sociedad. En todo caso, las políticas de control social no deben estigmatizar a aquéllos ni favorecer la creación de subculturas, sino, una vez que han sido censurados moralmente, reintegrarlos en la sociedad. Al mismo tiempo, Braithwaite y Pettit propugnan un aumento de la ayuda social y la compensación a las víctimas.

¹⁵⁴ Algunos autores han resaltado que el concepto de censura empleado por Braithwaite es rechazable como instrumento de procedimiento de conformidad con la norma, en cuanto que constituye una presión psicológica incompatible con las condiciones liberales de la cultura occidental (Boutellier 1996, 18).

¹⁵⁵ Sobre el concepto de República, véase Pettit (1997). Téngase en cuenta la relación entre el principio de parquedad y el de *ultima ratio*, al que aludiré en la Parte Tercera.

¹⁵⁶ Respecto de las diferencias entre los conceptos de vergüenza reintegrativa y restaurativa, cfr. Walgrave y Aertsen (1996). Sobre la relación entre vergüenza y culpa, de la que ya trató Erikson en los años sesenta, véase Zandbergen (1996, 100-104).

De sus investigaciones anteriores sobre los delitos de cuello blanco, Braithwaite extrae la importancia del control informal¹⁵⁷. Distingue, por tanto, entre la vergüenza desintegradora o estigmatizante¹⁵⁸, que produce desviación secundaria, y la vergüenza reintegrativa. El avergonzar constituye el arma más potente de control social, si no estigmatiza. Precisamente, considera el castigo penal formal como instrumento ineficaz de control social, en parte, porque supone una ceremonia de degradación estigmatizante (1989,14; Braithwaite y Mugford 1994). La vergüenza reintegrativa se distingue de la estigmatización por suponer una duración determinada, a la que pone fin el perdón y unos esfuerzos para mantener los lazos de respeto durante ese periodo finito de sufrimiento (1989, 101). En las Conferencias de Grupo Familiar (*Family Group Conferences*) -a las que me refiero en la Parte Tercera-, recogidas en la Ley de Nueva Zelanda sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de 1989, influida por tradiciones Maoríes, Braithwaite ve “ceremonias de ciudadanía de reprobación reintegrativa”, instauradas en un proceso de reforma desde abajo, desde las repúblicas Maoríes (1993a, 37; 39). En su opinión: “Los Maoríes de Nueva Zelanda nos han mostrado el camino hacia una forma de control comunitario que, dentro de principios amplios, puede ser lo suficientemente flexible para acomodar no sólo a una minoría Maorí y a una mayoría blanca, sino a una gran pluralidad de culturas y subculturas... Nueva Zelanda está mostrando al mundo cómo el control comunitario del delito puede funcionar en metrópolis capitalistas individualistas a través del recurso práctico de construir un comunitarismo centrado en el individuo”

¹⁵⁷ En el mismo sentido, vid. los resultados de una investigación de los alemanes Bussmann y Lüdemann (1988), sobre aspectos penales de los procedimientos económicos y fiscales, donde se aprecian prerrogativas para determinados agentes privilegiados, de forma que pueden llegar a acuerdos informales que eviten la aplicación del Derecho penal, en la dirección del “plea bargaining” estadounidense. Cfr. Asua (1991).

¹⁵⁸ Cfr. sobre el concepto de humillación en relación con la construcción de la identidad, vid. Silver *et al.* (1986).

(1993a, 36; 40-1). Otros ejemplos en los que Braithwaite ve ciertos rasgos para un funcionamiento óptimo del sistema propuesto son Japón¹⁵⁹ y ciertos cantones suizos¹⁶⁰.

Braithwaite y Pettit se declaran minimalistas con respecto a la criminalización (1994, 78), por lo que destacan la prevención del delito a través de la “construcción de la conciencia”. En este último punto se aprecia la influencia de Durkheim, para quien una sociedad sin delitos sería aquella en que los sentimientos ofendidos por ellos estuviesen fuertemente arraigados en todas las conciencias individuales¹⁶¹, como primer y más eficaz mecanismo de control social. De esta manera, son los ciudadanos y los movimientos sociales los que reducen el delito. En todo caso, se necesita un cierto formalismo, donde descansa un informalismo general. Braithwaite y Pettit defienden un control social dialógico y participativo dentro de una comunidad dotada de sentido. Dicho control dialógico no llega a la concepción de Habermas, sino que se limita a abogar por una reforma de los tribunales para que sean más abiertos y desprofesionalizados, de manera que puedan facilitar un diálogo menos constreñido entre los ciudadanos (1994, 72-3; 78)¹⁶².

¹⁵⁹ Se muestra contrario a esta idea Miyazawa (1994). Sobre la necesidad de un mayor número de trabajos etnográficos para verificar esta hipótesis, véanse Sanders y Hamilton (1992).

¹⁶⁰ Cfr. el concepto de sinomía de Adler (1983).

¹⁶¹ Cfr. García-Pablos (1988, 513).

¹⁶² Véanse también de Braithwaite (1993b y c; 1994) y Braithwaite y Daly (1994)

David Fraser ha criticado la confusión que se produce en el libro de Braithwaite *Delito, Vergüenza y Reintegración* entre lo epistemológico y lo ontológico, lo normativo y lo político. En su opinión el investigador australiano sólo ofrece modos de represión nuevos, mejores y más sutiles. Además, no puede lograrse una comunicación real en el proceso de reprobación, ya que se realizaría informalmente en lugares de tradicional opresión -escuela y familia-, como reproducción del capitalismo y el patriarcado (1992, 107-8)¹⁶³. Por su parte, Elliot Currie también ve peligroso aumentar los poderes privados, ya que pueden producirse abusos respecto de los más débiles quienes, de promoverse controles más informales, no podrían contar con el poder público (1992, 114-5). Finalmente Fati_ destaca el uso del concepto de ciudadano, el cual, históricamente y aún en las sociedades multiculturales de hoy, constituye un concepto de exclusión de determinados colectivos (1995, 117). En definitiva, se ha criticado la aplicación de esta teoría en las sociedades actuales, donde no parece apreciarse ese sentido básico de comunidad.

En un artículo reciente, Braithwaite afirma que se pronunciará teóricamente sobre su tesis de la vergüenza reintegrativa cuando aparezcan los resultados de las muchas investigaciones que se están realizando, aunque, adoptando el término de Galanter (1981), entiende que podrá demostrarse cómo se hace justicia “en muchas habitaciones” o lugares (1996). Asimismo, Braithwaite ha intentado relacionar su tesis con la teoría del equilibrio del control de Tittle (1995)¹⁶⁴. De acuerdo con esta teoría, la desviación se

¹⁶³ Este riesgo ha sido reconocido por el propio Braithwaite respecto de las Conferencias (o reuniones) de Grupo Familiar en cuanto que existen estructuras familiares patriarcales. Según este autor, en estas reuniones no se trata de transformar vidas, sino de que actúen como catalizadores y signifiquen ritualmente que se hace algo sobre el delito, distinto del castigo formal como mal.

¹⁶⁴ Véase la reacción de su autor en Tittle (1997).

produce por déficits -fundamentalmente la desviación convencional- o superávits -principalmente la desviación de cuello blanco- en el grado de control que uno ejerce, en referencia al que experimenta. El desequilibrio de control afecta las tendencias de provocación, oportunidad y limitación, y viceversa.

En relación con las tesis de Braithwaite, realizaré una breve alusión al **comunitarismo** -como corriente teórica y política-, ya que este criminólogo lo entiende como una de las condiciones sociales para la reprobación reintegrativa, en cuanto que la responsabilidad del individuo hacia su comunidad debe expresarse mediante la reintegración y no la exclusión. El comunitarismo se desarrolló en oposición al liberalismo, como una filosofía social de mutualidad. Los valores comunales se sitúan antes que los derechos individuales. En relación con la justicia penal existen dos tendencias dentro del comunitarismo. La primera enfatiza la responsabilidad de la comunidad hacia sus miembros, rechaza el castigo y promueve alternativas reconciliatorias y de reforma social. La segunda, representada por MacIntyre, se muestra a favor de medidas punitivas para prevenir el comportamiento que ataca los valores comunes, remarcando la responsabilidad de los individuos hacia la sociedad (Fati_ 1995, 100-6)¹⁶⁵. En esta segunda posición, se encontraría Duff, para quien el castigo consiste en un proceso de comunicación entre la comunidad y los infractores, dirigido a cuatro metas: el arrepentimiento, la autorreforma, la reparación y la reconciliación. En este sentido, concibe que dicho proceso sea posible a través del trabajo en beneficio de la comunidad, la mediación entre víctima y autor y la probación. Sin embargo, se requiere que, previamente, se refuercen las relaciones entre

¹⁶⁵ Véanse sobre el debate general en torno al comunitarismo Rubio Carracedo (1996), Cotterrell (1995), Frazer y Lacey (1993), Rodríguez-Arana (1996) y las contribuciones en el número primero de la revista *La Política* (1996).

los ciudadanos para que exista un mínimo consenso en el respeto de las leyes. Por último, mantiene que cierto sufrimiento es parte integrante de un castigo efectivo (1996)¹⁶⁶.

1. 2. 13. 3 Perspectivas feministas

Las perspectivas feministas en Criminología han aportado al estudio del control social la teorización sobre la construcción y el mantenimiento de la categoría de género (Blomberg y Cohen 1995, 9), ampliando la mirada en la comprensión del funcionamiento del sistema penal y social en general¹⁶⁷. La Criminología, se argumenta desde este punto de vista, resulta intrínsecamente masculina y excluyente: se asume una idea de comunidad fundada en un momento de expulsión de “lo otro” como ilegal, repitiéndose como seña de identidad, en lo que Young denomina el “complejo crimino-legal” (1996)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Cfr. Wilkinson (1996), sobre la posibilidad de la reparación sin castigo, para determinados delitos, dentro de la discusión en torno al comunitarismo.

¹⁶⁷ Smart escribe sobre los “conocimientos subyugados” que narran historias distintas (1996b; 1992). Se trata de conocimientos no convencionales, aunque cotidianos, que han sido ignorados. Cfr. la expresión “sustitución de discursos” o transpraxis, como deconstrucción de los poderes represivos y reconstrucción de un nuevo orden, en Henry y Milovanovic (1996, xi). Para una revisión de las distintas teorías feministas en relación con la Criminología, véanse Daly (1997), Einstadter y Henry (1995, 259-76) y Canteras (1990) y, en una perspectiva internacional, vid. Rafter y Heidensohn (1995).

¹⁶⁸ Cfr. las críticas a una Criminología de la exclusión en Lamott (1988) y Steinert (1997).

Carlen realiza un análisis de los mecanismos por los que el control informal antisocial¹⁶⁹, respecto de las mujeres, ha sustituido y -a la vez- apoyado el control formal, ejercido por la policía, los tribunales, las prisiones y otras agencias administrativas¹⁷⁰. En todo caso, reconoce que tampoco para los hombres el sistema de justicia penal es el mayor *locus* de control. Pero el control informal, salvo en casos de racismo y clasismo, es social o inclusivo para ellos, a través de cierto tipo de asociaciones (1995, 214).

Por tanto, el feminismo, como movimiento social y perspectiva teórica, especialmente a partir de los años sesenta, y en relación con la izquierda socialista¹⁷¹, también ha producido su impacto en la teoría criminológica, cuyos orígenes además de etnocentristas, eran claramente androcentristas¹⁷².

¹⁶⁹ Cfr. Figueira-McDonough quien, bajo la premisa de que los controles informales -por ser tradicionales- suelen incluir normas diferenciadoras por razón de género, y los formales tienden a ser más neutrales, explica las condiciones para una mayor similitud en los índices de delitos por parte de hombres y mujeres -entre las que nombra el debilitamiento del control informal- (1992).

¹⁷⁰ Por otra parte, un tema relevante es el análisis de las actuaciones de las mujeres que trabajan dentro de instituciones de control formal, como parlamentarias, asesoras, policías, juezas, abogadas, funcionarias de prisiones, trabajadoras sociales, etc. Véanse Lacey (1994) y Martin y Jurik (1996). Sobre las mujeres en los cuerpos de policía y en la Guardia Civil, vid. Jar (1997). Como curiosidad histórica, respecto de la formación de las funcionarias en España, véanse Aramburu (1953), Barraguer (1945) y Trillo (1946a y b). Para un estudio comparativo europeo de las mujeres policías, cfr. Brown (1997).

¹⁷¹ Sobre aspectos históricos relativos a la familia, el trabajo y la medicina, Nash (1984). Para una crítica de la familia tradicional, vid. Fineman (1995). Para un análisis histórico de la privacidad familiar, Siegel (1996). Sobre la crítica de la vida cotidiana desde las teorías de Marx y Freud, cfr. Brown (1975). Respecto del androcentrismo en la historia, Navarro (1988). Sobre el derecho en general y el feminismo, Martínez-Calcerrada (1996), Smart (1995), Fiss (1995), Papers d'Estudis I Formació (1990), Pitch (1995), Milovanovic (1994), Petersen (1989), Bodelón (1996) y Fundación El Monte (1996). En cuanto al debate en la Antropología, véanse Teresa del Valle (1996) y Tubert (1996), y en las ciencias sociales en general e históricas Narotzky (1995) y Lacalzada (1996), respectivamente.

¹⁷² Basta con leer el texto de Lombroso y Ferrero titulado *El tipo criminal en la mujer y su origen atávico*, dentro de la obra *La mujer delincuente*, publicada en 1895. Véanse en bibliografía Lombroso y Ferrero (1996). Cfr. Bertrand (1994). Para una reflexión posterior que conserva el concepto de etiología de la mujer delincuente, Klein (1996), Cario (1992),

Por esta razón, autoras como Smart pidieron un feminismo anti-Criminología de manera que, en primer lugar, se evitasen significados ideológicos implícitos en dicha ciencia y, segundo, no se instrumentalizasen las ideas radicales por la política criminal conservadora¹⁷³. Smart propuso que los estudios de Sociología del delito se enmarcaran más bien en la Historia y la Sociología. Maureen Cain, por su parte, reivindicó en 1988 un “punto de vista transgresor”¹⁷⁴, también fuera de la Criminología (1990).

Broidy y Agnew (1997) y, especialmente en relación con el ciclo biológico, Arechederra y Arias (1992) y Ekholm y Backstrom (1994). Sobre los estereotipos atribuidos a la mujer delincuente en general, véase Marinas (1996). Respecto de estudios de diverso signo sobre la mujer delincuente, Chesney-Lind (1997), Cowie, Cowie y Slater (1968), Fernández Cuesta (1961), REEP (1947, 1956 y 1958), de Rody (1950), Gutiérrez (1960), *Criminal Justice Matters* (1995), Worrall (1990), Carrasco (1956) y Lasala (1956). Con mayor cuestionamiento, cfr. Larrauri (1994), Carlen (1988), Carlen y Worrall (1987), Naffine (1995) y Gelsthorpe y Morris (1990). En concreto, sobre las mujeres en prisión, véanse a modo de ejemplo, de Juan (1952), Placer (1955), Beristain y de la Cuesta (1989), Bueno Arús (1996), Carlen (1990; 1994), Ward y Kassebaum (1967), Eaton (1992), Uriarte (1996), Bona (1996b), Tinedo (1995), Rock (1996) y Azaola (1996). Sobre la victimación de mujeres, principalmente a través de la violencia doméstica, entre otros, cfr. Larrauri (1994 y 1996c), Larrauri y Varona (1995), el número de marzo-abril de 1996 de *Ciencia Policial*; para un estudio empírico en Pamplona y Vizcaya, véanse respectivamente Burguete (1995) y Suárez (1996); y respecto de los llamados países del Tercer Mundo, Alvazzi y Patrignani (1995).

¹⁷³ Cfr. Carlen (1992, 61-2).

¹⁷⁴ Ese concepto lo toma de Santos con el objetivo de ir más allá del sentido común del hombre.

Al igual que con las corrientes abolicionistas¹⁷⁵, la tendencia del feminismo en Criminología refleja posturas muy diversas entre sus representantes, como son Heidensohn (1986; 1995), Smart (1996b), Cain (1996) y Carlen (1996)¹⁷⁶. En todo caso, en general, podríamos indicar provisionalmente los siguientes tres postulados o perspectivas: rechazo del generocentrismo, reflejado en los estudios de Lombroso y otros que continuaron centrándose en la mujer delincuente, prostituta, bruja, etc.; el patriarcado como factor determinante del delito de las mujeres¹⁷⁷, marco de su criminalización¹⁷⁸ y victimación; y la conclusión de que, la mayoría de los delitos de las mujeres son delitos de una minoría sin poder, que sufre discriminaciones efectivas por parte de los agentes de control¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Sobre la relación entre el abolicionismo y el feminismo, cfr. van Swaaningen (1989; 1993; 1994), Knopp (1991) y Saiz (1993).

¹⁷⁶ Véanse también, en conexión con la Criminología republicana y los delitos sexuales Scheingold, Olson y Pershing (1994). Sobre los delitos sexuales en general, véanse Finstad (1990) y, en relación con la reparación, Bacchi y Jose (1994), y la mediación Dewhurst y Wall (1994). Sobre la Criminología realista de izquierdas, vid. Carlen (1992a y b). En general, cfr. *Crime and Social Order in Europe* (1996, n. 2), Howe (1994, cfr. Hudson 1995). En relación con discriminaciones étnicas, véase Edwards (1992). Sobre el feminismo y la posmodernidad, cfr. Morris (1993), Lovibond (1993), Fraser y Nicholson (1993), Jardine (1993), Carlen (1995) y Benhabib (1995).

¹⁷⁷ Sobre estudios empíricos relativos a bandas de mujeres, vid. Heidensohn (1995).

¹⁷⁸ Se responde a los delitos de las mujeres dentro de las tipificaciones de la femineidad que contribuyen a la opresión.

¹⁷⁹ En la actualidad, ténganse en cuenta los estudios sobre violencia contra la mujer en el ámbito doméstico. Cfr. en Gran Bretaña Hanmer y Maynard (1987) y, en España Larrauri (1994). Asimismo, vid. Sheptycki (1993). Por otro lado, sobre el debate en torno a la pornografía véanse Herrero Brasas (1996) y Fernández y Pérez Uralde (1993).

En España podemos destacar la obra compilada por Elena Larrauri (1994), quien ha realizado una observación relevante para el argumento de esta tesis, en relación con la regulación del uxoricidio, el cual hasta 1963: "...representaba, como agudamente advertía Quintano¹⁸⁰, una cesión punitiva del Estado en manos del marido" (1994, 5). También pueden encontrarse en su libro consideraciones sobre el concepto de reputación en su conexión con la censura o vergüenza (1994, 9, 19; 102). Fuera de ello, pueden recordarse las aportaciones de Gilligan sobre las respuestas penales (1982)¹⁸¹. En opinión de Woolpert, la justicia restauradora se acerca al pensamiento femenino relacional descrito por Gilligan, quien indica la conexión por parte de las mujeres de la idea de justicia, de responsabilidad y de mantenimiento de las relaciones (1996, 346), frente a un sistema penal tradicionalmente dominado por el pensamiento masculino (Viano 1996, 187). Gilligan concluye que muchas mujeres poseen un razonamiento moral diverso a la mayoría de los hombres en cuanto a su carácter conciliador¹⁸².

Dentro de las críticas que han recibido algunas de estas perspectivas en sus objetivos teóricos, podríamos indicar la de la propia Pat Carlen, para quien no se puede hablar de Criminología feminista, ni como proyecto ni posibilidad deseable, ya que carece de objeto y método propios. En todo caso, un aspecto importante de estos puntos de vista ha sido la utilización de la Historia social y las historias de vida como técnica de investigación.

1. 2. 13. 4 La Criminología constitutiva

¹⁸⁰ Vid. Quintano (1955). Cfr. Mosquete (1961). Sobre el uxoricidio como derecho de venganza del marido considerado víctima en el Derecho romano, vid. Drapkin (1980, 377).

¹⁸¹ Véanse Komter (1995), Heidensohn (1986) y Daly (1989). Sobre la contraposición entre el modelo de Kohlberg y el de Gilligan, véase Aponte (1996, 17-22).

¹⁸² Cfr. Lind, Huo y Tyler (1994).

La Criminología constitutiva aparece como una corriente teórica muy reciente, aunque surge de los estudios socio-jurídicos críticos posmodernos¹⁸³, influidos a su vez por la fenomenología existencial, la teoría del *labeling*, el construccionismo social y el postestructuralismo (Arrigo 1997, 393). Stuart Henry¹⁸⁴ y Dragan Milovanovic¹⁸⁵ han sistematizado esta teoría en su obra publicada en 1996, *Constitutive Criminology. Beyond Postmodernism*.

¹⁸³ Cfr. Arnaud (1995) y Lynch, Lynch y Milovanovic (1995). Dentro de la "Criminología posmoderna" cabe citar a Alison Young y A. Hunt (1996). En este pensamiento se habla de relativismo (evitando todo dogmatismo), anarquía del conocimiento y deconstruccionismo (revisión de conocimientos que se asumen como verdaderos). Se toman referencias del pensamiento de los filósofos alemanes, Nietzsche (1844-1900) (sobre el "eterno retorno de lo igual" que niega una visión lineal de la historia y sobre su crítica a las ciencias apoyadas en una verdad-base) y Heidegger (1889-1976) (sobre la importancia del lenguaje y el "pensamiento de la diferencia"). Para una observación crítica, cfr. Sumner (1991). En opinión de Reyes Mate (1996, 7), el mérito del pensamiento posmoderno, a pesar de sus excesos, es el de hacer pública una cierta frustración del proyecto ilustrado. Vid. sobre la penalidad posmoderna, Garland en el capítulo tercero.

¹⁸⁴ En cuyos escritos de los años ochenta observamos la influencia del interaccionismo simbólico y el pensamiento posmoderno.

¹⁸⁵ Sobre la vida de ambos autores, relatada por ellos mismos, véanse Henry, Barak y Milovanovic (1997). Cfr. las obras de este último, de comienzos de los noventa, en relación con el psicoanálisis, asimismo su libro *Postmodern Criminology* (en prensa).

Esta perspectiva atiende a la Semiótica como estudio de la construcción de significados. Entre sus postulados indicaríamos los tres siguientes: los seres humanos son agentes que se relacionan entre ellos, con grupos y estructuras a través de discursos; el delito es una categoría homogeneizante construida (no causada) socialmente, por procesos sociales dialécticos de poder e ideología y que es cuestionada en cuanto signo de progreso; y el pluralismo jurídico, o relación entre el control social extraoficial y estatal, repercute en la comprensión de estos procesos. El delito significa, en parte, relaciones sociales, y viceversa (Hunt 1993). El derecho se define como la interpenetración de las relaciones sociales extrajurídicas en las jurídicas y al revés, en busca de su identidad. Henry y Milovanovic se muestran favorables a ciertos procesos de neocriminalización, pero, en todo caso, proponen una sustitución del discurso para centrar la mirada en las prácticas informales y marginales que conforman el poder del control del delito.

De acuerdo con Smart (1995, 8; 203), el posmodernismo constituye una crítica a la epistemología, que aporta un profundo escepticismo y unas dudas radicales. Morrison ha criticado esta Criminología posmodernista como impulsora del nihilismo, la confusión y la melancolía (1995)¹⁸⁶, aunque sus representantes replican que se trata de una reconstrucción no melancólica. Algunos autores piden conceptos de justicia relativos a la sensibilidad ante la alteridad y a la comunidad, como apertura radical (Stanley 1996). Por su parte, Nelken propone una Criminología reflexiva (1995).

1. 2. 13. 5 Consideración especial del abolicionismo

¹⁸⁶ Morrison entiende la misión de la Criminología como el estudio del delito, la penalidad y la víctima para alertarnos sobre aspectos de la condición humana que, de otra forma, serían suprimidos en nombre de la normalidad (1995).

Finalmente, trataré de la corriente abolicionista, relacionada en sus orígenes -al menos en algunos países- con la Criminología radical y el movimiento en favor de los derechos de los internos (Brown y Hogg 1992)¹⁸⁷. Distintos representantes del abolicionismo enfatizan lo extraordinario del control formal, y especialmente del castigo penal, en comparación con los controles informales. De manera contraria a la mayoría de las teorías criminológicas aludidas, el desarrollo del abolicionismo se ha producido fundamentalmente en Europa (particularmente el llamado abolicionismo escandinavo)¹⁸⁸ y más tarde en Latinoamérica. En todo caso, es preciso indicar, desde el primer momento, la variedad de perspectivas dentro del mismo. De acuerdo con Deflem (1994, 360), podemos distinguir dos grupos: el fenomenológico y el estructuralista. El primero estaría representado, entre otros, por Hulsman¹⁸⁹ y de Haan (1996), quienes piensan que es posible construir alternativas a pequeña escala para tratar los conflictos de manera desprofesionalizada, desinstitucionalizada y descentralizada. El segundo, representado entre otros por Scheerer y Zaffaroni, resalta que el conflicto no se limita a los individuos, sino que el sistema penal cumple también la función de mantener el *statu quo*¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Podemos destacar sus nexos teóricos con el pensamiento anarquista. Vid. Peter Kropotkin (1996) y cfr. Ashworth (1992b). Para una crítica que califica las propuestas de esta corriente de utópicas, ingenuas e incorrectas, véase Silva (1992, 20-6).

¹⁸⁸ Cfr. asimismo las particularidades de la discusión en EE.UU., según Knopp (1991).

¹⁸⁹ Véase Hulsman (1996). Sobre su uso del término "situación problemática", en lugar de delito, cfr. la expresión *trouble case* de Llewelyn y Hoebel (1941).

¹⁹⁰ Cfr. de Folter (1986).

El movimiento internacional abolicionista¹⁹¹, como bien indica Scheerer, puede considerarse una prolongación del que pedía la eliminación de la esclavitud y la pena de muerte¹⁹². Cuenta también con la influencia de la filosofía de Foucault y Habermas¹⁹³. Entre sus representantes, de forma no exhaustiva, menciono a Christie, Hulsman (1986; 1991; 1995; 1996)¹⁹⁴, Bernat de Célis (1982; 1984; 1986), Knopp (1991) y van Swaaningen, Zaffaroni¹⁹⁵ (1989a; 1993 a y b; 1995a y b), Bianchi¹⁹⁶ (1988; 1994) y Scheerer (1989)¹⁹⁷. De sus postulados cabe destacar dos¹⁹⁸. Primero, el delito es una concepción

¹⁹¹ Representado por una serie de conferencias internacionales como la de Barcelona de 1995 y la última, la octava, en Auckland (Australia) en febrero de 1997.

¹⁹² Véanse Lasocik, Platek y Rzeplinska (1991). Sobre el debate relativo al cristianismo, vid. Wood (1991). Sobre su relación con la modernidad, vid. Rahm (1991). En general, Ferrajoli (1995), Morris (1995), Centre International de Montreal (1995, 29) y Cain (1985).

¹⁹³ Sobre la diferencia entre ambas, en relación con el abolicionismo, véase Deflem (1994, 362-4). Sobre la influencia de las tesis de Habermas en la corriente abolicionista, Smaus (1986).

¹⁹⁴ Véanse también Hulsman y Bernat de Célis (1984) -sobre ellos Beristain (1990, 138)-, junto a Hulsman y van Ransbeek (1987). Respecto del debate propuesto por Hulsman en 1980 sobre la despenalización, en el seno del Consejo de Europa, véase van de Kerchove (1984; 1987). Sobre Hulsman, cfr. Blad, van Mastigt y Uildriks (1987) y Pavarini (1994).

¹⁹⁵ En torno a la influencia de su pensamiento en América Latina, véase Araujo Junior (1993).

¹⁹⁶ Cfr. Scheerer (1989). Véanse también Bianchi y van Swaaningen (1986) y cfr. Sim (1990).

¹⁹⁷ Sobre el debate en los Países Bajos, además de las obras de Hulsman y van Swaaningen, véanse también de Haan (1985; 1989; 1990; 1992). En Alemania, cfr. Bussmann (1989), Smaus (1986), Steinert (1984), Garz (1987), Blau (1987), Quensel (1990), Sessar (1986), Stangl (1988, cfr. Blankenburg), Kuhn (1990), Sieverts y Schneider (1991), Kaiser y otros (1993) y especialmente Scheerer (1984). En Latinoamérica Martínez (1990), Fernández Blanco y Jorge (1993), Gutiérrez Quevedo (1993), Furtado (1994), Barreda (1995), Freixas (1995) y Sánchez Romero y Houed (1996). En España, entre otros, cfr. de la Cuesta (1983), Martínez-Fresneda (1993), Savater (1977), Cuello Calón (1954), Generalitat (1988), Bueno Arús (1994a), García Valdés (1986), Díaz-Santos y Caparos (1995). En relación con menores Funes y González (1988), cfr. Albrecht (1990).

histórica errónea ya que, en primer lugar, constituye un conflicto personal. Segundo, se propugna la abolición del sistema penal y su sustitución por sistemas más participativos y democráticos que eviten la burocratización y profesionalización. Hulsman, por ejemplo, pide la desaparición del Derecho penal en favor del Derecho civil que favorezca la mediación reparadora. Un punto inicial puede encontrarse en la obra de Mathiesen, de 1974, *La política de abolición*, que luego fue criticada por la propia Criminología radical¹⁹⁹.

Como ejemplo de una visión abolicionista, mencionaré la obra de Christie, profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo. Ha publicado varias obras de sumo interés como *El enemigo útil*, dedicado al tema de la droga y *Límites al dolor*, donde se propone la abolición del sistema penal. La mayoría de los estudios que tratan el tema de la mediación, para la reparación de la víctima, citan el trabajo de este autor aparecido en 1977 en la *Revista Nórdica de Investigación Penal*, donde se defiende la idea de los conflictos como propiedad²⁰⁰. Dicho trabajo se basa en la conferencia pronunciada en marzo de 1976 en la Universidad de Sheffield, al inaugurar el Centro de Estudios Criminológicos, en la que, precisamente, dijo que quizá la Criminología no debiera existir.

¹⁹⁸ En todo caso, las líneas teóricas e ideológicas de los distintos autores representantes del abolicionismo varían, de uno a otro, e incluso de una obra a otra de un mismo autor.

¹⁹⁹ Véase Mathiesen (1991; 1995) y cfr. Sommer (1976). Sobre la relación entre la Criminología crítica y el abolicionismo vid. Larrauri (1991b). Véanse también Schur (1973) y varios (1986). Respecto del *labeling* Schumann (1985).

²⁰⁰ Respecto de la traducción de dicho artículo al castellano, véase Christie (1992). Cfr. Christie (1994) y Poncela (1983).

Se mostró a favor de un sistema en que se pueda averiguar si se ha cometido un hecho y por qué, pidiendo una confrontación entre infractor y víctima, tendente a una reparación del daño, y que tendría lugar preferentemente en el vecindario de una de las partes. Se trataría de crear tribunales vecinales con carácter más civil que penal, en los que las personas que administrasen justicia fueran legos. Este sistema funcionaría, incluso aunque el infractor se negase a ello en un principio y la resolución del conflicto abarcaría también el análisis de su situación social. En definitiva, en dicho artículo, se califican los conflictos de “combustible social” que pertenece, primeramente al grupo social más próximo, ayudando a revitalizar las relaciones locales.

De acuerdo con Christie, los conflictos tienen aspectos positivos que deben hacerse visibles, sin ser arrebatados por el Estado y, más concretamente, por los operadores jurídicos, incluyendo los criminólogos. Cada delito supone un conflicto que debe permanecer en la esfera de los implicados, dentro de lo que denomina una “justicia participativa” (1981, 114). Se trata de llegar a una reducción de la coerción y del daño infligido, mediante el recurso a ciertos mecanismos premodernos de prevención del delito. Con un mínimo de instituciones informales nuevas (distintas de los tribunales), las comunidades pequeñas deberían tratar el comportamiento delictivo de manera reconciliatoria. Personas de características diversas, de forma no permanente, bien entrenadas en la resolución no punitiva de los conflictos, ocuparían esas instituciones. En todo caso, en opinión de Christie, es importante que los mediadores no lleguen a ser propiamente profesionales, aunque siempre tendrán que responder ante los propietarios del conflicto y ante la comunidad. Se trata de que los mediadores y quienes les dirigen y forman, no se conviertan en los nuevos “ladrones del conflicto”. La pregunta clave que él mismo se formula es la siguiente: “¿Es posible

construir algún tipo de justicia de barrio con las ventajas de la participación , pero sin perder la protección de la legalidad? ¿Puede el Estado entrar y ayudar a las partes débiles en conflicto, pero ayudarlas sin apoderarse del mismo?" La solución sería buscar en el propio sentido de justicia de los participantes, en su dialecto jurídico local -*legal local dialect*- (1981, 97-8; 110; 114).

En última instancia, Christie admite dos principios como son la compensación a las víctimas y el castigo absoluto. Reconoce que para lograr la compensación necesaria puede necesitarse cierta coerción, e incluso infligir dolor deliberadamente, pero debe realizarse de la manera más reducida posible y sin que asuma un papel instrumental (preventivo o rehabilitador). Por eso habla del "castigo absoluto" como una expresión pura de aflicción de los que han sufrido un daño. Ellos son los que, en estos casos, tienen que imponer el castigo y no los profesionales que tratan al infractor como un cliente-objeto²⁰¹.

Christie explica en su última obra, *La industria del control del delito*, que la misma "...no es un alegato por el retorno a una etapa de la vida en sociedad sin control formal. Es una llamada a reflexionar sobre los límites." Se trata de advertir sobre el reciente desarrollo del control social del delito, concretamente en la sociedad estadounidense. Según este autor: "Las ideas, los valores, la ética -y no el empuje industrial- deben determinar los límites del control, deben disponer cuándo es suficiente." El mayor peligro en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra él conduzca al autoritarismo, porque "...viendo al delincuente como un ser de otra especie, una no-persona, una cosa, no hay límites para

²⁰¹ Cfr. el concepto de súbdito respecto de la Administración pública, en su caso aplicable a la de Justicia, dentro de la cultura española de la reclamación -distinta, en todo caso de la litigiosidad, aunque indirectamente relacionada con la voluntad de denuncia- descrita por Martín Patino y otros (1997, 26-52).

las atrocidades posibles.” Es necesario potenciar la capacidad de identificación con el otro, la cual “...hace que las normas generales sean válidas para todos y funciona como un freno a las medidas más extremas”. Se propone entonces el encuentro víctima-infractor para aminorar los efectos despersonalizadores de la justicia penal actual, que favorece el desconocimiento, no permitiendo entender la identificación de víctima y delincuente, y facilitando el intercambio de mal por mal (1993, 21; 23-4; 48; 144-5).

Basándose en la importancia de la ley en los distintos sistemas sociales, el criminólogo noruego distingue fundamentalmente dos tipos de justicia²⁰². Uno es la justicia *de la aldea*, representada por jueces próximos a la gente, que no monopolizan la propiedad del conocimiento jurídico. Aquí la participación crea consenso, sin que sea necesaria la autoridad, tendiendo a recurrir a soluciones civiles en la forma de compensaciones y acuerdos. El riesgo reside en que esta justicia no es necesariamente “justa”, tal y como explica Christie, especialmente para los que no pueden participar con el mismo grado de poder o tienen pocas conexiones con la aldea. Esta justicia se sitúa en la historia remota, aunque persisten elementos en la actualidad, como ocurre con ciertos jueces de paz. Precisamente, cuanto más cerca están los que deciden de los participantes del conflicto, como integrantes de la aldea, más necesario es procurar la paz²⁰³. Esta justicia, en su simbolismo, ni es ciega, ni empuña una espada (1993, 148-9). El otro tipo de justicia es la *representativa*, ejercida a través de jueces que representan a la gente (1993, 149-151).

²⁰² En su obra se refiere también a la justicia independiente, en el sentido de la designación de jueces por otros jueces, que mantienen el cargo de por vida, lo cual se critica (1993, 151-2).

²⁰³ Cfr. Black (1993).

Para Christie la modernidad ha creado un esquema racional de tratamiento parcial del delito, ya que su justicia (representativa) no puede tratar los aspectos emocionales del mismo, como lo hace la de la aldea: “Para la víctima, el caso -si es serio- suele ser una experiencia única y cargada de tensiones. Si el delito se considera serio, la víctima tal vez sienta cólera o incluso aflicción. Ningún tribunal -a excepción de los de la aldea- es demasiado bueno para enfrentar estas emociones.” La demanda de penas más severas tal vez sea consecuencia de la falta de atención a la necesidad de la víctima de exteriorizar sus sentimientos, y no a sus deseos de venganza: “Se necesitan espacios para el comportamiento expresivo legítimo de la cólera o la aflicción, ya que se ha producido un paso del ritualismo expresivo a la eficiencia administrativa” (1993, 156-7).

El ideal de equiparar gravedad y dolor hace que se olviden otros valores humanos: “Lo que fue un sistema de justicia se convierte en un sistema de control del delito... Hoy se trata del control democrático del delito a través del voto de la mayoría. Para esto no hay límites naturales, en la medida en que las acciones no perjudiquen a esa mayoría.” La industria del control del delito es privilegiada al contar con una inagotable materia prima (delitos) como oferta, así como una demanda de este servicio y la posibilidad de pagar por lo que se considera seguridad²⁰⁴ (1993, 178-9 y 22). En la justicia actual,

²⁰⁴ La articulación de medios de seguridad variará según quién realice su demanda. Basta pensar en la proliferación de los vigilantes de seguridad privada y en las repercusiones de este concepto frente al valor de la comunidad. Sobre la policía privada en Latinoamérica, creando “burbujas de seguridad”, vid. Zaffaroni (1997) y Caldeira (1992). La situación más preocupante parece encontrarse en países con problemas de gobernabilidad, como es el caso de Rusia. En Estados Unidos, en 1970, existían 1,4 policías por cada guardia jurado, hoy la proporción es de tres guardias jurados por cada policía. La *General Motors*, por ejemplo, cuenta con 4. 200 hombres y mujeres integrantes de su servicio privado de seguridad. El Ministerio de Interior de nuestro país no dispone de datos integrados al respecto, aunque puede indicarse, a modo de ejemplo, que la empresa principal del sector, *Prosegur*, ha pasado en quince años de tener 1. 535 empleados a 23.806 (Ortega 1997). Vid. Larrauri (1992). Véanse las particularidades de la regulación española -donde habría que distinguir entre vigilantes de seguridad, escoltas privados, guardas particulares del campo, jefes de seguridad y detectives privados- en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada, su Reglamento,

los profesionales se alejan del núcleo básico de la experiencia humana, garantizando un buen trabajo, pero olvidándose del sano sentido común popular y de otro tipo de valores. Christie recuerda en este punto a Ivan Illich, a quien dedica su libro sobre la industria del control penal (1993, 25). Para Illich, cuando a la gente común se le hace creer que las repuestas a sus problemas se encuentran en la cabeza y en las manos de otros, se potencia la vulnerabilidad y el acaparamiento del conocimiento por parte de los expertos. De acuerdo con Christie -en lo que recuerda a Habermas-, el derecho moderno se ha convertido en un instrumento utilitario, apartado de las instituciones culturales y del núcleo básico de la experiencia humana. Se identifica más con una organización productiva preocupada por el cumplimiento racional de los objetivos. Por lo que: “En una sociedad que presenta grandes desigualdades, parece ser particularmente importante vincular al juez tanto como sea posible a todos los otros trabajadores de los símbolos, del significado, de la interpretación y del desarrollo futuro del núcleo común... Un juez reducido a ser un funcionario que aprieta un botón para obtener la respuesta correcta está muy lejos de ser libre” (1993, 186 y 188). Se trata de lograr una proximidad entre las instituciones jurídicas y otras instituciones culturales debiéndose remarcar, en mi opinión, el adjetivo *otras*, ya que no cabe olvidar que el derecho constituye una institución cultural.

aprobado por el RD 2364/1994, Órdenes de 26 de junio y 7 de julio de 1995 y Resoluciones de 19 de enero de 1996 y 7 de enero de 1997 de desarrollo del mismo y la Orden de 15 de febrero de 1997, por la que se determinan las armas de fuego a utilizar por los Guardas particulares del Campo para desempeñar funciones de vigilancia y guardería. Para un listado más completo puede consultarse la página Web del Ministerio del Interior en esta materia: <http://www.mir.es/segurida/persegur/normativ.htm>. Para el País Vasco, vid. el Decreto 309/1996, de 24 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de esta comunidad en materia de seguridad privada.

Las críticas a Christie se han centrado en la posibilidad de construir el mencionado *dialecto jurídico local*, sin la intervención del Estado (Fati_1995, 162) y especialmente en su imposible realización en las sociedades modernas actuales (Felstiner y Drew 1978). Christie replica que aún existen espacios donde puede rescatarse el sentido de comunidad. En todo caso, su teoría, tachada por muchos autores como utópica, ha tenido su reflejo práctico en la organización del sistema noruego de Konfliktrådet o juntas municipales de mediación²⁰⁵, según ha reconocido el Director de la Junta de Oslo (Kemény 1995, 1). Sus ideas, desde su influyente artículo de 1977, también han repercutido en la Junta de la Comunidad de San Francisco (*San Francisco's Community Board*) y en los experimentos fineses de mediación realizados entre 1983 y 1984 (Grönfors 1992, 424)²⁰⁶.

Antonio Beristain formula otras críticas generales a las corrientes abolicionistas, incidiendo en su propuesta de criticar el concepto tradicional de delito como binomio y referirlo a un "triángulo virtual", en el que entra la víctima. En cualquier caso, delitos como el genocidio o el terrorismo deben seguir siéndolo (1997b, 5).

1. 2. 14 Las aportaciones de la Victimología y la Criminología comparada

²⁰⁵ Tras los proyectos experimentales en los ochenta, el 1 de septiembre de 1992, entró en vigor en Noruega la Ley de Juntas Municipales de Mediación de 1991. Hoy existen aproximadamente unas 44 en todo el país, que fueron valoradas positivamente por el propio Christie en cuanto que se adaptaban a las necesidades y condiciones locales (The Royal Norwegian Ministry). En todo caso, aunque se conciben como órganos de resolución informal de conflictos, se encuentran bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia y Policía y están financiados por el gobierno central. En la práctica suponen una alternativa al proceso penal, principalmente para menores y casos menos graves.

²⁰⁶ Véase la Parte Tercera.

Existen diversas opiniones sobre la relación entre la Criminología y la **Victimología**²⁰⁷. En todo caso, en el plano metodológico, especialmente en lo relativo a la cifra negra²⁰⁸, la Criminología no puede prescindir, junto con los informes de autodenuncia, de las mencionadas encuestas de victimación municipales²⁰⁹, estatales o internacionales. Se destaca de esta forma la influencia de la Victimología²¹⁰ y la instrumentalización de la víctima como elemento/agente de control social. La denuncia, completada posteriormente

²⁰⁷ En muchos países existe ya un número importante de monografías y libros colectivos sobre el tema entre los que, olvidando los precursores y sin ser exhaustiva, mostrando la variedad de enfoques, pueden citarse Schneider (1975; 1982), McDonald (1976), Separovic (1985), Maguire y Pointing (1988), Lurigio, Skogan y Davis (1990), Hudson y Galaway (1980), Walklate (1989), Kosovski (1994), Fattah (1991), Heuni (1989), Joutsen (1987), Bustos y Larrauri (1993), Hutsebaut y Peters (1993), Landrove (1990), Romero (1994), Marchiori (1991), Herrera (1996), Neuman (1994 y 1995), Maier (1992a), Smith y Huff, Rajan (1981), Chockalingam (1985), Villmow y Plemper (1989), varios (1985), Weigend (1989), Kiefl y Lamnek (1986), Haesler (1986), de la Cuesta Aguado (1994), Filizzola y López (1995), Peris (1989), Beristain (1996), Walklate y Mawby, Négrier-Dormont y Tzitzis (1994), Kilchling (1994), David y Kirchhoff (1992), Peris (1989), CGPJ (1993), Roberts (1990), Beristain y de la Cuesta (1990), Hava (1995) o Wemmers (1996a).

²⁰⁸ Sobre la cifra negra y la eficacia del sistema penal en relación con la víctima, vid. de Jorge (1994) y, en una perspectiva norteamericana, Clear (1994).

²⁰⁹ Criticadas por Bergalli, en concreto aludiendo a encuestas llevadas a cabo en Barcelona y cuyos resultados se recogen en varios números de la Revista de su Ayuntamiento *Prevenió*, al pretender "...otorgar un valor al conocimiento que la policía local recogería de la opinión de las víctimas de delitos... con lo cual se 'construye' así conceptos tales como el de seguridad. Es suficiente observar el tipo de criminalidad respecto de la cual se hacen las encuestas, para deducir la función ideológica que orienta a estas investigaciones las cuales carecen, como es comprensible, de una complementación histórico-política y económico-estructural". Según este autor, estas investigaciones sirven para comprobar la tendencia a "policializar" cierto tipo de comportamientos como la tenencia de drogas o a criminalizar la presencia de extranjeros (1995, 90-1). Sobre la valoración de las encuestas de victimación, vid. Larrauri (1993, 81-9) y las críticas de Bustos (1993, 63; 67-9). Este último autor advierte del error de caer en un positivismo al hablar de la peligrosidad de las víctimas, como anteriormente ocurrió con el infractor. Por su parte, Walklate critica, del estudio de encuestas de victimación de Hindelag, Gottfredson y Garofalo (1978), el que se extraiga el concepto de "estilo de vida" olvidando el ámbito privado y los delitos económicos (1992, 106).

²¹⁰ Sobre las relaciones entre las perspectivas feministas y su mayor desarrollo en el ámbito de la Victimología que en el de la Criminología, con las implicaciones que ello conlleva, cfr. Cain (1997, 390; 392) y Walklate (1997).

con la testificación, tiene el papel de “llave” del sistema penal. En mi opinión, y en relación con la teoría del labeling, también las víctimas como agencias de control no oficiales seleccionan los casos de denuncia, fundamentalmente en función de su percepción del delito y su posición social (Gottfredson y Gottfredson 1980; Greenberg, Ruback y Westcott 1982)²¹¹. La ausencia de denuncia, en relación con la edad, clase social, tipo de acción, etc., pone de relieve el desconocimiento, la vulnerabilidad, el temor y/o la desconfianza de la víctima.

²¹¹ Habría que analizar en España las estadísticas sobre casos penales iniciados de oficio o tras denuncia/querrela.

Según se acepta tradicionalmente -lo que comentaré en profundidad en la siguiente Parte- tras la “edad de oro” de la víctima, se produjo su neutralización u olvido por parte del Derecho penal (y procesal) y de la Criminología. Para Schafer, la restitución a las víctimas constituye una vieja institución que se encuentra inseparablemente unida a la del castigo dentro de un “estado de guerra”, entre el grupo del delincuente y el de su víctima, con el objetivo de asegurarse el poder. La venganza de sangre suponía la racionalización de la responsabilidad, que variaba si el hecho se producía en el seno de un mismo grupo o entre grupos distintos²¹². En todo caso, el paso de la pura venganza a un sistema de compensaciones fue unido a la evolución socio-económica²¹³, que permitiría realizar valoraciones económicas de los distintos daños. Schafer estima que la Historia sugiere un crecimiento del interés por la reforma del delincuente emparejado con un declive del interés por la víctima (1977, 19)²¹⁴. Este autor también indica cómo, a lo largo de la historia podemos encontrar formas de reparación de carácter retributivo. La edad de oro de la víctima se corresponde, siguiendo a Schafer, con la estructura social del tipo de *comunidad* descrita por Tönnies, donde las relaciones sociales son familiares, involuntarias, primarias, sagradas,

²¹² Según Dorado, refiriéndose al derecho penal de los iberos, todo en la *gens* era colectivo -ofensas, reparaciones y venganzas-, poniendo como ejemplo de su época las costumbres de los kabyilas del Norte de África y los osetas del Cáucaso. Si el hecho se producía dentro de la *gens*, probablemente se daban otras reacciones como la expulsión, antes de la venganza (1901).

²¹³ Que Schafer entiende “natural” (1977).

²¹⁴ Esto puede ejemplificarse en la preocupación por el aumento de la tasa de criminalidad, según las estadísticas oficiales -por lo que cabría considerar, además, la cifra oscura-, que no parece asociarse directamente con el número y calidad de victimaciones producidas en personas concretas. Cfr. Schafer (1977, 20).

tradicionales, emocionales y personales²¹⁵. Con el sistema de *sociedad* contractual, la interacción social se vuelve voluntaria, secular, secundaria, racionalista e impersonal. Cuando el Estado acaparó el *ius puniendi* se distinguió entre Derecho civil y penal, situándose los derechos del perjudicado en la esfera del primero. El Estado sólo se interesó por la responsabilidad penal del infractor en una concepción individualista, que se verá enriquecida con una serie de garantías hacia el acusado. Durante la época del “declive” de la víctima, aún se propusieron acciones en relación con su satisfacción, así en 1847 el penólogo francés Bonneville de Marsangy esquematizó un plan de reparación²¹⁶. En el Congreso Internacional de Prisiones de 1878, en Estocolmo, autores como William Tallack propusieron que se volviese a la práctica antigua de reparar al perjudicado²¹⁷. En el Congreso de Roma, de 1885, fue el propio Garofalo quien suscitó la cuestión, que sería discutida en el siguiente, en 1890, en San Petersburgo. En el Congreso de la Asociación Penal Internacional, celebrado en Cristianía en

²¹⁵ Conforme a Schafer, la regulación actual contra el genocidio puede recordar superficialmente al sistema propio de la comunidad (1977, 21).

²¹⁶ Sobre el papel de William Tallack, I. E. Cohen, A. Eglash, Margery Fry, Stephen Schafer, R. Barnett, J. Hudson, B. Galaway, y otros en el redescubrimiento de la víctima en el ámbito anglosajón, véase Weitekamp (1993, 76-8). Bonneville de Marsangy en un artículo publicado en la Revista penitenciaria, en 1847, titulado *Reparation civile en matière criminelle*, proponía que el tribunal fijase de oficio la cifra del daño: “La indemnización debe ser exigida por el Estado, como los gastos de justicia.- No se debe conceder la gracia de indulto más que cuando el daño haya sido reparado (con responsabilidad solidaria de la familia del condenado).- Sobre los productos del trabajo del detenido debe retenerse una parte en provecho de las personas perjudicadas.- No debe admitirse la prescripción (lo cual se encuentra también en el Código penal austriaco) más que cuando el daño ha sido reparado...” Asimismo, Franchi, en su obra de 1903, *Il progetto Giolitti per il lavoro dei condannati all'aperto, e il diritto penale nella Scuola positiva*, proponía que, con el producto del trabajo en las colonias agrícolas penales, se debía formar un fondo único de indemnización a las víctimas (Ferri 1903, t. II, 278-9, nota 1). Véase el capítulo sexto de la Parte Tercera, correspondiente a la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro derecho positivo.

²¹⁷ Véase Pears en torno al Congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, donde se discutió sobre los trabajos obligatorios en servicio de la comunidad como alternativa a las privaciones de libertad cortas (1912).

1891, se concluyó que el derecho moderno no consideraba suficientemente la reparación debida a los perjudicados y que las ganancias de los internos en prisión podrían utilizarse para este fin²¹⁸. En 1895, en el Congreso Internacional de Prisiones de París, Bonneville de Marsangy, Tarde, Garofalo, Prins y otros, ratificaron dicha conclusión, enfatizando la necesidad de reparación por parte del propio infractor²¹⁹. En el Sexto Congreso Internacional Penitenciario, de 1900, en Bruselas se volvió a insistir en una reforma procesal que facilitara la acción civil²²⁰.

El “renacimiento” de la víctima, como objeto de estudio, se producirá especialmente con el surgimiento de los primeros escritos de Victimología, en los años treinta, por parte de von Hentig, Mendelsohn, Ellemberger y Wolfgang, a quienes ubicaríamos dentro de una primera Victimología positivista o del acto²²¹. El término “Victimología” fue empleado por vez primera por el psiquiatra estadounidense Wertram. La primera monografía sobre víctimas apareció en La Habana, en 1930, con tres escritos sobre la protección de la víctima del delito, que un año antes habían sido pronunciados como conferencias en dicha ciudad (Kirchhoff 1994, 8). En 1947 Mendelsohn presentó un ensayo en el que hablaba de esta nueva ciencia. Un año después, von Hentig en *El*

²¹⁸ Cfr. Berdugo (1982), Ruggles-Brise (1925) y Teeters (1949). Sobre el undécimo Congreso Internacional de Derecho penal de 1974, donde se discutió una resolución en torno a las indemnización a las víctimas de infracciones penales, véase *Association Internationale de Droit Pénal* (1977). Sobre el informe presentado al 13^a Congreso Internacional de dicha Asociación relativo a la desjuridificación, *diversion*, mediación y sustitutos de la acción criminal, véase Sorour (1984).

²¹⁹ Véase Armengol y Cornet y otros (1896).

²²⁰ Véase de Latour (1901). Cfr. Baldwin (1906), sobre el Congreso penitenciario internacional de Budapest de 1905, donde se discutió en torno a los trabajos de utilidad pública por parte de los condenados. Asimismo, Torp (1927), sobre el Congreso penitenciario internacional de Londres de 1925, donde se debatió el principio de oportunidad y la aplicación de alternativas.

²²¹ Sobre el desarrollo de la Victimología y sus estudios empíricos, cfr. Schafer (1977, 33-105).

criminal y su víctima analiza la dicotomía entre el ofendido y el ofensor, según fue creada por el Derecho penal para favorecer el control social y evitar las causas del delito. En 1967, Schafer invierte, en su obra *Victimología*, el título de von Hentig e identifica los dos problemas centrales de esta disciplina: la contribución de la víctima al delito y su posterior reparación.

Podríamos distinguir, en sentido correlativo a la Criminología, una primera Victimología etiológica -influida por la literatura²²² y el psicoanálisis-, preocupada por encontrar el grado de participación en el hecho delictivo de distintos tipos de víctimas²²³. Entre los padres de esta Victimología tradicional o clásica, que predominó hasta fines de los sesenta -y que encuentra su influencia en el Derecho penal actual en la llamada Victimodogmática²²⁴-, estarían von Hentig, Mendelsohn, Wolfgang y Amir (1971). El criminólogo alemán von Hentig defendió una concepción interactiva del delito, presentando a la víctima como “actor sufriente” que podía conformar a su victimario -en esta afirmación se aprecia la influencia de la obra literaria de Werfel²²⁵-. El abogado rumano Mendelsohn fue, sin embargo, quien

²²² Véanse las referencias literarias, especialmente las de F. Werfel, citadas por Drapkin (1980, 372). Esta literatura muestra, siquiera mínimamente y en esto discrepo con Herrera (1996, 73), que sí ha habido reflexiones sobre la víctima, independientemente que el nacimiento de la Victimología responda a un momento socio-histórico concreto.

²²³ Así Mendelsohn distinguía entre víctimas inocentes, colaboradoras y provocadoras. Wolfgang entre víctimas de primer grado (afectadas directamente), de segundo y tercero. También se habló de víctimas sustituibles e insustituibles (en relación con un posible pronóstico). Cfr. Nieves (1979).

²²⁴ Expresiones de la cual pueden encontrarse en la jurisprudencia que utiliza el término “concausalidad” en accidentes de tráfico, vid. Serrano (1996). Cfr. Rusconi (1996). También, siguiendo a Silva, caben consideraciones victimodogmáticas en determinados delitos recogidos en el Código penal, como son el consentimiento en las lesiones (en el deporte, operaciones quirúrgicas, etc.), estafas o delitos de relación, según terminología de la doctrina alemana, coacción y violación coactiva y provocación -incluyendo la legítima defensa- (Vidal 1996). Sobre las posibilidades de la victimodogmática, vid. de la Cuesta (1989, 78).

²²⁵ Cfr. Charles Dickens cuando, a mediados del siglo XIX, escribió a favor del acusado:

trató de atribuirse la paternidad de esta nueva ciencia, difundiéndola internacionalmente y defendiendo su independencia. En sus obras de los años treinta y cuarenta se encontraba un concepto amplio de la víctima, junto con su tipología clásica²²⁶. Asimismo, fue uno de los primeros autores en reconocer la necesidad de apoyo a la víctima y la prevención victimal. El norteamericano Ellemberger se centró, en los años cincuenta, en el riesgo o vulnerabilidad victimal. Su compatriota Wolfgang sería el primer victimólogo en realizar investigaciones empíricas significativas sobre las estadísticas de homicidios, enfatizando la noción de victimo-precipitación (Herrera 1996, 96-7; 101-108; 110-1).

“...sin su obstinado empeño en que lo asesinasen, el apreciable semejante que ha de comparecer en juicio no se habría visto metido en estas molestias” (1960, 1741).

²²⁶ Vid. García-Pablos (1988, 82).

Posteriormente, surge lo que llamaremos la Victimología moderna²²⁷, influida por el movimiento internacional en favor de las víctimas, principalmente a finales de los setenta, y apoyada por los Congresos Internacionales de la Sociedad Mundial de Victimología a partir del de Jerusalén de 1973. El objeto de la Victimología²²⁸, en sentido amplio, consiste en el estudio del concepto de víctima, la relación entre víctima y victimario (la llamada “pareja criminal”), las formas, los efectos de la victimación²²⁹ y su reparación, y la prevención²³⁰ del delito (y del miedo al mismo²³¹). El interés revivido por la víctima se entiende por Schafer como una señal de la suavización de la orientación formalista-individualista del Derecho penal, abriéndose a un “entendimiento universalista del delito”²³². Para este autor:

²²⁷ Sobre el contexto del surgimiento de esta nueva Victimología, véanse Larrauri (1993, 79-80) y Bustos (1993, 73-4).

²²⁸ Cfr. Viano (1990) y Karmen (1990).

²²⁹ Físicos, psicológicos y/o económicos. Se incluye la victimación secundaria, donde pueden destacarse los estudios de la percepción de la víctima por parte del jurado y su influencia en su decisión, vid. p. ej., Fletcher (1997), Kerr (1978) y Landy & Aronson (1969).

²³⁰ Se distingue entre prevención general, sectorial y específica, teniendo en cuenta además tres factores: lugar (cfr. los conceptos de teoría ecológica y prevención comunitaria), momento y modo de comisión (cfr. el debate sobre la nueva tecnología de la seguridad). Téngase en cuenta la importancia de la prevención para establecer la calidad de vida en las ciudades, en cuya medición se suele incluir, como indicador, el número de delitos por habitantes, véase como ejemplo el estudio sobre las 52 capitales de provincia españolas en *El País Semanal*, de 2 de marzo de 1997, p. 52. Asimismo, el índice de delitos y el número de personas en prisión se tienen en cuenta en los Informes sobre el Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas.

²³¹ El riesgo de victimación ha sido estudiado, entre otros, por Seeling y Pinatel, centrándose en diversos factores de selección como son la edad, sexo, profesión y/o situación socioeconómica -habría que añadir la etnia o la cultura-. Por su parte, Eisemberg destacó las relaciones personales. Sobre la inseguridad ciudadana o miedo al delito como victimación indirecta o subjetiva, véase Bustos (1993, 66). Para una relación entre la inseguridad y la cultura jurídica en Argentina, cfr. Bergoglio y Carballo (1993). Respecto de la victimación múltiple, cfr. Farrell (1992).

²³² Frente a lo universal estaría lo suprauniversal que supone un predominio de una ideología política, facilitando la producción de tipologías de delincuentes. La orientación

“El Derecho penal y la Criminología universalistas dirigen su atención a lo que podríamos llamar provisionalmente la ‘responsabilidad funcional’ del delincuente -y quizá también de la víctima-, más que a la acción o conducta criminal aislada” (1977, 24). Sin embargo, los sistemas penales actuales sólo ofrecen una “restauración ritual de la ley y el orden”, manteniendo una respuesta retributiva unilateral.

suprauniversal niega la contribución positiva o negativa de la víctima en el delito (Schafer 1977, 25-7).

Dentro de la Victimología moderna o interaccionista, sobresalen: Gulotta, con su concepción del sistema abierto víctima-ofensor; Fattah en su intento de compatibilizar las teorías criminológicas y victimológicas; y la particular visión de Beristain en nuestro ámbito²³³. A finales de los setenta, también los Congresos Internacionales de la Sociedad Internacional de Victimología recogerán esta orientación, más tarde perceptible en normas internacionales de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa²³⁴ -cada vez más dentro de la noción de los derechos humanos-. Distintamente de la Victimología moderna como disciplina -aunque contribuyó a la misma en un primer momento- cabría entender los movimientos sociales y la creación de asociaciones de defensa de los intereses de distintos colectivos de víctimas²³⁵. Por último, el sujeto pasivo y/o perjudicado se convertirá en tema de especial interés en el Derecho penal y procesal²³⁶ de los distintos países, especialmente a partir de los años ochenta.

Cabe hacer alusión además a las investigaciones, más bien criminológicas, sobre los delitos sin víctima y la llamada cadena transformativa, ejemplificada en las venganzas entre familias de determinadas comunidades²³⁷. Walklate distingue, dentro de esta Victimología moderna, la Victimología realista -influida por la Criminología realista de izquierdas y que utiliza las encuestas locales de victimación con carácter

²³³ Véanse también los estudios sobre la posición del perjudicado por el delito, como los de Strüwer (1976) y Hochheuser (1965). Vid. Holyst (1982).

²³⁴ Vid. Herrera (1996, 128-133).

²³⁵ Véase Parte Tercera. Vid. Herrera (1996, 118-28).

²³⁶ En 1989, en el ámbito alemán, Weigend se preguntaba si la víctima del delito y el proceso penal constituían el tema de moda de la discusión penal de los años ochenta, tras entrar en vigor, el 1 de abril de 1987, la ley de protección de la víctima, que supuso la primera ley de mejoramiento de la situación del perjudicado en el proceso penal.

²³⁷ En relación con ello véanse los estudios recientes de E. Fattah (1996).

explicativo, más que descriptivo-, de la Victimología crítica -que enfatiza la posibilidad de resistencia frente a la opresión, de ahí el empleo del término “supervivientes” para referirse a las víctimas; no olvida los delitos económicos ni el ámbito privado; hace uso del método desconstructivista, estableciendo relaciones micro-macro y sincrónicas-diacrónicas; y se centra en una noción colectiva y pluralista de la ciudadanía, más allá del individualismo- (1992).

A pesar de que no se encuentra específicamente vinculada a la Victimología ni se trata de una nueva teoría, sino más bien del uso de un método comparativo en relación con la Antropología jurídica²³⁸, lo cual se viene realizando desde hace tiempo²³⁹, mencionaré aquí como rama específica la llamada **Criminología comparada**²⁴⁰. Entre sus representantes encontramos a Denis Szabo (1993) y los trabajos del Centro Internacional de Criminología Comparada de Montreal, en Canadá²⁴¹. En una dirección diversa, otros autores como Bennett y Nelken (1994, 229; 1997c) han hablado de la generación de teorías que incorporan variables culturales, destacando la relativización del concepto de delito y pena, y rechazando el etnocentrismo. Estas consideraciones resultarán relevantes en el desarrollo de las Partes Cuarta y Quinta.

Cabría aludir a la necesidad de una Criminología (por llegar), con notas de la Criminología marxista y feminista, que enlace la literatura victimológica sobre las víctimas del delito y del abuso del poder con la

²³⁸ Cfr. Kaiser (1988, 62-5).

²³⁹ Como antecedentes podemos destacar las obras de Guerry, Tarde y Mannheim (1974).

²⁴⁰ Cabe relacionar este término con el de Etnocriminología y recientemente, enfatizando cierto aspecto de la misma, con Criminología multicultural. Cfr. Shelley (1981).

²⁴¹ Cfr. Barak-Glantz y Johnson (1983) y Holyst (1979).

criminalidad organizada o sistémica²⁴², permitiendo una teorización del delito individual o en grupo, junto con sus implicaciones fuera de las fronteras estatales. Una Criminología atenta también a lo que algún autor ha llamado criminalidad colectiva o crimen social²⁴³ -que no deja de ser una construcción artificial-. Igualmente, las nuevas teorías sobre la justicia restaurativa, que veremos a continuación, deberían reflexionar en torno esta temática para asegurar su coherencia.

²⁴² Cfr. Martín y Romano (1992).

²⁴³ Cfr. Chamorro (1983, 67).

1. 2. 15. Teorías sobre la justicia restaurativa en el ámbito del sistema penal: de raíces explícitamente cristianas (Zehr, Wright y el movimiento de la justicia relacional) y otros enfoques (Cragg, Fati_ y Beristain)

En este apartado, mencionaré algunas teorías específicas que explican el control social desde la perspectiva de la promoción de una justicia restaurativa²⁴⁴. Entre las mismas, distingo aquéllas de raíces explícitas cristianas (Zehr, Wright, *Relational Justice*), de otras como las de Cragg, Fati_ o Beristain²⁴⁵.

Howard **Zehr**, profesor de Historia y director del Comité central menonita sobre justicia penal, ha influido notablemente en el ámbito anglosajón, y fuera de él, con su obra de 1990, titulada *Cambiar de lentes*, concretamente en el desarrollo de los Programas de Reconciliación Víctima Infractor (*Victim Offender Reconciliation Program, VORP*). En dicha obra no diseña una teoría articulada, aunque sí propone determinadas ideas sensibilizadoras. Para este autor, el modelo concreto actual de justicia penal es retributivo -con elementos rehabilitadores- y basado en la asunción de que el delito es una ofensa contra el Estado. Zehr lo cuestiona y propone

²⁴⁴ Como antecedentes intelectuales, aunque no de forma organizada teóricamente, véanse Prins y Tallack (1900). Weitekamp ha aludido a los primeros partidarios del paradigma de la restitución o de la justicia reparativa (1993, 81-8). Serían, según dicho autor, además de Christie y Braithwaite, Abel y Marsh (1984) -quienes defendieron el efecto retributivo y rehabilitativo de la reparación-, Barnett (1977; 1980) -quien hizo alusión a la crisis del viejo paradigma del castigo y la propuesta de otro de restitución, Cantor (1976) -quien propuso una justicia civil en forma de arbitraje-, Del Vecchio (1975) -quien rechazó el principio kantiano de mal por mal y abogó por una abolición de las prisiones en favor de la reparación del daño, lo cual en un futuro podría suponer lo que en su tiempo significó la abolición de la tortura en favor del principio de humanidad-, y Pepinsky y Quinney (1991) -quienes apoyan los programas de mediación en cuanto que no responden a la violencia con violencia (Schwartz 1997) y a quienes se ha criticado que su propuesta de una Criminología pacificadora, puede suponer un modelo de justicia centrado en la persona, sin tener en cuenta los aspectos estructurales-. Sobre otros modelos de justicia que tienen en cuenta a la víctima, cfr. Sebba (1996a, 304).

²⁴⁵ Aunque implícitamente todas puedan tener dichas raíces.

un cambio de paradigma, teniendo en cuenta ejemplos del pasado, el sistema japonés y diversos experimentos de reconciliación. Para construir una nueva realidad, debe entenderse el delito primeramente como una ofensa contra una/s persona/s. El elemento fundamental de su propuesta, una justicia restaurativa, constituye la búsqueda de la reparación a la víctima, junto con la atención a las necesidades y responsabilidades del infractor y de la comunidad²⁴⁶.

²⁴⁶ Para un desarrollo de su esquema comparativo entre la justicia restaurativa y la retributiva, incorporando la rehabilitativa, véase Walgrave (1994).

El Prof. británico Martin **Wright** también ha escrito sobre el modelo restaurativo o reparativo (1991), proponiendo su integración en el sistema actual. La justicia restaurativa constituye una forma de justicia penal basada en la reparación material o simbólica, que sigue los dos siguientes principios: al infractor se le ofrece reparar a la víctima o a la comunidad, incluyendo la cooperación en su tratamiento -con ciertas restricciones de derechos si ello es necesario-; y a la víctima se le ofrece ayuda y reparación, a través de la mediación, en su caso. Para la comunidad local, esta justicia tendría un efecto integrativo, ya que sus miembros ostentarían el derecho y el deber de participar en el proceso, tanto como fuera posible²⁴⁷. Aunque no se pronuncia claramente, entiende que los límites de la justicia restaurativa se encontrarían en los delitos intentados -donde no se ha causado un daño efectivo-, en el incumplimiento reiterado de los acuerdos mediados, en la no voluntariedad del infractor, en los casos con clara desigualdad entre las partes y en los delitos más graves (1997, 11). Propone hablar de continuidad variable, antes que de alternativas, hacia un sistema mixto que trataría de evitar las incongruencias de tal coexistencia (1996a)²⁴⁸. Lo peor que podría ocurrir sería que el vocabulario de la justicia restaurativa fuese adoptado, sin más, por el sistema retributivo; se realizasen mediaciones sólo para casos menores; y la reparación tuvieran un mero carácter penal e incluso adicional²⁴⁹.

²⁴⁷ Al igual que en Zehr y en otros autores que defienden los efectos de la mediación reparadora, puede recordarse la tesis funcionalista de Durkheim.

²⁴⁸ Cfr. estas propuestas con las de Fattah (1995) y Bazemore (1996).

²⁴⁹ Cuando lo importante de la justicia restaurativa no es la reparación, que podría imponerse por un tribunal clásico, sino el proceso mismo de llegar a ella.

Wright forma parte de un grupo independiente de personas con experiencia en estos proyectos, denominado *Estándares en Justicia Restaurativa (Standards in Restorative Justice, SINRJ)*, cuyo objetivo es que la práctica se guíe por principios de calidad y garantías contra posibles abusos. Definen la justicia restaurativa como “un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar tras aquella y sus implicaciones para el futuro”. Los objetivos son tres: reparación material, social y emocional de la víctima; reintegración del infractor dentro de la comunidad (para prevenir la reincidencia); y promoción de la comunidad con recursos para la prevención del delito y para el manejo de los problemas. Se mencionan cuatro elementos principales de la práctica de la justicia restaurativa: la participación comunitaria o pública; la participación de las partes; la colaboración o “partenariado” entre las agencias; y la orientación hacia la resolución del problema. El objeto de la justicia restaurativa son los delitos seleccionados por el valor de la intervención, sin que exista una restricción *a priori*. Debe atenderse, primordialmente, a aquellos que provocan inseguridad o preocupación en la comunidad. El grupo *Estándares* concibe la justicia restaurativa, hoy por hoy, como complementaria y paralela a la justicia penal tradicional, incrementando sus recursos para la reducción del delito, la satisfacción social, el humanitarismo y la reparación de los lazos sociales.

Por su parte, también en el ámbito británico, Burnside y Baker, editaron en 1994 la obra titulada *Justicia relacional*, íntimamente conectada con la llamada justicia restaurativa -en la práctica con los proyectos de Conferencias de Grupos Familiares-, y la defensa de un concepto judeo-cristiano de reconciliación. Para Bottoms resulta fundamental la posibilidad de que el sistema penal se legitime, de manera que se consiga una mayor obediencia de las normas, promoviendo las relaciones y ayudando

a reconstruir lazos informales positivos. Dentro de este sistema se muestra a favor de las *penas* en la comunidad (1994, 56).

Asimismo, Wesley **Cragg**, estudioso del Derecho penal y voluntario de la Sociedad canadiense John Howard, propone una teoría de la justicia restaurativa que implica una resolución formal de conflictos mediante la reforma de las instituciones, que deben ser legítimas y efectivas en el control social, adoptando ciertos principios de la resolución informal de conflictos, que reduzcan la coerción y el castigo (1992). Este autor sólo puede concebir el control social a través del derecho porque, en su opinión, el informalismo general provoca violencia²⁵⁰.

²⁵⁰ Cfr. el modelo de justicia propuesto por Sebba (1997a, 335), que posibilita el recurso al derecho, pasando por unas primeras instancias de justicia comunitaria.

Por su parte, Aleksandar **Fati_** ha publicado un libro, fruto de su investigación doctoral en la Universidad Nacional Australiana, donde formula su propia teoría del manejo del delito (*crime-handling*). Según este autor, su tesis se situaría entre las de Christie y Cragg. La noción de justicia, demandante de castigo, debe rechazarse como modelo principal de control social y enfatizarse los principios de instituciones mínimas, educación y comunicación. Propone un sistema similar al informal de justicia juvenil actual (1995, 238). Estima necesario cierto control social, que él define, de forma amplia, como cualquier forma de socialización -hoy fundamentalmente a través de la educación y los medios de comunicación de masas-, imprescindible en todo grupo humano organizado. Deben evitarse la justicia y el dolor como instrumentos de control social, invirtiendo en bienestar social y cultura. La idea esencial consiste en promover la confianza entre las personas, lo cual posibilita su cooperación, en interés de todos.

Finalmente, cabe destacar las recientes aportaciones del Prof. **Beristain**. El Director del Instituto Vasco de Criminología, autor e impulsor de estudios victimológicos, constituye el único académico que ha formulado una teoría respecto de esta cuestión en nuestro país. Propone un cambio del término justicia restaurativa a justicia *recreativa*. Considera el delito como un comportamiento reprochable y omisivo por parte del infractor -sin dejar de aludir a las condiciones estructurales-. Define el control social como un compromiso responsable de aquél, de la sociedad y de la víctima, con una mirada constante hacia la reconciliación. Las sanciones no son consecuencias ontológicas naturales, sino una construcción social que procede del daño causado. Finalmente, propone una Criminología recreativa, aludiendo asimismo a un Derecho penal restaurativo²⁵¹.

²⁵¹ Cfr. los modelos de reacción de García-Pablos (1997, 318-28).

Las teorías sobre la justicia restaurativa han despertado diferentes críticas generales²⁵². En opinión de Melossi (1996), no queda claro si este nuevo paradigma de justicia es penal o no, aunque supone un mayor énfasis en las partes involucradas, más que en el interés del Estado. Asimismo, se señalan las dificultades de aplicarlo a delitos protagonizados por personas jurídicas, bandas u organizaciones criminales, delitos que producen victimación difusa, etc. De acuerdo con Melossi, este pretendido *nuevo* paradigma significa un esfuerzo del sistema correccional de rejuvenecimiento, especialmente respecto de los delitos menores cometidos por jóvenes. Este modelo de justicia parece más indicado en países donde no se cuestiona la hegemonía del orden normativo estatal o donde se proceda a una profunda transformación política de la situación social.

²⁵² Por todas ellas, véase Mika (1992).

Por su parte, Marshall entiende que la teorización de este tema, tras analizar la práctica, adolece de una serie de deficiencias, entre las que sobresalen cuatro (1996, 34-9): 1. Confusión a la hora de explicar el significado de la justicia restaurativa; 2. Pretendida oposición a una justicia (la retributiva y rehabilitadora) a la que, de hecho, no se opone, intentando esconder sus propios aspectos negativos; 3. Énfasis en ciertos valores religiosos que afectan a una ética no punitiva; 4. Caída en una posición individualista. Por todo ello, Marshall concluye que no se trata de un paradigma alternativo al actual y define la justicia restaurativa como un proceso por el que las partes, involucradas en un determinado delito, se juntan para resolver colectivamente cómo tratar sus efectos e implicaciones de cara al futuro. Él mismo ha expuesto una teoría que denomina de la nueva comunidad, por la cual también se decanta Weitekamp (1993). Para Marshall, la teoría de la resolución de los conflictos, con su énfasis en la cooperación, se viene aplicando a campos como la ecología, la gestión, las relaciones internacionales, la política, etc. Propone doce principios para la resolución de los conflictos delictivos: acercamiento al crimen como un problema compartido que necesita una verdadera solución; admisión de la complejidad de sus causas de carácter individual y colectivo; aceptación de las negociaciones y el compromiso; involucración de todas las partes afectadas; concentración en la reducción de delitos futuros; valoración de la reparación por encima del castigo; escucha a la víctima y al infractor; búsqueda de elementos positivos en el infractor; oportunidad de rehabilitación y reconciliación; atención a las emociones y a los aspectos materiales del conflicto; creatividad e innovación en la búsqueda de resoluciones; y empleo de medios apropiados a la amenaza que supone el delito en cuestión.

1. 2. 16 Recapitulación

Antes de pasar al segundo capítulo, realizaré un breve resumen recordatorio de lo expuesto hasta este momento. Aunque se ha seguido, con flexibilidad, un orden cronológico, las líneas anteriores no pretenden aportar una evolución lineal en la explicación teórica del control social. Sin detenerme en importantes aportaciones teóricas, he seleccionado y señalado diversos discursos que posibilitan pensar sobre la cohesión y el control social. Desde el ilustrado que justifica el control social estatal, pasando por el científico empírico -interpretado por la Criminología positiva como control clínico-, llegamos al sociológico, permitiendo una observación y explicación más amplias e interactivas de los distintos controles sociales, formales e informales. Éstas serán tenidas en cuenta, sin abandonar la ficción del contrato social y el paradigma etiológico, por las teorías que se enmarcan dentro de la moderna Sociología criminal. Asimismo, la Psicología social, el psicoanálisis y las teorías del desarrollo moral enriquecerán el debate sobre las relaciones entre el control interno y externo. Por su parte, la Antropología y Sociología del Derecho enfatizarán la relatividad de los controles sociales respecto de la complejidad en cada contexto histórico y social.

Con la teoría de la reacción social se produce un cambio de paradigma en el campo criminológico, cuyo centro será ahora el control. Ésta es la perspectiva que se aprecia, con diversa intensidad, en las teorías criminológicas más recientes, donde se enfatizan los controles informales y el papel de las víctimas, reforzado por las tesis victimológicas, más o menos autónomas. Resulta posible hablar de teorías -no totalmente estructuradas- dentro de la justicia penal que proponen y explican un control social basado en la mediación, reparación y/o conciliación. Incluso pueden relacionarse estas corrientes con un debate filosófico más amplio, iniciado por Habermas

y su teoría de la acción comunicativa. Finalmente, merece la pena destacar la escasa atención que, en nuestro país, han recibido la mayor parte de las teorías criminológicas más recientes.

2. CONFUSIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DE LOS CONTROLES FORMALES E INFORMALES

2. 1 DISTINCIÓN ENTRE CONTROL SOCIAL FORMAL E INFORMAL: AGENTES, DESTINATARIOS, ESTRATEGIAS. EL CONTROL JURÍDICO-PENAL

De acuerdo con Roberto Bergalli, en la práctica, todas las realizaciones del control formal están reguladas por normas informales, aunque teóricamente tienen que seguir formulaciones previas, establecidas en las normas penales sustantivas y adjetivas positivas (1991, 20). En este sentido, Aniyar de Castro destaca que todos los elementos de control formal e informal se encuentran implicados en los procesos de criminalización (1991, 379). A pesar de reconocer esta “confusión”, a la que contribuye la coexistencia de otros controles informales, por motivos fundamentalmente expositivos, intentaré realizar una distinción²⁵³, al menos de tipos ideales.

²⁵³ Algunos autores hablan de un grado diverso de especialización de las agencias, aludiendo a la división del trabajo.

Podemos entender el control formal como equivalente al estatal, oficial, jurídico o normativo²⁵⁴. Aquí la palabra “formal” significa, primordialmente, la intervención del Estado²⁵⁵, y no de otras instituciones -que también gozan de cierto grado de formalidad o normas explícitas, como es la Iglesia²⁵⁶-. Dentro del control formal podríamos separar el control jurídico-penal y del jurídico-administrativo (incluyendo gran número de ámbitos: salud física y mental, asistencia social, trabajo, medioambiente, etc.)²⁵⁷. Este último se está incrementando, según Horwitz, en lo que él llama “compliance systems” o sistemas de obediencia. En definitiva, las distintas formas de controles jurídicos y administrativos, que implican diversos grados de intervención estatal, constituyen, según este criterio, controles formales.

Fue Kaiser quien empleó de forma sistematizada por primera vez el calificativo “jurídico-penal”, en lugar de “control penal formal”. De acuerdo con Beristain (1992, 16)²⁵⁸, el concepto de control social jurídico-penal (*strafrechtliche Sozialkontrolle*) es una de las aportaciones destacadas del

²⁵⁴ Cfr. la distinción entre control público y privado (Carlen 1995). Ortega y Gasset en el capítulo undécimo de *El hombre y la gente* definió el derecho como uso fuerte frente a los usos débiles.

²⁵⁵ Sobre la formalización del Derecho penal, véase Hassemer (1982).

²⁵⁶ Independientemente de los casos de Estados confesionales.

²⁵⁷ Véase de forma resumida e introductoria Mir Puig (1996, 6-7). Por otra parte, existen las llamadas sanciones disciplinarias en el ámbito administrativo. La sanción disciplinaria y la pena no se diferencian esencialmente (Cerezo Mir 1996, 57-81). Podría distinguirse el derecho disciplinario de los funcionarios, internos en prisión, y con un carácter más privado de los deportistas, profesionales liberales y dentro de la empresa.

²⁵⁸ Como ejemplo de su utilización, incluye el término “control penal humano” en el título de una de sus obras. También añade el calificativo de “criminológico”, indicando que: “El control criminológico, para merecer el calificativo de humano, debe rebasar las coordenadas de la domesticación, del adiestramiento circense de los animales salvajes” (1990, 13).

Catedrático de Criminología y Derecho penal de Friburgo, que: “supera notablemente lo que en terminología angloamericana se denomina ‘Crime control’, por una parte, y ‘Social censure’, por otra”, integrando todas las instituciones, estrategias y sanciones sociales destinadas a producir conformidad en la esfera del Derecho penal. Se sitúa así en “la intersección entre el control social general, la política criminal y social y el empeño de la policía en la lucha contra el delito”. Para Kaiser: “El control social jurídico-penal supone la prevención primaria, es decir, la que se ejerce con carácter general a través de la política social y económica, y comprende también la secundaria referida a los delincuentes (potenciales), así como la terciaria, pensada para los posibles reincidentes” (1988, 110)²⁵⁹.

En interpretaciones más restrictivas, en una definición tautológica, “crime control” o control del delito designa las actividades autorizadas que constriñen el comportamiento de las personas con el fin de limitar la delincuencia (Liska 1987, 67; 1993). Conforme a Bustos, el Derecho penal constituye un control social formal de reacción, fundamentalmente mediante la pena (1994, 33-5).

²⁵⁹ Según Kaiser, por prevención del delito se entienden “todas las medidas que persiguen reducir la extensión y gravedad de la criminalidad, bien sea mediante la limitación de las situaciones que fomentan el delito o a través de la influencia sobre el delincuente (potencial)” (1988, 125).

García-Pablos entiende el control social penal como subsistema del control social global (1988, 105). Bergalli ha señalado que el concepto de control social y concretamente de control social penal no cuenta apenas con un principio de reconocimiento en nuestro contexto, a pesar de obras como las de Kaiser -ya mencionada-, Hassemer (1985), Muñoz Conde (1985), Bustos (1987) y Aniyar de Castro (1981, 27). Para Bergalli el control penal es un tipo particular de control social "...como parcela formalizada de aquellos mandatos y prohibiciones que, por último, han de respetarse a riesgo de que sus violaciones acarreen unas consecuencias que no sólo traducen el rechazo social, sino también la más severa y rígida de las intervenciones admitidas al Estado sobre el cuerpo social" (1986, 102). Reconoce también que fue Kaiser (1972) quien formuló por vez primera las diferencias entre "el *genus* control social y el *typus* control jurídico-penal", que más tarde fueron analizadas por Hess (1983)²⁶⁰.

Por su parte, Deflem define el control social en relación con el delito como aquellos mecanismos sociales que se desarrollan para reaccionar frente a él (previniendo, reduciendo y detectándolo) y para asegurar la obediencia a las normas sociales. De una manera más compleja, desde la teoría de la acción comunicativa de Habermas, para Deflem, el control social lo constituirían los mecanismos sociales que, de manera reactiva y proactiva se relacionan con el delito, y se definen y ejecutan por agencias de control estatales y de libre mercado, guiadas por imperativos burocráticos y económicos de los sistemas para intervenir en los mundos de vida, o a la inversa, en respuesta a las demandas legítimas que se originan en éstos. Este autor pone así de relieve la dualidad integrada del control social y la posibilidad de un

²⁶⁰ Como ya se ha indicado anteriormente, yendo más allá de la Criminología crítica, Bergalli propone una "sociología del *control penal*", que distingue de la Criminología, la cual queda relegada al saber clínico "...orientado hacia la técnica clasificatoria de individuos en los ámbitos de la reclusión penitenciaria" (1986, 106).

control democrático dentro de una definición constructivista del delito, que permite detectar lo que él llama el *locus* de control, bien en los sistemas o en el mundo de vida (1994, 356 y 367)²⁶¹.

²⁶¹ Cfr. Roshier (1989).

En la definición de control informal, han sido especialmente las corrientes abolicionistas, las que han destacado un aspecto importante ya mencionado: el castigo constituye realmente la alternativa a lo que ocurre en la vida diaria, donde los controles informales y formales -a través de otras estrategias- se ejercen continuamente (Blomberg y Cohen 1995, 9). Por otra parte, Black define el derecho en sentido amplio (textos jurídicos e instituciones que los producen y manejan) como control social gubernamental, el cual es comparativamente mucho más insignificante en el conflicto diario (1993, xiv). El derecho no es sino "...una de las más sofisticadas y controvertidas formas de control social en las sociedades modernas". Distintos escenarios (familias, organizaciones, profesiones, barrios, amigos, grupos de extraños, etc.) tienen sus propias formas de control social. El control social refleja la diversidad de la vida social, presente y pasada (1990, vii-viii)²⁶². De acuerdo con Bursik y Grasmick (1993), existen tres niveles de control social informal, a saber: el privado (en la familia y con los amigos cercanos), el local²⁶³ (entre conocidos) y el público (entre vecinos y agentes externos).

Por su parte, autores representativos de la teoría del *labeling* han mantenido una visión ideal del control social en su forma informal, descentralizada, no excluyente ni estigmatizante, situado "fuera de los tentáculos de los sistemas de derecho organizados por el Estado" (Blomberg y Cohen 1995, 6). Pero el control informal puede llegar a ser tan coercitivo,

²⁶² Lola Aniyar de Castro distingue entre el control informal en las sociedades rurales y el control formal en las sociedades industriales diferenciadas. Véanse Bonal y Ros (1992, 24-6), quienes indican las ventajas del control informal y se centran después en las características del formal.

²⁶³ Desarrollado por Taylor (1997), desde el punto de vista de la Psicología comunitaria. Cfr., desde la Psicología ecológica, Barker (1968) y Wicker (1979).

estigmatizante²⁶⁴ y gravoso como el formal (Matthews y Young 1992, 6), o incluso más, al no gozar de ciertas garantías formales. Aquí resulta interesante la distinción de Braithwaite sobre la vergüenza (*shame*) reintegrativa frente a la estigmatizante. Para Kaiser (1988, 111): “Naturalmente, el control social no tiene que imponerse siempre de una manera formal, a través de la policía o la Justicia; también puede llevarse a cabo de modo informal, y a menudo será más efectivo así, aunque no siempre quede libre de reparos desde el punto de vista jurídico estatal.” Continúa: “...el Derecho penal representa el sistema de encauzamiento normativo más formalizado y de construcción más racional, ofreciendo, además, una considerable división del trabajo”. Junto con otros autores, también establece la correlación de que “a menor control informal, mayor juridificación” (Kaiser 1988, 224, 229 y 240).

²⁶⁴ Puede pensarse en la “oveja negra” de la familia, el “alumno difícil” de la escuela, etc. (García-Pablos 1988, 588).

En la distinción entre control formal e informal es preciso preguntarnos por los agentes, destinatarios, campo de acción²⁶⁵, estrategias²⁶⁶, legitimación²⁶⁷, procesos (incluyendo garantías), sanciones, medios²⁶⁸... En cuanto a los agentes o portadores del control social, en terminología de Kaiser (1988, 111), podemos distinguir agentes de la socialización (control informal) y agentes de control jurídico penal. Forman parte de las agencias de socialización las siguientes instancias²⁶⁹: la familia, los amigos, las organizaciones relacionadas con el deporte y otros

²⁶⁵ En el control penal se acentúa la valoración de los bienes jurídicos protegidos y la gravedad de las lesiones hacia los mismos. Cfr. las aportaciones de los sociólogos T. Bottomore y Hertzler en Demarchi y Ellena (1986, 406-9).

²⁶⁶ Se destaca cómo el control jurídico-penal responde homogéneamente a una gran variedad de hechos muy distintos entre sí. Así, emplea la pena privativa de libertad como estrategia fundamental para los más variados tipos de delitos (Pérez Sanzberro 1996, 436). Cfr. el apartado sobre Criminología constitutiva y su definición del delito como categoría homogeneizante y De Leo (1993) respecto de la delincuencia "no común" y la aplicación de alternativas.

²⁶⁷ El control formal parece obtener parcialmente su legitimidad de una visión positivista del derecho que lo distingue de la política; el informal posee también su ideología respecto de la efectividad, el enriquecimiento personal y la transformación social.

²⁶⁸ García-Pablos se refiere a los medios o sistemas normativos del control social (la religión, la moral, la ética, la costumbre, la terapia, el Derecho civil, administrativo, penal, etc.) (1988, 105). Sobre la moral como control social, cfr. Lauderdale y Cruit (1993) y, respecto de la actividad policial, Skolnick y Woodworth (1967). Sobre la relación entre la moral y la producción de emociones clave para el control social, véanse Harré y Parrott (1996), aunque su análisis no se enmarca dentro del estricto campo de aquella. Téngase en cuenta la codificación actual de la moral a través de los códigos deontológicos para los médicos, policías, periodistas, etc. Sobre el primer Código de Deontología del Periodismo existente en España, elaborado por el Colegio de Cataluña, el redactor del Código del Consejo de Europa, argumentaba lo siguiente en un artículo titulado "Código deontológico o Código Penal" (Núñez Encabo 1997): "Si el control fuese principalmente jurídico podría encorsetar, sofocar y obstaculizar la propia libertad de expresión, ya que el derecho, por definición, supone un heterocontrol ajeno a los propios medios de comunicación que se ejerce y se impone con coacción externa y rigidez... es preferible aplicar un máximo ético y un mínimo jurídico."

²⁶⁹ Vid. Rapoport sobre la experimentación y el control, como dimensiones genéricas coexistentes dentro de cada una de las agencias fundamentales de socialización durante la adolescencia: la familia, el colegio y los amigos (1989).

juegos o actividades de tiempo libre, la iglesia²⁷⁰, la ciencia, la escuela, el arte, el trabajo, los medios de comunicación, etc. A este respecto puede verse el gráfico de Günther Kaiser sobre las referencias sociales (1988, 96). A continuación destacaré brevemente el papel de la familia, la escuela y los medios de comunicación, como principales **agencias de socialización**.

²⁷⁰ Sobre el control social religioso (no exactamente de las iglesias) respecto de los actos delictivos, Gannon (1970). Respecto de la relación entre la religiosidad y delincuencia, véase el esquema teórico de Benda (1997); para los cambios en la pluralidad de prácticas religiosas en EE.UU., Crane (1982, 232-4). En cuanto al control coercitivo ejercido por las sectas, piénsese en la expresión “sectas destructivas” (Langone 1993 y Prat 1997). Para un análisis jurisprudencial del fenómeno de las sectas en nuestro país, vid. Maqueda (1996).

De acuerdo con la Sociología, la familia cumple funciones de mantenimiento (biológico y afectivo), socialización, control y asignación de la posición social²⁷¹. También constituye fuente de victimación²⁷², en un momento de redefinición del papel de los géneros, donde la violencia doméstica cada vez se acepta menos en el discurso público. En todo caso, los estudios criminológicos actuales deben tener en cuenta los cambios recientes en la estructura y distribución de las funciones familiares, que aportan los informes sociológicos. En opinión de González Royuela (1997, 90), en el momento actual, los padres ya no constituyen modelos significativos de conducta para los jóvenes, papel que ahora desempeñan sus pares²⁷³. Por otra

²⁷¹ Cfr. Rodger sobre la familia como objeto de interés de la política social (1996). Glendon afirma que el declive de familia se relaciona con el aumento de la regulación de los servicios sociales (1986, 294-5). Sobre la familia y las relaciones de parentesco en España, desde la óptica de la Historia social, véase el dossier bajo este título del n. 21 de la Revista *Historia Social* (1995). Cfr. Román i Alfonso (1993), respecto del control informal de la familia y otras relaciones sociales relativas a la integración social de los drogodependientes; también el estudio publicado en 1987 sobre *Menores institucionalizados en la CAV*, donde se configuraba el perfil de la familia típica del menor infractor -detectado- como numerosa, de bajo nivel económico-cultural, con anomalías estructurales o funcionales y con cierto aislamiento social. Sobre estrategias de prevención del delito en la familia, vid. Utting, Bright y Henricson (1993).

²⁷² Se abandonan así posiciones excesivamente románticas sobre la familia. Fattah ha citado a Durkheim, quien indicó que, en familias menos integradas, se producen menos homicidios (1996).

²⁷³ Glendon llega a afirmar que se ha pasado de la pertenencia del individuo a la familia, a la concepción de ésta como servicio para aquél (1986, 292). Debe precisarse que, en nuestro país, según datos del Centro Superior de Investigaciones Científicas, un 60% de los jóvenes entre 25 y 30 años -que tienen trabajo- aún no se han despegado del hogar familiar. Además de por opciones personales, ello se explica por la poca estabilidad en el trabajo y las escasas perspectivas de solvencia económica. Ello implica que la familia española está jugando un papel económico y de refugio relevante y se entiende la caída importante de la nupcialidad y la fertilidad durante la última década. En la memoria del Consejo Económico y Social, correspondiente a 1996, se indicaba que la mitad de los desempleados en España eran menores de 30 años y sólo el 32% del total de menores de 30 años eran autosuficientes. Estos datos hacen concluir al Consejo que el paro juvenil "tiene efectos sociales muy altos, especialmente de exclusión social, que llevan parejos la falta de participación y reconocimiento, el aislamiento y la pérdida de autoestima, lo que puede derivar en la delincuencia, drogadicción o xenofobia". Para un estudio de las actitudes sobre la familia española, vid. Iglesias (en prensa).

parte, de acuerdo con un estudio relativo a nuestro país, un 36% de los padres encuestados se mostraban de acuerdo en que “una buena bofetada a tiempo es la mejor forma de dejar las cosas claras” -porcentaje similar al caso de los profesores, sustituyendo la palabra bofetada por castigo²⁷⁴-. Un 58% de los padres encuestados señalaron que utilizaban una pedagogía de la motivación basada en premios y castigos, entre los cuales se encontraban la prohibición de salir a la calle (45,8%) y una bofetada o cachete (6,2%) -entre los profesores, un 28% indicaron que utilizaban dicha pedagogía- (Martín Patino y otros 1997, 243-4; 259-60)²⁷⁵.

La escuela como agencia de socialización ha sido estudiada por numerosos autores en su relación con el delito²⁷⁶. El matrimonio Glueck y el criminólogo de Tubinga Göppinger se ocuparon del fracaso escolar. García-Méndez destacó el descubrimiento en el siglo XVIII de la escuela como productora de orden y homogeneización de la categoría “niño”, mientras que en el XIX se pusieron en práctica mecanismos de protección para los que habían sido expulsados o negados el acceso a la escuela. Estos mecanismos se enmarcan dentro de políticas de segregación, legitimadas por el positivismo criminológico y las teorías posteriores de la defensa social (1991, 18-9)²⁷⁷.

²⁷⁴ Con conclusiones más preocupantes sobre la utilización de castigos corporales sobre los hijos en EE.UU., cfr. Straus (1996).

²⁷⁵ Sobre las diferencias entre familias y escuelas como agentes de socialización, según encuestas en nuestro país, véase también Martín Patino y otros (1997, 248-50). Sobre las relaciones generales entre la familia y la escuela, vid. Dowling y Osborne (1996).

²⁷⁶ Hoy también se estudia como marco de victimación entre los estudiantes, véanse las últimas noticias sobre violencia escolar en Francia, EE.UU. y otros países occidentales.

²⁷⁷ Para un trabajo de campo en relación con la socialización de minorías a través de la escuela, véanse Vásquez Bronfman e Isabel Martínez (1996).

Otra agencia de socialización que adquiere relevancia hoy en día son los medios de comunicación²⁷⁸. Como indica Giddens, a partir del siglo XIX diversas publicaciones periódicas forman parte de la experiencia cotidiana de millones de personas influyendo en sus actitudes y opiniones²⁷⁹. En la actualidad, no sólo la prensa, sino la radio, la televisión o las posibilidades que ofrece la Internet merecen ser objeto de estudio. Aniyar de Castro subraya: “Las representaciones y actitudes del público son un primer nivel de control y de criminalización (estereotipos y estigmatización), como elementos que son de la base ideológica de ese control” (1991, 382)²⁸⁰. Adicionalmente, mediante la propaganda con su énfasis en el inconsciente, los medios de comunicación constituyen un instrumento del mercado como agente de socialización de consumidores, infractores o no²⁸¹. Quizá sólo se salvarían de este control del mercado los más excluidos²⁸², sin perjuicio de poder aplicar

²⁷⁸ Sobre la importancia de los medios de comunicación, en su relación con los agentes políticos y sociales para transformar la vida política, véase Touraine (1996), y sobre su papel para crear consenso en la sociedad de EE.UU. y del Reino Unido, Crane (1982, 235-8). Para una obra general clásica sobre los medios de comunicación, vid. McLuhan (1996). Sobre el estudio de sus efectos sociales y psicológicos, Bryant y Zillmann (1996). Respecto del efecto de deslocalización y desformalización que producen los medios en los juicios penales, creando una falsa imagen de democracia directa, y su relación con la justicia informal, vid. Garapon (1996).

²⁷⁹ Sobre la mayor atención de la prensa española a la víctima en caso de delitos contra las personas y la libertad sexual, véase el estudio empírico, para el período de diciembre de 1993, de Fernández, Herreros, Saenz y otros (1995). En general, respecto de los medios de comunicación y las víctimas, Viano (1995). En cuanto a la formación de la opinión pública como procesos psicosociales, cfr. Vidmar y Millner (1980).

²⁸⁰ Para un resumen del estudio de las representaciones sociales de la delincuencia en jóvenes de Bayona y San Sebastián, véase Beristain y otros (1996).

²⁸¹ Vid. sobre los mecanismos de socialización de la televisión, Ferrés (1996) y sobre el factor de la violencia en este medio, Clemente y Vidal (1996). Respecto de algunos datos sobre el consumo de televisión en nuestro país, de Miguel (1996, 376-88).

²⁸² Sobre los medios de comunicación como factor criminógeno, cfr. *Crime and Social Order in Europe* (1996, n. 3). Sobre la construcción del *moral panic* por los medios de comunicación y otras agencias, en la historia reciente del Reino Unido y de los EE.UU. respecto de los jóvenes, Branningan (1987). El concepto de pánico moral fue utilizado por

también la teoría de Merton. Igualmente, los medios de comunicación se encuentran entre las instituciones que marcan pautas de salud y belleza, que ejercen control sobre las vidas de muchas personas, principalmente de las mujeres²⁸³.

S. Cohen en 1972 en su estudio sobre los *mods* y *rockers* en Inglaterra.

²⁸³ Desde una perspectiva reivindicativa, vid. Albi (1997).

Respecto de los **agentes de control formal jurídico-penal**, que -especialmente desde su moderna profesionalización- contribuyen a la producción y mantenimiento de categorías penales, pueden distinguirse los siguientes, ordenados flexiblemente en cuanto al momento de su intervención, en lo que ampliamente se denomina el proceso penal: la policía²⁸⁴, los abogados (piénsese en la acusación particular o popular y la defensa), los testigos, los fiscales²⁸⁵, los jueces²⁸⁶ y jurados, los funcionarios y técnicos de prisiones, los trabajadores sociales, los voluntarios (que intervienen en la prevención, en el cumplimiento del tercer grado, en alternativas a la prisión, o que trabajan dentro de la cárcel)²⁸⁷, etc. En una tendencia reciente, cabe incluir también a la víctima -aunque no se trata de una agencia formal- como denunciante²⁸⁸, promotora de la acusación particular, testigo,

²⁸⁴ Su labor es fundamental para la reconstrucción del relato fáctico o "verdad", en la que se basa el proceso penal (Recasens 1996). Véanse Recasens y Domínguez (1996). Sobre la policía como agencia de control social en general, y el caso del País Vasco en particular, Olabarri (1993, 17-34). Para un estudio constitucional de la policía y las fuerzas armadas, vid. Domínguez-Berrueta y otros (1997).

²⁸⁵ Cfr. En el ámbito alemán Blankenburg, Sessar y Steffen (1978).

²⁸⁶ Considerando también, en otro momento posterior, los jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria. Sobre la cultura de la jurisdicción y la ideología de los jueces y fiscales en nuestro país, véase Bergalli (1996b, 53-95). Para un análisis del modelo de juez propuesto por las tres asociaciones de este colectivo existentes en España, vid. Bea y otros (1988).

²⁸⁷ En este sentido, incluiríamos también al grupo de personas que conforman la "comunidad" más cercana, en la aplicación de las llamadas sanciones en la comunidad, lo que supone asimismo la propia familia. Sobre la cárcel como instancia de aplicación del control social punitivo, véase Rivera Beiras (1996a).

²⁸⁸ Horwitz destaca el hecho de que las preferencias y las contingencias situacionales de la víctima, más que la legalidad, conforman los casos que pasarán por el filtro hacia la siguiente etapa del proceso jurídico (1990, 172). Sobre este tema en relación con la construcción de estereotipos, véase el artículo de Viano (1996, 184-193). Este autor señala la importancia de los estereotipos de la propia víctima como perdedora respecto del sistema judicial y los prejuicios de la policía, los fiscales, jueces y jurados, en consideración de su sexo, raza, incapacidades, etc., ejemplificados en investigaciones sobre violencia doméstica y victimación sexual de hombres, jóvenes y niños. Es necesario resaltar cómo la

colaboradora en la realización de determinadas alternativas como la mediación, etcétera.

En todo caso, como ya se ha indicado al principio, estos agentes de control jurídico-penal ejercen también un cierto control informal, especialmente si su distancia relacional con el sujeto controlado disminuye, lo que ocurre frecuentemente con determinados agentes como la policía comunitaria, los trabajadores sociales, etc. En definitiva, el criterio fundamental de división entre control formal e informal parece encontrarse en la naturaleza de los portadores, instancias o agentes. El control del delito está caracterizado por su formalización institucional, contando con instancias de definición, localización y detección, esclarecimiento, enjuiciamiento del delito y ejecución de la respuesta.

Respecto de los **destinatarios** del control formal, según Horwitz, éstos serían aquellas personas marginales que no están sujetas a controles informales, así como personas que han cometido infracciones contra otras de *status* superior o que se consideran muy graves (1990, 192).

creación de servicios de asistencia, enmarcados en el Estado social, tales como las Oficinas de Ayuda a la Víctima, los distintos Defensores del Pueblo o el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid -incluyendo al Defensor local en algunas poblaciones de dicha Comunidad, como Villaviciosa de Odón-, pueden promover con su apoyo el incremento de las denuncias. Igualmente, cabe considerar el papel de las asociaciones de apoyo a diversos colectivos.

Por otra parte, tal y como desarrollaré más adelante, Black distingue, como aspectos variables del control social, su forma (unilateral, bilateral, trilateral), su estilo (penal, compensatorio, terapéutico, conciliatorio) y su cantidad aplicada (1993, xiv)²⁸⁹. Podemos relacionar las formas con los **procesos** de control (incluyendo las garantías). Los procesos del control formal jurídico-penal han sido estudiados, teórica y empíricamente, por la Criminología del *labeling* como elemento fundamental. Ésta ha subrayado las discriminaciones que se producen en la criminalización (en la definición de lo que es ilícito penal, en su persecución y respuesta)²⁹⁰. El estilo puede conectarse con las **estrategias de control**. Aquí el concepto de poder adquiere importancia²⁹¹. Amitai Etzioni, en su obra de 1961 *A Comparative Analysis of Complex Organizations*, desarrolló una tipología ideal (Cosser 1982, 17-8), de manera que, atendiendo a la motivación del cumplimiento de las normas, enumera tres tipos de mecanismos de control social: coercitivo, utilitario y normativo. El coercitivo se da en organizaciones donde se cumplen las normas, bajo la amenaza de la utilización de la fuerza o sanciones negativas, como ocurre en las prisiones. Las organizaciones que ejercitan un control utilitario compensan o retribuyen a los individuos que, generalmente, no se adaptarían de otra forma a las normas de la organización, como ocurre en los

²⁸⁹ Sobre éstos puede verse también la obra de A. V. Horwitz, de 1990, *La lógica del control social*, que el mismo Black calificó como el estudio más completo, hasta ese momento, sobre el control social (1990, viii). Para una relación entre las formas y estilos, en una perspectiva histórica-antropológica, véase Le Roy (1987).

²⁹⁰ Así surgen los conceptos de cifra negra y gris. Según Dalstra, el “crimen gris” es aquel que se conoce informalmente pero cuyo desarrollo aún no se ha registrado oficialmente. La cartografía del control tiene un especial interés en este campo. Define también los “delincuentes grises” como personas sospechosas contra las que todavía no se ha probado nada ante un tribunal (1982, 7; 10; 13).

²⁹¹ Yngvesson ha analizado el sistema jurídico de Massachusetts, tratando de las agencias productoras de control social y subrayando cómo el poder de la ley se puede movilizar (1995).

lugares de trabajo. Finalmente existen organizaciones que ejercen un control normativo en cuanto que se da una internalización de las normas aceptadas como legítimas, como ocurre en las iglesias, algunos partidos políticos y sindicatos. Existe así una conformidad en el comportamiento que emana de una conformidad en la conciencia o actitud, por lo que es posible prescindir de sanciones negativas²⁹².

²⁹² Para una distinción entre sanciones jurídicas y sociales, incluyendo el espacio del castigo, véase Pérez Luño (1997, 163-4).

Por su parte, Gibbs realiza la siguiente tipología de controles sociales, teniendo en cuenta que para él siempre existen tres partes (1982b, 86-8): referencial -el control sobre otro se produce mediante la referencia a un tercero, como cuando un niño dice que, si otro no hace tal cosa, se lo dirá a su madre-; alegador -cuando se alegan elementos de otra persona ante un tercero, que puede obligar a ésta a actuar de una manera-; vicario -cuando se castiga o premia a una persona para disuadir o incentivar a terceros-; modulador -que tiene por fin promover determinados intereses presentando modelos-; e introductorio, que según Gibbs es el tipo más organizado de control social -cuando se utiliza a un tercero, bien para recoger información sobre las personas a controlar, para investigar la efectividad de instrumentos alternativos de control, para crear condiciones que faciliten el mismo, o para excluir a determinadas personas de ciertos contextos sociales, como ocurre con las normas de inmigración-.

Kaiser distingue las estrategias más preventivas de las más represivas, que suponen, en todo caso, sanciones negativas. Según este autor, la bibliografía estadounidense de los años ochenta ha resumido en las llamadas cuatro "D" las estrategias modernas de control social jurídico penal, seguidas en la mayor parte de los países: descriminalización, desinstitucionalización, *diversion* y *due process* (1988, 111 y 113). Las tres primeras derivan del *labeling approach*. En todo caso, la estigmatización como diferenciación de una persona, de forma positiva o negativa, adscribiéndole cualidades características, siempre ha ocupado un lugar especial entre los medios de control social, según han destacado von Hentig y Schüler-Springorum (Kaiser 1988, 117; 119).

M. Cusson describe el control social del delito como todos los medios específicos para prevenir o limitarlo. Este control se percibe cuando, en el momento de violar una ley, la persona encuentra resistencia social que le

impide llevar a cabo la acción, o al menos le hace dudar. Teóricamente, diferencia cuatro tipos de control social: tratamiento, moralidad, disuasión y justicia, los cuales tienen un impacto diverso sobre la delincuencia (1986). Finalmente, podría incluirse la distinción de García-Pablos de sanciones positivas (ascensos, recompensas, distinciones, etc.) y negativas (tratamiento clínico, reparación del daño causado, sanción pecuniaria, privación de libertad, etc.) (1988, 105).

2. 2 INTERDEPENDENCIA DE AMBOS TIPOS DE CONTROL EN SU FUNCIONAMIENTO

Una serie de autores, bajo diversas perspectivas, defienden la hipótesis de la confusión entre control formal e informal²⁹³. Aquí incluyo las tesis de Cohen (1987), Harrington (1985) y Henry (1994), quienes ven en determinadas formas de control informal la presencia del Estado. Asimismo, criminólogos como Braithwaite resaltan su complementariedad²⁹⁴.

García-Pablos indica que son agentes informales de control social, como la familia, la escuela, la profesión y la opinión pública, los que tratan de condicionar al individuo, de adaptarle a las normas sociales, de disciplinarle a través de un largo y sutil proceso. Cuando los controles informales fracasan, entran en juego los formales para imponer coercitivamente sanciones estigmatizantes. Para este autor: "Las mayores garantías de éxito en orden a la prevención del delito residen probablemente no en la superior efectividad o rendimiento del control social formal (mejor funcionamiento del sistema legal), sino en la más armoniosa integración o sincronización del control social informal" (1988, 106-7)²⁹⁵.

²⁹³ En su expresión dogmático-penal puede tenerse en cuenta el principio de subsidiariedad.

²⁹⁴ Cfr. Steven Spitzer (1982), Bordt y Musheno (1988) y Matthews (1988). Ya se ha indicado anteriormente, que algunos autores sostienen que el control formal se centra de manera especial en aquellos sujetos que no están sometidos a controles informales (por ejemplo los drogadictos, las personas sin hogar, etc.) (Horwitz 1990, 171).

²⁹⁵ Cfr. Allport (1934).

En el mismo sentido, según Horwitz: “Cuando los controles informales no refuerzan el impacto de las sanciones formales, no puede darse un castigo efectivo” (1990, 244). En opinión de este autor, y citando a Braithwaite, las relaciones sociales actuales -múltiples, más distanciadas, independientes y heterogéneas- hacen que los infractores que han sido objeto de sanciones formales no se enfrenten a la vergüenza informal en las comunidades, con lo que se neutraliza el impacto del control oficial (1990, 244). Una serie de cambios han producido una estructura social más atomizada que no puede ejercer un control informal efectivo. Respecto de estos cambios, Horwitz considera la disminución de la interacción dentro de las familias y los barrios, el aumento del desempleo y la dependencia de la asistencia social. También fomentan esta incapacidad de las comunidades para ejercer los controles informales, la reducción de las relaciones de dependencia²⁹⁶ y el mayor número de organizaciones que enmarcan las distintas actividades de los individuos, desde el ocio hasta el trabajo. La carencia de este control informal fuerte produciría un crecimiento del control formal, basado en el Estado. Sin embargo, al no existir un consenso de valores comunes, los individuos se resisten a poner en marcha y cooperar con dicho control (1990, 242), que puede ver quebrada su legitimidad. En definitiva, se pone de manifiesto la interdependencia entre los controles formales e informales.

De acuerdo con Kaiser (1988, 112): “En todos los campos del control social... domina una amplia intercambiabilidad y una considerable flexibilidad... Este criterio ofrece la ventaja de buscar alternativas y

²⁹⁶ Horwitz se refiere a las mujeres, lo cual es bastante discutible (1990, 242). Sin embargo, sí estaría de acuerdo en el debilitamiento de la dependencia, por ejemplo, de los niños con respecto a sus madres y en la reducción, en ciertos ámbitos, del control patriarcal. En todo caso, cuando Black y Horwitz hablan comparativamente de la cantidad de control social como variable, señalan que determinados grupos de la población parecen soportar un mayor control informal, por ejemplo, las mujeres, los niños y jóvenes; respecto de su “calidad”, éste puede ser más opresivo o con menos garantías que el formal.

pensar en ellas, así como implicar conceptualmente tanto los mecanismos informales de control social a través de la familia y el vecindario, como también las aspiraciones abolicionistas de superar o eliminar el Derecho penal.” Subraya que, según las investigaciones empíricas, la expectativa de sanciones informales, especialmente en la familia o los amigos, tiene mayor importancia que las consecuencias jurídico penales en la prevención del delito. En todo caso, estos datos dependen de las circunstancias socioculturales alrededor del sistema penal (1988, 122). También para García-Pablos: “Cualquier análisis comparativo de los diversos sistemas debe partir de dos premisas: la globalidad del control social y la relativa intercambiabilidad de todos sus elementos (portadores, estrategias, medios y sanciones)” (1988, 105). Por mi parte, defiendo tanto la complementariedad como la confusión. En esa confusión de lo formal e informal puede contemplarse la debilidad de la afirmación categórica de que los controles formales sólo intervienen ante al fracaso de los informales -amén de la interpretación de “fracaso”-²⁹⁷. En este sentido: ¿En respuestas del sistema normativo penal, como la mediación, se trata de dar una segunda oportunidad a agencias del control informal como la comunidad o la familia? Más bien, me inclino a pensar que siempre han estado íntimamente relacionados y, efectivamente, son intercambiables.

²⁹⁷ Cfr. García-Pablos (1995, 3-5; 57; 217). Compárase estas afirmaciones con las de la llamada naturaleza secundaria del Derecho penal, dentro del discurso dogmático, vid. sobre las mismas Cerezo Mir (1996, 59-60). Sobre la falsa autonomía de los controles formales e informales, cfr. Shapiro (1996).

Lola Aniyar de Castro sostiene que no existe una política criminal independiente de la política social, por lo que "...la llamada Prevención del Delito no puede ser objeto de una división sectorial de la Administración Pública sino el resultado de la acción concertada de *todas* las instancias gubernamentales y, consiguientemente, del control social formal e informal a la vez" (1991, 381). La dependencia de ambos tipos de control puede entenderse de forma más estructural. Esto se ha puesto de relieve por Sampson y Laub, quienes, reanalizando los datos del matrimonio Gluek de un estudio de 1950, sobre dos grupos de quinientos adolescentes infractores y no infractores, criados todos en barrios marginales del centro de Boston, concluyen que la pobreza de la familia implica efectos indirectos sobre sus capacidades de control informal (1994)²⁹⁸.

²⁹⁸ Cfr. sobre la pobreza y la desigualdad del capitalismo estadounidense y su influencia en la disminución de la capacidad de las instituciones sociales para mantener el control informal, Minor (1993).

3. CRISIS Y APARICIÓN DE NUEVAS ESTRATEGIAS DE CONTROL SOCIAL FORMAL

En este apartado no me detendré en el desarrollo histórico del control social, cuestión que será abordada en la Segunda Parte, a través del prisma de la mediación. Sí intentaré trazar algunas líneas sobre la situación actual del control jurídico penal en Occidente, sin perjuicio de las características propias, que varían de país a país²⁹⁹. Para Blomberg y Cohen el sistema penal refleja las tendencias sociales más amplias y, con ellos, me pregunto si lo que se dice “nuevo” lo es realmente (1995, 8; 11).

²⁹⁹ Christie ha escrito sobre la continua y radical expansión de la industria del control del delito en EE.UU., donde existe un presupuesto aproximado de 30.000 millones de dólares para el sistema penitenciario (Blomberg y Cohen 1995, 13) y, según las encuestas, el delito se percibe como el problema social número uno. En el estado con más internos, California, se dedicó en 1994 el mismo porcentaje (un 9%) para la educación superior que para las prisiones (Skolnick 1995, 23). Al mismo tiempo, Gary Marx revela que, en este país, las recientes formas de vigilancia y control, son más penetrantes y técnicas. A él se debe la expresión de “sociedad de máxima seguridad” o “de la vigilancia”, indicando procesos de control social más suaves y sofisticados -donde los microchips sustituyen a los barrotes y el “guante de terciopelo” al “puño de acero” (1995, 225).

De acuerdo con Gibbs, existen dos posibilidades en la evolución legal del control social. Una es que el derecho estatal va sustituyendo controles sociales extralegales (1982b, 83). La otra, sin duda relacionada con la primera, se fija en la extensión del derecho estatal para controlar comportamientos que anteriormente no lo estaban. Para este autor es necesario, en todo caso, distinguir entre controles sociales y derecho, para llegar a la conclusión de que no existe una teoría satisfactoria³⁰⁰ sobre la relación entre el cambio social y el cambio en el derecho (1982, 108). Sobre la evolución del control social, en una visión más integradora, Horwitz, siguiendo a Black, defiende la tesis de que los cambios fundamentales en las estructuras de las relaciones sociales producen alteraciones en los sistemas de control social. Según este autor, por una parte, dado el debilitamiento de los lazos familiares y comunitarios, ha disminuido el control informal, y por otra, se han extendido formas trilaterales de control formal, aunque no son frecuentemente utilizadas por los individuos (1990, 239). Horwitz identifica lo que él denomina sistema proactivo con una nueva estrategia de control social emergente, que trata de superar la incapacidad de los medios actuales de control. Se trata del sometimiento a una serie de controles que verifiquen si se cumple con las normas de seguridad o prevención de riesgos impuestas: controles de alcoholemia, laborales sobre la seguridad e higiene en el trabajo, sobre el cumplimiento con las normas medioambientales para las empresas, etcétera³⁰¹. Para este fin, suelen utilizarse técnicas encubiertas de vigilancia³⁰² como cámaras de video, bases de datos informáticas

³⁰⁰ Ni siquiera la de Black, aunque sí parcialmente las de Durkheim y Marx, según Gibbs (1982b).

³⁰¹ Algunos autores, como Christine Harrington, hablan aquí especialmente de “regulatory law” o Derecho administrativo.

³⁰² Horwitz adopta el término desarrollado por Gary Marx (“undercover surveillance”), el cual también se puede relacionar con la posición del llamado “agente provocador” cuya

o la intervención de teléfonos, lo que puede chocar con los derechos fundamentales³⁰³.

En relación con ello y según una elaboración propia, pueden advertirse tres factores interdependientes fundamentales, no exactamente “nuevos”, en el control jurídico penal de hoy en día³⁰⁴: la gestión, la participación, con su énfasis en la comunidad, y la prevención.

3. 1 GESTIÓN DE LA CRIMINALIDAD

actuación se ve favorecida por el anonimato de las relaciones sociales de hoy -es difícil que puedan reconocerle-. Sin embargo, en grupos de infractores de estrecha relación, como suele ocurrir en la mafia y otras organizaciones, existen más obstáculos para su actuación, al menos, respecto de los máximos responsables (1990, 251; 204-5).

³⁰³ Especialmente en la llamada “lucha” contra la criminalidad organizada, reclamándose por ejemplo la inversión de la carga de la prueba para demostrar la licitud de determinadas cantidades de dinero. Sobre la regulación española de las filmaciones videográficas y su relación con la seguridad ciudadana, vid. Senés (1996), Comisaría General de Seguridad Ciudadana (1996) y Arenas (1996). Téngase en cuenta la aprobación por el Congreso del proyecto de ley de videovigilancia, el 17 de julio de 1997, entrando en vigor la ley el 6 de agosto de 1997. Esta ley regula el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos en lugares públicos con el objetivo de prevenir ilícitos. Dichas grabaciones tienen que ser autorizadas por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente y la policía podrá conservarlas durante el plazo de un mes

³⁰⁴ Factores que quizá, a primera vista, pueden parecer más retóricos que reales.

En primer lugar, se advierte un cambio respecto de la organización basada en la gestión³⁰⁵, el control de la población, la ideología del libre mercado y la racionalidad, en vinculación con la privatización³⁰⁶. La gestión del control jurídico-penal se apoya en las más recientes tecnologías, con la intención de proponer actuaciones económicas, eficientes y eficaces³⁰⁷. Feeley y Simon hablan de la “nueva penología”³⁰⁸ como paradigma emergente en los últimos treinta años, en relación con tres caracteres (1992; 1995).

³⁰⁵ Cfr. la Recomendación (95) 12 del Consejo de Europa sobre la gestión de la justicia criminal. Por el término gestión se entiende una mayor preocupación por el sistema, la distribución de recursos, las consideraciones sobre costes y beneficios y la eficiencia organizacional. Uno de los primeros autores en utilizarlo, a comienzos de los ochenta, fue A. E. Bottoms. Para Simon y Feeley forma parte de la nueva penología. Sin embargo, Garland entiende que constituye, más bien, la aplicación de la tecnología al crecimiento de las instituciones (Garland 1995, 190 y 201). Para una descripción de diversos medios tecnológicos en el control jurídico-penal, vid. Inchausti (1997) y, de forma distinta, recalcando las contradicciones de este hecho, Scheerer y Hess (1997).

³⁰⁶ Sobre la privatización del control penal en general, véanse European Committee on Crime Problems (1990), South (1994), Pilgram (1991), especialmente en el ámbito anglosajón cfr. Shearing y Stenning (1983; 1996), McManus (1995), Ryan y Ward (1989), Bowman, Hakim y Seidenstat (1992) y Hagan y Peterson (1995). Concretamente sobre las prisiones privadas, del Rosal (1991), Lilly (1992), Shichor (1995), Camargo (1993), Egydio (1994), Adler y Longhurst (1994), Cannan (1993) y Semmens (1996). Me interesa destacar que el control al que aluden Shearing y Stenning es un control consensuado sobre la base del consumo -en Disneylandia- que permite una vigilancia preventiva. Téngase en cuenta la construcción de la ciudad Celebration en Oregón, como “ciudad perfecta”, utilizando la máxima tecnología, y gestionada por la empresa Disney.

³⁰⁷ Sobre las actuaciones de la policía británica en este sentido, cfr. Hughes (1996, 223).

³⁰⁸ Por penología entienden “...los discursos y prácticas generados por todos nosotros quienes nos posicionamos como profesionales en el reino del ejercicio del poder para castigar. Eso incluye al personal en diferentes niveles de nuestras agencias correccionales, así como también a aquéllos de nosotros que producimos conocimientos sobre el sistema correccional y su funcionamiento.” Su teoría pretende ser un marco desde donde agrupar y analizar, no tanto evoluciones históricas, sino tendencias contemporáneas (Simon y Feeley 1995, 174-5, nota 1-2; 149). Su tesis se resume en la emergencia de una nueva penología, aunque su construcción depende más de los profesionales que del discurso público. Por discurso público entienden lo que se dice sobre el delito en los medios de comunicación y en las declaraciones políticas y de líderes sociales.

Primeramente, han cambiado los discursos del castigo moderno, desde el uso del lenguaje de la Religión y la Economía, al de la Psicología y del Trabajo social y más recientemente al de la Sociología. En todo caso, estos discursos reflejan el delito, primordialmente, como relación entre los individuos y sus comunidades. El discurso más reciente, sin embargo, ante la erosión de los recursos y solidaridades comunitarios (Garland 1995, 191), se centra en el análisis de los sistemas y la investigación de procesos. Concibe el delito como un fenómeno sistémico y la política criminal como un problema de gestión de riesgos estadísticos. En segundo lugar, los objetivos del castigo también se han alterado, desde la idea ilustrada de la certeza y proporcionalidad de la pena con función preventiva y posteriormente con el énfasis en la resocialización. La nueva penología tiene un objetivo distinto: la gestión del riesgo y del sistema mismo³⁰⁹. En tercer lugar, las técnicas han variado desde el empleo del silencio en las primeras prisiones, la encarcelación masiva, las sentencias indeterminadas, las medidas para menores, la libertad condicional, la probación y los *boot camps* -que pueden recordarnos a esa utilización del silencio del siglo XIX, mezclado con otros elementos militares-, al uso de la vigilancia electrónica³¹⁰, los tests que detectan la ingestión de drogas, etc. Pero estos lenguajes, objetivos y técnicas no han llegado a calar, por el momento, en el discurso público y político, debido a su incapacidad de articular representaciones sobre el delito que puedan resonar en la población. Estos autores creen que ello se debe a que se centran en circunstancias institucionales, más que en la responsabilidad de los individuos y a que no producen claras representaciones culturales sobre el

³⁰⁹ Cfr. la tesis de Teubner sobre los sistemas autopoieticos (1987; 1988; 1989).

³¹⁰ Sobre una posible aplicación de los monitores electrónicos en España como alternativa a la cárcel, vid. Escobar (1997).

delito, el delincuente y la política criminal -como generadora de seguridad y progreso- (Feeley y Simon 1995, 147-8; 170-3).

Por su parte, Christie se ha referido a la obra de Feeley para apoyar su tesis de que el sistema penal de la sociedad actual puede desembocar en el holocausto, al aplicar de forma extrema los valores de la modernidad (división del trabajo, burocracia, eficiencia, mentalidad científica, desconsideración del pluralismo normativo de los distintos sectores sociales, etc.) y al centrarse en la identificación y organización de grupos indisciplinados (1993, 170).

En relación con las nuevas formas de penalidad posmoderna, Garland mantiene una posición distinta a la tesis de los anteriores autores. Indica que el término posmodernismo, tras más de quince años desde su introducción en el debate artístico, ha llegado también a las orillas de la Criminología y de la Penología, con toda la imprecisión que lo caracteriza (1995). Según Garland (1995, 182), autores como Stanley Cohen y Jan van Dijk (1989) se han referido al discurso posmoderno en ciertos aspectos de la Criminología contemporánea. Por otra parte, Carol Smart (1996b), Alison Young (1996) y John-Paul Brodeur (1993) han propuesto la perspectiva posmoderna como una posición intelectual y política relevante para pensar sobre el delito y el castigo. Jonathan Simon ha dedicado un capítulo de una de sus obras al "Posmodernismo penal: poder sin narrativa" (1993). Sin embargo, de acuerdo con Garland (1995, 183), queda la tarea de especificar precisamente cuáles son los elementos posmodernos de la penalidad que la distinguirían de la moderna (caracterizada por procesos de racionalización, diferenciación, mercantilización y civilización). Para este autor, dichos factores no serían tanto "nuevos elementos posmodernos", sino *derivaciones de la modernidad*. Durante más de doscientos años, la tradición del racionalismo ilustrado ha sido la guía de la cultura penal, resaltando la utilidad, la racionalidad,

los derechos del hombre y el principio de legalidad. Las penas debían ser ciertas y proporcionales, con el fin de ser preventivas. En la última década del siglo XIX floreció la corriente empiricista de la Ilustración, llevando la racionalidad hasta sus últimas consecuencias. Es lo que Garland llama el *modernismo penológico*, bajo el cual se desarrollaría la Criminología positiva, el modelo del tratamiento científico individualizado³¹¹ y las políticas sociales de la posguerra (1995, 186-8).

Este modernismo penológico se encuentra hoy en crisis³¹². Atacado por el racionalismo liberal, actualmente se ha reinterpretado esta crítica de manera que se experimenta una vuelta a la idea de retribución y castigo como símbolo del poder soberano y la autoridad social (1995, 192)³¹³. Como efecto del talante posmoderno, también en la esfera penal, podría hablarse de un colapso de la gran narrativa de las reformas y progresos. El clima intelectual y la política penal de los setenta y ochenta adoptó un carácter nihilista y desilusionado, sin una filosofía global coherente: “Había muerto el viejo

³¹¹ Sobre el fin del ideal rehabilitador véase Allen (1981).

³¹² Garland, en su entendimiento de este proceso como parte del modernismo, indica que el debilitamiento del ideal del tratamiento no ha sido el mismo en todos los países. Las generalizaciones internacionales tienen que basarse en análisis comparativos sólidos (1995, 198). Sobre el debate más amplio de la “crisis” de la prisión, véanse Melossi (1993), Lacey (1994), Törnudd (1993), Cullen y Gilbert (1996), Generalitat de Catalunya (1988), Gray (1995) y Ruggiero, Ryan y Sim (1995)

³¹³ Cfr. Hall (1996) sobre la sociedad del *derecho y el orden* y Andrew von Hirsch (1996) sobre el *justo merecido*. Bergalli ha escrito sobre el cambio en el esquema de control social que se produjo en los Estados capitalistas en la década de los años setenta, con la formación de los grandes guetos periféricos de las ciudades, subrayando las actividades policiales y reflejando “...una ruptura de los vínculos de representación entre sociedad e instituciones, con la lógica reducción de las funciones de control y de producción de consenso de los órganos representativos” -en contextos relacionados cabe situar la promulgación por Estados democráticos de legislaciones de emergencia ante fenómenos como el terrorismo o la criminalidad organizada- (1986, 110-1). En todo caso, la crisis fiscal del Estado también ha provocado una crisis de legitimación, según este autor, perdiendo el mismo derecho su capacidad como instrumento básico de control social (1991, 21).

paradigma, pero ningún otro se erigía como su sustituto.” Radzinowicz (1991) describió el momento como “regresiones penales” (Garland 1995, 193-4).

En todo caso, Garland entiende estos rasgos dentro de los contornos de la modernidad y el modernismo. También indica que el aparato de la penalidad puede estar cambiando en cuanto a sus objetivos y orientaciones, pero no en sus formas institucionales. De hecho, la implantación de las distintas instituciones y la reflexión que desde dentro y fuera de ellas se produce, ayuda a plantear esos nuevos objetivos. En su opinión, este proceso puede explicar varias tendencias importantes que aún no han sido teorizadas sociológicamente³¹⁴, como el crecimiento de los proyectos de mediación y reparación, el uso de nuevos mecanismos de *diversion*, y especialmente la emergencia de la víctima como un participante más activo y más valorado en el proceso penal. Según este autor, en el momento presente estas tendencias sólo tienen el carácter de innovaciones radicales en los márgenes de la justicia penal, pero *si llegaran a desarrollarse dentro de las características principales del sistema, podrían implicar una importante ruptura con las estructuras de la modernidad penal* (1995, 200-4 y 206, nota 10).

En relación con el factor gestión, Horwitz termina su obra indicando que: “Una cuestión central para los estudiosos del control social del siglo veintiuno será cómo los sistemas de control social de las sociedades individualistas pueden manejar las contradicciones inherentes entre la necesidad de derecho, orden y eficiencia y el deseo de libertad y privacidad” (1990, 252). Se trata del pretendido dilema entre seguridad y libertad³¹⁵. La

³¹⁴ Así podría explicarse la retirada de fondos, controlada por el Estado, en ciertos aspectos menores de la justicia penal, en parte debido a la limitación de recursos (1995, 203-4).

³¹⁵ Es un viejo tema, en torno al cual existe un gran debate en la actualidad. Como bien indica Coser (1982, 22), las distopías de Zamiatin, Orwell y Huxley tienen como antecedente la parábola de Dostoievski “El gran inquisidor”, donde se pregunta si los seres humanos buscan la libertad o huyen de ella para lograr seguridad. Sobre la Ley de protección

pregunta es si, en todo caso, la vigilancia actual supone una sociedad más autoritaria de tipo carcelario. Esta pregunta tiene relación con las llamadas alternativas o sanciones en la comunidad y la ampliación de las redes del control formal (*net-widening*).

de la seguridad ciudadana, véanse Cobo del Rosal (1994), Alonso (1994) y el número 16 de los Cuadernos de la Guardia Civil, dedicado a esta cuestión.

Aunque el control social basado en instituciones cerradas nunca ha sido abandonado, S. Cohen se refiere al “cambio maestro”, desde la institucionalización a la desinstitucionalización (de enfermos mentales, internos en prisión, etc.) de las redes de control de las ciudades estadounidenses, que comenzaron antes que el llamado proceso de “descarcelación” de los años sesenta y setenta, como manifestación de formas de control social más descentralizadas y difusas, propias del capitalismo democrático de las sociedades de masas³¹⁶. Con esta argumentación, Melossi destaca la afinidad entre la forma política de la democracia y el control social, y la importancia actual del monopolio de la construcción de significados (1990, 117-8 y 175). Junto con otros autores, Cohen argumenta que el movimiento de reforma penal hacia sanciones en la comunidad representa la expansión de la disciplina de las instituciones totales (cárceles, manicomios, reformatorios, hospitales, asilos...) a la comunidad global³¹⁷. Deflem incluye estas teorías que hablan de nuevos modos de control social menos visibles, más extendidos, proactivos e intrusivos dentro de lo que denomina la *perspectiva revisionista del control social*, sobre la que realiza una crítica limitada, por olvidar la parte de control social de naturaleza cultural y el escaso poder explicativo respecto del fundamento de la génesis de las nuevas formas de control y su convivencia con las ya existentes (1994, 364-6)³¹⁸.

³¹⁶ Cfr. Dandeker (1990).

³¹⁷ Con el riesgo de pasar de instituciones totales a Estados totales o totalitarios, donde según Horkheimer y Adorno, el alma está “bien adiestrada y su felicidad es tan solitaria como la celda de la cárcel”, por lo que: “La privación de libertad palidece frente a la realidad social” (1994, 273).

³¹⁸ Podría hablarse de una bifurcación en cuanto que se siguen apoyando modelos altamente represivos para los delincuentes considerados peligrosos o irrecuperables y modelos de control más difuso respecto de los jóvenes y los delitos menos graves (Pitch 1995, 20). Cfr. Garland (1991), Garland y Young (1992), Blomberg y Cohen (1995), Bales y Reed (1993), Lowman, Menzies y Palys (1987), Feltes (1990), Hagan (1993), Foucault (1979; 1995);

En definitiva, estos autores alertan sobre la emergencia de un control intrusivo, que actúa como suplemento de la prisión, en lugar de alternativa (1988)³¹⁹. En 1981, Austin y Krisberg habían hablado de la creación de redes más amplias, fuertes y diversas dentro del sistema penal, aunque esta teoría ha sido cuestionada por otros autores como McMahon (1992), Blomberg y Cohen (1995), en alusión al uso de metáforas para referirse al aumento del control social a través de las alternativas (ensanchamiento de la red, dispersión de la disciplina, transcarcelación, sociedad de máxima seguridad, penología nueva o posmoderna, etc.). Este último autor opina que se puede caer en una excesiva generalización de las mismas ante la falta de estudios empíricos, por lo que hay que ir más allá del “nothing works” o nada funciona (1995, 83-4).

1996), Johnstone (1991), varios (1989), Deleuze (1991), Consejo de Europa (1980), Raine y Willson (1993), González Rus (1994), Bauman (1988), Currie (1996), Gatrell (1996), Cohen (1996), Delmas-Marty (1986), Alvaro (1981), Newburn (1995), USA Today (1994), Aseff (1991), Lyon (1995), Etxeberría y Tamayo (1996), Guasch (1991), Ortet i Fabregat (1992), Marx (1995), Oberdorff (1995), Bankowski y Mungham (1980), Vourc’h y Marcus (1995), San Martín (1996), Hauber, Hofstra, Toornvliet y Zandbergen (1996), Abel (1995) y Feeley y Simon (1995).

³¹⁹ Autores, como Garrido Genovés, citando a D.C. Gibbons, reconocen que las alternativas a la reclusión son una necesidad vital de la prisión y para que aumente su uso deben implicar “un control y supervisión más intensos” (1988, 229).

Expresión de esta apertura del sistema penal a la sociedad, en forma de “alternativa”, serían los experimentos de mediación víctima-infractor, objeto de esta tesis, que, junto con la esperanza depositada en ellos, han recibido críticas en cuanto que pueden dar lugar a una reparación meramente punitiva o rehabilitadora, aunque esta vez con la ayuda de la víctima o de la comunidad, siguiendo el criterio de “cambiar para que todo permanezca igual”³²⁰. En esta “alternativa” se puede entrever una cierta influencia, a veces mal interpretada por el sistema, del movimiento abolicionista. Precisamente este movimiento pide una privatización del control social, en el sentido de una mayor participación y no mercantilización. Sin embargo, algunos han objetado que el riesgo de un control intrusivo permanece en el sentido del “ojo de Dios” descrito por Nils Christie (una cuestión complicada consiste en saber si este control es más represivo o no, con implicaciones subjetivas). En todo caso, cabe recordar que también el Panóptico de Bentham “representaba una parodia secular de la omnisciencia divina, en la que el observador era, como Dios, invisible” (Lyon 1995, 95). Sin embargo, en la comunidad aludida por Christie el control se ejerce entre iguales, sin abusos. Por otra parte, Stangeland mantiene que, realmente, lo que está teniendo lugar actualmente es un debilitamiento de la red total de control -especialmente el de carácter *informal*-, por lo que proyectos comunitarios de mediación pueden resultar efectivos en este sentido (1996, 327)³²¹.

³²⁰ Siguiendo a Jacques Faget: “La emergencia de instancias no estáticas de regulación de conflictos organizadas sobre la base de un modelo judicial más o menos formalizado, el desarrollo de los mecanismos de arbitraje y de mediación, esta ‘ideología de la informalidad’ según dice Abel es la punta de lanza de un proyecto de legitimación judicial” (1995, 123). El Estado busca que sean las instancias dinámicas las que prevengan el delito. Se pretende pasar de una filosofía de la imputación a una filosofía de la implicación, que puede suponer una amenaza a la libertad. Con la metáfora del rizoma o tallo subterráneo se refiere a lo que otros han llamado *shadow justice*, destacando el papel de los trabajadores sociales (Faget 1995, 124; 126-7). Mosconi escribe también sobre la descentralización del control social en el sentido de convertirse en un control más difuso (1995c, 151-2).

³²¹ Sobre este debate, vid. Nelken (1996b, 272-4).

3. 2 LA PARTICIPACIÓN EN LA POLÍTICA CRIMINAL

El segundo factor que parece caracterizar el control jurídico penal actual es el elemento de la participación³²² o colaboración. Ya en el 4º Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en agosto de 1970, M. Tsuda presentó un trabajo sobre la participación del público en la prevención y control del delito en Japón³²³. Hoy constituye un debate abierto y extendido a otros países. En el ámbito francés, Jacques Faget, aludiendo a Delmas-Marty (1983), apunta una transformación del modelo penal represivo tradicional al de integración social, enfocado en una política criminal participativa, anclada en una ideología de la inserción, la prevención, la individualización de la solución represiva y la participación de la comunidad (1995, 117). Esta participación no resulta incompatible con la privatización mencionada anteriormente.

³²² Cfr. Aniyar de Castro, en relación con la necesidad de legitimación del sistema (1983).

³²³ Cfr. respecto de la policía, Rico (1983). Sobre el concepto de aparato policial y el modelo español, véanse Recasens y Domínguez (1996).

Como se mencionará en el párrafo siguiente, la prevención se asocia hoy con el concepto difuso de “comunidad”, que enlaza con la solidaridad y el control colectivo³²⁴. Crawford advierte que este concepto, ante la crisis del funcionamiento actual de las democracias representativas, puede suponer una retórica que resulte atractiva para un cierto comunitarismo conservador que enfatiza la responsabilidad y la culpa (1995). Vemos que el concepto de “comunidad” se ha convertido en un recurso simbólico en el control social posmoderno³²⁵. Se habla de policía comunitaria³²⁶, justicia comunitaria y,

³²⁴ Cfr. las palabras de García-Pablos respecto del delito (1992, 33): “Es un problema ‘de’ la comunidad, nace ‘en’ la comunidad y en ella debe encontrar fórmulas de solución positivas. Es un problema de la comunidad, de todos: no sólo del ‘sistema legal’, por la misma razón que delincuente y víctima son miembros activos de aquélla.” Sobre el concepto de comunidad, vid. Kanter (1972; 1973).

³²⁵ Véanse los comentarios de Hughes (1996, 233-6) a Crawford. Aunque muchas iniciativas para “fortalecer el sentido de comunidad” proceden del Estado, algunos autores presuponen que existen, necesaria y objetivamente, unos intereses de la comunidad como unidad, opuestos a los del Estado (Brown y Hogg 1992, 147).

³²⁶ Aun cuando se hace referencia a la eficacia de este tipo de organización policial en términos de arrestos, Horwitz ha señalado que cuando la distancia relacional entre los agentes de policía y los infractores es menor, se produce un menor número de arrestos, lo que no impide el incremento respecto de los infractores extraños (1990, 171). Podemos relacionar el modelo de policía comunitaria con el de policía orientada hacia el problema (*problem-oriented police*), tal y como propuso para EE.UU. Herman Goldstein en un escrito de 1979 y que ha sido adoptado parcial o totalmente en varios grandes departamentos de la policía de dicho país, como reacción a los efectos negativos producidos por la profesionalización de la policía - preocupación excesiva de los asuntos internos del departamento, naturaleza fragmentada y reactiva de su trabajo, y aislamiento respecto de las comunidades donde actúan-. Se manifestaba la necesidad de identificar, analizar y entender los problemas, pudiendo sugerir posibles remedios e involucrar otras agencias. Se trataría de tener en cuenta, para la selección y formación de los policías, elementos propios de los educadores y trabajadores sociales. Naturalmente esto redefine drásticamente la naturaleza y el propósito del trabajo policial (Bittner 1995, 87-94). Por su parte, Simon y Feeley entienden la policía comunitaria como estrategia de la nueva penología en relación con la gestión del miedo al delito (1995, 166). Según estos autores, estas políticas se basan en representaciones simbólicas de las primeras comunidades de EE.UU. (Scheingold 1991). Aunque ya se ha hecho una referencia anterior, sobre el tema de la policía comunitaria en el ámbito anglosajón, véanse también Skolnick y Bayley (1986), McLaughlin (1994), Martin (1994), Normandeau (1994) y Fielding (1995); respecto de Sudáfrica y la India, cfr. Ncholo (1994) y Philip (1995), respectivamente. En nuestro país, sin pensar en ello, la LFCSE se refiere a la policía al servicio de la comunidad. Cfr. la propuesta o noción alternativa de “policía garantía”, respetuosa de los derechos humanos, en relación con la policía judicial,

posteriormente, como prevención terciaria, de las ya aludidas sanciones comunitarias. En definitiva, como propone Nelken (1996b), el debate debe centrarse en la participación de la comunidad como medio o como fin³²⁷, así como en la definición previa de sus significados, en el que él distingue dos, en cuanto fuente de solidaridad: uno basado en la idea de altruismo organizado y otro en la idea de convivencia local. Ambos se encuentran relacionados en la actualidad y se trataría de que las iniciativas comunitarias fueran, en sus objetivos y efectos, más incluyentes que excluyentes.

Asimismo, resulta interesante, en relación con las críticas a la extensión del control formal, recordar las propuestas de la Psicología comunitaria (García-Pablos 1992, 192-3)³²⁸. Oscar Newman propuso en 1972 un “espacio defendible”, como Panóptico³²⁹ o “vigilancia natural” (Graham y Bennett 1995, 61-3). Se trataba de fomentar la construcción de barrios con áreas públicas pequeñas y donde los visitantes se sintiesen observados, con ventanas que propiciaran la vigilancia, zonas concurridas, etc. Según Kaiser, en los años ochenta la prevención del delito mediante la arquitectura de las zonas residenciales recibió la atención de autores de lengua alemana como Rolinski, Frehsee y Kube, sin que haya “...respondido apenas a las esperanzas” (1988, 126)³³⁰.

en Amadeu Recasens (1996). Sobre las relaciones policía-comunidad en el País Vasco, véase Olabarri (1993, 125-38). En general, sobre la policía comunitaria en Norteamérica, cfr. Gordon (1987) y Maguire y otros (1997).

³²⁷ En mi opinión, como medio hablaríamos de mera colaboración; como fin de verdadera participación.

³²⁸ Sobre la misma, y en su relación con la arquitectura, véanse Levine y Perkins (1987), Skogan (1995), Evans (1995), Perkins y otros (1990), Proshansky, Ittelson y Rivlin (1983). Respecto de la salud y otros ámbitos, véase Fernández-Ríos (1994).

³²⁹ Esta comunidad, potenciada arquitectónicamente, nada tiene que ver con las ideas de comunidad participativa de Christie. Cfr. Mawby (1977) y Reppetto (1976).

³³⁰ Cfr. Greenbaum (1982) y Clemente Díaz (1986).

3. 3 PREVENCIÓN EN LA COMUNIDAD

Finalmente, otro elemento relacionado con la extensión del control formal en la sociedad actual es el énfasis en la idea de la prevención y, concretamente, en la ya mencionada prevención comunitaria³³¹. La prevención supone un interés por evitar el conflicto -lo que conlleva dificultades en su análisis y pronóstico-. En todo caso, para poder intervenir se requiere información, con lo que surgen problemas respecto de su gestión, especialmente en lo que se refiere a los datos personales³³². Garrido Genovés y López Latorre distinguen, dentro de la prevención de la delincuencia basada en la comunidad, tres modelos: la prevención sobre los ambientes de riesgo o áreas criminológicas, la prevención situacional³³³ y la prevención

³³¹ En Montreal tiene su sede el Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (<http://www.crime-prevention.org/icpc/>). Sobre la propuesta de creación de este centro, véase Waller (1992). Sobre la insuficiencia del concepto de prevención y, en concreto, de la prevención situacional, véase Hulsman y Bernat de Célis (1984, 127-9), desde una perspectiva abolicionista. Cfr. la idea de prevención victimal de Myriam Herrero (1996, 216-232). Véanse Fernández-Ríos (1994, 192; 341; 357; 374; 415; 436; 444) y García-Pablos (1996b, 234-65). Cfr., en general, Tomas (1990), Hunt, D. (1994), Paterson (1994), Graham y Bennett (1995), Crawford (1994), Lidgard (1994), Alabart, Aragay y Sabaté (1991), Lemaître (1995), van Dijk y de Waard (1991), García Iturriaga (1991), Anner (1995), Vourc'h y Marcus (1995), Lago (1996), Díez Ripollés y otros (1996) y Sánchez (1993).

³³² Sobre los riesgos de las actuales demandas de una policía preventiva, véanse Recasens y Domínguez (1996, 41-3). Téngase en cuenta, en relación con la participación del público en general y la colaboración con los empleados de la seguridad privada, en particular, la protesta provocada ante la difusión en medios de comunicación de la Circular nº 1/97, de 13 de enero, de captación de datos de interés para la seguridad ciudadana, de la Comisaría General de la Seguridad Ciudadana. Sobre la inversión de la Unión Europea en materia de prevención en las ciudades, vid., en relación con las drogodependencias, *DrugNet* (1997, 1), respecto de las conclusiones del Seminario Europeo sobre la Prevención de la Delincuencia Urbana relacionada con la Drogodependencia, celebrado en Bruselas, en noviembre de 1996.

³³³ Garland la describe como rasgo posmoderno de la penalidad, donde es más fácil manipular situaciones, que cambiar las disposiciones del comportamiento (1995, 194). Vid. Gassin (1996), de Calan (1995), Kellen (1994) y Stangeland (1995b). En general, vid. Miethe y Meier (1994), Walklate (1997), Baron (1997) y, en referencia a nuestro país, Álvarez Sobredo (1996).

comunitaria propiamente (1995, 331-53) ³³⁴. En opinión de Garland (1997a, 187), la prevención situacional se ocupa de la “situación criminógena”, exigiendo controles no intrusivos y cooperativos, ya que se realiza en espacios donde se desarrolla la vida diaria, social y económica.

³³⁴ Véanse Clarke (1996a y b), Proshansky, Ittelson y Rivlin (1983) y respecto de España, Raldúa (1996).

En un interesante artículo referido a Gran Bretaña³³⁵, pero que su autor Gordon Hughes extiende a los países occidentales cuyos Estados se replantean el Estado de Bienestar, se resalta cómo se da por hecho que el control social de estas sociedades debe ser multi-institucional (*multi-agency*). La prevención del delito, o lo que se denomina ahora en el Reino Unido seguridad de la comunidad (*community safety*), se relaciona con el debate sobre la descentralización y la privatización, en definitiva, sobre las relaciones entre el poder estatal y la sociedad civil. Paradójicamente, en opinión del autor mencionado, se produce una ampliación del poder estatal por medios indirectos en este énfasis por una prevención, basada en la idea de colaboración o partenariado de lo público y privado³³⁶, de lo central y local. Se pasa de la prevención situacional, como elemento de gestión, a una prevención multi-institucional que invoca la participación de toda la comunidad en la “lucha contra el delito”.

3. 4 RECAPITULACIÓN

En este epígrafe he tratado de resaltar el debilitamiento de los lazos sociales como controles informales y el incremento de los formales como el Derecho penal, el cual, hoy también en crisis, busca la potenciación de la comunidad, la familia, las políticas preventivas... Dicha crisis se fundamenta en la generación de problemas, en lugar de resolverlos, y en su

³³⁵ Véanse sus referencias, como ejemplos ilustrativos en este país -que pueden hacerse extensivos a Italia y Bélgica-, al programa europeo de Ciudades Seguras y otras iniciativas locales (Hughes 1996, 228-40). En las campañas para las elecciones británicas generales de 1997, los partidos laborista y demócrata liberal afirmaron que harían responsables a las autoridades locales, dentro de una concepción de partenariado, para ayudar a prevenir el delito (Wright 1997, 1-2).

³³⁶ Se habla incluso de una “sociedad de la vigilancia voluntaria”, en alusión a la promoción creciente del papel del voluntariado (Hughes 1996, 227).

insuficiencia general para alcanzar sus objetivos teóricos. Esto ha hecho que se potencien “nuevas” formas de control social, aunque la prisión continúa siendo la respuesta homogénea. Mi tesis defiende que la mediación ha ocupado y, más importante, sigue ocupando un espacio relevante respecto de los comportamientos que pueden caer dentro de la justicia penal. Este espacio se encuentra -en grado diverso y de manera compleja- fuera (mediación en familias, comunidades culturales y subculturales) y dentro (juzgados de paz, municipales, proyectos innovadores) del sistema penal oficial. No es una nueva forma de control social, sino que más bien pueden darse alteraciones en los agentes, estrategias y procesos³³⁷.

³³⁷ Así, por ejemplo, si la mediación se considera como servicio público, cfr. Cicero (1996) y Kurbjuweit (1996).

4. LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN COMO CONTROL SOCIAL TRILATERAL Y CONCILIATORIO

La mediación, como forma y estilo concreto de control social actual³³⁸, se identifica principalmente con uno de los tres factores señalados en el epígrafe anterior, la participación³³⁹.

En el capítulo primero me he referido a Donald Black para quien el control social significa la definición y respuesta a la desviación, es decir, el tratamiento de los conflictos a través de fenómenos tan diversos como la litigación, la violencia, la mediación, los rumores, el ostracismo³⁴⁰, la sicoterapia, la brujería, el sabotaje y el suicidio (1993, xiii; 6-8). En su entendimiento estricto del control social, este autor distingue entre formas y estilos, de acuerdo con el cuadro siguiente:

Formas (por número y calidad de los intervinientes)		Estilos (por estructuras relacionales y percepciones de la gravedad)
Unilaterales (autoayuda, murmuración, críticas, evitación y tolerancia); bilaterales (negociación)		-penal -terapéutico -compensatorio -conciliatorio
Trilaterales (por diferencias)	marginales (negociadores y curanderos)	

³³⁸ Como ejemplos de distintas definiciones de mediación, desde las teorías psicológica y sociológica de la resolución de conflictos, pueden citarse la clásica adoptada por Schiffrin (1996, 42): "técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión"; la de Singer (1996, 37): "método principal de negociación con hombre bueno, incluye en la disputa a un extraño que no tiene poder para tomar decisiones en nombre de las partes"; y la de Oyhanarte (1996, 33): progreso que "permite ver el conflicto como un sistema que tiene en sí el problema y la solución".

³³⁹ Respecto de la mediación como manifestación de la reprivatización, dejo el debate, por sus connotaciones históricas y antropológicas, para el desarrollo de la Parte siguiente.

³⁴⁰ Como se verá en la Parte Cuarta, el ostracismo como control social, se aplica en distintas culturas, incluyendo la gitana. Sin entrar en la discusión sobre su eficacia o bondad, se encuentra también de forma frecuente en la sociedad paya y, aunque con implicaciones mucho más generales y complejas, puede pensarse, como ejemplo, en la existencia de cierto acuerdo ciudadano en algunas poblaciones del País Vasco para aislar socialmente a los votantes de HB, tras el asesinato por ETA del concejal de Ermua, Miguel Ángel Blanco, en julio de 1997. En favor de ello, incluyendo el campo cultural, vid. Molina Foix (1997).

en la actividad, imparcialidad y autoridad del tercero)	parciales (informantes, consejeros, abogados, aliados, subrogados)
	imparciales (pacificadores, mediadores, árbitros, jueces)

Divide las **formas** en dos grandes categorías -aunque, según mi criterio, se produce una gran permeabilidad entre ambas-: aquellas que sólo involucran a sus participantes o protagonistas, incluyendo a los que les apoyan, y aquellas en las que interviene además una tercera parte, que actúa como agente para llegar a un acuerdo³⁴¹. En la primera forma, el control social puede ser unilateral -autoayuda, murmuración³⁴², críticas, evitación o tolerancia³⁴³-, o bilateral -negociación sin intervención de un tercero-. La segunda forma de control -por propia definición, al intervenir un árbitro, mediador o juez- es trilateral³⁴⁴. A este respecto, y en relación con el cambio social, el aumento del individualismo y de la igualdad resultan ambiguos: al disminuir los lazos informales, se demanda la intervención oficial de terceras partes

³⁴¹ Cfr., en un sentido distinto, la concepción ya citada anteriormente de Gibbs (1982b, 86-8).

³⁴² Según Black, la murmuración supone el tratamiento de una ofensa mediante un procedimiento o juicio informal *in absentia*. Distingue tres modalidades: la pura en su momento final ("pure gossip"), la preliminar, que puede conducir a otro control ("preliminary gossip"), y la *postmortem*, después de que se ha ejercido otro control social (1995, 35, nota 129). Cfr., en relación con el efecto amplificador de los medios de comunicación, el concepto de escándalo político en Jiménez Sánchez (1997).

³⁴³ Van Swaaningen y Zaitch se refieren a la "tolerancia" de la cultura holandesa (en ocasiones interpretada como humanismo, indiferencia o ingenuidad), que para ellos es, fundamentalmente, una forma de control social basada en un pensamiento pragmático: "...parece ser más un medio que un fin, no un principio *per se*, sino más bien un llamado *moral* al autocontrol y un *modus vivendi* pragmático para mantener las cosas lo más tranquilas posible sin provocar malestar innecesario en la sociedad" (cursivas de los autores) (1996, 234). Véase su artículo sobre el menor daño de la política tradicional de tolerancia holandesa, como medio de control social, en el campo de las drogas (1996, 241-5).

³⁴⁴ Black ofrece como ejemplos de negociación trilateral los acuerdos fuera del proceso civil y los de "plea bargaining", sobre la declaración de culpabilidad, en el penal (1993, 83).

para resolver conflictos que, anteriormente, al desarrollarse entre conocidos no estaban regulados legalmente o no se acudía a instancias oficiales. Pero, al mismo tiempo, el anonimato fomenta la tolerancia o la huida del tratamiento del conflicto (Horwitz 1990, 248-9).

Black se para a analizar una forma de control social unilateral que él denomina autoayuda y define como “la expresión de un agravio mediante una agresión unilateral” (1993, 43, nota 2). Se refiere a actos, intencionados o impulsivos, que expresan desaprobación, en el sentido de “tomarse la justicia por su propia mano”, y que pueden tener el fin de lograr la compensación o restitución, pero que como actos de violencia, o realización por la fuerza de lo que se considera como el propio derecho, pueden estar penalizados. Como ejemplo histórico cabe pensar en determinados actos de violencia que forman parte de la justicia indígena en la época colonial (y aún en la actualidad). Otros ejemplos de nuestras sociedades serían la acción de los llamados “vigilantes” callejeros³⁴⁵, las mujeres que agreden o matan a sus compañeros maltratadores³⁴⁶ o las venganzas entre mafias y subculturas (bandas y grupos étnicos). Adicionalmente, dado el elevado número de delitos entre personas que se conocen, podría sostenerse que, en muchos de estos casos, se trata de algún modo de lo que el agresor percibe como un ajuste de cuentas. Incluso, aunque no se conozcan, los infractores pueden considerar a sus víctimas “culpables”. Además, en delitos contra la propiedad, podría operar cierta “compensación unilateral”³⁴⁷ (Black, 1993, 51). Estos ejemplos

³⁴⁵ Sobre su existencia en el sur de EE.UU., desde la Guerra Civil a la Primera Guerra Mundial, su relación con los agentes oficiales de control penal local y sus actividades de linchamiento, respecto de las teorías del conflicto, véase Liska (1987, 79). En general, véanse Kowalewski (1996), Johnston (1996); en relación con la prevención en materia de drogodependencias, vid. Davis y Lurigio (1996) y National Institute of Justice Journal (1996). Respecto de la situación en Latinoamérica, cfr. Knisely (1991) y Huggins (1991).

³⁴⁶ Cfr. Larrauri (1994).

³⁴⁷ Cfr. el concepto de distribución de la riqueza de Cabrera Rodríguez (1996). Aunque

cuestionarían la función de prevención del Derecho penal y el monopolio del control formal violento por el Estado. Black concluye que los “delitos de autoayuda” (concebidos como venganza o rebelión) tienen su caldo de cultivo entre personas de una posición social baja³⁴⁸, que cuentan con escasa protección jurídica, y entre personas con una relación familiar en la que el Estado suele inhibirse por considerarlo un asunto privado. Es lo que Black llama situaciones sin Estado, “stateless locations”, donde se verificaría la teoría de Hobbes (1993, 40). En términos de mercado, la escasez de “oferta de derecho” favorece esta autoayuda.

Black no vea esta relación cuando las víctimas realmente sean “culpables” o provocadoras (1993, 44, nota 14); entre otros autores, Fattah ha destacado esa relación víctima-victimario (1991). Anteriormente, Sykes y Matza se refirieron al proceso de neutralización o demonización de las víctimas, siendo un ejemplo claro el de los actos de terrorismo.

³⁴⁸ Esta hipótesis no se verifica para venganzas entre mafias, dirigidas por personas con posiciones sociales altas.

Respecto de las formas trilaterales, Black, junto con M. P. Baumgartner, formula una *teoría del tercero*, con resultados provisionales, que intenta explicar cuándo y cómo éste, independientemente de su imparcialidad, interviene en los conflictos de otras personas, a la luz de la Antropología, la Sociología y la Historia (1993, 95-6), pudiendo aplicarse a distintos agentes de control formal e informal. En su opinión, este cuerpo teórico ofrece infinitas oportunidades para la ingeniería jurídica y supone un reto para las concepciones tradicionales de la justicia. En lo que nos interesa, dicha teoría permite una clasificación de once categorías de terceros, según su grado de intervención, imparcialidad y autoridad. Habría dos posiciones marginales y dos grandes grupos. La dificultad de su clasificación hace que los negociadores y curanderos (“healers”) sean considerados como roles marginales. Los negociadores tienen una participación híbrida en cuanto a su imparcialidad, ya que representan a una de las partes, pero, en todo caso, trabajan para que las dos lleguen a un acuerdo, como sucede con los abogados de compañías de seguros y también en el proceso penal estadounidense respecto de la figura del *plea bargaining*. Asimismo, pueden encontrarse ejemplos históricos europeos si se piensa en los portavoces de distintos grupos y en los “segundos” o asistentes de cada duelista. Por su parte, los curanderos se acercan al conflicto de una manera distinta, ya sea como magos, exorcistas o terapeutas. No se preocupan por la justicia, sino por la salud, el bienestar o la normalidad de la persona, que consideran necesitada de su ayuda o tratamiento, y lo hacen con cierta autoridad (1993, 118-20; 124).

Black relaciona la autoridad con variaciones en el formalismo (producción y aplicación de normas escritas), la decisión de quién tiene la razón y quién no, la coerción y la punición. Estos elementos están en función directa con la distancia relacional y jerárquica (1993, 145-9). Por distancia

relacional entiende el grado cuantificable en que las personas participan en la vida de otra. Así, según este autor, existe una relación curvilínea entre distancia relacional y derecho. El derecho disminuye cuanto más pequeño y más grande sea el espacio relacional (1995, 4, nota 15).

En cuanto a los dos grandes grupos de formas de intervención de un tercero, el primero está integrado por intervenciones que, en principio, no son imparciales, como ocurre con los informantes, consejeros, abogados, aliados y subrogados. El segundo recoge actuaciones de terceros, en principio imparciales, tendentes a hacer llegar a un acuerdo a las partes en conflicto. Éstas sí serían, propiamente, formas trilaterales de control social y comprenderían la actuación de los pacificadores, mediadores, árbitros y jueces. Los pacificadores no se fijan ni en la causa, ni en el contenido de la disputa, sino en hacer que se olvide el conflicto y alcanzar la paz. La pacificación puede realizarse de forma amistosa³⁴⁹ o represiva, amenazando con un castigo a ambas partes si no cesa el conflicto³⁵⁰. Los mediadores fomentan el llegar a un acuerdo, sin imponerlo a las partes. Según palabras de Hart y Sacks sería como una “negociación supervisada”. En opinión de Black, los antropólogos han calificado como mediaciones, intervenciones de terceros que se acercan más al arbitraje, como en el caso de los monkalun en Filipinas, y han infravalorado las actividades de mediadores pasivos, que sólo intervienen con su presencia, lo cual ocurre también hoy en día entre amigos. Los árbitros proponen una resolución al conflicto, pero no tienen capacidad para ejecutarla. En todo caso, la legislación actual puede hacer que los

³⁴⁹ Un ejemplo se encuentra en el llamado “payaso del campamento” entre los pigmeos Mbuti del Zaire, una figura similar en ciertos aspectos al bufón de las cortes europeas medievales (Black 1993, 109).

³⁵⁰ Ejemplos, dados por Black, de esta pacificación represiva es la criminalización de determinadas formas de resolver conflictos de las poblaciones colonizadas por parte de los colonizadores, la actuación de la policía en caso de una riña, o la de los padres respecto de una pelea entre niños (1993, 116-7).

arbitrajes sean jurídicamente vinculantes. Esto es la regla general cuando hablamos de jueces que pueden imponer sanciones si no se obedece su resolución y que, en una concepción amplia, comprende casos de sociedades sin Estado, familias y organizaciones, que, por ejemplo, pueden sancionar con la expulsión (Black 1993, 110-2; 114-5).

Ahondando en la distinción entre formas bilaterales y trilaterales, para Horwitz, la mediación es más cercana a las primeras, dado el carácter del mediador de mero facilitador hacia la negociación de ambas partes por sí mismas (1990, 134, nota 4). Aquí entiendo la mediación como forma trilateral, ya que el papel del mediador resulta fundamental. La mediación funcionará si ambas perciben la equidistancia o imparcialidad del mediador y están relacionadas con él de alguna forma, como ya puso de relieve Felstiner (1974). Esta relación puede ser de jerarquía o autoridad, como ocurría con el clero en Europa occidental. En comparación, según Horwitz, verdaderas formas trilaterales de autoridad -como la adjudicación o el arbitraje- surgen cuando se incrementa la distancia relacional: "La intromisión de terceras partes formales en las disputas es un signo de que la intimidad ha desaparecido". Además se utilizan cada vez más por personas pertenecientes a grupos desfavorecidos o que sufren discriminaciones (mujeres, inmigrantes, discapacitados, niños, etc.), pero que poseen un cierto grado de organización o posibilidad de ayuda, considerando que el tratamiento informal de estos conflictos opera generalmente en desventaja suya (1990, 135; 162-3)³⁵¹.

Se puede hablar también, según Black (1993, 18-9), de macromodelos de control, distinguiendo sociedades de mediación, de arbitraje o de

³⁵¹ Es preciso indicar que la movilización del derecho por grupos desfavorecidos -incluyendo los de determinadas víctimas- suele destinarse, en ocasiones, hacia personas pertenecientes también a esos u otros grupos desfavorecidos (ej. en supuestos de maltrato).

adjudicación, según el grado de complejidad social y diferenciación de *status*.

Respecto de los **estilos**, siguiendo el orden indicado por Black y desarrollado por Horwitz, se distinguen los cuatro siguientes³⁵²: penal, terapéutico, compensatorio y conciliatorio, los cuales dependen de las estructuras relacionales -en cuanto a distancias de intimidad y poder³⁵³- y de las percepciones de la gravedad del daño. Todos estos estilos se encuentran en la vida contemporánea en distintas situaciones, aunque su intensidad está siendo alterada. En lo relativo a la eficacia de los controles sociales, Horwitz contiene que cuanto más consensuales, más eficaces, ya que los coercitivos difícilmente pueden crear conformidad a largo plazo (1990, 23-100; 248; 211). Cada estilo tiene su propio lenguaje y lógica, y su utilización varía en cada contexto cultural, puesto que un mismo caso puede tratarse con estilos diversos (Black 1993, 47-8).

³⁵² Cfr. la alusión anterior a la obra de 1961 de Etzioni. Estos cuatro estilos fueron mencionados por Hulsman en su ejemplo sobre la rotura de un televisor en un piso de estudiantes (Silva 1992, 21-2). Según Bernat de Célis existen cinco estilos de control social: el punitivo, el terapéutico, el compensatorio, el educativo y el conciliatorio (1982, 44). Añade, por tanto, el educativo a la diferenciación de Black y Horwitz. Cfr. las estrategias mencionadas en el apartado dos de esta Parte.

³⁵³ Traduciendo literalmente a Horwitz cuando habla de “distances of intimacy and power” (1990, 77).

El estilo penal utiliza un lenguaje de prohibiciones, infracciones, culpa y retribución. Se centra en el comportamiento del sujeto, castigándolo cuando viola las prohibiciones (Black 1993, 47). Principalmente se utiliza en sociedades individualistas donde ocurren muchas victimaciones entre gente extraña y muy diferente entre sí, que tampoco están relacionadas con posibles terceras partes que intervengan en el conflicto. La distancia entre víctimas, delincuentes y agentes de control social retroalimenta el estilo penal, por lo que Horwitz predice su crecimiento³⁵⁴. A él también contribuirá la mayor independencia de determinadas minorías, como mujeres y jóvenes, que ahora se relacionan demandando y siendo objeto de castigo. Sin embargo, este crecimiento no se producirá para todo tipo de conductas. Comportamientos relacionados con la moralidad de las relaciones sexuales entre adultos, por ejemplo, ya no serán objeto de control social penal. En todo caso, Horwitz concluye que los estilos penales continuarán expandiéndose en el mundo moderno pero difícilmente proporcionarán respuestas efectivas a las raíces de los problemas (1990, 245).

El estilo terapéutico³⁵⁵ se centra en personas que sufren anomalías y buscan ayuda (Black 1993, 48). Se da en contextos de individualismo creciente, donde se verifica la teoría general de Black de que, a menor distancia social, menor intervención de terceros. Por tanto, en los conflictos con uno mismo, en la actualidad, en caso de que alguien intervenga, será frecuentemente un terapeuta. El número de psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, asesores en educación, mediadores sociales, etc. se ha incrementado, junto con el número de sus pacientes y los problemas que se consideran apropiados

³⁵⁴ Aunque como reconoce Horwitz (1990, 244), esta misma distancia es ambivalente al favorecer también la cifra negra.

³⁵⁵ La palabra terapia o terapéutica, de origen griego, se define en la 21ª ed. del Diccionario de la Lengua Española como “parte de la medicina, que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades.”

para ser tratados por aquéllos. La movilidad disminuye los lazos de la familia y el aislamiento hace que uno se centre en su propia existencia y llegue a buscar ayuda terapéutica. Sin embargo, este tipo de asistencia no lo es tanto, en cuanto no se acepte voluntariamente y haya grandes distancias entre el terapeuta y el paciente. Además, esta asistencia puede provocar un mayor aislamiento o resultar muy limitada (Horwitz 1990). De acuerdo con el estudio de Cohen y Taylor (1993, 21), el poder terapéutico no es represivo, en el sentido de la sociedad contra el individuo, sino que se dirige a crear formas de subjetividad que encajan en un discurso particular de control y ciudadanía. Se da una construcción de lo personal por lo político.

El estilo compensatorio³⁵⁶ se basa principalmente en las consecuencias de la conducta. Habla de obligaciones, daños, deudas y restitución. Se trata de reparar el daño ocasionado a la víctima (Black 1993, 48). La reparación suele consistir generalmente en la entrega de un bien considerado valioso, pero también pueden darse prestaciones de servicios. Sucede principalmente en contextos de responsabilidad de grupos o personas jurídicas, donde la vida se centra en la pertenencia a una serie de colectivos u organizaciones, entre las que se crean obligaciones, y donde la responsabilidad individual se diluye. Así ocurre, según Horwitz, tanto en las sociedades tribales de clanes como en las sociedades modernas, aunque en las primeras se enfatiza la reparación de las relaciones rotas, como expresión de los valores de pertenencia al grupo, conformidad y armonía. En contraste, en las sociedades modernas, más individualistas, la compensación gira en torno al reconocimiento de un derecho de resarcimiento económico de los daños, ya que no existe una relación previa víctima-infractor que deba ser reparada. Por tanto, externamente, las formas de compensar pueden ser similares en las

³⁵⁶ En mi opinión, por su contenido económico, también podría denominarse de responsabilidad civil o restitutorio.

sociedades holísticas e individualistas, pero no lo son en su fundamento y el intento de las segundas de aproximarse al fundamento de las primeras conduce al fracaso. Horwitz estima que los sistemas de las sociedades modernas de hacer pagos o prestar servicios a sus víctimas suelen tener corta duración y son ineficaces, ya que carecen de la base de responsabilidad colectiva (1990, 63, nota 5). En este sentido, Garland y Simon se han referido a la tendencia de las políticas penales recientes de traer a colación estilos penales del pasado, "...produciendo una especie de efecto pastiche, en el que las prácticas más antiguas se reviven no porque sean funcionales, sino porque evocan el sentido de una época pasada" (Garland 1995, 206, nota 8). Simon habla de "nostalgia" (1993, 248). En cualquier caso, este estilo tiene la ventaja de evitar, al mismo tiempo, la venganza y la estigmatización respecto del agresor y otorgar una reparación a las víctimas. Estas ventajas disminuyen en las sociedades actuales que monetarizan la respuesta y, especialmente entre organizaciones o personas jurídicas, que asumen los riesgos y reparaciones como parte de los costes, sin distinguir claramente entre responsabilidad objetiva e intención, por lo que este estilo no puede proporcionar una base moral.

De acuerdo con Black, el punto de partida clásico en lo que él denomina teoría de la compensación es la obra de Durkheim *La división del trabajo* (1893). El paso de una solidaridad mecánica a otra orgánica o de interdependencia conllevará también la evolución de las sanciones penales a las reparatorias³⁵⁷. En todo caso como variables de la compensación, Black tiene en cuenta la estructura social y del caso concreto. Respecto de la primera, puede ocurrir que sea socialmente vergonzoso aceptar una reparación y que se prefiera otra forma de compensar (quizá a través de la venganza o

³⁵⁷ Según Black esta evolución se verifica en tiempos recientes, pero no a lo largo de la historia en general (1993, 62, nota 6).

la evitación, como en el caso de grupos gitanos en Finlandia -véase en la Parte Cuarta el estudio de Grönfors-). Además, la compensación suele ser más frecuente entre grupos que entre individuos (piénsese en casos de consumidores). De alguna manera, históricamente, se puede apreciar una evolución de un tipo de responsabilidad colectiva (en el seno de la familia, clan, etc.) a otro (en el seno de las organizaciones modernas). Respecto de la estructura del caso concreto, como variable de la compensación, ésta es más frecuente en distancias relacionales intermedias (incluyendo la situación de poder) (1993, 52-5; 61).

El estilo o control conciliatorio se apoya en las relaciones y busca restaurar la armonía entre las personas en conflicto (Black 1993, 48). Disminuye en las sociedades actuales que promueven la individualización, ya que este estilo es propio de comunidades pequeñas, homogéneas y estrechamente unidas, las cuales, en opinión de Horwitz (1990, 246), básicamente han desaparecido³⁵⁸. Aquí sería aplicable lo que anteriormente se señaló sobre la distancia social, incluso con más motivo, ya que la conciliación requiere relaciones más estrechas en forma de familia, amistad... Sin embargo, para este autor, paradójicamente las actividades de un gran número de abogados, en la dirección de promover negociaciones³⁵⁹ y el hecho constatado de que, en los conflictos entre organizaciones y entre organizaciones e individuos³⁶⁰,

³⁵⁸ Creo que lo importante, en todo caso, en cuanto a las posibilidades actuales del control conciliatorio es que pensemos no en sociedades, sino en las redes sociales, utilizando el lenguaje de los trabajadores sociales o comunitarios.

³⁵⁹ Horwitz aclara que, la distancia entre infractor y víctima puede superarse con las relaciones que se crean entre los abogados. Entonces: "Los abogados vendrían a ser el equivalente moderno de los mediadores en los grupos tribales, creando las condiciones de conciliación en un espacio inesperado" (1990, 78).

³⁶⁰ De acuerdo con Horwitz: "La presencia de las organizaciones reproduce en las sociedades modernas, en un nivel diferente, las condiciones que tipifican los grupos preindustriales" (1990, 77).

se promueve la conciliación, hace que pueda darse cierto espacio para este estilo de control en las sociedades contemporáneas.

REFLEXIÓN FINAL

El concepto de control social posee una gran fuerza explicativa, pero al mismo tiempo resulta difuso. Heredado de la teoría sociológica de finales del siglo XIX, a partir de los años cuarenta -y especialmente sesenta con las tesis del *labeling*-, la Criminología se centrará en su sentido estricto como socialización hacia la conformidad, incluyendo las definiciones y respuestas a la desviación. Sin embargo, distintas corrientes posteriores, desbordando el ámbito originario estadounidense, pondrán de relieve su relación con el orden social y el control interno. Sin renunciar a dicha relación, este trabajo adopta el concepto propuesto por Kaiser de control social jurídico-penal como conjunto de instituciones, estrategias y sanciones que promueven y garantizan el sometimiento del individuo a las normas comunitarias. Además, tiene en cuenta la teoría general sociológica del control social elaborada por Black. Todo ello sin olvidar las aportaciones de la Filosofía política en torno a las nociones, clave para el Derecho penal, de contrato social y democracia. Además, el desarrollo reciente de teorías criminológicas ha concretado marcos explicativos de la mediación/conciliación para la reparación, alrededor del sistema penal.

La mayoría de las teorías expuestas concluyen sobre la interdependencia de los controles formales e informales, aumentando la confusión y complejidad en torno al concepto de control social y posibilitando, a la vez, el replanteamiento de la política criminal, en relación con su eficacia y el respeto de los derechos fundamentales. Precisamente la protección de los derechos, entendidos como bienes jurídicos, legitima la intervención de un control tan formalizado -y estigmatizante para autor y víctima- como es el que se ejerce a través del *ius puniendi*. Sin embargo, no cabe olvidar que,

a pesar de los cambios sociales, en la mayor parte de la vida social rigen otros controles con formas y estilos diversos.

En todo caso, en conexión con las transformaciones sociales sí pueden apreciarse, entre otros, tres aspectos recientes y contradictorios, sobre los que se apoya la justicia penal posmoderna o derivada de la modernidad. Son el énfasis en la gestión, incluso privada, del fenómeno de la delincuencia, más allá de su tratamiento; la participación de la comunidad; y la prevención. En el contexto de la participación, cabe entender, al menos parcialmente, la potenciación de los experimentos de mediación para la reparación, como forma trilateral de control social de estilo compensatorio e incluso conciliatorio, siguiendo la teoría del tercero de Black y Baumgartner. Finalmente, si el funcionamiento efectivo de los controles sociales depende de la estructura y valores socio-históricos, merece la pena estudiar esta relación en la Parte siguiente, para comprobar la nostalgia o utopía que evocan las nuevas propuestas de controles (¿penales?) compensatorios y/o conciliatorios. En definitiva, cabe preguntarse por las implicaciones concretas de controlar socialmente a través de la mediación.

PARTE SEGUNDA

PROCESOS DE MEDIACION DESDE LA HISTORIA Y LA ANTROPOLOGIA DEL CONTROL SOCIAL

PARTE SEGUNDA. PROCESOS DE MEDIACIÓN DESDE LA HISTORIA Y LA ANTROPOLOGÍA DEL CONTROL SOCIAL

En la Parte Primera se concluía que el funcionamiento de los controles sociales depende de las estructuras y valores de cada momento histórico. Teniendo en cuenta que: “no existe la pena como fenómeno unitario, desligado del tiempo y el espacio, de las instituciones concretas con situaciones y sistemas penales determinados” (Kaiser 1988, 113), el objetivo de esta Parte consiste en mostrar el diverso protagonismo de la mediación a lo largo de la historia. He definido la mediación como control social trilateral conciliatorio o compensatorio, distinto del enjuiciamiento o decisión judicial -y, con mayores dificultades, del arbitraje-. Diversos autores sostienen que la mediación, como proceso de comunicación ante determinados conflictos, poseía una mayor relevancia comunitaria que la que tiene actualmente de manera informal, lo que obedecería a unos cambios socio-históricos que afectan fundamentalmente a las sociedades occidentales.

No pretendo un estudio universal¹⁶³, exhaustivo y lineal de la historia del derecho y las transformaciones sociales en relación con esta cuestión, sino aportar una serie de ideas que servirán de base para las Partes siguientes¹⁶⁴. Me centraré en los cambios claves institucionales,

¹⁶³ Sobre los intentos de una historia del derecho universal, véase Escudero (1985, 27-8).

¹⁶⁴ En este sentido, rechazo la teoría del desarrollo aplicada al derecho. Cfr., desde una perspectiva teórico-social, Sumner (1991, 70). Hendler critica el etnocentrismo que subyace en el evolucionismo ingenuo, que presuponen muchos penalistas, apoyados en los trabajos sobre la evolución histórica, la mentalidad primitiva y el tabú, desarrollados respectivamente por Lewis H. Morgan, Lucien Levy-Bruhl y Sigmund Freud (1994, 1212-7). Este evolucionismo ya ha sido criticado por las tesis difusionistas, defendidas entre otros por Robert H. Lowie, y por la tesis de Franz Boas, para quien -en opinión compartida por Marcel Mauss- no existían diferencias esenciales en los modos de pensar de los hombres primitivos y civilizados. Hendler se apoya en un trabajo anterior (1991), base de otro más amplio, en fase de publicación, sobre *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, para concluir que: “La repulsa que suscita la sola idea de poner en comparación las instituciones legales de la

particularmente en España¹⁶⁵, relativos a las concepciones sobre el pluralismo jurídico, el daño, el delito, la reparación, la conciliación, el perdón, el castigo, la víctima, etc. Para ello, parto de distintas obras que vinculan los proyectos actuales de mediación con ejemplos históricos y de otras culturas¹⁶⁶. Así, por ejemplo, respecto de los primeros experimentos de mediación fineses a comienzos de los ochenta, Grönfors ha reconocido no sólo la influencia ideológica de la perspectiva abolicionista, sino también la de la práctica de algunos países socialistas y la del conocimiento aplicado sobre el proceso de disputas en las sociedades preindustriales (1992, 424).

sociedad occidental con normas y costumbres de otras culturas es, en realidad, una reacción perfectamente entendible y da cuenta del mecanismo mental que condujo a la construcción progresiva y evolucionista". Cfr. Perrot y Preiswerk (1975).

¹⁶⁵ Reconociendo la limitación ante la gran variedad de los distintos territorios, por lo que, respecto del período medieval y moderno, me referiré primordialmente a Castilla, ante el mayor acceso a trabajos sobre la misma.

¹⁶⁶ Véase la Parte Cuarta.

En el siguiente recorrido realizaré unas distinciones que aceptan como base la periodificación realizada por Giddens (1994, 76-90), con objetivos más sociológicos y explicativos -y por tanto, simplificadores- que históricos y precisos¹⁶⁷. Este sociólogo, siguiendo parcialmente al antropólogo Harris, distingue las sociedades premodernas de las modernas -aunque reconoce la coexistencia actual de ambas formas-. Entre las premodernas, indica, en primer lugar, las sociedades cazadoras y recolectoras del Paleolítico¹⁶⁸, bastante homogéneas y formadas por un pequeño grupo de personas, que se diferenciaban principalmente por la edad y el sexo, dando mayor peso a la opinión de los mayores y a las ceremonias y rituales¹⁶⁹. Más tarde, nos encontraríamos con las llamadas civilizaciones tradicionales -en el Medio Oriente y en Centroamérica-, conocedoras de la escritura, que continuaban basando su economía en la agricultura, aunque también desarrollaban la artesanía y el comercio en las ciudades. Con grandes desigualdades entre las clases y una división del trabajo más compleja, agrupaban desde un pequeño número hasta millones de personas, bajo un rey o emperador como forma de

¹⁶⁷ Junto con van den Bergh (1995, 22), entiendo que se debe ser consciente de las limitaciones de un pensamiento binario sobre la historia, relativo a la distinción de categorías como *status*-contrato, comunidad-sociedad, Estado-pueblo, civilizados-primitivos, preindustriales-industriales, tribales-urbanas, etc. Se hará referencia a estos términos, pero deben considerarse como tipos ideales o conceptos analíticos.

¹⁶⁸ Un ejemplo actual de sociedad cazadora y recolectora sería la de los pigmeos Mbuti del Zaire (Giddens 1994, 79).

¹⁶⁹ De acuerdo con Giddens: "Sin duda, no debemos idealizar las circunstancias en las que han vivido los cazadores y recolectores, pero, a pesar de todo, la inexistencia de guerras, la ausencia de desigualdades importantes de riqueza y poder y el énfasis en la cooperación más que en la competencia constituyen todos ellos advertencias instructivas sobre el hecho de que el mundo creado por la moderna civilización industrial no es necesariamente sinónimo de 'progreso'" (1994, 81). Cfr. sobre las desigualdades en los pueblos primitivos, según las investigaciones arqueológicas, Vila (1996). En todo caso, la escasez de datos sobre estas culturas hacen que difícilmente se puedan realizar afirmaciones categóricas.

gobierno más estructurada, extendiéndose mediante conquistas. Por otra parte, Giddens define las sociedades modernas por el proceso de industrialización que repercutió en la urbanización y la división del trabajo; el capitalismo afectó a las relaciones sociales, especialmente a las jerarquías tradicionales, provocando una vida más anónima, aunque gobernada por grandes instituciones¹⁷⁰. Bajo su clasificación, las sociedades modernas comprenden las sociedades del primer, segundo y tercer mundo, todas ellas constituidas en Estados nacionales.

Teniendo en cuenta esta periodificación, pero completándola para el desarrollo que aquí nos interesa, aun reconociendo que toda parcelación resulta artificiosa, en esta Parte se diferencian cinco grandes etapas, bajo la denominación de sociedades premodernas, medievales, modernas, contemporáneas y posmodernas. Sin embargo, antes de entrar en ellas, realizaré una reflexión previa sobre la perspectiva metodológica, en concreto, sobre la Historia y la Antropología del Derecho o del control social.

1. ASPECTOS PREVIOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS: LA HISTORIA Y LA ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO Y DEL CONTROL SOCIAL

En la Historia del Derecho penal, el desarrollo del castigo se ha observado -según Garland (1991), Elias (1982) y Spierenberg (1984)- como parte de un “proceso de civilización”, por el cual las sociedades occidentales

¹⁷⁰ Este momento explica, según Castan (1983, 259), la falta de legitimidad de terceros (clérigos, señores...) que hasta entonces habían actuado como mediadores.

han ido renunciando a las ceremonias públicas de violencia y al placer de ver sufrir a otros¹⁷¹ (Simon y Feeley 1995, 171).

¹⁷¹ Respecto de la evolución histórica de la violencia en general, sobre las mayores tasas de homicidios en Suecia, durante los siglos XV y XVI, vid. Österberg (1992). Según un estudio de Junger-Tas (1995), relativo a la violencia en la Europa actual, sólo se experimenta un ligero aumento en los delitos menos graves desde 1980. Siguiendo las tesis de Elías sobre el proceso de civilización, von Hofer afirma que en Suecia -y otros países- la violencia privada, y sólo de forma ficticia, pertenece al mundo de los libros, las películas, los cómics y los videojuegos (1997, 47). En todo caso, se olvida de la violencia institucional y de la multitud de conflictos armados que persisten en diversos lugares del planeta. Sobre agresividad y derecho, cfr. Rocamora (1990).

Los estudiosos que se han acercado a esta problemática suelen hacerlo desde distintas perspectivas (jurídica, histórica, antropológica, semiótica, sociológica, criminológica, ética, filosófica, literaria, etc.) que iré revisando a continuación, detallando algunas obras representativas con sus tesis principales. A pesar de un nuevo interés¹⁷², los estudios históricos sobre el control social y, en concreto, sobre el Derecho penal, resultan escasos y adolecen de una serie de insuficiencias, como ya indicó Clara Álvarez Alonso. Para esta autora, la publicación del interesante libro *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* -que recoge un curso de verano en la UIMP en 1987- constituía la expresión de las tendencias españolas en la materia¹⁷³. Álvarez subrayaba la escasez y el positivismo de las obras sobre la Historia del Derecho penal, aunque se advertía un aumento de los trabajos -especialmente en relación con la Criminología- a partir de los setenta, en vinculación con la Historia social (1990, 198)¹⁷⁴.

¹⁷² Cfr. Roth (1986) y Dülmen (1990).

¹⁷³ Véase posteriormente, Montanos y Sánchez-Arcilla (1990). Para una evolución hasta finales de los ochenta del Derecho penal histórico o la Historia social del delito en los ámbitos anglosajón, francés e italiano, véase Álvarez Alonso (1990, 199-211).

¹⁷⁴ Sobre la tradición de trabajos antropológicos, téngase en cuenta, entre otros, a Caro Baroja, cuyas aportaciones a la Criminología, pueden verse las publicaciones recogidas en 1996 en el número nueve de la revista *Eguzki lore*. Sobre estudios de carácter criminológico o de sociología del control social, véanse Garland, Scull y Kekkonen en Matthias Calonious Society (1991).

Desde el Derecho, las investigaciones han adoptado una posición estrictamente jurídica, sin un manejo completo del método histórico¹⁷⁵. Como

¹⁷⁵ En otro sentido, Hassemer proponía, en 1987, una teoría de la reforma del Derecho, "...con capacidad de analizar y valorar histórica y políticamente las transformaciones del Derecho penal". Antonio Cuerda Riezu recogía estas palabras como base de su tesis, según la cual es posible una dogmática crítica, histórica y conectada a la realidad social, siempre que se considere al legislador concreto y se incluya el criterio histórico de interpretación (1991, 115-6).

Véanse especialmente las alusiones a la historia en las introducciones o primeros apartado de los manuales de Derecho penal, en relación con el concepto de pena: Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (1993, 879-80), Cousiño (1975) y de manera más crítica Bustos Ramírez (1982, 115-150); de Derecho penitenciario y Penología: Bouloc (1991); de Derecho procesal: Gimeno Sendra y otros (1991, 28-31); e incluso de Criminología: Picca (1987, 97-102), Parmelee (1925), Gassin (1988, 232-6) y Middendorf (1981)- y Victimología: Herrera (1996, 23-62). La primera Criminología reflejaba el delito como manifestación diaria de las hordas. Para los positivistas, el delincuente -o algunos de ellos- representaba un ser atávico que reproducía las conductas de los seres primitivos (Chamorro 1983, 32). Cfr. Salillas (1898) y Bernaldo de Quirós (1904). Asimismo, véase la obra de Dorado de 1901 sobre el Derecho penal en la Iberia primitiva. Desde otra perspectiva criminológica, sobre la jurisdicción penal en el siglo XVI, vid. López Rey (1936). Este autor da una pequeña indicación sobre la historia de las sanciones, de las que excluye la responsabilidad civil por no tener carácter intimidante ni de readaptación. Penas, medidas penales y de seguridad son sanciones o consecuencias jurídicas del delito, pero no reacciones sociales, ya que rechaza el concepto sociológico del derecho, quizá porque en el término reacción social vea "algo ciego, primitivo e impulsivo". La pena habría evolucionado hacia una finalidad correctiva. De acuerdo con López-Rey: "El Derecho Penal moderno es uno de índole pública y no privada. Con todo, como resabios de pasadas épocas y para ciertos delitos llamados privados, se admite aún, en buen número de legislaciones, un perdón más o menos directo por la parte ofendida que influye en la no ejecución de la pena. Tal criterio es rechazable y revela supervivencias que no deberían ya existir, pues todo delito debe ser considerado como de índole pública" (1946, 113-4). Por parecidas razones rechaza la figura de la prescripción. En todo caso, la principal obra de Criminología sobre la pena es la de von Hentig. Este autor publicó en 1932 en Stuttgart *La pena*, revisada en profundidad y ampliada en los dos volúmenes publicados en 1954 y 1955, traducidos al castellano (1967; 1968). En ellos se alude a la evolución de las distintas tipologías de penas, precedida por una descripción de los posibles sujetos pasivos de la pena, incluyendo colectividades, animales, cosas y personas muertas, y los titulares del derecho a castigar. En 1951 se publicó, también en Stuttgart, *Historia de la Criminalidad (Ensayo de una Criminología histórica)* de Radbruch y Gwinner donde narran ejemplos de delitos en la historia de Alemania como manifestación de la crisis social. En 1948 von Hentig publicó *El delincuente y su víctima*, obra fundamental en el nacimiento de la disciplina de Victimología. Veinte años después Stephen Schafer publicó *La víctima y su delincuente: Un estudio sobre la responsabilidad funcional*, dedicando un apartado a la historia de la víctima. En 1977, publicaría una edición revisada bajo el título *Victimología: El delincuente y su víctima*. En 1960, este autor ya había escrito una obra sobre la restitución a las víctimas del delito.

ejemplo tenemos la obra de Gutiérrez Fernández, quien en 1866 publicó su *Examen histórico de derecho penal*¹⁷⁶. Podemos citar también al entonces Abogado Fiscal de nuestro Tribunal Supremo, D. Federico Melchor y Lamanette, quien publicó en 1877 su *Estudio histórico sobre la penalidad en los pueblos antiguos y modernos*. En él se demuestra la creencia en “la ley providencial del progreso” de la civilización, apuntando a que su propia obra sirva de punto de partida para “nuevos y mayores adelantos”, mostrando que las penas crueles no siempre son eficaces (1877, 7; 156). Según el autor, los principios que constituyen la filosofía del Derecho penal “son y deben ser los naturales de la humanidad y justicia aplicados a la represión del delito en defensa de la sociedad; pero para que hayan brillado en toda su pureza, ha sido preciso antes, que haya tenido lugar una lenta y sostenida lucha con los violentos instintos y salvajes pasiones, que tienden constantemente a sofocar en el hombre la voz de la conciencia; así que sólo han conseguido ir penetrando insensiblemente en las leyes, merced a aquella tenaz lucha y a la irresistible fuerza de la verdad” (1877, 5). Su análisis parte de un derecho de penar como derecho privado¹⁷⁷ de venganza que se transmitía a ambas familias. Presupone el talión como instinto de justicia innato en el hombre, común a todos los pueblos primitivos y anterior a toda legislación. Más tarde aparecería la compensación o *Wehrgeld* en las tribus de guerreros germanos, que con el surgimiento de las autoridades se haría obligatoria (1877, 155)¹⁷⁸. Entiende

¹⁷⁶ Cfr. Romagnosi, como uno de los primeros sistematizadores del Derecho penal, en su obra *Génesis del derecho penal* (1956).

¹⁷⁷ Para una reflexión filosófica y sociológica sobre el ámbito de lo íntimo, donde no existen reglas, de lo privado, donde se dan reglas de carácter diverso, y de lo público, donde existen reglas uniformes, véase Castilla del Pino (1989, 13). Cfr. Pardo (1996) y Béjar (1990); sobre la distinción entre derecho privado y público, Pérez Luño (1997, 65-7). De cualquier forma, conviene distinguir lo público de los poderes públicos.

¹⁷⁸ Para una breve comparación entre las instituciones de la *Transactio* y de la *Wehrgeld*, en el derecho medieval alemán, con referencias, respecto de la primera, al Derecho penal moderno italiano, vid. Hehn (1996, 66-7).

que los primeros castigos tenían como principal carácter "... más bien el de reparación al ofendido que el de enmienda y mejoramiento del delincuente" (1877, 8). También se detiene en el principio de expiación religiosa, consagrado en las leyes de la India, Persia, Egipto y Palestina, dentro de una concepción del delito como ofensa a la divinidad -presente en la idea de una culpa originaria o primitiva, como se resalta en la Biblia- que requiere una serie de sacrificios. Pero, al mismo tiempo, según este autor, al lado de esa penalidad religiosa surgió la penalidad política entendiendo el delito como ofensa a la autoridad del rey, señor, casta o familia dominante, quienes se resarcirían mediante la confiscación. Por último, explica Melchor Lamanette (1877, 7): "... el espíritu moderno ha venido a sustituir a esas desacertadas doctrinas, lo que podemos llamar penalidad social, es decir, el derecho de penar sólo en interés del orden social, para protegerlo y defender como es debido los derechos de los asociados. Así se han hecho desaparecer grandes horrores e iniquidades, se ha rodeado a los acusados de serias y eficaces garantías, y se ha confiado a los Jueces una más augusta y elevada misión", que consistirá en imponer penas que castigan y corrijan. En todo caso las penas "...en último término vienen a ser producto de la civilización, de las costumbres y tradiciones de los pueblos" (1877, 7). Finalmente, siempre según su opinión, las leyes hebreas tendrían un peso mayor sobre el Derecho penal, por encima de las romanas.

Igualmente, a principios de este siglo, puede mencionarse la adición introducida por Quintiliano Saldaña, profesor de Estudios Superiores de Derecho Penal y de Antropología criminal de la Universidad de Madrid, a la 18ª edición del *Tratado de derecho penal* de von Liszt, en la que trata sobre la Historia del Derecho penal en España¹⁷⁹. De acuerdo con von Liszt, el derecho

¹⁷⁹ Realizando, según Tomás y Valiente, junto con otros autores de su época, "un meritorio pero superficial repaso a la legislación, no siempre con acierto" (1969, 17).

comparado demuestra que el origen de la historia de la pena coincide con el de la convivencia social, rectificando la opinión extendida de su nacimiento como instinto individual de venganza o conservación: “La expulsión de la asociación de la paz, como venganza de sangre, no es reacción del individuo, sino *reacción de la asociación de tribus (Stammesverband)*, como mandataria del orden de la paz y del Derecho... La pena es, pues, desde su origen, *reacción social* (conservación) contra las acciones *antisociales*”¹⁸⁰. El sistema de compensación se concibe por el profesor berlinés, como el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena que terminará en un tercero, cuando se objetive como pena pública impuesta por un juez (1914, 20-1). Por su parte, en el volumen primero de los *Comentarios científico prácticos al Código penal de 1870*, Saldaña trazó una evolución desde la “ferocidad” al delito, pasando por la perfidia y el crimen. Cada una de estas figuras se corresponde, respectivamente, con la edad de la sangre -estudiada por la Etnografía-, la edad de los pactos -por la Sociología-, la edad de la conciencia social -por la Ética social- y la edad del delito¹⁸¹ -por el Derecho-¹⁸².

Otras contribuciones más o menos remotas de nuestros juristas a la historia del Derecho penal pueden encontrarse en la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios¹⁸³. En la actualidad, ante el renovado interés por

¹⁸⁰ Cursivas del autor.

¹⁸¹ Y de la pena pública, cuyo estudio realizó Binding en su obra de 1909 *Die Entstehung das öffentliche Strafe*. En otra interpretación de la obra de Binding *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig 1872), Ferri afirma que este autor entendía que entre responsabilidad pecuniaria y pena, no existía diferencia esencial, como tampoco la había, en su opinión, entre la violación del derecho civil y el penal (Ferri 1908, tomo II, 154).

¹⁸² Sobre las referencias bibliográficas utilizadas o recomendadas por Saldaña, véanse las páginas 10-4.

¹⁸³ Véanse sobre las sociedades antiguas y del Antiguo Régimen, Romo (1957), Martín Manrique (1948), Vega (1951; 1952), Medina (1952), Aunós (1945), Rull (1946), Revuelta (1946a y b), Montero Gutiérrez (1945), Méndez (1945), Lasala (1946; 1963), Lucia (1947), Álvarez de Linera (1948) y Zapatero (1964). Sobre el siglo XIX: Fernández Albor (1968), Ovejero (1969);

la víctima, distintas contribuciones de criminólogos y procesalistas comienzan con un apartado histórico sobre el tema. Cabe destacar, en el campo del Derecho procesal alemán, la obra de Thomas Weigend (1989), quien a través de un recorrido histórico sobre la participación del perjudicado, aborda después cuestiones sobre el sentido del proceso penal y las posibilidades de solución de conflictos fuera del mismo.

1970), Bueno Arús (1963; 1981), García Basalo (1978), De Rody (1947) y Aragón Ruiz (1990).

También recientemente, las contribuciones de la Historia al estudio del control social están teniendo un cierto auge (Black 1993)¹⁸⁴. Dentro de estudios realizados durante la posguerra, podemos situar la obra del alemán Viktor Achter, *Nacimiento de la pena*, de 1951, quien cuestiona la percepción común de que el derecho es impensable sin penas, aunque se discuta la función de éstas. De acuerdo con dicho autor, es un error pensar que el derecho siempre ha estado unido a la institución de la pena; el concepto de pena -en sentido moderno- no existía en el siglo XI, como tampoco la distinción entre Derecho civil y penal. Según sus estudios, no pueden encontrarse fuentes que nos indiquen la presencia entonces de un pensamiento penal (1951, 34)¹⁸⁵; cuyo nacimiento irá trazando, desde las cláusulas penales de carácter religioso, indicando las funciones de adjudicación del juez, a diferencia del árbitro¹⁸⁶, hasta el surgimiento del pensamiento jurídico.

Dentro del ámbito concreto de la Historia del Derecho, en opinión de sus estudiosos, ésta debe ocuparse de historiar lo jurídico, apartando las normas morales y sociales (Escudero 1985, 21-2). Sin embargo, el problema se plantea en la distinción de tales normas, especialmente en las sociedades primitivas, aún más si se utiliza el concepto ambiguo de control social. En un principio, según el autor mencionado, las normas jurídicas serían “aquellas cuya vulneración es perseguida por el grupo social organizado (elementos rectores del clan, tribu o Estado) mediante procedimientos coactivos¹⁸⁷ que

¹⁸⁴ Sobre la historia del control del delito en las ciudades, cfr. Zehr (1976).

¹⁸⁵ Según este autor, las fuentes comienzan a hablar de *punire* a mediados del siglo XII. Se recogen entonces expresiones como *justicia poenalis* o *publice punire* (1951, 97).

¹⁸⁶ Con el surgimiento de los jueces y su legitimación, según Achter, la regla ya no será la *compositio amicabile* (1951, 76-7).

¹⁸⁷ En la vigésima primera edición del Diccionario de la Real Academia, se define la coacción como fuerza o violencia para obligar a una persona a que diga o ejecute alguna cosa. En una segunda acepción más específica, se refiere al “poder legítimo del derecho para imponer

se traducen en la pena". La Historia del Derecho resulta fundamental en cuanto que estudia las formulaciones, aplicaciones, comentarios e instituciones del Derecho que "...explicitan históricamente el pensamiento jurídico y, a través de él, hacen transparente la vida social que los ha hecho posibles". Aparte de la historiografía precedente, el origen de esta disciplina se encuentra en la Escuela Histórica del Derecho alemana, como reacción a la codificación resultante del racionalismo jurídico, y, concretamente, en la polémica suscitada por las publicaciones en Heidelberg, en 1814, de Thibaut y Savigny. Este último propugnaba una mayor atención al derecho antiguo. En definitiva, el derecho no era sino un producto histórico del espíritu popular, más para los germanistas que para los romanistas (Escudero 1985, 22; 41; 53-5).

su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción."

En relación con la Escuela Histórica podemos mencionar el libro del profesor de Derecho romano Sir Henry Sumner Maine, publicado en 1861, con el título *El derecho antiguo*. Esta obra, en un escrito con motivo de su muerte, fue comparada por un jurisconsulto español con la de Darwin, en referencia a sus aportaciones a la Historia jurídica, a través de la utilización del método comparado. Según Sumner Maine, en las sociedades primitivas -con la excepción de la Ley de las XII Tablas- parece predominar el Derecho penal sobre el civil¹⁸⁸. Pero: “en realidad, las disposiciones numerosas de los antiguos Códigos, examinadas atentamente, no pertenecen al verdadero derecho penal” (1893, 104). En opinión de Maine, antiguamente sólo se castigaban los daños contra los individuos, por lo que: “cabe afirmar que, en la infancia del derecho, no era el penal propiamente dicho, sino el relativo á daños, quien protegía al ciudadano contra la violencia y el fraude. Por eso en el derecho primitivo ocupan gran lugar los daños, como por otra parte se habla también de los pecados” (*sic.*). Esto no significa que se trataba de un sistema privado por cuanto los árbitros o jueces intervenían para obligar al ofensor a componer la ofensa, lo que demostraba, según Maine, que la comunidad se consideraba ofendida. En todo caso, los árbitros o jueces imitaban los actos que realizarían las personas a la hora de resolver su disputa privada. Conforme a este autor, los hombres primitivos estaban persuadidos “de que los sentimientos de la persona ofendida daban la medida de la imposición de las penas” (1893, 105; 107; 110). Sumner Maine dividió la historia penal

¹⁸⁸ De acuerdo con Shaskolsky Scheleff, la teoría de Durkheim, en su obra *La división del trabajo en la sociedad*, mostrando una evolución del derecho represivo al restitutorio -de difícil comprensión-, se basó en la obra de Maine (1979). Sin embargo, se produjo un error en la interpretación del uso que Maine hizo del término Derecho penal. Por su parte, y en contra de la corriente antropológica de su época, Malinowski defendió la existencia del Derecho civil -junto con el penal- en las sociedades primitivas (1991, 79-82; 90). Vid. también Steinmetz (1894). Cfr. para una aplicación al derecho actual de la tesis de Durkheim, Calavita y otros (1991). Sobre la obra de Malinowski, vid. González Galván (1995, 62).

primitiva -pensando especialmente en el Derecho romano- en cuatro épocas: en la primera se produjo el nacimiento de la idea del crimen, separado del daño y pecado, que se aplica a la ofensa contra el Estado y la comunidad; en la segunda el nombramiento de órganos que se ocuparon de acusar e imponer castigos particulares; en la tercera se generalizaron sus funciones; y en la cuarta se reconoció la posición social o *status* permanente de los mismos y la definición general de los delitos y las penas. Finalmente, cabe aludir a su teoría del paso del *status* al contrato, por cuanto las relaciones entre las personas antiguamente se subsumían en las relaciones familiares, mientras que, progresivamente, se avanza hacia una fase de orden social, donde esas relaciones surgen del acuerdo libre (o contrato) entre los individuos. Esta teoría ha sido discutida por varios antropólogos del derecho, considerando diversos datos etnográficos (Motta 1988).

A finales del siglo XIX se sitúa también la obra de Thonissen sobre el Derecho penal de los primeros pueblos. En concreto, respecto de las antiguas culturas de Oriente nos dice: “Implacables y crueles hacia los condenados, ... parecen obedecer ante todo a un sentimiento impetuoso de venganza que a la voluntad calmada y reflexiva de punir a los culpables dentro de la medida del interés colectivo del cuerpo social” (1869, 68-9). Se trata de sistemas “rudos y groseros” que no observan los principios de libertad individual e igualdad formal, ni el delito como lesión social, ni toda pena como pena pública. Estas palabras parecen ofrecernos más información sobre la consideración de su propio sistema que sobre los que pretende estudiar.

En España, en la primera mitad del siglo XX, tenemos el Manual del licenciado Gámbara para estudiantes de Derecho y abogados sobre *El derecho penal en la Antigüedad y en la Edad Media*. Pretendía ser un recorrido por el Derecho penal en la civilización oriental y occidental, incluyendo “el derecho penal en el concepto bárbarico feudal y cristiano”. El rigor del

Derecho penal se atribuye aquí, citando a Tissot, a la creencia en la pena como venganza divina. Sintéticamente, para este autor, teniendo en cuenta la historia penal, desde Oriente hasta el final de la Edad Media: "...en substancia la razón penal oscila entre el criterio religioso y el criterio político...", siendo su origen el sentimiento de venganza que "...es reprimido y contenido en los individuos por la educación, en los pueblos por la civilización". La venganza particular se transformará en venganza del *numen*, por el que el jefe fue investido de poder. Sin embargo, según Gámbara, con los bárbaros y el feudalismo, el derecho penal tenderá a volverse venganza particular o privada -atenuada por las componendas¹⁸⁹-, al no reconocer la idea de Estado de griegos y romanos. Sin embargo, con el tiempo, los jefes podrán castigar los excesos de venganza u obligar a la compensación, de la cual también se beneficiaría el fisco. Durante la Edad Media, el Derecho canónico intentará armonizar la pretensión social del Derecho romano y la individual del germano, como fundamento del castigo, mediante la aceptación de una autoridad moral superior¹⁹⁰. En el siglo XVIII la pena, para Gámbara, consistirá en la afirmación o tutela del derecho -insistiendo en un castigo con garantías-¹⁹¹, completada con la visión criminológica positivista de finales del siglo XIX, que insistía en la prevención-. Por último, este autor propone un programa mínimo, teniendo en cuenta que las cárceles son una escuela de corrupción, primando la libertad condicional, la reprensión judicial, la

¹⁸⁹ Que, de acuerdo con Gámbara, surgirán por el instinto de conservación, más que por razones religiosas, metafísicas o sentimentales.

¹⁹⁰ Asimismo, el Derecho canónico introducirá elementos subjetivos sobre la intención y estado mental del autor del delito (Gámbara, 108).

¹⁹¹ En el mismo sentido, Silio y Cortes (1891, 3-4): "...el Estado arrebató al ciudadano el ejercicio de la función punitiva; la protección de los intereses individuales se afirma y se robustece y la venganza en fin, conviértese en castigo, existiendo al cabo una norma inflexible y una regla fija que aplicar, sancionada y garantizada por el poder público."

caución, etc., sin perjuicio de que: “Hasta que haya una sombra de organización social, habrá también el deber de la defensa social” (11; 15; 72; 80-5; 93; 108-9; 116-23)¹⁹².

¹⁹² Sobre la necesidad de sustituir las penas cortas de privación de libertad, proclamada por autores de principios de siglo, cfr. Vila Miquel (1917). Respecto de la evolución de las doctrinas penales, véase Guichot (1913).

Resulta necesario aludir también a la Historia social o Sociología de la Historia del Derecho. De acuerdo con Kocka, a mediados de los setenta tuvo lugar un intenso debate sobre lo que debería ser la Historia social¹⁹³, tanto estructural como de la cotidianidad, en su relación con la Sociología, la Economía y la Política. A mediados de los ochenta el interés parecía haberse desplazado hacia sus conexiones con la Antropología cultural, incluyendo temas tan variados como la juventud, las mentalidades, las costumbres populares o la criminalidad (1989, 5-6; 132). Por su parte, Herzog distingue tres disciplinas complementarias en la Historia del Derecho: la positivista, la institucionalista y la sociológica. Esta última busca la interacción entre las reglas, las instituciones y las personas, ya que el sistema jurídico sólo tiene sentido en sociedad y, al mismo tiempo, pretende entender el orden social a través del derecho¹⁹⁴. La Historia social del derecho se inicia en los sesenta¹⁹⁵, siendo hoy objeto de numerosas investigaciones. Buscando en el pasado respuestas al presente, supone apostar por: "...un intento explicativo, que persiga el análisis de las fuerzas sociales en juego, de las creencias y de las esperanzas, y no solamente de los resultados concretos conseguidos en derecho (teórico o aplicado)" (Herzog 1994, 70)¹⁹⁶.

¹⁹³ Cfr. Wickham y otros (1995) y las contribuciones sobre el tema en la revista *Historia social*, número 10, de 1991.

¹⁹⁴ Sin renunciar a su vocación histórica, Herzog apunta a que la Historia social se ha centrado tradicionalmente en lo cotidiano (1994, 68). En conexión con la historia oral, se puede indicar su interés por lo individual, por el azar y la voluntad humana, difícilmente predecibles frente al estudio de infraestructuras que obedecen a una serie de leyes. Cfr. Muñoz Molina sobre la negación del valor de la vida real y los actos individuales en la historia, la política, el arte, la literatura, etc. en los años cincuenta (1997).

¹⁹⁵ Sobre obras posteriores representativas de esta corriente en España, véase Herzog (1994, notas 3 y 4, 68-9).

¹⁹⁶ Un ejemplo de estudio histórico sobre la criminalidad, dentro de la historia de las mentalidades y la cultura, es la obra de Bazán (1995).

El estudio de la marginación por parte de la Historia social nace principalmente en mayo de 1968, cuando se “redescubre” la obra de Rusche y Kirchheimer (1939), y se desarrollará en los setenta bajo influencia de Foucault, saliendo de ella en la siguiente década¹⁹⁷ y permitiendo que la historia de lo penal, sobre el siglo XIX, no se redujera a la historia de la prisión¹⁹⁸. En 1990, la Revista *Historia Social* publicaba un dossier titulado “Crimen y castigo”, afirmando que en nuestro país todavía estamos en plena infancia historiográfica en esta materia¹⁹⁹ (1990, 45-6). En esta publicación, los Profesores Robert y Lévy inciden en la necesidad de combinar el método histórico con el sociológico (1990, 77)²⁰⁰. En este sentido, Rousseaux ha señalado la interdisciplinariedad de esta materia (1992, 237-41)²⁰¹.

¹⁹⁷ Cfr. Roth (1981). En 1983 se celebró el 6º Coloquio Criminológico del Consejo de Europa dedicado a la Investigación histórica sobre la criminalidad y la justicia penal. Los asistentes se felicitaron por la rama floreciente de la Historia social en relación con el Derecho penal, que podía advertirse especialmente en Francia con historias de vidas y sucesos relativos a vagos, brujas y bandoleros (Álvarez Alonso 1990, 204). También como producto actual de estas tendencias puede indicarse que, del 12 al 15 de marzo de 1997, se celebraron en Salamanca -organizadas por el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de su Universidad-, las Novenas Jornadas de Estudios Históricos dedicadas a los *Disidentes, heterodoxos y marginados en la Historia*, que serán publicadas por el Servicio de Publicaciones de dicha Universidad, en la colección “Estudios Históricos”.

¹⁹⁸ Una de las primeras obras en el Reino Unido que se subtitulan como historia social del crimen es la de Gatrell, Lenman y Parker (1980).

¹⁹⁹ Salvando estudios anteriores sobre el bandolerismo. Sobre los mismos, cfr. Almazán (1990, 89).

²⁰⁰ Véase asimismo Robert y Emsley (1991). Sobre la valoración del empleo de métodos cuantitativos por Pierre Chaunu y su escuela de Caen, cfr. Almazán (1990, 89-90). Recientemente, impulsando la Historia social del delito, ha aparecido la revista *Crime, History & Society/Crime, Histoire et Sociétés*, uno de cuyos responsables es Rene Lévy.

²⁰¹ A lo largo de su artículo, Rousseaux proporciona un gran número de referencias bibliográficas sobre la historia de lo criminal en Europa, fundamentalmente en la Edad Media.

Como ejemplo de una contribución de un historiador, en busca de la historia viva o social del derecho castellano, citaremos a Kagan, cuya obra en inglés ha sido traducida diez años después al castellano. Este autor resalta la escasez de los estudios sobre la litigación en la historia europea, no prestándose atención al funcionamiento cotidiano de los tribunales (1991, 23). Kagan coincide con Auerbach en que la historia jurídica es un capítulo de la Historia social y no puede entenderse de manera autosuficiente (1991, 26).

De acuerdo con Blasius (1994, 5), la Historia como ciencia social histórica²⁰² constituye la madre de la historia alemana de la criminalidad. En todo caso, para este autor, los estudios de diversa índole sobre dicha historia se apartaron de la perspectiva de la víctima, centrándose en el infractor -considerándolo víctima de las relaciones socio-políticas de las distintas épocas-, dejándonos la posibilidad de volver a interpretarlos bajo ese punto de vista, que no tiene por qué ser conservador. Para Blasius, la Victimología se abre más hacia la Historia, por cuanto se presupone que la víctima tuvo una edad de oro y hubo una época en que los mecanismos de reparación/conciliación víctima-infractor se daban cotidianamente más allá del naciente Derecho penal público (1994, 7).

Finalmente, dentro de la Historia social, cabría resaltar el reciente interés histórico y sociológico sobre el estudio del colonialismo²⁰³, según

²⁰² Comprendiendo, asimismo, la historia cotidiana o la historia “desde abajo” (Blasius 1994, 5-6).

²⁰³ Véase Asad (1991) sobre el paso de una Historia de la Antropología colonial a una Antropología de la hegemonía occidental. Bestard y Contreras indican cómo en los primeros encuentros con “el otro” por los colonizadores del siglo XVI, se enfatizaron las diferencias y se condenaron las desviaciones. Al mismo tiempo, para poder comprender, buscaban similitudes aplicando sus conceptos de rey, etc., concluyendo en ocasiones que dichas sociedades carecían de ley y derecho, entendiéndolo que se encontraban más atrasadas y aplicando patrones “naturales” de conducta caracterizados por Aristóteles (1987, 89; 91; 93-9). Cfr. Cieza de León (1553) sobre el Perú.

se pone de relieve en las obras de Smandych y Lee (1995), Hazlehurst (1995a y b), Pratt (1995), Byrne (1993) y otros autores.

Otra de las perspectivas que se han adoptado en el estudio de la historia del control social ha sido la antropológica. Siguiendo a Cardín (1990, 12), la capacidad de la Antropología se expresa tanto en mostrar la reiteración intercultural de formas de comportamientos, que pueden parecer novedosas, como en relativizar la creencia en pensamientos universales. Concretamente, resultan valiosas las contribuciones de la Antropología cultural al estudio del control social²⁰⁴, de manera especial en su análisis del pasado -teniendo en cuenta la Arqueología²⁰⁵-. Dentro de la Antropología cultural, pero de manera más específica, incluiría la llamada Antropología jurídica²⁰⁶. De acuerdo con

²⁰⁴ Cfr. Beattie (1993), Azcona (1991, 145-71) y Service (1984). Según M. Mauss en el espíritu humano se encuentra impresa la triple obligación de dar, recibir y devolver, como expresión del principio de reciprocidad del que dependen las relaciones solidarias. En opinión de Lévi-Strauss, Mauss se fijó excesivamente en la creencia Maorí, según la cual el don está dotado de un espíritu transferible que debe ser devuelto a su primer dueño por un "contradón", si el receptor del primer regalo no quiere sufrir un daño (Harris 1993, 421-3). En concreto, véanse las referencias etnológicas para apoyar las tesis sobre el control social compensatorio o conciliatorio en Hartmann (1995) y Müller Dietz (1993, 11-2). Sobre la venganza en el pensamiento occidental desde la perspectiva etnológica, véase Courtois (1984). Cfr. los estudios sobre la venganza, poderes e ideologías en algunas civilizaciones antiguas, Verdier y Poly (1984) y en relación con la actualidad, desde una perspectiva más sociológica, Marongiu y Newman (1987). Para un estudio que trata de la relación entre la religión y la práctica del castigo justo, en conexión con la venganza, vid. Jacoby (1983). Para un trabajo sobre el derecho a la venganza en Córcega, véase Busquet (1920). Sobre las aportaciones de la Antropología posmoderna, Reynoso (1991), Clifford (1995); y Delgado (1992), para una crítica a las corrientes posmodernistas en la Antropología. Para un enfoque feminista en la Antropología de las sociedades contemporáneas, véase Teresa del Valle (1996). Sobre las mujeres y el derecho en la Antigüedad, véanse Hawley y Levick (1995).

²⁰⁵ Cfr. Harris (1994, 15-7). Sobre la importancia de la Arqueología para la Criminología, Drapkin (1989b).

²⁰⁶ En general, vid. Bodenheimer (1985), Broekman (1985), Tavares (1893), Instituto de Investigaciones Jurídicas (1995) y Rouland (1988). Sobre aspectos de control social, Roberts (1979), Stein (1984), Just (1992) y Levinson (1994). Como ejemplos de trabajos etnográficos vid. Berndt sobre Nueva Guinea (1962) y Gulliver sobre los Masai en África (1963). Respecto de la evolución del monopolio de la violencia por el Estado, cfr. Le Roy

Roberts (1983, 2-3), pueden distinguirse tres etapas en su desarrollo. La primera utilizó el método comparativo con la intención de investigar la evolución del derecho. Sus representantes eran Maine, Bachofen y Morgan, a finales del siglo XIX. En una segunda fase, desarrollada en los años veinte, Radcliffe-Brown²⁰⁷ y Malinowski se centrarían en estudios detallados sobre culturas particulares como supervivientes de una época previa. Malinowski desarrollará el trabajo de campo mediante la observación participativa en las islas de Trobriand²⁰⁸. Una tercera fase, que se dio a partir de los setenta, es la que intenta relacionar esas comunidades culturales con los Estados en

y von Trotha (1993); la comparación entre la justicia tradicional y la moderna, Raynal (1994); la Sociología y la Antropología jurídica en los Países Bajos y otros de habla neerlandesa, Houtte (1985); para un estudio que relaciona Antropología jurídica y religión, Fikentscher (1995); para un ejemplo del uso de videos etnográficos en el estudio de los procesos penales actuales, véanse Ardévol (1995) y Urios (1995); un estudio basado en la etnometodología sobre la violencia en las cárceles de EE.UU., Fleisher (1989); y para un reciente estudio etnológico sobre una cárcel en nuestro país, véase Zino (1996). Sobre las comunidades indígenas en México, cfr. Instituto Nacional Indigenista (1994) y Kuppe, Potz, Ordóñez y otros (1995). Véanse, también, las obras citadas en la Parte Cuarta.

²⁰⁷ Radcliffe-Brown -como se verá más adelante- distinguía entre sanciones sociales positivas y negativas, difusas y organizadas, así como entre delitos privados y públicos (1965, 205; 210-9).

²⁰⁸ Las tesis de Malinowski, en su obra clásica de 1926 *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, resultan especialmente importantes para este trabajo. Malinowski defendió una serie de teorías que se enfrentaron a las mantenidas mayoritariamente -o por autores muy importantes- en su época. Así, frente a Durkheim y Mauss, mantuvo que la responsabilidad y la venganza están basadas no sólo en la psicología del grupo, sino también del individuo. Entendía la venganza como derecho, pero también como pesado deber, del que los tribunales o jefes libraban a los parientes mediante el castigo legal o la compensación. Asimismo, como ya se ha indicado anteriormente, mantuvo la coexistencia del Derecho penal y del Derecho civil en las sociedades primitivas. En todo caso, estimó que la retribución era indispensable en cualquier sociedad ordenada. Ello no impide que, lo que dice de la *yakala* -o intercambio público de reconvenciones- para las islas Trobriand, nos recuerde a lo que actualmente se discute en torno a la mediación (1991, 73; 110; 79-80; 112; 75). Para Malinowski, la función fundamental del Derecho consiste en "...contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria no espontánea; con otras palabras, asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin común" (1991, 79-80).

las que se encuentran, preocupándose otra vez por el cambio²⁰⁹. Se intentará abandonar el enfoque funcionalista clásico de la Antropología, en favor de un análisis de las formas de actuar y pensar de las personas y grupos concretos, en relación con instituciones y procesos, demostrando que el orden social es posible aunque no exista un gobierno central.

Algunas investigaciones posteriores a los sesenta concluyeron que Maine partía de un presupuesto erróneo cuando consideró que la adjudicación constituía el medio básico de arreglo de disputas desde el comienzo de la vida social. De acuerdo con dichas investigaciones, ésta surgió realmente con el Estado -entendido en sentido amplio-. Tampoco aceptaban la tesis de que, a medida que surge el Estado, se produce una evolución desde la mediación hacia la adjudicación, pasando por el arbitraje, sino que *las tres formas de arreglo de conflictos con intervención de un tercero parecían coexistir en casi todas las sociedades estudiadas en mayor o menor grado* -de manera oficial o no-, junto con negociaciones o acuerdos bilaterales, sin tercero. Incluso algunos estudios, *indican que el surgimiento del arbitraje o la mediación se debe precisamente a la existencia de procesos de adjudicación que se desea evitar*²¹⁰.

²⁰⁹ Ya en los años sesenta, Gluckman aludió a la variedad de posibles formas de mediación, teniendo en cuenta varios trabajos etnológicos y comparándolos con la situación en Occidente (1984, 188-96).

²¹⁰ U otros procedimientos más violentos, pero igualmente institucionalizados como la venganza de sangre en la Escocia de finales de la Edad Moderna, vid. Wormald (1983). En favor de esta tesis se situaba, por ejemplo, el estudio de Castan (1980; 1983, 258), sobre la justicia en el Languedoc durante el Antiguo Régimen. Castan ha estudiado cómo en los siglos XVII-XVIII, muchos delitos no llegaban a aflorar por el "...muy arraigado hábito de convenir, y a menudo ante notario, un arreglo incluso en los casos más graves de delito, con el propósito de obtener reparación y restitución y ahorrarse el proceso judicial..." (1992, 487).

En todo caso, los estudios antropológicos sobre el orden y las disputas dieron lugar a una diferenciación de conceptos sobre el arreglo de conflictos, a modo de tipos ideales, que no coincidían exactamente con la práctica, de manera que el mediador cumplía, en algunas comunidades, funciones de juez en determinadas circunstancias y viceversa. La clave parecía residir en que, en la adjudicación y el arbitraje, era un tercero quien tenía el poder de decidir, en lugar de las partes. Estas distinciones eran independientes del grado de formalidad del proceso, de la invocación de normas o del funcionamiento de formas particulares de sanción. La práctica permitía, por tanto, una gran gama de combinaciones, debiéndose evitar, en opinión de Roberts, las asunciones etnocentristas que unen la adjudicación estatal con la formalidad procesal, con las normas, como base de las decisiones, y con las sanciones coercitivas. Estas dificultades muestran el escaso éxito de las generalizaciones sobre las condiciones que determinen por qué se acude a un proceso concreto de resolución de conflictos²¹¹. Una conclusión de todo lo anterior es que debe prestarse atención a la hora de aceptar una idea romántica de los procesos de mediación donde no existe la coerción: “No deberíamos necesariamente percibir los resultados de los procesos de negociación o de mediación como inherentemente ‘más justos’ y más bellos que aquellos alcanzados mediante adjudicación”²¹² (Roberts 1983, 10-9).

²¹¹ Black estima, como vimos en la Primera Parte, que su teoría lo realiza con éxito.

²¹² Cfr. Roberts (1983, 19). De ahí, quizá, la necesidad del Derecho penal.

En relación con ello, desde la Ciencias Políticas y la Antropología, Ross ha realizado una reflexión sobre la violencia en las distintas culturas (1993; 1995). En su primera obra, publicada en inglés en 1989, Ross utilizó datos de informes etnológicos sobre noventa sociedades pequeñas preindustriales²¹³. La tesis de este autor consistía en afirmar que las características psicoculturales de una sociedad son fundamentales en la existencia de los conflictos, mientras que sus estructuras sociales determinan quién será el oponente. Igualmente, concluía que: “Aunque las sociedades preindustriales y las naciones modernas difieren entre sí de varias formas, ninguna de éstas nos apunta unas razones obvias de por qué la dinámica del conflicto no tendría que ser idéntica en cada una de ellas. Tanto la dinámica socioestructural como la psicocultural contienen mecanismos que se encuentran en las sociedades preindustriales y en las industriales y no tengo fundamentos para creer *a priori* que estos mecanismos no operen en ambos tipos de sociedades” (1995, 209-10). Su segunda obra se ocupa del tratamiento del conflicto, proponiendo un concepto de “manejo constructivo” del mismo, centrado en el proceso y en las percepciones de los participantes, incluyendo sus miedos, que permitan pasar de una situación problemática a otra de cooperación y, en su caso, ayuden a la definición de la identidad colectiva. En todo caso: “La gestión constructiva de los conflictos no debería confundirse con vender acomodación a personas que necesitan soluciones más radicales” (1993, xv), reconociendo que el conflicto es un arma para personas en situaciones de vulnerabilidad, en cuanto permite cambiar las cosas (1993, ix-xv).

Cabe, por tanto, pensar también en la importancia de la Antropología en el estudio de las sociedades occidentales de masas, de acuerdo con autores como Augé (1995) y Banton (1980). A mediados de los ochenta, Kocka destacaba

²¹³ Cfr. sobre estos datos, González Echevarría (1990).

la cooperación creciente entre historiadores sociales y antropólogos culturales en los países occidentales (1989, 136). La interpretación antropológica de las sociedades modernas resulta enriquecedora, entre otras cosas, para analizar las transformaciones y diferencias culturales de unas comunidades menos complejas a otras más heterogéneas. Además, deben destacarse sus aportaciones sobre el ritual aplicable en las ceremonias persistentes en toda administración de justicia. Precisamente, el juez de menores francés Garapon ha defendido la necesidad de seguir utilizando rituales en las ceremonias penales actuales, que encarnan el mito de la ley y consagran una serie de garantías que el informalismo no podría proporcionar²¹⁴. Indica que las ceremonias de justicia penal conservan una triple naturaleza: espectacular, sacrificadora y política (1985, 145). El espectáculo, ampliado hoy en día con los medios de comunicación, facilita una catarsis similar a la de la tragedia griega. La naturaleza sacrificadora ya había sido estudiada por Girard (1972)²¹⁵ -siendo reinterpretado por Foucault- y, de forma distinta, por el interaccionista Harold Garfinkel²¹⁶. En tercer lugar, la naturaleza política se relaciona también con las tesis de Garfinkel pero, fundamentalmente, con la teoría marxista al considerar que el ritual

²¹⁴ Sobre el entendimiento de los ritos en la Antropología, véase Coppet (1992).

²¹⁵ Para Girard, la violencia impura se canaliza por la pura y se pronuncia la “última palabra de venganza”. Sobre el valor del sacrificio, en alusión a la obra de los antropólogos Harris y Frazer, véase Herrera Moreno (1996, 23-5), con quien discrepo en su afirmación -aunque esté matizada- de que los sacrificios responden, en cierto sentido, a la “tosquedad psicológica del ser primitivo” o a un “subdesarrollo y precariedad existencial multiseccular” e incluso a la “deshumanización de la era tecnológica” (1996, 24-5). Sobre la inmolación de la víctima propiciatoria como fondo arquetípico de distintos símbolos básicos de la educación, véase Mèlich (1996); la función social del sacrificio humano, sus clases y transformación, von Hentig (1967, 155-183); y respecto del chivo expiatorio, en relación con la noción de alteridad, cfr. Augé (1995; 1996).

²¹⁶ Ya hemos aludido a su tesis del proceso penal como ceremonias de degradación simbólica que acentúan la alteridad del delincuente, posibilitando su exclusión y estigmatización.

de la igualdad formal trata de no hacer aparente la desigualdad material, que mantienen situaciones de opresión (Varona 1996a, 148).

Adicionalmente, desde la Semiótica jurídica se han realizado importantes contribuciones en este campo, ya que el lenguaje jurídico es una de las más evidentes manifestaciones arqueológicas del Derecho, como afirman Sánchez de la Torre y López Melero (1988, 8). En aspectos del control social, especialmente formal, resulta relevante el significado de los símbolos y los signos, según han sido estudiados, por ejemplo, por Hachamovitch (1990) y Legendre (1992)²¹⁷. Conforme a Balandier (1994), el poder es la forma suprema que adopta el hecho dramático. Según este autor, al igual que en las sociedades primitivas, en las sociedades posmodernas los detentadores del poder recurren a símbolos, ceremonias y ritos, cuyo escenario actual serían los medios de comunicación a través de la información y la técnica, como ya se ha mencionado.

Sobre la Sociología del Derecho y su énfasis en las culturas jurídicas, puesto de relieve en la Parte Cuarta, cabe pensar en las aportaciones de Ehrlich²¹⁸, Gurvitch, Llewelyn²¹⁹, Geiger y Schelsky, Carbonnier y Aubert (1989). Por su parte, también Galanter ha estudiado las implicaciones que suscita la litigación y la adjudicación, teniendo en cuenta aspectos históricos (1986).

²¹⁷ Dentro de la Antropología del Derecho occidental, Legendre se ha ocupado de cómo se articulan la verdad y sus garantías últimas (en Dios, la ciencia, etc.).

²¹⁸ En su concepto de derecho viviente (*lebendes Recht*), promueve una concepción más amplia de derecho.

²¹⁹ Para un comentario sobre la colaboración en el ámbito de la Antropología jurídica entre Karl Llewelyn y E. Adamson Hoebel, vid. Twining (1981) y Wesel (1985, 325).

La teoría sociológica general ha presentado distintos modelos explicativos de las transformaciones sociales, algunos de los cuales se vieron en la Parte Primera ²²⁰. El “padre” de la Sociología, Comte (1798-1857), fundador del positivismo sociológico, definió la ley de los tres estados. De acuerdo con este autor, el progreso humano se desarrollaría sucesivamente a través de tres etapas: la era teológica o ficticia, por la que el hombre pasa de la naturaleza a la cultura, centrada en el pecado; la era metafísica o abstracta como “estado de los juristas”, asentada en el hecho racional; y la era positiva o científica -iniciada con Bacon, Galileo y Descartes-, centrada en el fenómeno complejo, psicológica (entendiendo la Psicología como parte de la Biología y la Sociología) y socialmente, según su observación y posterior previsión. Por su parte, Durkheim en su obra *De la división del trabajo social, estudio sobre la organización de las sociedades superiores*, resalta la función integradora del delito. Para Durkheim, una sociedad sin conductas irregulares estaría poco desarrollada o sería primitiva, lo que contrasta con el análisis de Malinowski y Muhlman -quienes señalan la existencia de delitos en las sociedades primitivas- (García-Pablos 1992, 194-5).

Como indica Janowitz (1996, 9), en general, la dicotomía comunidad-sociedad ha sido estudiada por Tönnies (1887)²²¹, Henry Maine (*status* y contrato), Emile Durkheim (solidaridad mecánica y orgánica), Charles Horton Cooley (grupos primarios y secundarios), Robert Redfield (cultura popular y cultura urbana), Luis Wirth (urbanismo como forma de vida), Ralph Linton (adscripción y logros) y Talcott Parsons (pautas variables).

²²⁰ Sobre la Sociología del cambio social, cfr. Sztompka (1995); respecto de la violencia del Estado, cfr. Resta (1994). En general, véanse desde la Sociología jurídica, Vago (1994), Lempert y Sanders (1986). Sobre aspectos históricos en el control social, Bergalli y Marí (1989), Mizruchi (1983) y Cohen y Scull (1983).

²²¹ Véase Rocher (1990).

Otros sociólogos europeos han disentido de esta orientación iniciada por Tönnies porque, en la perspectiva histórica, las sociedades campesinas no eran enteramente comunidades, tal y como las entendía dicho autor, que no tuvo en cuenta la variedad de solidaridades colectivas que emergen en las sociedades. Además, como subraya Nisbet, una relación que comienza como una típica sociedad puede volverse una comunidad. Entre los sociólogos que disintieron de Tönnies se encuentran Georg Simmel (1922), Herman Schamalenbach (1961), T. Geiger (1926, 1963) y Rene König (1955). El propio Janowitz indica la dificultad de pensar la emergencia de la sociedad moderna como una evolución lineal desde la comunidad a la sociedad. Para este autor: “Las teorías sociológicas sobre el orden social han venido a rechazar la afirmación de que los aspectos comunitarios de la estructura social son solo residuos de algún estadio previo de la organización social mientras las dimensiones sociales constituyen la realidad de la sociedades urbanas e industriales. En lugar de ello, la organización social incluye en cualquier momento histórico elementos imprescindibles y elaborados de ambas -de la comunidad y de la sociedad- de variada intensidad, escalas y consecuencias. El análisis del control social es un análisis del entramado de esas variables que pueden ser referidas a los atributos tanto de comunidad como de sociedad” (1996, 9).

Conjuntamente, sobre el desarrollo del capitalismo, la burocracia y la emergencia de los profesionales pueden considerarse las tesis de Weber (1988). Asimismo, deben tenerse en cuenta las explicaciones de la teoría marxista del paso de la ley feudal a la ley burguesa²²² y su utilización del método del materialismo histórico, donde priman las relaciones de producción que se entrecruzan con otros elementos de la sociedad. Por otra parte, en

²²² Sobre la verificabilidad de la teoría marxista en relación con el derecho como control social, véase Gibbs (1982b, 100-4).

torno a la idea de la civilización, Elias se ha referido al incremento del autocontrol ante presiones externas (1978; 1982)²²³.

²²³ Para una introducción a su obra, vid. Menell (1989) y para una crítica de su teoría, véase Hunt (1995, 8-11).

Recientemente y saliendo de lo estrictamente sociológico, según expone Boladeras (1996, 123-8), Habermas, en sus reflexiones sobre la moral y el derecho, indica que los sistemas jurídicos de las viejas civilizaciones se fundamentaban en un “derecho sacro, administrado en términos exegéticos por especialistas en Teología y en Derecho. Su pieza nuclear consiste en el derecho burocrático, establecido por el rey o el emperador (que es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con las tradiciones del derecho sacro”. En la Europa medieval se mantienen algunos elementos del Derecho romano clásico dentro de una concepción teológica-católica del Derecho canónico: “...En los rasgos esenciales se repite la conocida estructura de todas las altas culturas: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, con lo que el derecho sacro se integra en el horizonte del orden del cosmos o de la salvación de una de las grandes religiones universales. Este derecho divino o natural no está a disposición del gobernante. Representa más bien el marco legitimador dentro del cual el gobernante ejerce un dominio profano a través de las funciones de administración de justicia y de establecimiento burocrático del derecho. En este contexto Max Weber habla de ‘doble reino de la dominación tradicional’...todo derecho recibe su modo de validez de origen divino de un derecho natural entendido en términos cristianos”. Cuando en el mundo moderno se separa el Estado de la religión, tiene lugar la positivización del derecho. Su legitimidad procede ahora de la voluntad soberana del legislador (monarca absoluto o Parlamento). El derecho moderno se ha desarrollado a partir de las ideas de la racionalidad interna y del contrato social, desvinculándose de la moral, aunque, para Habermas, ésta se encuentra simultáneamente entrelazada con el derecho. En cuanto a la *juridificación* o tendencia del derecho moderno a un aumento del derecho escrito²²⁴, el filósofo alemán

²²⁴ Que puede relacionarse también con una inflación del derecho en general, en todos los aspectos de la vida cotidiana.

distingue cuatro etapas: la del Estado burgués en la época del absolutismo europeo; la del Estado de Derecho, ejemplificada en la monarquía alemana del siglo XIX; la del Estado democrático de Derecho que nace de las revoluciones del siglo XVIII en EE.UU. y Francia; y la del Estado social y democrático de Derecho, como consecuencia del movimiento obrero (Boladeras 1996, 124 y 87).

En el ámbito de la Criminología actual, la mayoría de los teóricos que han profundizado en la llamada justicia restaurativa o participativa, cuyas teorías han sido recogidas en la Parte Primera, apoyan sus tesis en la historia para defender propuestas de reacciones alternativas al delito²²⁵. Así lo hacen Zehr, Christie, Stangl (1987), Wright (1996, 11-9) y Weitekamp (1990b; 1993). Conjuntamente, cabría aludir a las aportaciones de la Ética²²⁶, la Filosofía política²²⁷ y penal, donde Kant ha ejercido una gran influencia según veremos en la Parte Tercera²²⁸.

²²⁵ La Comisión de Reforma Legislativa de Canadá, en un informe de 1974 sobre restitución y compensación, recalca que el declive de la víctima procede de la emergencia del Derecho penal. Además, indica que llegar a una compensación en un supuesto delictivo en aquel momento constituía un delito según el Código penal canadiense (Fattah 1992c, 405). Vid. la nota 13.

²²⁶ Véase Henberg (1990).

²²⁷ Cfr., Ferry (1991); y respecto de la Filosofía en general, Pauley (1994).

²²⁸ Cfr. Négrier-Dormont y Tzitzis (1994), Hegel (1968, 278) y Günther (1966-70). Sobre la influencia de la filosofía de la Ilustración, Fischl (1981).

Finalmente puede considerarse la historia del control social desde la perspectiva literaria. La literatura constituye fuente de la Historia del Derecho (1985, 25), junto con la pintura, la música y otras manifestaciones culturales. En ella se incluyen los cuentos infantiles²²⁹ y los refranes, que se recogen, por ejemplo, en *El Quijote* (Escudero 1985, 26)²³⁰. Para Jesús Vicente Chamorro: “La literatura nos ha aproximado al mundo real... dramaturgos, poetas y novelistas han tomado el crimen como punto de relato y pretexto para decirnos circunstancias históricas. En la literatura se cuenta mejor que en las leyes cuál es la significación y cuál es la razón de los delitos, porque el texto comprende más planos que el escueto de la conducta y la pena, que es en lo que suele consistir la labor del legislador” (1983, 16)²³¹. Bronislaw Geremek, en su estudio de los vagabundos y pobres en la literatura europea, define ésta como espejo de la conciencia social, en un momento -los siglos XV al XVII- en que la pobreza se asociaba a la marginalidad (1991)²³². La literatura también es, entre otras ciencias, objeto de estudio de la Antropología y así, por ejemplo, Girard ha reflexionado sobre los celos, la envidia y su relación con los delitos pasionales en las obras de Shakespeare (1995).

²²⁹ Sobre el significado criminológico de los cuentos de los hermanos Grimm, véase Mueller (1986) y Mueller y Adler (1996, 56-7).

²³⁰ Cfr. Saldaña (1926).

²³¹ Sobre el rechazo y la atracción que produce el delito en el subconsciente, reflejado también en la literatura, vid. Duncan (1996).

²³² Aquí convendría aludir a los estudios sobre la picaresca del hispanista griego Anthony Zahareas, quien trabaja en la historia de los marginados a través de la literatura y ha publicado recientemente una edición crítica de *La vida del Lazarillo de Tormes y de sus fortunas y adversidades*.

2. LAS SOCIEDADES PREMODERNAS²³³

De acuerdo con Robert y Lévy (1990, 48): “Recordemos, pues, muy claramente que lo penal no tiene ni la misma significación ni el mismo lugar en diferentes momentos de una formación social y que es necesario cada vez plantear la pregunta: ¿en nombre de quién y a quién se castiga?”. Añadiría las preguntas: ¿qué se castiga y cómo? y, para cada delito, ¿cuál es el perfil de la víctima, del delincuente y de quien aplica el derecho? Otra advertencia preliminar en el estudio de las llamadas sociedades premodernas nos la ofrece Drapkin, quien fue Profesor de Criminología de Jerusalén y anteriormente director del Instituto de Criminología de Chile: “Si aceptamos que la noción básica de que el Derecho penal es el derecho relacionado con los delitos y su castigo, la definición de *delito* resulta esencial. Puede ir desde fórmulas generales de validez casi universal hasta otras tan complejas que tan solo se adaptarían a un sistema jurídico concreto... cuando el castigo se convirtió en costumbre, ésta se convirtió en derecho y los actos que castigó fueron ‘delitos’. La manera en que estos conceptos evolucionaron en cada una de las sociedades primitivas dependió de su carácter, contactos y tradiciones culturales, forma de gobierno, dogmas religiosos y factores similares”²³⁴ (Drapkin 1989a, 171-2). Quizá Black hubiese incluido a Drapkin entre los autores a quienes reprochaba su concentración, únicamente, en lo que ellos consideraron el derecho de estas sociedades -identificado con los aspectos más formales y dramáticos del control social-. De cualquier forma, diversos

²³³ Sobre las fechas y acontecimientos que relato a continuación no existe un acuerdo por parte de los estudiosos del tema. Por tanto, toda interpretación debe ser tomada con cautela, a la espera de nuevos descubrimientos y análisis sobre una época que siempre contendrá lagunas.

²³⁴ Cursiva y comillas del autor.

estudios de Antropología jurídica se han centrado en sociedades sin Estado, donde el derecho en sentido estricto no existiría de manera permanente.

En concreto, según explica el procesalista Almagro Nosete, respecto de la evolución histórica del proceso penal, las primeras formas arbitrales de composición supusieron un carácter *público* de la sanción en cuanto se desligaba a la víctima o a sus parientes de su imposición y ejecución, pero no un proceso *penal racional*, que aparecerá más tarde (1991, 28). Siguiendo la descripción que realiza el historiador del derecho Lalinde, de lo que denomina pueblos infraevolucionados²³⁵, en ellos sólo se castiga lo que pone en peligro la vida en comunidad, con el objetivo de restablecer el orden, mediante la compensación y la retribución ejercitada por la propia víctima, familia, o la autoridad. En todo caso, la venganza de sangre se encuentra regulada y permitida por la comunidad, que participa en ese proceso de restablecimiento del orden (1992a, 58-9; 64-6)²³⁶.

En opinión de Drapkin, pueden distinguirse tres etapas -coincidiendo con Melchor y Lamanette- en la evolución de las medidas que fueron incorporando las legislaciones antiguas respecto de la producción de un daño (1980, 374-8). Existe un consenso general sobre la venganza privada como forma primera de castigo. Para Drapkin, en un principio, todo daño era personal, sin afectar a la tribu o la comunidad, y se respondía con la venganza, sin que fuera ésta una institución jurídica para hacer justicia pública, sino un “elemento totalmente inconsciente” de la condición humana que era tomado como

²³⁵ Incluyendo árabes y turcos preislámicos, afronegros, amerindios, esquimales, euroasiáticos, bereberes, hunos, mongoles, malayos, melanesios, micronesios y polinesios.

²³⁶ Sobre el paso de considerar la venganza de sangre como un deber moral, un derecho y un delito, véase von Hentig (1967, 132-41). Para un ejemplo de “conciliación/compensación” entre el acusador -representado por el Concejo- y un homicida en Bruinswick en 1424, aunque con reserva de la opinión de los amigos de la víctima, véase *ibídem* (140).

algo natural²³⁷. Herrera resalta también la “individualidad absoluta de la respuesta” o la propiedad del sujeto particular del control social (1996, 26). En mi opinión, sin embargo, el concepto de control social resulta mucho más complejo y la noción de individualidad en las sociedades simples es cuestionable. Herrera argumenta que, con la formación de las tribus, y en relación con las infracciones dentro de una misma tribu, será la autoridad tribal y no el ofendido quien imponga el castigo (muerte, ostracismo, etc.), bajo unas creencias mágico-religiosas. Esta autora sitúa posteriormente la aparición de la venganza de sangre, que abre la participación de la familia, y concluye que: “En forma descentralizada y asistemática, los grupos detentaban y ejercían el control social contribuyendo a mantener ciertas cotas de pacificación, bien que precarias y bajo constante amenaza” (1996, 28).

²³⁷ En este sentido, Drapkin cita a Steinmetz (1894).

En todo caso, Drapkin indica cómo los primeros legisladores se enfrentarían a una limitación del derecho a la venganza para favorecer la paz de la comunidad, evitar reacciones en cadena y proteger al infractor²³⁸. Surgieron así, primeramente, las leyes del talión como aplicación aritmética de daño por daño. Las Leyes de Eshnunna, el Código de Hammurabi, las leyes mosaicas, el Código de Manú, las leyes del Egipto faraónico²³⁹, de la India, el Zendavesta de Persia, las leyes griegas del siglo VII a.C., las Doce Tablas de Roma, varios de los antiguos sistemas penales germánicos, el Corán y las antiguas leyes de Inglaterra recogerán, en distinto grado, el principio del talión administrado por las víctimas o las cortes²⁴⁰.

²³⁸ Rodríguez Devesa y Serrano aluden al monopolio del derecho a castigar por parte del Estado como evitación de la venganza privada, proporcionando una justicia más objetiva, frente a los sentimientos e instintos de la víctima, e incluso un punto de vista más colectivo (1993, 880).

²³⁹ Cfr. Thonissen (1869) y Gámbara (27-9).

²⁴⁰ Según Drapkin, no existe consenso sobre el grado de aplicación práctica del talión en las sociedades antiguas (1980, 376).

En segundo lugar, continuando con la tesis de Drapkin²⁴¹, las legislaciones primitivas –principalmente de sociedades sedentarias que comenzaron a acumular riqueza²⁴²–, limitando aún más la venganza privada, introdujeron el concepto de compensación o composición voluntaria, dentro de una cierta discrecionalidad por parte de la víctima²⁴³. La Ley Mosaica indica que el talión sólo se aplicará si no queda satisfecha la víctima con una adecuada compensación monetaria, “por cuanto la ley otorga a la víctima el derecho de evaluar sus propios daños y elegir entre talión o pago”²⁴⁴. También las Doce Tablas incluirían, como excepción al talión, “que la víctima lo determine de otra manera, de acuerdo con el malhechor”²⁴⁵. En este período, los jueces tan sólo entraban a decidir en casos dudosos, introduciéndose más tarde, como tercera etapa, la composición obligatoria. Como indica Friedman, los jueces actuales han evolucionado desde la figura del mediador, cuya existencia supuso, en sí misma, un avance respecto de la venganza privada. Este autor subraya que las sociedades simples tienden a mediar, no a adjudicar, ya que su objetivo es resolver el problema (1977, 27-8). Sin embargo, los mediadores no podían apoyar las decisiones por la fuerza y su informalidad se respaldaba con el sentimiento de comunidad y su autoridad moral respecto de cuestiones que no requerían ir más allá del conocimiento cotidiano (Heller 1977, 182-3). Es fundamental la concepción de la

²⁴¹ Cfr. Drapkin (1984), cuyo capítulo tercero lo dedica al derecho de las víctimas, incluyendo antiguas civilizaciones.

²⁴² Cfr. Herrera (1996, 32).

²⁴³ Sobre la concepción de la compensación como venganza mercantil, véase la referencia de Herrera, quien concluye que estas prácticas abrieron: “una vía ágil a la solución pactada de los conflictos, dando paso a un cierto sistema de *mercantilización penal*” (cursiva de la autora) (1996, 32; 35).

²⁴⁴ Citado en Drapkin (1980, 376).

²⁴⁵ Citado en Drapkin (1980, 377).

administración de justicia basada en los jueces, por cuanto toda decisión judicial presupone la existencia de una norma en la que se basa, creada por el propio juez o preestablecida (García-Gallo 1971, 192). Esto se relaciona con el principio de legalidad y la función simbólica del Derecho penal. Por otra parte, en esta tercera etapa de composición obligatoria: “la víctima comienza a ser un participante responsable en el proceso judicial, ante una corte de justicia, con lo cual se va desarrollando el concepto moderno del orden legal, tanto en materia civil como criminal” (Drapkin 1980, 377), aunque, finalmente, el papel de la víctima fue disminuyendo progresivamente.

Drapkin ha profundizado en el estudio del delito y del castigo en el mundo antiguo en un libro publicado en inglés, en 1989, del cual expondré un resumen crítico a continuación. En su obra sigue un criterio cronológico de exposición, desde los tiempos prehistóricos a la caída del imperio romano, incluyendo en su segunda parte otras culturas posteriores²⁴⁶. Reconoce que el delito es un concepto jurídico y sociológico complejo, relacionado con el desarrollo social y cultural, y no puede ser aplicado propiamente al período prehistórico. Hulsman, citando al antropólogo Michel Alliot, concluye que nuestra noción de delito se desconoce en las sociedades primitivas (Hulsman y Bernat 1984, 117). Mueller y Adler, recordando a Max Weber -quien tampoco acepta que en las sociedades primitivas distinguiesen entre delito, daño o pecado-, nos explican que es difícil encontrar una solución a esta “antigua disputa entre juristas, historiadores, teólogos, etnólogos y antropólogos acerca de si los primeros sistemas jurídicos, particularmente pre- y protohistóricos, distinguían entre tipos de infracciones, en términos de

²⁴⁶ Curiosamente, también alude a la vasca, en un capítulo comentado antes de su edición por el Prof. Beristain, según figura en los agradecimientos (Drapkin 1989a, xvii). Cfr. Beristain, Larrea y Mieza sobre las fuentes del Derecho penal vasco en los siglos XI-XVI (1980). Sobre el derecho penal de los fueros generales en el siglo XIII, véase Estornés (1987) y respecto de la actualidad de este derecho histórico, vid. Tamayo (1996).

crimen, daño o pecado". Por su parte, Radcliffe-Brown en su obra *Estructura y función en la sociedad primitiva*, diferenciaba entre las sanciones difusas de ciertos miembros de la comunidad y las organizadas, o que seguían un procedimiento para la purificación o expulsión del infractor de la comunidad, en caso de asuntos considerados graves según las diferentes sociedades. La purificación podía proceder de un sacrificio de animales -e incluso de hombres, en cierta forma como pena capital- a los espíritus ofendidos por el infractor²⁴⁷ (Mueller y Adler 1996, 57-60).

2. 1 EL CONTROL COMUNITARIO EN LA PREHISTORIA

Algunos autores afirman, de forma un tanto intuitiva, que en este período opera, principalmente, un derecho familiar, que se aplica en virtud de la pertenencia de una persona a una comunidad, no a un territorio (Escudero 1985, 75)²⁴⁸.

2. 1. 1 Paleolítico

Por los útiles encontrados, se tratarían de sociedades de cazadores, pescadores y recolectores de frutos, en hordas de gran cohesión social²⁴⁹,

²⁴⁷ Cfr. los estudios en torno al hombre de Tollund, en Froncek (1977, 142-53).

²⁴⁸ Será más tarde, con el derecho ciudadano romano cuando se cree un derecho de la ciudad o *ius civile*, que no abandonará, en todo caso, los rasgos de derecho personal, aunque resultarán difusos con la extensión de la ciudadanía (García-Gallo 1971, 234-5).

²⁴⁹ Mueller y Adler indican que los grupos de cazadores vivirían en comunidades de unas cincuenta personas. Así todavía algunos aborígenes australianos tienen como estructura social básica la horda, formada por una o varias familias numerosas. También ponen como ejemplo a los lapones del norte de Europa, los Tuareg del norte de África y del Sudán, y los bosquimanos africanos. En las sociedades de agricultores, las poblaciones llegarían a ser de más de 100, e incluso de más de 200, personas (1996, 52-3). Citan a Pffeifer (1977), quien considera el 25 como el "número mágico" para las sociedades de cazadores.

reflejada en una serie de ritos en referencia a aspectos tan cotidianos como el embarazo y la muerte. Por otra parte, en estas sociedades se daría una división del trabajo sencilla, debiendo adaptar su modo de vida a los cambios climáticos (Escudero 1985, 75-81).

Adicionalmente, recordando la alusión anterior a Giddens, las primeras comunidades estaban basadas en el parentesco, con instituciones sociales participativas enfocadas en las relaciones personales, pero sin formas de gobierno estructuradas. En estas sociedades nómadas, la desigualdad sería escasa, en lo que algunos autores denominan el comunismo primitivo. En opinión de Drapkin -aunque estas precisiones son, quizá, pura imaginación-, ante un daño a una persona se ejercería la venganza privada que constituía a la víctima en juez y ejecutor, sin que interviniese la comunidad. Un primer límite, a su parecer, fue la venganza de sangre que suponía la responsabilidad de todo el grupo de parentesco de castigar al infractor. Así la venganza, ejercida más allá que sobre el victimario, pasó a ser del dominio de la comunidad y no de la víctima individual. La supervivencia hizo nacer normas y deberes morales recíprocos, que más tarde se codificarían en leyes. Pero, antes de que éstas surgieran existieron los controles de la costumbre, la magia o la religión²⁵⁰, que fueron imponiendo posteriormente los conceptos de asilo, tregua y talión (Drapkin 1989a, 8-11).

2. 1. 2 Neolítico

El Neolítico se inicia en Europa hacia el año 4.500 a.C.²⁵¹ y supone el surgimiento de las sociedades pastoriles y agrícolas, con mayor desigualdad

²⁵⁰ Drapkin habla de la creencia, aún presente en nuestras sociedades, de la venganza divina, al entender que los dioses han sido atacados (1989a, 9-10).

²⁵¹ En el sudoeste de Asia comenzó entre los años 9.000 y 6.000 a.C.

entre sus miembros, al valorarse las propiedades de las familias, una vez asentadas en un territorio que empiezan a adaptar a ellas mismas, considerando los recursos y cambios climáticos. Asimismo, comienzan los intercambios comerciales de cerámica y metales. Se da, por tanto, una mayor especialización en el trabajo y un incremento demográfico. El trabajo que podían suponer los monumentos funerarios hace pensar en una autoridad que los organizase (Escudero 1985, 84).

Resulta interesante e innovadora la interpretación que han realizado, recientemente, Mueller y Adler sobre el surgimiento de la justicia penal, partiendo del descubrimiento en 1991 del hombre Oetzi, momificado bajo el hielo en los Alpes italianos. Un hombre que vivió hace aproximadamente 5.300 años. La interpretaciones mayoritarias concluyeron que se trataba de un pastor al que le sorprendió una tormenta de nieve. Sin embargo, Mueller y Adler han dudado de esta versión, preguntándose que haría un pastor a 3.210 metros de altitud, cuando eran probables las tormentas. En su opinión, es posible que Oetzi fuera un fugitivo en una época de explosión demográfica y construcción de los primeros complejos urbanos en el Oriente Medio, cuyo tamaño dependería de la capacidad de alimentar y controlar a sus miembros. Oetzi vendría de un poblado de unas cien personas, propio de las comunidades de pastores. A medida de que aumentaba el número de personas viviendo en un poblado o de que se unían los clanes para la recolección anual, aumentaría la posibilidad de conflicto, incrementada con la acumulación de la riqueza y los problemas de distribución de los espacios. En todo caso, los conflictos interpersonales serían en cierta manera similares a los que se dan hoy en día. Funcionarían distintos ritos y mitos para asegurar la paz, promoviendo el sentido de la generosidad y la hospitalidad. Las autoridades -incluyendo los curanderos-, generalmente ancianos, buscarían evitar los conflictos mediante el consejo, los rituales, etc.

En caso de conflictos *intergrupales*, también existirían procesos de resolución de disputas, rituales de venganza ficticia, venganza real, etc. En general, sobre los distintos conflictos, Mueller y Adler concluyen que las sociedades neolíticas no tenían instituciones comparables a la moderna justicia penal porque no las necesitaban, a pesar de tener problemas similares a los que hoy entrarían dentro de la misma. Otros rituales prevenían problemas y ordenaban su resolución. Existían sanciones que conllevaban vergüenza o reprobación, ostracismo, expulsión, muerte, etc. Cuando los pequeños poblados se convirtieron en centros de comercio y se afianzó la propiedad de la tierra, aumentarían los conflictos, al mismo tiempo que la comunidad de sangre se iría transformando en una comunidad de residencia. Hacia el año 3500 a.C. se crearon las primeras ciudades en el Oriente Próximo con más de 3.000 habitantes, después aparecerían en la India, Grecia, China... De algún modo, se experimentó el paso de la *sinomía* a la *anomía*, como tipos ideales, es decir, de una integración normativa a una pluralidad de normas o ausencia de controles fuertes, cuestión ya apuntada en la tesis de Sellin: "A medida que disminuye la fuerza de los controles tradicionales -los ancianos, el propio clan, los rituales-, la influencia que ejercen sobre los individuos es cada vez menor y hay una probabilidad creciente de que se debilite el vínculo del individuo con la sociedad" (Mueller y Adler 1996, 64). Para controlar a esta población cada vez mayor se emplearían rituales elaborados, dirigidos por sacerdotes que irían adquiriendo una posición social. También se consolidaría el poder de los jefes militares y gobernantes, perpetuados en dinastías, de los escribas -en lugares que han entrado ya en la Historia-, los jueces y otros funcionarios, en definitiva, se acentúa la estratificación social. El surgimiento de los conflictos y su manejo legitimaría la emergencia de instancias de control formal. El castigo, de acuerdo con Mueller y Adler,

se legitimaría, no para preservar la solidaridad, sino para corregir los daños al Estado y a la víctima.

Estos autores concluyen que Oetzi desarrolló su existencia en el Neolítico, antes de que surgiera una justicia penal similar en cierta forma a la que hoy conocemos. Para estos autores la justicia penal "...comenzó hace 4.500 años en Oriente Medio, con los primeros códigos de leyes, los primeros jueces y funcionarios de policía, los primeros procesos legales escritos..." Y entienden que el paso de la sinomía a la anomía puede explicar también cambios en las naciones contemporáneas (1996, 63-4; 65).

2. 2 HISTORIA ANTIGUA. DE LA APARICIÓN DEL DERECHO ESCRITO EN DISTINTAS CULTURAS AL DERECHO ROMANO

Respecto de una posible periodificación del mundo antiguo, Drapkin distingue las regulaciones de las antiguas civilizaciones de Mesopotamia, del Egipto faraónico, el antiguo Derecho penal hebreo, la ley de los medos y los persas, de la antigua India y las leyes de Manú, el castigo en la China Imperial, la Grecia antigua y clásica y el Derecho penal romano. En cuanto a otros sistemas penales posteriores, presenta la *shari'a* en el Islam, la Fetha Nagast o ley de los reyes de Etiopía, el sistema japonés antiguo y feudal, y distintas costumbres de Oceanía (1989a).

De acuerdo con este autor, la venganza de los gobernantes y la justicia pública pertenecen a la etapa histórica de los primeros códigos y leyes escritos, recogiendo costumbres y valores anteriores (1989a, 10). En todo caso, los "Estados" tradicionales se enfrentaron a una mayor división del trabajo, apareciendo artesanos y comerciantes. Asimismo, se desarrollaron los ejércitos como instrumentos de control de los distintos imperios.

2. 2. 1 El Próximo Oriente

Centrándonos en el Próximo Oriente²⁵² -y siguiendo la explicación de Lara y Lara (1994)-, se han encontrado millares de tablillas de escritura cuneiforme. Algunas se remontan a mediados del tercer milenio a.C. y tienen un contenido jurídico -discutido por diversos autores-. Estos textos se basaban en usos de procedencia religiosa²⁵³ y llegaron a ejercer una cierta influencia en el Derecho romano. Aparecieron cuando los jefes guerreros se sustituyeron por jefes de autoridad religiosa y política en las ciudades sumerias. Los reyes mesopotámicos, reformadores y legisladores, identificaron la ley con la justicia y la equidad²⁵⁴. Posteriormente darían unas provisiones de rectitud de carácter similar a nuestros códigos. En un principio, los sacerdotes sumerios administraban las leyes en los templos. Más tarde, la administración de justicia tenía lugar principalmente en las asambleas de ancianos y notables, estando regulada cada capa social por sus propias leyes. Una vez celebrado un juicio, las sanciones que podían imponerse eran la pena de muerte, los castigos corporales, las multas o las indemnizaciones. Continuó la llamada venganza privada a través de la ley del talión, aunque fue progresivamente sustituida por composiciones económicas (Lara y Lara 1994, IX-XVIII). Conforme a los autores citados, estos textos constituyen el precedente de disposiciones jurídicas de Mesopotamia (leyes

²⁵² En el ámbito del Oriente Medio (Babilonia, Persia, Sumeria, Hatti), Lalinde subraya la actuación de árbitros en los escalafones inferiores de la administración de justicia. Asimismo, según este autor, la autoridad de la sentencia o juicio emana más del compromiso de las partes que de la propia sentencia (1992a, 242).

²⁵³ Que Lara y Lara relacionan con su naturaleza esencialmente penal (1994, XVII-I).

²⁵⁴ Dentro del sentido de la equidad, en esas tablillas, de contenido muy diverso, se establecía primeramente la equivalencia de un metal base (por ejemplo la plata) con distintas cantidades de bienes (cereales, etc.).

asirias, neobabilonias, kudurru cassitas, textos hurritas), Hatti, Elam e Israel. Además supondrían una fuente de análisis en la evolución “hacia planteamientos de justicia objetiva, partiendo de una concepción clasista del Derecho -muy evidente en los Códigos de Eshnunna y en el de Hammurabi-, y en la que lo que primaba era el individuo” (1994, XXXIV-XXXV). Esta última afirmación resulta discutible, ya que nos encontramos ante sociedades, donde aún no se promocionaba la identidad individual.

El derecho escrito de los sumerios, acadios y amorreos supuso, según Lara y Lara, el nacimiento de un derecho universal limitador de la arbitrariedad. Algunos autores entienden que deben comprenderse como costumbres, transmitidas anteriormente de forma oral, que podrían haberse recogido para servir de libro de referencia a los jueces (Westbrook 1995; Goetze 1995). Nos encontramos, en primer lugar, con los textos de reformas o conjunto de medidas, sin carácter normativo, que satisfacen los intereses de determinados grupos. Los más antiguos, en el territorio de Lagash²⁵⁵, son los del *ensí* o rey Enmetena (2404-2375 a.C.)²⁵⁶ donde, entre otras cuestiones, se trata de la liberación de los esclavos por impagos. Más tarde, tras otros reinados, le sucedería Uruinimgina (2352-2342 a.C), quien promulgaría unas reformas que trataron también de la liberalización de deudas²⁵⁷. Se pretendía que “todo volviera al estado instituido por los dioses al comienzo del mundo, la idea básica era que la totalidad de las cosas perteneciera a la

²⁵⁵ Ciudad sumeria, actualmente denominada Al-Hibba (Lara y Lara 1994, 4, nota 11).

²⁵⁶ Las fechas se refieren a los reinados.

²⁵⁷ Incluyendo las de quienes hubiesen robado o asesinado que pasaban a ser esclavos de la familia de la víctima (Lara y Lara 1994, 24, nota 92). Por otro lado, en referencia al delito de robo de peces al hombre pobre, una vez suprimidos los abusos, se dice textualmente: “El delito de robo ha sido abolido; los artículos perdidos se exponen (ahora) en la Puerta de la Ciudad” (1994, 34).

divinidad²⁵⁸. Posteriormente, en el mismo territorio de Lagash, el rey Gudea (2144-2124) nos dejó unos textos de oración con el deseo de pacificación en las relaciones sociales y familiares (Lara y Lara 1995, XVIII-XXV)²⁵⁹.

²⁵⁸ La situación existente de injusticia -especialmente por parte de las autoridades o corporaciones funcionariales-, que vendría a remediar el derecho, se expresaba en dicho texto de la siguiente manera: "Desde tiempo inmemorial, cuando la vida tuvo inicio, en esos días, el jefe de los barqueros se apropiaba de las barcas, el pastor mayor se apropiaba de los asnos, el pastor mayor (se apropiaba) de las ovejas, y el inspector de pesca se apropiaba de la pesca" (en Lara y Lara 1994, 13). Por otra parte, incluso en la restauración de la justicia, las condiciones culturales permitían el siguiente precepto: "Si una mujer habla irrespetuosamente a un hombre, la boca de esa mujer es quebrantada con un ladrillo encendido y el (ladrillo) encendido es expuesto en la Puerta de la Ciudad" (1994, 34).

²⁵⁹ Para lograr esta pacificación se pretendía aminorar los castigos, así como expulsar de la ciudad a los maleantes, mujeres de mala reputación y sacrílegos.

En la época neosumeria, con la tercera dinastía de Ur, aparecieron los reyes legisladores como cuidadores de un derecho de origen divino que ellos mismos administraban y que reflejaron en unos primeros códigos recogidos en estelas de piedra y luego en tablillas de barro. Ur-Nammu (2112-2095 a.C.) se concebía como “aquel que, según las leyes justas del dios Babbar, estableció el reinado del derecho en la tierra”²⁶⁰. Su hijo Shulgi (2094-2047) promulgó el primer Código jurídico conocido hasta el momento. Los 32 artículos que nos han llegado -algunos de los cuales fueron recogidos literalmente por Hammurabi- tratan del asesinato, robo, privación de libertad, matrimonio, violación, adulterio, divorcio, falsa acusación, huida de esclavos, mutilaciones y golpes, cuestiones agrícolas, etc. Todos los supuestos de infracción tenían su sanción. La ley del talión se aplicaba para el asesinato. Los actos de pillaje (robos y destrucción de bienes) se castigaban con la muerte, que también se aplicaba en casos de violación de una mujer casada o libre²⁶¹. El marido podía matar a la mujer adúltera. Se recogían también las compensaciones económicas en metales o granos (Lara y Lara 1994, XXVI-XXVII). Por último, Shulgi declara lo siguiente: “No impuse trabajos, hice desaparecer el odio, la violencia (y) el clamor por la justicia. Establecí la justicia en el país”²⁶².

Casi dos siglos más tarde, el rey de la dinastía Isin, Lipit-Ishtar (ca. 1934-1924 a.C.) elaboró otro código, también en lengua sumeria. En su prólogo se recuerda la designación divina del monarca en defensa de la equidad y el orden, que serían impuestos, incluso por la fuerza, para pasar después a la aplicación de la “palabra justa”. Este monarca rememora sus acciones de

²⁶⁰ Citado por Lara y Lara (1994, XXV).

²⁶¹ Para una mujer esclava bastaba la compensación económica.

²⁶² Citado por Lara y Lara (1994, 59).

restablecimiento de los derechos de los pobres y de promoción de la solidaridad familiar que constituyen el pilar de las relaciones jurídicas de la sociedad. Entre sus artículos se recogen regulaciones sobre responsabilidades, allanamientos y robos en casas²⁶³ -castigados con la muerte-, falsas acusaciones, daños causados a determinados animales o delitos contra mujeres encinta²⁶⁴. En el epílogo se bendice a quienes sean respetuosos de dicho código y se maldice a los que no lo sean (Lara y Lara 1994, XXVIII-XXXIX).

²⁶³ Si se trata de huertos, pagará 10 *ÁN* de plata. Como indican Lara y Lara (1994, 90, nota 70), no se sabe si se trata de una multa o de una indemnización a la víctima.

²⁶⁴ Si un extraño causaba un aborto a la hija de un ciudadano y ésta moría, se le aplicaría la ley del talión, es decir, se le daría la muerte. En el caso de que fuera una esclava la que muriese, bastaba con dar otra esclava al hombre propietario, considerado víctima.

Entre los años 1800 a 1780 a.C. se promulgó el código más antiguo en lengua acadia, conocido como el Código de Eshnunna que trata, entre otras cuestiones, de las responsabilidades, robos en propiedades de los sometidos al rey o subalternos²⁶⁵, otros robos, fracturas y lesiones²⁶⁶, y secuestros²⁶⁷ (Yaron 1969). La composición legal era la regla general, resultando excepcional la aplicación del talión (Lara y Lara 1994, XXX-XXXII). La competencia judicial dependía de la sanción. En principio eran competentes los *daiianu* o jueces civiles, que eran profesionales dependientes del Estado. La competencia para aplicar la pena de muerte era del rey (1994, 133, nota 182).

También, puede aludirse a la supuesta colección jurídica de disposiciones legales de sumerios, acadios y babilonios que resultan difíciles de fechar por su dispersión. Entre las fuentes de dicha colección se encuentra la serie *ana ittishu*²⁶⁸, compilada en su versión sumerio-acadia hacia el 1100 a.C., siendo su copia anterior del siglo XVIII a.C.- que constituye un manual para la enseñanza del derecho en las escuelas de escribas y trata de daños negligentes en bueyes²⁶⁹, el castigo de la esposa que reniegue de su marido, las deudas, etc.²⁷⁰. Otra de las fuentes de la mencionada

²⁶⁵ En caso de intento de robo en una propiedad de un súbdito del rey o *mushkenum*, si se realizaba de día tenía que pagar una determinada cantidad y si era de noche se le mataba (1994, 115-6).

²⁶⁶ Se establecen compensaciones específicas para daños de distintas partes del cuerpo (1994, 130-2).

²⁶⁷ Si se secuestraba a la esposa o hijo de un *mushkenum*, motivando su muerte, cabía la posibilidad por parte de la víctima de aplicar la ley del talión o una compensación en plata o cebada (1994, 122, nota 100).

²⁶⁸ Traducida por los autores mencionados como "Según los avisos".

²⁶⁹ Se reconoce una cierta responsabilidad del propio animal ya que no se alude a su propietario (1994, 80-1).

²⁷⁰ Conviene destacar el sentido del matrimonio como reparación en caso de violación

colección la constituiría un Código sumerio, cuya fecha se ignora. Trata de abortos, responsabilidades, repudios, raptos y daños por negligencia (Lara y Lara 1994, XXXII-XXXIV).

(Lara y Lara 1994, 78, nota 46).

Después de caer la dinastía Ur de los sumerios, el rey babilonio Hammurabi llegó al poder hacia el año 1750 a.C., imponiendo su autoridad con un sistema centralista. Unos cincuenta años más tarde, promulgó su famoso Código²⁷¹, en cuyo prólogo también proclama haber sido elegido por los dioses para preservar la justicia²⁷². El Código contiene más de 280 cláusulas legales donde se recoge la pena capital y se institucionaliza la ley del talión²⁷³, introduciéndose también el principio de castigo expresivo o simpatético como forma de pena corporal en la parte del cuerpo que hubiese ejecutado el delito. Incluso, podía aplicarse el castigo a otro miembro de la familia del infractor, si era imposible ejecutarlo en éste. Además, aunque no se dice explícitamente, se permitía la institución del asilo. Como en códigos anteriores, el castigo dependía de la clase social de la víctima (Drapkin 1989a, 26-9). Las secciones 22 y 24 recogen la noción de una cierta compensación estatal (Herrera 1996, 33). En la estela del Código parecen encontrarse las caras de los jueces (Mueller y Adler 1996, 63). Respecto del Oriente medio, tras Hammurabi, Drapkin destaca la monarquía de los hititas que también nos han dejado tablillas de escritura cuneiforme, hechas hacia el siglo quince a.C., con temas de derecho penal. Las sanciones van desde la pena de muerte, los trabajos forzados, la mutilación -sólo si se trataba de esclavos- y la multa. Se aplicaba la compensación, que variaba, igualmente, si los daños eran a un esclavo (1989a, 29)²⁷⁴.

²⁷¹ Sobre los delitos y las sanciones en este código, véase Serrano Maíllo (1992).

²⁷² Sobre la restricción en el uso de la reparación en este código a las infracciones contra la propiedad, como excepción respecto de otras fuentes, véase Weitekamp (1993, 73).

²⁷³ Drapkin se pregunta, y enfatiza la necesidad de mayores investigaciones que estudien por qué los babilonios volvieron a una forma más primitiva de venganza, que había sido superada por la compensación (1989a, 29).

²⁷⁴ Cabe mencionar también los códigos asirios del año 1100 a.C. (Mueller y Adler 1996, 63).

Por otra parte, poco se sabe de las leyes egipcias. Durante la cuarta y quinta dinastías del Antiguo Reino, se mencionan libros de derecho, códigos y archivos que determinaban sentencias y castigos, como el trabajo forzado en la construcción de edificios públicos o en casas privadas, penas corporales, ahorcamiento, etc. (Drapkin 1989a, 43). De cualquier forma, un imperio de la extensión -geográfica y temporal- e importancia del egipcio tuvo por fuerza que contar con un sistema jurídico bastante desarrollado, sin olvidar la influencia que pudieron ejercer los pueblos vecinos²⁷⁵.

2. 2. 2 La antigua India

²⁷⁵ Lalinde subraya la actuación de los sacerdotes como administradores de justicia en el Antiguo Egipto (1992a, 280).

En la antigua India, con las leyes de Manú²⁷⁶, se consideraba que la mente era la principal fuente de comportamiento humano, por lo que se daba importancia al arrepentimiento. El castigo se concebía como la corrección que emanaba del derecho divino del rey. Según Gámbara, debido a este concepto de divinidad, los castigos eran crueles y ejemplares, destinados a la expiación (13). Al mismo tiempo, el perdón no era la excepción, sino la regla que evitaba el estigma posterior. Se definía el delito como la “violación de un derecho que afecta a toda la comunidad”²⁷⁷. Conforme al Código de Manú: “El castigo debía acordarse según los méritos de cada caso, después de una consideración apropiada de la mente del infractor y las circunstancias en las que la infracción fue cometida”²⁷⁸. La mayoría de los delitos se penaban con multas dirigidas a compensar a la víctima. En caso de asesinato, el infractor tenía que compensar a los parientes del muerto, al rey o a ambos. Durante la edad Vedic o Sutra, la compensación se consideraba como un derecho real, pero al ser equivalente a un castigo, el dinero se entregaba a los sacerdotes. El daño a la propiedad también se arreglaba a través de una compensación pactada (Drapkin 1989a, 127-133). Destacando las contradicciones, frente a la idea del *darma* o deber adecuado a la armonía, presente en esta época en el Sudeste asiático, Lalinde evidencia las prácticas de venganza de sangre y crueldad (1992a, 104-5).

2. 2. 3 China Imperial

²⁷⁶ Cfr. Thonissen (1869).

²⁷⁷ Citado en Drapkin (1989a, 128).

²⁷⁸ Citado en Drapkin (1989a, 128). Se seguía el principio de que un miembro de una casta superior debía ser castigado más severamente que otro de una inferior.

El ejemplo de la China imperial supone el desarrollo de una cultura jurídica independiente²⁷⁹. De acuerdo con Drapkin, en contraste con otras culturas, los códigos penales chinos eran totalmente seculares. Se trataba de imponer controles políticos mayores en una sociedad anómica que perdía sus viejos valores sin encontrar otros nuevos. El primer código imperial chino, el Código de Li k'wei, apareció en el siglo IV a.C. y se basaba en normas éticas más antiguas. Cada dinastía promulgaría un código que se aplicaba cuando otras medidas de control social de los clanes, gremios y grupos de ancianos habían fracasado. Ya, en el siglo sexto a.C., se había hecho público el *Libro de los castigos* (corporales)²⁸⁰.

El legalismo fue una corriente, producto de los siglos IV y V a.C., que enfatizaba la importancia de las normas escritas -frente a quienes seguían el confucianismo, dando preferencia a las normas éticas no escritas²⁸¹ - y

²⁷⁹ Dentro del Extremo Oriente, en lo que respecta a Japón, desde fines del siglo XII d. C. para que la venganza privada pudiera funcionar se debía pedir permiso al señor del territorio (Lalinde 1992a, 176). Al comienzo del siglo VIII, el sistema penal japonés era similar al chino e incluía cinco clases de castigo: latigazos, golpear con una vara, confinamiento o separación de la comunidad, destierro y muerte. En el Japón feudal los castigos eran extremadamente crueles con diversas modalidades de pena de muerte. Al final del siglo dieciséis, los *shogunes* comenzaron a aplicar castigos más moderados, como las multas, la estigmatización del ofensor en la picota, etc. En la segunda mitad del siglo dieciocho eran frecuentes los robos protagonizados por vagabundos, que vivían alrededor de la capital, habiendo sido condenados a destierro o escapado de su señor. En 1777 algunos de estos vagabundos inocentes fueron enviados para que trabajasen en las minas locales de oro de las islas Sado. Al no evitar con ello que continuasen los robos, en 1790 se construyó una casa de trabajo para ellos, parecida a una prisión, dedicándose a tareas de limpieza del arroz, carpintería, etc. En 1793 existía una media diaria de 130 internos en dicha casa -a mediados del XIX ascendería a 500-. En 1820, como ese tratamiento parecía funcionar, el gobierno envió también a personas condenadas por delitos graves. Eran puestos en libertad tras cinco años. En 1841 se creó una industria para producir aceite. Hacia 1850 se habían construido casas de trabajo dentro de los señoríos de unos cuantos señores feudales. En todo caso, los castigos crueles continuaron. Drapkin señala cómo, todavía hoy, el derecho tradicional coexiste con el sistema jurídico estatal (Drapkin 1989a, 359-61).

²⁸⁰ Cfr. Gámbara (39-45), donde se indica que a los menores de 15 años o mayores de 70 se les permitía redimirse de las penas en metálico.

²⁸¹ En la China antigua "...las leyes no debían ser publicadas para evitar que se perturbara la paz social" (Lara y Lara 1994, XIV, nota 25). De acuerdo con los seguidores

servió para consolidar un poder centralizado frente al feudalismo. Posteriormente, el confucianismo y el legalismo se mezclaron en las políticas de las dinastías. Drapkin resalta las contradicciones inherentes entre estas dos corrientes. La preocupación del primero por el desarrollo moral, contrastaba con el mantenimiento de una sociedad aristocrática, mientras que el deseo de control de las masas del legalismo resultaba totalitario, aunque se reconociese el principio de igualdad ante la ley (1989a, 148-59).

2. 2. 4 El antiguo Derecho hebreo

del confucianismo el orden social se basaba en las cinco mayores relaciones jerárquicas: padre-hijo; gobernante-súbdito; marido-mujer; hermano mayor-hermano menor; amigo-amigo. Para los legalistas, uno de los principios del orden social consistía en que cada individuo fuera igualmente responsable por las infracciones de otros e igualmente susceptible de ser castigado. Estas relaciones implicaban que la posición del infractor y la víctima determinase las diferentes sanciones, de gran dureza en determinadas ocasiones (Drapkin 1989a, 154).

El mundo hebreo antiguo desarrolló tres tipos de tribunales, sin que en un principio el monarca tuviese funciones judiciales²⁸². En uno de ellos cada litigante podía escoger un juez y éstos elegirían un tercero, asegurando la imparcialidad. Los delitos castigados con la pena de muerte se juzgaban por un tribunal superior de 23 jueces seleccionados entre los ancianos. El Gran Sanedrín estaba formado por 71 jueces, presididos por el alto sacerdote. Generalmente, era la parte ofendida la que iniciaba la acción legal y toda la comunidad podía participar en la ejecución de las sentencias. Según Drapkin, el objetivo de la ley hebrea era la rehabilitación del infractor. Conforme a Beristain, la sanción tenía como fin aplacar a la divinidad ofendida y redimir al delincuente (1986, 27)²⁸³. Tanto el sistema religioso como el real tenían su propio código penal y jerarquía judicial. Se reconocía la necesidad de una justicia estatal como justicia relativa para imponer el orden. Esta justicia, potestativa, pretendía ser una medida disuasoria o preventiva respecto de conductas futuras. Por el contrario, la justicia de la torá, preceptiva, tendía a ser un medio de expiación de los castigos cometidos en el pasado. El código penal de la torá representa la justicia absoluta, universal en tiempo, espacio y condiciones sociales.

Se promovía el estudio de la ley, reconociendo que su ignorancia podía suponer una excusa. Se recogía la ley del talión²⁸⁴, pero sin diferenciar la clase social de infractor y víctima, como se hacía en Mesopotamia y Babilonia. La pena de muerte por un asesinato, considerado como ofensa hacia Dios, no

²⁸² Sobre la antigua noción hebrea de justicia o *tsedeka*, en las que basa sus propuestas de control eunómicas centradas en la resolución del conflicto, véase Bianchi (1994). Sobre la historia y las fuentes del derecho judío, véanse Hecht y otros (1996) y Philips (1970).

²⁸³ Sobre la aplicación del talión y el proceso en la torá, véase Lalinde (1992a, 541-2; 559-60).

²⁸⁴ Se distinguía el talión idéntico del equivalente (éste último, p. ej. en caso de cortar la mano por un robo) (Drapkin 1989a, 69).

requería proceso y se llevaba a cabo por la familia vengadora en su primer encuentro con el asesino. La mayoría de los *Amoraim* sustituyeron el talión por la compensación monetaria para otro tipo de delitos. Más tarde, la víctima no podría rechazar dicha compensación si un tribunal la estimaba adecuada. La ley mosaica recogía una serie de delitos y sus castigos, incluyendo el linchamiento, el destierro, las multas, etc. Algunos delitos de violación y los delitos contra la propiedad se castigaban con multas y, en ocasiones, bastaba la restitución. Más tarde, cuando el infractor -esta medida no se aplicaba a las mujeres- no podía restituir la propiedad robada, era vendido como esclavo por un máximo de seis años (Drapkin 1989a, 63-83).

2. 2. 5 Grecia antigua y clásica²⁸⁵

²⁸⁵ Véase Calhoun (1927). Sobre el derecho penal griego en la obra *Antígona*, véase Oliveira (1993) y, en general, la mitología griega y el concepto de equidad en relación con la justicia penal, Becerra (1954b).

Cada ciudad griega tenía su legislación, siendo la de Atenas la más importante a partir del siglo V a.C. Durante mucho tiempo, determinados daños que hoy se consideran delito se trataban como asuntos civiles que se dejaban a la llamada venganza privada. Según escribió Homero en la *Ilíada*, los griegos llegaron a la conclusión de que la venganza debía ser arrebatada, por la comunidad, de manos privadas. La administración de justicia era en esos tiempos -también en casos de asesinatos- un asunto privado informal entre el infractor y la víctima, incluyendo a sus familias, admitiéndose por tanto la responsabilidad colectiva²⁸⁶. La aristocracia demandó el monopolio respecto de los principios que debían regular las riñas. Una forma establecida de decidir las disputas era la sumisión voluntaria al arbitraje cuyo resultado sería aceptado bajo juramento previo²⁸⁷. Las partes se ponían de acuerdo en la elección de un ciudadano, distinguido por su honestidad, imparcialidad e inteligencia, independientemente de su rango, que actuaría guiado por inspiración divina. Posteriormente, las autoridades políticas dieron unas normas sobre el procedimiento del arbitraje que evolucionó hacia procesos judiciales regulares en el ágora. Hacia la mitad del siglo séptimo a.C. aparecieron varios códigos escritos estableciendo el ejercicio de funciones judiciales por parte de los magistrados. El ciudadano griego tenía una serie de posibilidades: arbitraje voluntario en casos civiles, auto-ayuda para daños a las personas y contra la propiedad, y una acción judicial provocando la adjudicación, en delitos públicos. Durante los tiempos de Hesíodo, en el

²⁸⁶ En el noveno libro de la *Ilíada*, se recoge cómo se le reprocha a Aquiles no haber aceptado la oferta de reparación, por cuanto incluso la muerte de un hermano puede repararse pecuniariamente (Schafer 1977, 8).

²⁸⁷ Drapkin señala como en la *Ilíada* se recoge un caso de arbitraje para decidir si el dinero de sangre por un homicidio, también tratado privadamente, había sido pagado o no. No era obligatorio aceptar el dinero de sangre. La mayoría de los casos se arreglaban con compensación, llegando un momento en que los tribunales fijarían la cantidad. También el Consejo del Areópago determinaría que, si se había pagado el dinero de sangre, no cabía venganza (1989a, 175; 178-9).

siglo octavo a.C., el arbitraje se convirtió en algo público y obligatorio y se eligieron jueces para resolver disputas. Cada ciudadano varón tenía que servir como juez durante un año oficial que sería el siguiente al cumplimiento de cincuenta y nueve años. Eran elegidos para cada caso por sorteo y se remuneraba su trabajo. Sus decisiones podían apelarse ante el Consejo del Areópago²⁸⁸, que juzgaba los casos penales más importantes (Drapkin 1989a)²⁸⁹.

²⁸⁸ El rey, como guardián de las leyes, ocupaba un sitio entre los jueces. De hecho, este consejo constituía una especie de consejo del rey (Drapkin 1989a, 177-8).

²⁸⁹ Cfr. Gámbara (51-61). En la Odisea también se alude a la necesidad de que la comunidad, y no sólo el individuo o la familia, intervengan a la hora de imponer un castigo, especialmente para actos relativos a su orden (Drapkin 1989a, 171-9). Sobre el jurado en la democracia ateniense y su distinta composición según las causas fueran públicas o privadas, véase López Barja (1995).

Respecto de la Grecia antigua, Lalinde acentúa la naturaleza profesional y especializada de la primitiva administración de justicia, en manos de los arcontes y colegios de jueces, sin perjuicio de una cierta evolución hacia una justicia popular con Solón (1992a, 350-2). Se ejercitarían acciones dentro de un proceso de naturaleza acusatoria. Estas acciones podían ser públicas (si afectaban a intereses de todo el pueblo o *demos*, como lo eran entonces el adulterio y también el hurto) o privadas (si afectaban a determinados individuos, incluidos los casos de homicidios). Sin embargo, según se ha mencionado, junto a los procedimientos ordinarios, se situaban los especiales o de función sustitutiva, como era el arbitraje público -ante ancianos elegidos por sorteo- y privado -ante árbitros convenidos por las partes, aunque recibían instrucciones de las autoridades-, sin perjuicio de la existencia del arbitraje ante el propio juez (1992a, 353; 359).

Además de este derecho, podemos considerar el pensamiento griego en relación con la Criminología. Así, por ejemplo, para Protágoras ningún castigo podría convertir el mal en bien, sino que sólo podría actuar para prevenir futuras infracciones. Por su parte, Sócrates enfatizó el valor correctivo, más que punitivo de las sanciones legales. Para Platón, los infractores que no pudiesen reformarse debían ser eliminados de la sociedad mediante el exilio, la cadena perpetua o la pena capital²⁹⁰. Los demás debían ser tratados con una cierta “medicina para el alma” o sufrimiento que les enseñara el significado de la verdad y la justicia. Sin embargo, este filósofo entendía que si el juez estaba convencido de que el infractor se había arrepentido sinceramente, no había necesidad de aplicar una sanción²⁹¹. Aristóteles

²⁹⁰ Sobre la reescritura del código ateniense en las *Leyes* de Platón, véase Saunders (1993).

²⁹¹ Sobre las leyes y la coacción en Platón, véase en general Sánchez de la Torre (1988a).

reflexionó sobre la responsabilidad que, en su opinión, debía ser individual, tomando en cuenta también la intención (Drapkin 1989a, 209-212)²⁹². Del filósofo griego Epicuro, del siglo III a.C., conservamos la siguiente frase: “La justicia es la venganza del hombre social, como la venganza es la justicia del hombre salvaje.”

²⁹² Puede compararse el papel del mediador con el concepto de Aristóteles de “medio”, es decir, término que en el silogismo es común a ambas premisas y que permite pasar a la conclusión, en la cual ya no aparece. La mediación es en este sentido filosófico parte del discurso racional frente al saber inmediato, según la dialéctica de Hegel, quien habla de mediación como reciprocidad, en la que no existe un término sin el otro, llegando como resultado a un término superior, constituidos por la unidad de los dos términos opuestos (Boni 1992, 640).

Según López Melero (1988, 79-81), en tiempos de la redacción definitiva de los poemas homéricos existe un concepto jurídico de violencia ejemplificado en la apropiación indebida de propiedad ajena, aprovechando la ausencia o debilidad de su dueño. El uso de la fuerza ya sólo se reconocerá legítimo en la defensa de la comunidad. Así la idea de la justicia surgió como nuevo valor supremo de las comunidades políticas helénicas. Sánchez de la Torre explica que derecho o *nomos* era el polo opuesto a la violencia y significa más bien legalidad. También al convenio entre dos individuos que dirimen sus intereses a su manera o arreglo interindividual se le llama *nomos* por Heródoto en su obra *Historias* (1988b, 87). Por otra parte, el tomarse la justicia por su mano constituye una violación del *nomos* que debe actuar como mediador entre las partes, interponiéndose entre ofendidos y ofensores y rechazando la venganza (1988b, 88-9). El *nomos* no descansa tanto en la coacción como en la convicción²⁹³.

También en la ciudad griega podemos ver el modo de organización política que ha dado origen a muchos caracteres del orden jurídico. La ciudad tiene dos puntos básicos: la comunidad y la publicidad expresadas en el ágora o asamblea en la plaza pública como centro donde tiene lugar el discurso racional: “La ciudad es el marco concreto del orden social, en todos sus aspectos: el orden de la ‘corrección’ en los cultos religiosos, el orden en los ritos de sacrificios pero también de la legislación y de los mandatos de gobierno, el orden de los períodos de tiempo y del calendario, el orden en la articulación de funciones y de las clases sociales, el orden de la disposición natural de los objetos, el orden de la belleza” (Sánchez de la Torre 1988c, 141, nota 5; 139).

²⁹³ Sobre la relación del *nomos* con la personificación de la justicia en madre-Temis e hija-Dike, véase Wiethölter (1991, 22-4).

2. 2. 6 El Derecho romano

El período de la España romana²⁹⁴ (s. III a.C. - s. V) estará definido por la romanización y la cristianización²⁹⁵, pero es preciso aludir antes a la situación prerromana en la Península y al desarrollo de Roma.

Bajo el término de la **España prerromana** entendemos la presencia, en el último milenio antes de Cristo, de pueblos indoeuropeos y colonizadores mediterráneos, de los cuales sólo conservamos escasas fuentes griegas y romanas, lo que justifica su inclusión en este epígrafe²⁹⁶. De acuerdo con Escudero, los iberos respondían a una cultura común de varios grupos distintos. Hacia el año mil a.C. comenzó la invasión céltica y también el establecimiento de los fenicios y, más tarde, de los griegos²⁹⁷ y cartagineses, en una época de generalización de la economía monetaria y el florecimiento de las ciudades. Sin entrar en consideraciones particulares sobre los distintos pueblos de la península, cabe indicar que la mayoría de ellos eran

²⁹⁴ Sobre el Derecho penal romano véase la obra clásica de Mommsen (1976), publicada originalmente en 1899; Santalucía (1990) y Strachan-Davidson (1912). Cfr. el papel de la costumbre, van den Bergh (1995, 7-10); respecto del derecho en la España romana y visigoda, Morales (1995); la administración de justicia en Roma en general y aspectos relacionados, Lalinde (1992a, 489-99).

²⁹⁵ La importancia posterior del pensamiento cristiano y su historia en los siglos XIII al XVIII ha sido estudiada en las obras de Delumeau, especialmente en lo relativo al deseo de seguridad, al pecado, al miedo, al milenarismo, a la utopía, a la culpa, a la confesión y al perdón (1983; 1990; 1996, 65). En referencia concreta al Derecho penal, vid. Pinatel (1978).

²⁹⁶ En opinión de Sánchez-Arcilla (1992, 59): "Los datos que disponemos -procedentes principalmente de Estrabón y Diodoro de Sicilia- no pasan de pura anécdota, y escribir, como se ha hecho recientemente, sobre el 'pensamiento jurídico primitivo' nos introduce en el campo de la 'Historia del Derecho ficción'".

²⁹⁷ Con derecho escrito, aunque desconocido, que sería similar al de sus metrópolis (Escudero 1985, 99).

recolectores, agricultores²⁹⁸ y pastores. Algunos realizaban sacrificios a los dioses y mantenían organizaciones parecidas a lo que sería un ejército. Los pueblos iberos de la costa mediterránea fueron los primeros en conocer la escritura, conocida también en Tartessos. De acuerdo con Estrabón, los turdetanos tenían leyes en verso, como las que existían en otros pueblos del Mediterráneo Oriental, con los que mantuvieron contactos (Escudero 1985, 84-93; 99).

²⁹⁸ Se ha destacado el caso de los vacceos en la Tierra de Campos que practicaban el colectivismo agrario, sin que por ello, según Caro Baroja, se evitase la existencia de una casta dominante (Escudero 1985, 88-9).

En las dos premisas de la sociabilidad (cohesión del grupo y reparto del trabajo) está presente el derecho consuetudinario. En ese reparto del trabajo, las diferencias de sexo resultaron un criterio fundamental, aunque no exclusivo²⁹⁹. Estrabón describe a los cántabros como una sociedad matriarcal y menciona también el despeñamiento de los criminales y la lapidación del parricida fuera de los límites de su ciudad. Respecto de la cohesión social, se debe considerar lo que los romanos llamaron tribu o *gens*³⁰⁰. Schulten en su análisis sobre las guerras cántabras alude a las gentilidades o parentelas como grupos intermedios entre la tribu y la familia (Escudero 1985, 84-101). La hospitalidad constituía un pacto escrito que ampliaba la protección jurídica a miembros extraños a una gentilidad o recíprocamente entre dos gentilidades. Otros pactos, que suponían una apertura hacia otros grupos, serían los de clientela militar, creando un vínculo de sumisión de persona a persona. Una evolución de los mismos dio lugar a la *devotio* ibérica, con el objetivo de salvar la vida del patrono a costa de la propia, ofrecida a los dioses -si el patrono moría, el cliente debía suicidarse-. Adicionalmente, los pueblos prerromanos se agrupaban en regímenes monárquicos o aristocráticos que tenían su sede en la ciudad, pudiendo poseer un gran territorio, como en el caso del imperio de Tartessos. Los reyezuelos, en referencias romanas, eran los jefes de las organizaciones aristocráticas de la ciudad o el caudillo de una clientela. También apareció la denominación de príncipe como el hombre más importante de una tribu o ciudad (Escudero 1985, 102-6).

Además de estas autoridades, existían asambleas populares de todos los hombres libres (*concilium*) y otras aristocráticas o senados. Por otra parte,

²⁹⁹ Puede pensarse también en la existencia de los esclavos.

³⁰⁰ Sobre la gens como forma de agrupación, véase Rodríguez (1996).

en las colonias fenicias también había una asamblea popular y un senado aristocrático, junto con dos sufetes que actuaban como jueces. Las colonias griegas resolvían sus conflictos con la metrópoli por medio del arbitraje y se organizaban en un sistema aristocrático variable. Igualmente, los cartagineses estaban gobernados por dos magistrados o sufetes. Asimismo, existía una asamblea popular, un senado y el tribunal de los ciento cuatro que trataba de cuestiones civiles (Escudero 1985, 107-8).

La romanización. La historia mítica de Roma constituye una serie de ambiciones de poder, amores, muertes y venganzas. Parece que el origen se encuentra en la unión de unas tribus en el siglo VIII a. C. que, a su vez, habían formado grupos de gentes y familias. En un principio, el rey era el interlocutor entre los dioses y los hombres y ejercía la justicia suprema (Rascón y García 1993, XI-XIV; XVI-VII). Como en otras culturas, en Roma se castigaban públicamente actos que atentaban contra el orden ético-religioso³⁰¹, y por ejemplo el robo y las lesiones se trataban en tribunales civiles. Las ofensas contra los dioses eran competencia de los pontífices que podían llegar a aplicar como sanción la pena de muerte. Los homicidios fueron considerados al principio como asunto de la familia de la víctima (Drapkin 1989a, 230-1). El orden social se basaba en los *mores maiorum*, procedentes de las costumbres de las gentes y familias, bajo la autoridad del *pater*. Estos usos sociales se irían distinguiendo del derecho³⁰². Como indican Rascón y García: “el *ius* era definidor de poderes personales concretos cuyo ejercicio se ritualizaba en actos de fuerza que se ejercían sobre las personas y sobre las cosas” (1993, XVII-VIII). También, se diferenció entre

³⁰¹ Como indica Drapkin, la palabra sanción procede de *sanctus* (1989a, 230).

³⁰² Churruca entiende que el Derecho romano arcaico, como otros derechos primitivos, era muy formalista o ritualista y tradicionalista (1987, 39-40).

el *fas* o respeto del orden divino, de lo lícito religiosamente, y el *ius* como respeto de las normas de convivencia (Churruca 1987, 39). El *ius* significó en principio la interpretación de los *mores* por los pontífices. Más tarde se hizo alusión a criterios de justicia determinados por los jurisprudentes dotados de *auctoritas*. Este *ius* será distinto que la ley, ya que ésta constituye una declaración de poder del magistrado dotado de *imperium*. Por tanto, se llegará a diferenciar la *auctoritas* de la *potestas* (Valiño 1976, 12-4).

Hacia los años 451-450 a.C. se promulga la Ley de las XII Tablas, cuyo origen se encuentra en el enfrentamiento de patricios y plebeyos que motivó al tribuno Terentilio Arsa a proponer el nombramiento de cinco magistrados, para redactar unas normas sobre sus relaciones económicas (deudas) y matrimoniales. No se aceptó la propuesta, pero la presión de los plebeyos no cesó y en el año 454 a.C. propusieron nuevamente una ley igual para todos. Tras un estudio de las leyes griegas, se nombraron los *decenviri legibus scribundis* quienes presentaron diez tablas a los comicios, las cuales integraban los *mores*. Más tarde se restauraría el consulado y se grabó en bronce dicha ley decenviral que los niños debían aprender en las escuelas³⁰³. Livio la definió como fuente de todo derecho público y privado (Rascón y García 1993, XIV-XV). En el siglo V a. C. llegaría la nueva forma de gobierno de la república o *res publica* y el concepto de ciudadano. La ley de las XII Tablas constituían el derecho de los *civis*³⁰⁴ (Rascón y García 1993, XXI-II). Como indican estos autores: “La Ley estaba llamada a tener una trascendencia excepcional porque marcaba el camino del ‘derecho escrito’ en el mundo

³⁰³ Sobre las contradicciones en torno a la tradición de las XII Tablas, véase Churruca (1987, 41-2).

³⁰⁴ El poderoso colegio pontifical, y más tarde juristas laicos, se encargó de la interpretación y desarrollo de la ley, dentro del respeto a los *mores*. Después se votarían leyes, de función secundaria, en las asambleas populares.

occidental" (*ibíd.*, XXV). Estas leyes fueron comentadas por Gayo, en el siglo II d.C., en sus *Instituciones*³⁰⁵.

³⁰⁵ Uno de los libros más antiguos sobre la enseñanza del derecho. Según el prefacio del traductor francés, en la primera edición al castellano de la *Instituta* en 1845, "...de esperar es que la Francia no quedará a trás de la Alemania, de los Países Bajos, la Rusia, la Suecia y la Escocia, donde ya Gayo es enseñado, como se enseñaba en Roma antes que Justiniano..." (1845, VI).

En el fragmento seis de la Tabla I puede interpretarse que quería decirse lo siguiente³⁰⁶: “Si las partes llegan a un acuerdo, ratifíquelo el magistrado³⁰⁷”. La Tabla III se refiere a la suspensión de la administración de justicia, y la posibilidad de pactar, en caso de impago de una deuda³⁰⁸. Gayo explica cómo la ley de las Doce Tablas castigaba con la muerte el hurto manifiesto y, si se trataba de un hombre libre, se le azotaba y entregaba judicialmente a la persona hurtada. Posteriormente, dice Gayo, el edicto del pretor convirtió este castigo demasiado severo en el pago del cuádruplo, sin diferenciar entre hombres libres y esclavos. En la Tabla VIII, 2 se lee: “Si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que pacte con él, aplíquese el talió”. En la Tabla VIII, 10 se manda, en el supuesto de incendio negligente de un edificio, que el infractor resarza el perjuicio o, si es insolvente, sea castigado con más lenidad. En la Tabla XII, 2.b. se dice: “Por los delitos de los hijos de familia y de los esclavos ... se dieron las acciones noxales, para que se permitiera al padre o al dueño soportar la estimación del daño o entregar el cuerpo del delincuente...” Entre los fragmentos de la ley de las XII Tablas de dudosa ubicación se encuentra el que dice: “Tulio escribe que en las leyes hay ocho clases de penas: pecuniaria, prisiones, azotes, talió, infamia, destierro, muerte y esclavitud” (Rascón y García 1993, 39). Drapkin indica que los delitos se clasificaban según su castigo en capitales y no capitales. La pena capital incluía crucifixión, despeñamiento desde la

³⁰⁶ En las alusiones que realizaré a continuación me refiero a la Ley de las XII Tablas, tal y como la recogen Rascón y García (1993).

³⁰⁷ O juez (Rascón y García 1993, 70).

³⁰⁸ Como recogen Rascón y García (1993, 82), en relación con la Tabla VII, 5a, Cicerón decía: “admiro la elegancia no sólo del contenido sino también de las palabras de las XII Tablas; ‘si discuten’, dice la ley; se llama discusión a la disputa entre amigos, no al enfrentamiento entre adversarios. Pues la ley considera que los allegados discuten, no litigan.” Cfr. la distinción de estos conceptos por Agnes Heller en la Parte Quinta.

roca Tarpeya, decapitación, horca y trabajos forzados. Los castigos no capitales podían consistir en ostracismo, exilio, multas, prisión -de carácter preventivo-, etc. La ejecución era responsabilidad del magistrado presidente (1989a, 238-9).

En las Instituciones de Gayo se recoge la ley Aquilia que regula la acción de daño a animales o cosas (incluyendo esclavos), causado injustamente³⁰⁹. Se condena al propietario a pagar una suma igual al mayor precio que estas cosas tuvieran en el mismo año. También se regulan las injurias que se cometen lesionando a alguien, ultrajándolo, o difundiendo infamias, así como el requerimiento de amor a una matrona o a un joven menor de 17 años. La pena por injurias que consistiere en lesionar un miembro era, según las XII Tablas, el talión, aunque la fractura de huesos y otras injurias se castigaban con una pena pecuniaria³¹⁰. Gayo explica, sin embargo que en ese momento regían otras disposiciones: “pues se nos permite valorar nuestras injurias ante el pretor, y el juez condena al agresor en el tanto que hubiéramos señalado ó en una cantidad menor si así le pareciere...”³¹¹

En todo caso, es preciso reconocer la dificultad de interpretación de las XII Tablas. Para Drapkin marcaron la transición de la venganza privada a la adjudicación del “Estado”, sin mostrar una diferenciación entre el Derecho civil y penal (1989a, 232). Posteriormente las condiciones de la sociedad romana fueron cambiando y nacieron nuevos mecanismos de control social, a medida que aumentaba la población en las ciudades, como p. ej. una especie de justicia policial, surgida en la segunda mitad del siglo III a.C.,

³⁰⁹ En general, cfr. Beinart (1976).

³¹⁰ Sobre el requisito de la culpabilidad respecto del talión y la acción aquiliana, véase Martínez Sarrión (1993).

³¹¹ Libro III, Título XXI, parágrafo 224 (en Gayo [1845] 1992, 245).

o la evolución de los tribunales y los juicios públicos, especialmente en tiempos de Augusto (Drapkin 1989a, 235-43).

Siguiendo a Churruca (1987), tras la época primitiva podemos distinguir las etapas preclásica, clásica³¹² y postclásica en el desarrollo del Derecho romano³¹³. En la preclásica pueden destacarse las funciones judiciales de los comicios o asambleas del pueblo, que quedarían limitadas con la extensión de los tribunales estables especiales (*quaestiones perpetuae*) que juzgarían, principalmente a partir de finales del siglo I a.C., la mayor parte de los delitos públicos. Es en esta época cuando “el derecho de Roma... dejó de ser el derecho rudo y elemental de una ciudad-estado poblada de agricultores y ganaderos de modesto nivel cultural, y fue regulando progresivamente los nuevos problemas que en el campo jurídico planteaba la nueva situación económico-social, cultural y política... Finalmente en esta época nació la jurisprudencia romana como estudio sistemático y ciencia del derecho”. El concepto de Derecho civil o *ius civile* no es equiparable al actual, sino que en principio suponía el derecho creado por y para los romanos. El Derecho civil se integraba por los *mores maiorum*, las leyes (esencialmente las Doce Tablas) y la interpretación de los juristas. De la época clásica conservamos las Instituciones de Gayo, independientemente de sus modificaciones. El Derecho romano de esta época es marcadamente individualista. Más tarde aparecerían las constituciones imperiales que sustituirían al edicto del pretor en la función de renovación del derecho. Es en la época postclásica cuando el derecho que procede del emperador adquiere mayor importancia al tratarse de

³¹² Sobre el resarcimiento y la pena privada en el Derecho romano clásico, véase Voci (1939).

³¹³ En opinión de Sánchez-Arcilla (1992, 61), la segunda gran etapa en la periodificación de la Historia del Derecho español se abriría en el año 212, cuando se concede la ciudadanía por Caracalla, y se inicia la expansión y vulgarización del Derecho romano.

un régimen político monárquico absolutista³¹⁴. La recopilación más importante de constituciones fue el Código Teodosiano, promulgado el año 438. A finales del año 533 Triboniano dirige la publicación del Digesto, producto de un encargo para la compilación de las obras de los juristas clásicos, que se convertiría en la fuente fundamental de conocimiento del derecho clásico. El Digesto y el resto de la compilación justiniana (Instituciones, Código y Novelas) se conocen desde el siglo XVI como *Corpus iuris civilis* (Churruca 1987, 82; 92-3; 180; 219; 240).

³¹⁴ Uno de los rasgos del derecho postclásico es la vulgarización, que según Churruca (1987, 231): "...ha existido y existe en todas las épocas en las que se da un derecho oficial altamente especializado. Lo característico de la época postclásica es que el derecho vulgar no se limita a ser una costumbre popular practicada en la vida real pero no aceptada ni reconocida oficialmente, sino que aflora en los más altos niveles de la vida jurídica. La decadencia en la enseñanza del derecho a partir del siglo III contribuyó ampliamente a la difusión del vulgarismo jurídico." Sobre el derecho vulgar cfr. Carbonnier (1982, 129-31).

El Derecho romano separó los *crimina* de los *delicta* (Herrera 1996, 33-4). La autodefensa o violencia privada, una vez que la comunidad aumenta sus poderes, se transfirió a un proceso o acciones de la ley que mantendrán en ciertos gestos el recuerdo a esa violencia. Las acciones estaban reservadas para determinados supuestos, en otros se permitió la violencia privada, y en otros el recurso a un árbitro³¹⁵. En todo caso, no se consideraba derecho el ejercicio legítimo del propio derecho (Valiño 1976, 63-4)³¹⁶. Siguiendo a Valiño (ibídem, 310-2), la palabra crimen se refería a la queja pública o delito que afectaba a los intereses de la cosa pública. Los *crimina* no generaban obligaciones, sino sanciones (pena de muerte, destierro, etc.) determinadas por los magistrados. En el siglo I ya se había determinado un cierto catálogo de *crimina* como el homicidio, la falsificación, el apoderamiento de dinero por funcionario público, el secuestro de personas libres, el cobro de impuestos ilícitos, los actos de violencia sobre persona y cosas, etc³¹⁷. En este sentido, Valiño afirma: “En todo caso, el derecho criminal romano es tosco y está poco elaborado, pues los juristas no se ocuparon de él hasta una época relativamente tardía” (1976, 310). Los *delicta* se referían a los delitos privados que sí generaban la obligación de pagar una cantidad de dinero o pena en beneficio de la víctima, tras el ejercicio por ésta de una serie

³¹⁵ Cfr. Valiño (1976, 133-4).

³¹⁶ Vid. Resina (1996) sobre la legitimación activa de la mujer.

³¹⁷ En la época de los emperadores aparecerían los *crimina extraordinaria*, cuyo conocimiento fue reservado a aquéllos, pudiendo aplicar una pena indeterminada que se adaptaría al caso concreto (Fiestas Loza 1991). En opinión -algo confusa- de Gámbara en Roma (69-70): “Es culpable, pues, quien infringe esta ley, aunque el crimen sea de origen privado y á él haya seguido el arreglo entre las partes. El legislador no admite que en un delito privado la *infamia* cese cuando el reo llegue á unas componendas con el ofendido, y considera los crímenes privados como crímenes extraordinarios y extiende á ellos el derecho punitivo del Estado” (*sic.*).

de acciones. La pena evitaba de este modo la venganza privada. Se debían ejercer, por ejemplo, para casos de hurto³¹⁸, las acciones reipersecutorias -para la devolución del patrimonio- y la penal -para gravar o castigar con una pena pecuniaria (destinada a la víctima)-. La mayoría de las acciones penales eran pretorias por lo que la víctima sólo tenía un año para reclamar. Estas acciones se caracterizaban, entre otros elementos, por su efecto infamante y la noxalidad. Este último aspecto suponía que si el ofensor era un *alieni iuris*, la persona que detentaba la potestad podía pagar una pena pecuniaria o entregar a la víctima el cuerpo del culpable -que quizá significó en un principio el deseo de evitar la venganza sobre toda la familia del ofensor-. En el derecho postclásico, la acción noxal decayó, ya que la mayoría de los delitos privados pasaron a ser *crimina* y en ellos no se admitía dicha acción (Valiño 1976, 313-4).

La distinción entre derecho público y privado se definió por Ulpiano en la época clásica con respecto de la materia regulada o el punto de vista que se adopta. El primero se detendría en la condición del “Estado” y el segundo en la utilidad de cada uno (García-Gallo 1971, 263). Wiethölter aclara cómo dentro del derecho público se entendía todo lo referido al culto, a los sacerdotes y a los oficiales públicos. Dentro del derecho privado nos encontraríamos con el derecho natural (como el matrimonial), el de gentes (sobre las relaciones entre romanos y no romanos) y el civil (propio de los ciudadanos romanos) (1991, 78)³¹⁹. Siguiendo a Mommsen, Beristain indica que el derecho criminal público romano nació con la *lex Valeria* que supuso un límite a la imposición de la pena de muerte por el magistrado, siendo

³¹⁸ Sobre este delito véase Valiño (1976, 315-7).

³¹⁹ Siguiendo a Fuenteseca, el concepto de derecho público de Ulpiano difiere de la concepción política de Cicerón, quien contrapone las fuentes de la legalidad pública (*lex, senatus consultum, foedus*) frente a los negocios privados (testamentos, pactos, estipulaciones) (1992, 74).

controlado por una parte del pueblo. Este derecho coexistió con el criminal privado, el cual apareció con la limitación al pretor en el pronunciamiento de la sentencia definitiva (Beristain 1987, 27).

Las antiguas definiciones de sanción indicaban su unión con el orden divino. Se trataría de hacerlo inviolable por un acto religioso, de manera que su violación sería castigada por los dioses (Sánchez de la Torre 1988d, 145). En Grecia podemos encontrar el concepto de sanción expresando: "...la más radical vinculación del respeto comunitario a las leyes con las más antiguas fuentes de toda autoridad, o sea, con la divinidad." Sin embargo, resulta más profunda la conexión con la divinidad romana *Semo Sanctus* relacionada con la fecundidad e inviolabilidad de la tierra (1988d, 146-7)³²⁰.

³²⁰ Finalmente, entre los distintos pensadores del Derecho romano, destacan Cicerón (106-43 a.C.) y Séneca (c. 4 a.C.- 65 d.C.) (Drapkin 1989a, 241-3).

Por otro lado, siguiendo a Escudero (1085, 138-46), es preciso considerar las diferencias institucionales en las ciudades indígenas o peregrinas (federadas, libres o estipendiarias), y las colonias, municipios y prefecturas romanas³²¹. Las leyes que ordenaban las colonias y municipios las daba directamente un magistrado autorizado por los comicios. En España, la ley de Urso (año 44 a.C. con posteriores reformas) se ha conservado en los llamados bronce de Osuna y El Rubio como ejemplo de carácter colonial. Trata, entre otras cuestiones, del orden procesal, la policía interna, etc. Hacia el año 90 se dio la Ley Flavia Municipal, recogida por otros municipios dando lugar a una serie de textos como la Ley de Irni que trata de la jurisdicción, el nombramiento y competencia de los jueces, comparecencia de litigantes, etc. En el gobierno local podemos distinguir entre los magistrados y la curia municipal. Los magistrados eran elegidos por el pueblo y más tarde por la curia. Dentro de las magistraturas existían dos *dunviros* de mandato anual, con funciones judiciales, que convocaban y presidían los comicios y la curia. Los ediles vigilaban la vida ciudadana. Desde el año 366 a.C., los ediles *curules* formaban la policía de vigilancia de los mercados y de los espectáculos públicos, además de cuidar de los templos. De la administración financiera se ocupaban los *questores*. En el Bajo imperio las ciudades eran dirigidas por los *curatores*. Finalmente, apareció un defensor de la ciudad designado por el pueblo para ejercer una labor de defensa contra los abusos. El consejo municipal (*curia* o *senatus*) era una asamblea de unas cien personas (*decuriones*) que ejercían poderes legislativos, ejecutivos, judiciales y militares y cuyo papel fue progresivamente degenerándose.

En Roma, los *pretors* tenían la función de decir el derecho (*iurisdictio*). Desde el año 242 a.C., un pretor romano y otro peregrino se

³²¹ Además hay que considerar la vulgarización del derecho en el imperio romano que era ya una realidad, a partir del siglo III (Escudero 1988, 127).

distribuyeron la administración de justicia según se tratase de ciudadanos romanos o extranjeros. En las provincias los gobernadores tenían funciones judiciales civiles y criminales. En el Bajo Imperio, la jurisdicción ordinaria comprendía al emperador, prefectos del pretorio, vicarios de la diócesis, gobernadores provinciales, *dunviros*, *assertores pacis* y el defensor *civitatis*. Existían jurisdicciones especiales como la señorial, eclesiástica³²², militar, mercantil y financiera³²³. Los gobernadores reunían a la población para resolver pleitos, costumbre que se regularizaría (Escudero 1985, 163-4).

³²² Durante los tres primeros siglos, según indica Churruca (1987, 233), los cristianos solían someter al obispo sus controversias jurídicas en busca de una decisión fraternal. Desde Constantino se reconoció, lo que era ya una práctica antigua, la designación del obispo como árbitro de los litigios civiles (Escudero 1985, 163). Los judíos también habían disfrutado del reconocimiento público de las decisiones religiosas para asuntos entre miembros de su comunidad. Tras la decisión de Constantino respecto de los cristianos, la *episcopalis audientia* permite que los obispos ejerzan funciones jurisdiccionales civiles y penales entre miembros de esta confesión. La decisión del obispo tenía pleno valor y el proceso se sustraía de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, contribuyendo a la formación del derecho eclesiástico (Churruca 1987, 231-2).

³²³ Sobre la multiplicidad de ordenamientos en la Edad Media, véase Grossi (1996).

La sociedad romana en provincias como Hispania resultaba muy heterogénea, formada por hombres libres (del orden senatorial, ecuestre y de la plebe) y esclavos y donde la división del trabajo se veía influida, más tarde, por la adscripción forzosa y hereditaria a los oficios (con Diocleciano en el año 297). En el siglo III se produjo una crisis social provocada por las luchas políticas y militares por el poder, el peligro de los pueblos bárbaros, la decadencia económica, la ruralización de la burguesía urbana y el antagonismo entre poderosos (*honestiores*) y oprimidos (*humiliores*), que facilitó las revueltas campesinas, en ocasiones con connotaciones religiosas, y la figura del patronato³²⁴ (Escudero 1985, 156-160).

A partir del siglo I se va extendiendo el cristianismo, plenamente aceptado en amplias áreas desde el siglo III y consolidado en el siguiente, aunque existen dudas respecto de Cantabria y Vasconia. Puede interpretarse también como un elemento clave de socialización y control social³²⁵, coexistiendo con el orden romano que más tarde lo hará suyo con Constantino en el siglo IV, "...dando lugar en lo sucesivo a la síntesis político-religiosa del Estado confesional y a una legislación secular que con frecuencia identificó el pecado con el delito" (Escudero 1985, 171). Al final del Imperio, la autoridad religiosa suplió la ausencia de las civiles y políticas y fue afianzando su autoridad moral. También desarrolló un ordenamiento jurídico propio, que

³²⁴ Mediante el patronato, encomendación o patrocinio, los lazos de dependencia pública o política ceden ante estos vínculos privados, como ocurría con la clientela (Escudero 1985, 160).

³²⁵ Asimismo, puede destacarse el latín, una cultura general, unas instituciones y un *status* político, factores unidos más tarde a una religión, como elementos que, en términos amplios, ayudan a comprender el control social de lo que fue un imperio, o al menos unas provincias y ciudades que realizarían su propia interpretación de dicha cultura.

influyó en la vida cotidiana, como es el derecho canónico basado en la Biblia³²⁶ y la tradición.

3. LAS SOCIEDADES MEDIEVALES

Continuando con la periodificación propuesta, pasamos a un largo período, que comprende fenómenos tan complejos con la llegada de los visigodos, la presencia islámica, la reconquista y la evolución hacia la monarquía absoluta.

3. 1 ESPAÑA VISIGODA

La infiltración progresiva de los llamados pueblos bárbaros, de manera clara a principios del siglo V, responde a causas variadas y se realiza con una serie de conflictos entre los distintos pueblos germánicos. Los visigodos eran los “bárbaros” más romanizados, ya que llevaban mucho tiempo en las fronteras, en ocasiones, colaborando con los romanos. Eurico (466-84) sería el primer rey visigodo de España. Tras una serie de luchas, Atanagildo asentará la capital del reino en Toledo, a mediados del siglo VI, manteniéndose como única entidad política hasta principios del siglo VIII (Escudero 1985, 179-81). El reino visigodo recogía una mayoría de población hispanorromana, siendo los invasores una minoría. La población vivía principalmente en zonas rurales, diferenciándose la nobleza, los siervos -que podían serlo por la comisión de determinados delitos- y los libres.

³²⁶ Cfr. la diferencia entre el Dios castigador del Antiguo Testamento y el rechazo de la ley del talión por Jesucristo en el Nuevo (Fina 1993, 25-6). Según Gámbara, si comparamos la representación divina en el Viejo y Nuevo Testamento enseguida puede apreciarse que “...en el Viejo Testamento es el Dios de las venganzas, en el Nuevo es de las misericordias” (33). Sobre el significado del perdón en la Biblia, como reconocimiento de lo humano, y sus erróneas interpretaciones posteriores, véase Müller-Fahrenheit (1997). En definitiva, distintos autores argumentan que pueden encontrarse rastros no punitivos en las distintas culturas, inclusive la occidental.

Originariamente, las comunidades germanas se formaban por grupos familiares que integraban la *Sippe* que suponía en palabras de Escudero "... un círculo cerrado de protección penal, y así la muerte de uno de sus miembros legitima a los restantes para ejercer la venganza de sangre³²⁷ (*Blutrache*) o para reclamar la composición económica (*Wergeld*) que habrá de ser distribuida entre sus miembros" (1985, 181)³²⁸. La venganza recíproca se extiende a aquellos que hayan jurado fraternidad artificial. Los hombres libres se agrupaban en la clientela o séquito de señores poderosos, de los que surgirían los reyes. Según Herrera (1996, 34-5), las primitivas comunidades germánicas conocían la redención de la venganza (*Loskauf der Rache*) para restaurar la paz social, mediante un pacto entre la víctima y el ofensor. Los reyes-jefes acabarían fijando las reglas de la sustitución de la venganza por la compensación³²⁹, que incluía, como relata Tácito casos de homicidios. Tras la caída del imperio romano, en opinión de Herrera: "La 'Era de la Víctima' entra ahora en una fase crepuscular marcada por la pugna cotidiana entre el Estado y los particulares en la aprehensión del control social." Esta autora habla del paso de un derecho de daños a un derecho de delitos, aunque el sistema se centra en el diseño de unas tarifas precisas de compensación, citando como ejemplo el *Liber Iudiciorum* de los reyes visigodos Chindasvinto y Recesvinto en el siglo VII. Estas tarifas serán aplicadas después por unas asambleas de hombres justos, que reclamarán con el tiempo una retribución que debía pagar el ofensor, al que se le garantizaba una cierta protección (1996, 36-8).

³²⁷ Sobre la venganza de sangre y la composición como sistema originario del Derecho penal germano en los siglos VI a XIII, siendo corregida por el poder, véase Lalinde (1992a, 1024-7).

³²⁸ Cursivas del autor. La composición económica variaba si se era un hombre libre o semilibre.

³²⁹ Ténganse en cuenta las instituciones de *Wehrgeld* y *Busse* como sumas a pagar a la víctima o a su linaje.

Para los reyes godos el sistema penal se basaba en el castigo público impuesto por ellos a través de los jueces, teniendo en cuenta la intencionalidad. Se admitía el asilo eclesiástico y desde Chindasvinto, aunque se debía entregar al condenado a muerte, no se le ejecutaba. En la aplicación de los castigos podía observarse las desigualdades sociales³³⁰ (Lalinde 1992a, 803-4). Los reyes francos y lombardos acudirán a la colaboración de la sociedad, compartiendo la función punitiva, para mantener el orden público³³¹. Los godos se basarán más en el sistema penal romano, aunque admitirán instituciones como la compensación y la *traditio in potestate* o concurso de la víctima o su familia para la aplicación del castigo (Lalinde 1992a, 807-8). En todo caso, Lalinde advierte que la expresión de “venganza de sangre” en esta época resulta confusa ya que no se aplica. Más bien, según el autor, en las fuentes se encuentran los términos de paz, enemistad y defensa. Lalinde concluye con la afirmación siguiente -que comparto, en su apartado final, respecto de los siglos V al VIII-: “Son las épocas posteriores las que piensan que el sistema empleado en los siglos VIII a XIII es un sistema de venganza privada, pero no lo hace la propia época, que en lo que piensa es en un sistema de moderación de la enemistad por parte de los Reyes, o si se prefiere, en un sistema de moderación de la defensa de la comunidad o de los grupos parentales, que los Reyes reconocen cuando se declara una situación de enemistad. Incluso, la época tampoco puede hablar de una actuación o ‘justicia privada’...No lo es porque siempre media una actuación del Poder político, o al menos, una licencia o autorización específica. Además la distinción entre ‘público’ y ‘privado’, si es que la conoce la época, no le

³³⁰ Así en casos de violación se prohibirá el matrimonio entre un siervo y una mujer libre (Lalinde 1992a, 803).

³³¹ En los siglos VIII y IX, los reyes francos se esforzarían en conseguir una justicia penal exclusivamente real, imponiendo castigos intimidatorios, aunque ante el feudalismo a partir del siglo X, la sociedad volvería a recuperar protagonismo (Lalinde 1992, 807-8).

concede el valor que ha tenido en el mundo romano o que va a tener en el mundo occidental posterior” (1992a, 808-9).

El rey considerará función suya el mantenimiento de la paz u orden público de la casa, el camino, el mercado y la Corte³³². Más tarde, siempre en esa búsqueda de garantía de la seguridad, se hablará de paz institucional protegiendo -junto con la Iglesia³³³- determinados espacios y tiempos. Lo que no quede protegido dentro de esas paces permitirá el ejercicio de la defensa de los grupos y la comunidad, con una serie de limitaciones. La falta de elaboración teórica sobre los hechos que quebrantan la paz, como son los delitos, harán innecesaria la presencia de jueces técnicos. Se trata de restaurar la armonía comunitaria mediante la imputación de la responsabilidad³³⁴. La perturbación de la paz conllevará la “enemistad” (*Fehdel Inimicitia*). El transgresor será declarado solemnemente³³⁵ traidor o alevoso si actúa contra el rey, enemigo de todo el concejo, o enemigo que permita actuar a la víctima, quien también puede renunciar a hacerlo. Asimismo, cabe la composición, enmienda o convenio, pagándose “el dinero de defensa” (*Wehrgeid*) o “calumnia”. Se debe una cantidad a la comunidad por la perturbación de la paz y otra al grupo ofendido como compensación consistente en una cantidad determinada o en un tanto o múltiplo del daño, que variará según quién sea el ofendido (Lalinde 1992a, 809-12).

³³² Sin perjuicio de que para conseguir la paz externa se aplique el medio de la guerra (Lalinde 1992a, 809).

³³³ En los concilios franceses del siglo XI se introducirá la “tregua de Dios”. Se amenazarán con penas espirituales a los que infrinjan la paz en determinados períodos de fiestas religiosas y días de la semana. Los reyes impondrán también penas temporales y protegerán caminos como el de Santiago. Este sistema aparecerá en Cataluña -legalmente con los Usatges-, León y Aragón, extendiéndose después en toda la Península (Lalinde 1992a, 813).

³³⁴ Incluyendo la subsidiaria y la que recae sobre animales (Lalinde 1992a, 809).

³³⁵ Según se recogerá posteriormente en algunos fueros castellanos, en concejo abierto en domingo (Lalinde 1992a, 811).

Antes de la perfección del proceso o contestación a la demanda puede desistirse, salvo en casos criminales. Esto implicaría la conciliación voluntaria ante un juez especial o afirmador de la paz (*pacis assertor*). El procedimiento es escrito y se aplica el tormento, más tarde complementado con ordalías, como medio de prueba en determinadas causas. Las sentencias se ejecutan a través de los seguidores como autoridad pública. Se regulará también lo relativo a los gastos del proceso (Lalinde 1992a, 905-6).

Según San Isidoro, Eurico fue el primer rey bajo el cual los godos comenzaron a regirse por leyes y no por costumbres³³⁶. En el año 506 se aprobó por una asamblea de obispos y representantes provinciales el Breviario de Alarico, código que incluía el Derecho romano oficial. Pero es el *Liber Iudiciorum*, promulgado por el rey Recesvinto en el año 654, la gran obra legal visigoda que derogó las leyes romanas, debiendo acudir el juez al rey en caso de lagunas. En este texto se alude a la asamblea de vecinos o “conventus publicus vicinorum” donde se trataban temas de interés común, llegando a aplicar penas corporales a delincuentes (Escudero 1985; 213; 217; 250). El *Liber* recogió un procedimiento público como sistema de juicios -en lugar de acciones, como lo entendían los romanos-. Además, el rey designaba a los jueces.

³³⁶ Sobre la polémica en torno a este texto, vid. Escudero (1985, 202-10).

A pesar de la polémica sobre la noción de Estado, algunos autores afirman que el “Estado” visigodo existió aunque fue variando con el tiempo. En un principio, en los pueblos germánicos se daba un mayor sentido democrático y existía así una asamblea judicial (*ding, mallus*) de hombres libres que administraba justicia colectivamente³³⁷, aunque determinadas familias solían tener un especial peso. En su asentamiento en la Península, el Estado visigodo adoptó la forma de monarquía absoluta con cierta participación popular e influencia de la Iglesia³³⁸ (Escudero 1985, 227-8). El rey pasó de ser un caudillo militar, a un jefe político y finalmente un delegado divino. Se comenzó a hablar del rey como cabeza del cuerpo social, cuyos miembros eran sus súbditos. Él era el juez supremo que organizaba la administración de justicia (la cual recae en duques, condes y jueces locales) y se reservaba el derecho de gracia. Con independencia del debate sobre la posible distinción de jurisdicciones para las poblaciones hispanorromana y goda, existieron jurisdicciones especiales privadas (la señorial y la voluntaria para materias civiles donde se acudía a un árbitro) y públicas (la militar y la eclesiástica). Según el Breviario de Alarico, los obispos podían actuar como árbitros y fallar asuntos civiles si las partes acudían a ellos. Su competencia material se limitaba a asuntos sobre fe y disciplina eclesiástica, incluyendo los delitos de superstición, idolatría e

³³⁷ Existía un juez que interrogaba y la asamblea sentenciaba. El proceso se configuraba como una contienda privada (Escudero 1985, 253).

³³⁸ Sobre el papel de pacificación de los clérigos en la Galia del siglo VI y su concepto de hacer justicia mediante la búsqueda del arrepentimiento y la reconciliación, en lugar de la retribución, véase James (1983). Posteriormente, y sin reducirse al ámbito de la Iglesia, sobre la evitación de los juicios, bajo la importancia del valor de la fraternidad, más allá que de legalidad, en el medioevo inglés, expresado en el lema de que “el acuerdo prevalece sobre la ley y el amor sobre la sentencia”, véase Clanchy (1983). Asimismo, Sharpe se refiere a la permanencia de la caridad cristiana en los pueblos ingleses de la Edad Moderna donde se prefería las penas de los tribunales eclesiásticos; las demás disputas judiciales tenían un significado frívolo o de venganza (1983).

infanticidio. En cuanto a las personas, el obispo se encargaba de los asuntos civiles y algunos criminales de los clérigos. Es preciso aludir al Derecho canónico cuyas fuentes eran los cánones conciliares y las epístolas pontificias, que fueron compilados por San Isidoro de Sevilla en la *Hispania*³³⁹. Las transgresiones a estas disposiciones conciliares conllevaban penas espirituales, como la excomunión, y temporales, como la confiscación de bienes o, en caso de insolvencia, los azotes (Escudero 1995, 223; 231; 235; 239-40; 254-6).

³³⁹ Sobre las fuentes del derecho canónico en la Alta Edad Media, cfr. García-Gallo (1971, 385-9).

San Isidoro (s. VI-VII) realizará en sus *Etimologías* una alusión al concepto de derecho público romano, pero no lo tendrá en cuenta en la distribución de las materias (García-Gallo 1971, 266)³⁴⁰. Según San Isidoro, toda ley permite, prohíbe o castiga, y la vida humana se conduce por el premio y el castigo. Se aplica mal por mal. Este santo recoge para la España goda ocho formas de castigo: la multa, las cadenas, el talión³⁴¹, la ignominia mediante la decalvación, el exilio, la servidumbre y la muerte³⁴². En la servidumbre o entrega en poder, se pone al delincuente como siervo a disposición de la víctima o sus parientes, acercándose -según Lalinde- a la venganza privada³⁴³ (Lalinde 1992a, 803; 805-6).

3. 2 EL DERECHO EN LA CULTURA MUSULMANA

En el año 711 comenzó la conquista musulmana por parte de árabes y bereberes de lo que sería llamado Al-Andalus. Dicha conquista, que se narra como un engaño frente a la petición de ayuda en la lucha por el poder del Estado visigodo, se concibió como parte de la guerra santa que distinguía entre idólatras y gentes de la Biblia o cristianos. Comienza así una época que durará hasta 1492, periodizada en distintas fases como son: la del emirato

³⁴⁰ Sobre su pensamiento jurídico-penal, véase Becerra (1953).

³⁴¹ Según San Isidoro, el talión supone sufrir la pena de forma tal a la experimentada por el delito, habiendo existido en Roma, pero encontrándose también en el Evangelio de San Mateo 5, 38. Se aplica en casos de acusación o testimonio falsos. El *Liber Iudiciorum* recogerá la *inscriptio* o previa declaración del acusador de traición, por la que se somete a la misma pena que el acusado, si no logra probar su acusación (Lalinde 1992a, 806-7).

³⁴² Posteriormente, tenemos noticias de penas corporales como la desorbitación o vaciado de las cuencas de los ojos (Lalinde 1992a, 807).

³⁴³ Según este autor, se diferenciaría de las prácticas romanas de venta del deudor como siervo en cuanto que, en Roma, el acreedor no se convierte en señor del condenado (Lalinde 1992a, 806).

dependiente, el califato de Córdoba, los reinos de Taifas y el reino nazarí de Granada.

El “Estado” islámico se entiende como comunidad político-religiosa regida por el califa o sucesor de Mahoma, quien es también juez supremo de la comunidad creyente y delega su función en jueces ordinarios o cadíes. Como juez especial se encontraba el inspector del mercado o zabazoque (más tarde almotacén) que actuaba como policía de la ciudad, controlando los pesos, precios, el buen estado de las mezquitas y las vías urbanas, etc. Podía imponer multas, expulsar o azotar delincuentes y dictar sentencias en el escenario del delito. Los mozárabes o cristianos en territorio islámico conservaron su derecho secular y canónico, como sucedió también con los judíos respecto de su regulación³⁴⁴. Estas distintas comunidades componían una sociedad que distinguía básicamente entre hombres libres, libertos y esclavos (Escudero 1985, 273-9; 285-7; 300-2).

³⁴⁴ Cuya fuente básica era la ley divina o Torá y la tradición recopilada en el Talmud. Sobre las fuentes del derecho judío, cfr. García-Gallo (1971, 337-9; 362-6).

Siguiendo a Escudero, debido a su vinculación con la religión, el derecho islámico no es uno de los elementos que haya dejado mayor huella en nuestra cultura (1985, 279)³⁴⁵. Al no existir distinción entre derecho y religión³⁴⁶, la fuente del derecho es la voluntad divina revelada a Mahoma. En los libros de Derecho no se diferencia entre Derecho civil y penal. Para el Islam el Derecho es la ciencia de la conducta correcta del hombre en este mundo y su preparación para la vida futura (Drapkin 1989a, 275). El sistema legal del Islam se denominó más tarde *Shari'a*³⁴⁷. El Corán recoge esta revelación directa, la indirecta se deduce de la conducta del profeta (*sunnah*) que se transmite por tradición oral y de la que se ocupa la ciencia del *hadit*. Finalmente, nos encontramos con unos principios derivados del consenso comunitario como revelación genérica de Alá. Los alfaquíes o juristas construyeron la ciencia jurídica musulmana o *fiqh* (Escudero 1985, 281).

³⁴⁵ Sobre el Derecho penal islámico, véase en general Bassiouni (1982).

³⁴⁶ En un extremo de esta confusión, Drapkin subraya el carácter autoritario del derecho islámico (1989a, 274; 288). En todo caso, resulta relevante cómo dos instancias de control, la religión y el derecho, se confunden y relacionan. A este respecto, siendo la situación actual radicalmente distinta, se han destacado los efectos del fundamentalismo, que algunos gobiernos estiman positivo al indicar el mantenimiento de la paz frente a la inseguridad en Occidente. Drapkin se refiere a 19 ejecuciones en Irán en los últimos nueve meses de 1984, tras pedir los parientes de las víctimas la aplicación de la ley del talión. En otros cincuenta y un casos, los parientes aceptaron dinero de sangre (1989a, 285-8). Asimismo, podemos considerar la sentencia de muerte con invocación popular frente al escritor Rushdie.

³⁴⁷ Sobre las fuentes del derecho en la España musulmana, cfr. García-Gallo (1971, 349-61). Sobre la charía y el principio acusatorio en la administración de justicia, véase Lalinde (1992a, 604-6; 613) y sobre el significado del castigo, vid. Kara (1980). Para una reflexión en torno al derecho islámico en Marruecos, vid. Rosen (1989).

Según la *Shari'a*, el delito es la comisión de un acto que se prohíbe y castiga legalmente o la omisión de un deber que se impone. Se reconoce la responsabilidad personal y se clasifican en cinco categorías los delitos por el tipo de castigo que conllevan, que puede ser: 1. Un castigo específico previsto en el Corán y el *hadit* (*hadd*)³⁴⁸; 2. A discreción del juez (*ta'zir*)³⁴⁹; 3. El *talión* o una acción de venganza (*kisas*), que se lleva a cabo por la familia de la víctima, o un dinero de sangre (*diya*), que debe pagar el infractor o sus familiares³⁵⁰; 4. Penas administrativas (*siyasa*)³⁵¹; 5. Actos de expiación o penitencia personal (*kaffara*)³⁵². Los tres primeros grupos de castigos se

³⁴⁸ Son el adulterio y la violación, la difamación y acusación falsa, la ingestión de alcohol, el robo en general, el robo a viajeros, la entrada armada en una casa para robar, la apostasía del Islam y el intento de golpe de Estado. También se incluyen delitos que se castigan con la venganza y el dinero de sangre (diferentes tipos de homicidio y delitos violentos contra la vida humana). Cfr. Herrera (1996, 35). Para casos de adulterio y violación se prevén castigos como la muerte por lapidación o los azotes públicos con un número determinado de latigazos, así como en ciertos casos el destierro. Para la difamación, acusación falsa y el beber alcohol, el castigo son ochenta latigazos y cuarenta si se es esclavo. El castigo para el robo es la amputación de la mano, aunque se establecen una serie de límites. Por robos cualificados se amputará la mano derecha, y el pie izquierdo y los restantes miembros en caso de reincidencia. En caso de apostasía la pena es la muerte (Drapkin 1989a, 276-80).

³⁴⁹ Se incluyen, entre otros, el perjurio, la usura y la calumnia. En definitiva, la mayoría de los actos delictivos. Los actos de reparación y arrepentimiento serán tenidos en cuenta en la sentencia del juez que puede incluir consejos, amonestación, dar publicidad y denunciar la culpa del infractor, condena condicional, destierro, multa o confiscación, azotes, prisión y para delitos como el espionaje, la muerte (Drapkin 1989a, 280-1).

³⁵⁰ Para un ejemplo en un caso de homicidio en la Arabia Saudí actual, véase Müller Dietz (1993, 12-3). Según la regulación existente en este país, la pena de decapitación en público por asesinato puede sustituirse por la compensación económica, siempre que las víctimas acepten.

³⁵¹ El Estado puede promulgar regulaciones que ayuden a completar las lagunas de la *Shari'a*. En todo caso, muchos castigos *ta'zir* se han recogido en regulaciones específicas y en la mayoría de los países actuales la jurisdicción penal del *cadí* se ha transferido a los tribunales seculares con jueces nombrados por las autoridades laicas. Prácticamente todos los países han promulgado códigos penales al estilo europeo y los tribunales de *Shari'a* han sido abolidos o restringidos para casos personales (Drapkin 1989a, 284-5), aunque, en la actualidad, asistimos a nuevas interpretaciones de grupos islámicos.

³⁵² A parte de las penitencias, podemos incluir también la abstinencia de relaciones

adjudican ante un *cadí*. Los del cuarto por tribunales seculares y los del quinto se aplican voluntariamente por el infractor.

Respecto de los delitos que merecen *talión* o dinero de sangre, el derecho islámico modificó las leyes tradicionales sobre el homicidio y las lesiones, aboliendo la venganza de sangre. Se permitió la venganza sólo después de que un juez determinase la culpa y el castigo se graduaba de acuerdo a ella y al daño a la víctima. Por lo tanto, el *talión* no se entiende como venganza en cuanto que interviene el *cadí* para prevenir abusos, existiendo una serie de límites. En caso de homicidio o lesiones se puede llevar a cabo el *talión*, el dinero de sangre o la penitencia. La persona que ostente el derecho al *talión* puede perdonar al infractor. Todo derecho -salvo una posible compensación- desaparece si el infractor muere antes. Si la víctima no tiene parientes, el derecho de *talión* recae sobre el "Estado". El dinero de sangre es optativo para el pariente más cercano de la víctima muerta -aquel que tiene derecho a ejercer el *talión*- o para la víctima lesionada. Debe ser pagado por los parientes del infractor y si no se encuentran, por el "Estado". La compensación variará según el sexo, la religión y la posición social de la víctima. A ciertas compensaciones se puede unir la exigencia de penitencia (*kaffara*) que puede consistir en liberar a un esclavo musulmán o en ayunar un cierto tiempo (Drapkin 1989a, 281-4).

3. 3 LA ETAPA DE LA RECONQUISTA

sexuales, dar limosna, sacrificar un animal, etc. El tipo de delitos que conllevan penitencia son la ruptura de una promesa, perjurio, ruptura del ayuno durante el *Ramadán* y violación de normas religiosas (Drapkin 1989a, 285).

A partir del siglo IX, comenzando con el reino astur, se inicia el proceso de la reconquista. Se ha estimado que existía una población de casi medio millón de personas, a mediados de dicho siglo, en los centros de resistencia al Islam³⁵³. La sociedad se concibe "...como cuerpo del que forman parte diversos miembros o estamentos que, realizando sus propias funciones, concurren a la armonía común" (Escudero 1985, 363). En la comunidad política se distinguirán, como estamentos cerrados, los oradores, luchadores y labradores y, por encima de ellos, un príncipe que recibe el poder de Dios. Los nobles gozaban de una serie de privilegios, así la composición por su muerte era mayor que la que correspondía al homicidio de un hombre libre. Estaban directamente sujetos a la jurisdicción del tribunal real, se permitía el duelo judicial para dirimir conflictos y, en principio, no podían ser sometidos a tormento (Escudero 1985, 368). Los débiles solían buscar la protección de los poderosos en momentos de falta de autoridad pública, a través de la encomendación personal y territorial. En todo caso, salvo en Cataluña, parece que en la Península no se desarrolló el feudalismo como régimen político-social propio de los siglos X-XIII en Francia, Alemania y el reino de Borgoña³⁵⁴. Esta es la interpretación jurídico-institucional (representada por Sánchez Albornoz), la socio-económica, de inspiración marxista, no se muestra de acuerdo, insistiendo en que el feudalismo debe entenderse como un modo específico de producción precapitalista. Para estos últimos se equipara sociedad señorial a sociedad feudal, que se prolongaría hasta la Revolución francesa (Escudero 1985, 386-7).

³⁵³ A finales de la Edad Media, y habiendo sufrido toda una serie de epidemias, la población de la España cristiana era de unos nueve millones de habitantes (Escudero 1985, 361-3).

³⁵⁴ El feudalismo supone la extensión de relaciones privadas de feudo como conjunción del vasallaje y el beneficio (Escudero 1985, 386).

Dorado hace alusión a las asambleas judiciales de los primeros siglos de la Reconquista, compuestas por todo el vecindario que juzgaba los pocos delitos considerados contra la comunidad. Cuando se incrementó el número de delitos considerados públicos, se crearon órganos especiales. En todo caso, las asambleas siguieron conociendo de los casos mayores y en función delegada, primero, los árbitros como jurisdicción voluntaria, y luego los jueces, como jurisdicción permanente y obligatoria para las partes (1901, 44; 49-50). Asimismo, durante el proceso de reconquista y repoblación se concedió a algunas villas el privilegio de amnistiar de todos los crímenes a sus pobladores, como se recoge en los fueros de Sepúlveda y Caseda. Los Reyes Católicos derogarían estos privilegios (Bazán 1995, 489-90).

Con las repoblaciones, se irán formando también los señoríos³⁵⁵. A partir del siglo XI se consolida el régimen señorial y las relaciones de dependencia con el dueño o señor para la explotación de la tierra, en los distintos señoríos realengos, abadengos y solariegos. En las Cortes de Zaragoza se aprobó que: “Cualquier noble, caballero y cualquier otro señor de vasallos de dicho Reino podía tratar bien o mal a sus vasallos, y aun si era necesario matarlos de hambre y sed en prisiones” (Escudero 1985, 329)³⁵⁶. Los territorios o cotos feudales³⁵⁷ se verían como zonas inmunes respecto de los monarcas. El señor administraba justicia, percibía las penas pecuniarias y asumía la policía

³⁵⁵ En los que influyó también la entrega de tierras como pena o arancel judicial. Condes y gentes poderosas de los distritos y sedes episcopales ejercieron la potestad judicial (Escudero 1985, 323).

³⁵⁶ En el *Libro de los castigos* del Rey Don Sancho se recoge que la justicia es “...dar a cada uno lo que merece, haciendo bien por bien y mal por mal.” “Si la justicia derecha manda al hombre matar, no lo haces tú; es el derecho quien lo hace, y pues que derecho es, no quieras juzgar ni mandar hacer justicia cuando estuvieres con saña, que por fuerza resulta que la saña fuerza al derecho, y errarías así el derecho que debes guardar” (Beneyto 1942, 29-30).

³⁵⁷ Y, aunque con mayor sujeción al rey, algunos territorios señoriales de la Península (Escudero 1985, 403).

y vigilancia de sus tierras. Dentro del derecho feudal, podemos considerar los Usatges de Barcelona, que se formaron en la segunda mitad del siglo XI, publicándose una primera recopilación a fines del siglo XV. En ellos se recogieron las llamadas constituciones de paz y tregua de Dios, como institución promovida por la Iglesia³⁵⁸. Según los Usatges, ningún labrador podía vengar por sí un daño (en su cuerpo, honor o propiedades), sino que debía quejarse a su señor para tomarse o demandar justicia juntos (Delvillar, 13). En la disposición número 95 se recogía la servidumbre del homicida en favor de la familia del muerto³⁵⁹.

³⁵⁸ En los sínodos y concilios, a los que a partir del siglo XI concurrirían el príncipe y altos cortesanos, se establecía la paz y la tregua en unos lugares o tiempos, para evitar la violencia y venganza, bajo pena de excomuni3n (Escudero 1985, 405-7).

³⁵⁹ Esta pena est3 en el Fuero Real, en la Ley 7ª, t3tulo 10, libro 4º para las alcahuetas y mandatarios respecto del marido. La Ley 1ª del t3tulo 31, libro 12 de la Nov3sima Recopilaci3n impone la pena para vagabundos y holgazanes. En todo caso, no parece que se aplicaran con generalidad en la pr3ctica. S3 se utiliz3 la pena de servidumbre o condena a servicio de particulares en las Indias, seg3n la regulaci3n de 3 de junio de 1555 (Lasala 1950). Cfr. Sobre la posterior condena a obras p3blicas Lasala (1958) y cfr. con la labor de restituci3n, estudiada por Aguirre (1958).

Respecto del llamado derecho medieval, es preciso distinguir la fase altomedieval en la que predomina la fragmentación, la dispersión y la pluralidad normativa de la bajomedieval, iniciada en el siglo XIII, que supone la uniformidad por la recepción del derecho común³⁶⁰ (Escudero 1985, 411).

3. 4 EL PLURALISMO JURÍDICO ALTOMEDIEVAL

³⁶⁰ Sobre el desarrollo del derecho común europeo, véase Tomás y Valiente (1996). Téngase en cuenta la polémica entre germanistas y romanistas. La vigencia de instituciones, como la venganza de sangre y la responsabilidad colectiva, durante la Edad Media se interpreta, según los primeros, como influencia clara del derecho germano y, para los segundos, como pervivencia de derechos antiguos, no necesariamente germanos (Escudero 1985, 415).

En la España Altomedieval rigen, según los territorios, el *Liber Iudiciorum*³⁶¹, normas consuetudinarias, o de nueva creación como los fueros. Donde no se reconocía un texto jurídico general como el *Liber*, "...el derecho surge como creación espontánea de la sociedad misma." En definitiva, se configura un derecho construido judicialmente para cada caso -de gran relevancia en el mundo anglosajón-. En Castilla y otros territorios se habla del régimen de "fazañas" (Escudero 1985, 419-20). En todo caso, los fueros, de gran variedad, constituyen la fuente por excelencia del derecho medieval español. Entre los **fueros**, que quizá aparecen como evolución o fijación de las fazañas, se pueden distinguir los agrarios, de privilegio y de carácter local. Nos interesan especialmente estos últimos, en cuanto que constituyen ordenamientos jurídicos de pueblos y ciudades (Escudero 1985, 421-4). Según hace notar Alonso Romero (1982, 3), en los fueros municipales castellanos sigue vigente la venganza de la sangre con formas de proceso muy privatizadas, "...pero en las que esa inicial relación dualista entre ofensor y ofendido va siendo sustituida por la relación triangular, constitutiva del proceso, entre las dos partes enfrentadas y el tercero imparcial que dictamina el resultado del litigio."³⁶² A partir de entonces, este proceso, como expresión

³⁶¹ En el siglo XIII fue traducido al mozárabe y conocido como el Fuero Juzgo que sería concedido por el rey Fernando III, con una cierta pretensión de uniformidad, como fuero municipal a Córdoba y Sevilla. Alfonso X lo haría respecto de Murcia y Jerez (Escudero 1985, 435; 455). En el Fuero Juzgo, según Almagro Nosete (1991, 29), se recoge un concepto jurídico-público de pena, aunque en algunos delitos privados aún se permite entregar al culpable al ofendido y su familia; el talión y la compensación hacen que podamos hablar de un sistema más objetivo. Asimismo, desaparecen los duelos judiciales entre ofendido y ofensor, que más adelante serían recogidos por los fueros municipales, y se exige publicidad en la ejecución de las penas y ciertos actos procesales. La venganza del ofendido coexiste con la función general de la ley penal. Configura un proceso acusatorio y excepcionalmente de oficio para determinados delitos. En el proceso acusatorio ya iniciado no se admitía desistimiento ni avenencia entre las partes. Se determinará así la profesionalización de los jueces y la ejecución pública de las penas (Alonso Romero 1982, 9-11).

³⁶² Además, la autora señala importantes límites a la violencia privada en los mecanismos de las paces y el desafío previo, controlados por la autoridad (1982, 3). En los fueros de Salamanca, si eran varios los agresores, la víctima o sus familiares debían elegir

de control social trilateral, legitima el castigo. El proceso será finalmente monopolizado por la autoridad pública y, especialmente cuando se configure su naturaleza inquisitiva³⁶³, buscará la verdad dando relevancia a la pesquisa. En principio, en los fueros no se advierten diferencias importantes entre proceso civil y penal. El procedimiento se desarrollaba en lugares públicos como acontecer cotidiano y ritualista³⁶⁴. El litigio terminaría por allanamiento del vencido, acuerdo de ambos o sentencia (1982, 4-6; 78).

Respecto del proceso, en la Alta Edad Media, se habla de juicio, litigio, pleito, altercado, contención, pugna, batalla o rencor. Estos últimos términos, según Lalinde (1992a, 908), aluden a la agresividad de las partes y la pasividad del órgano jurisdiccional. El proceso sigue un sistema acusatorio, siendo frecuente que no termine por allanamiento del demandado o reconocimiento (*agnatio*). La prueba principal es la ordalía, término de procedencia germana. El juez se atenderá al resultado de la prueba objetiva, que viene determinado por la justicia divina. Entre las ordalías bilaterales se encontraba la lid, duelo o batalla entre partes, la cual constituirá una prueba en el ámbito local y un procedimiento en el territorial. Por otra parte, en el juramento se invocaba a Dios como testigo de que se decía la verdad, en caso contrario recibiría un castigo ultraterreno, además del temporal (Lalinde 1992a, 909-10). En cuanto a la represión instantánea de delitos, Lalinde se refiere, entre otros, a los siguientes procedimientos: *in fraganti* o la muerte del ladrón que roba de noche o que opone resistencia; del apellido o clamor que supone la detención del ladrón y restitución de la cosa a través

uno de ellos, tratándose de evitar que hubiera tantos delitos como participantes (Lalinde 1992a, 810).

³⁶³ Según Tomás y Valiente, el procedimiento inquisitivo estaba ya plenamente aceptado en Castilla en el siglo XV (1969, 55-63).

³⁶⁴ Expresado en los juramentos como alusión a un ideal de justicia, o justicia absoluta o divina.

de la intervención popular convocada por la víctima; de escudriñamiento o seguimiento por la víctima de las huellas del ladrón y registro de su domicilio, pudiendo aprehender la cosa robada; y del desafío para ejercer una acción violenta contra otro (1992a, 912).

En la Alta Edad Media se administra justicia en la asamblea judicial a la que concurren todos los hombres de la comarca o en la curia del príncipe a la que acuden sus consejeros. Los asistentes se mostrarán conformes a la sentencia, recibiendo el valor de uso, costumbre o fuero. Más tarde, desaparecerán las asambleas y actuarán sólo los jueces, conservando en Castilla la capacidad para crear normas jurídicas, aunque no sean aprobadas popularmente (García-Gallo 1971, 194-5). Escudero afirma que en el período altomedieval predominó un sistema de justicia privada por el que los particulares velaban por el mantenimiento del orden o procedían a su reparación. Hasta el siglo XI fue frecuente la venganza de sangre, actuando los órganos jurisdiccionales de la comunidad sólo a instancia de la parte perjudicada³⁶⁵.

³⁶⁵ En el ámbito del derecho aragonés, Zaragoza recibió en el año 1129 el privilegio llamado *tortum per tortum* o “de los veinte”, legitimando a los habitantes para tomarse la justicia por su mano (Escudero 1985, 477).

Orlandis ha estudiado cómo el final de la *inimicitia*³⁶⁶ podía llegar por la ejecución de la venganza o la reconciliación. Ésta consistía en la solución pacífica por la que la parte agraviada recibía una composición pecuniaria del enemigo, renunciando a la venganza y otorgando su paz. Para evitar que este avenimiento fuera visto como signo de humillación o temor, en el derecho germánico, se prestaba por el infractor un juramento de igualdad (*Gleichheitseid*) en el que declaraba que, en iguales circunstancias, él también aceptaría una reparación. En principio, la autoridad pública no podía imponer la avenencia al ofendido, pero existían mecanismos -plazos de tiempo³⁶⁷, presiones económicas, asilo³⁶⁸, etc.-a través de los cuales se intervenía para limitar la decisión del ofendido. El acto de reconciliación se regía por una serie de solemnidades³⁶⁹ -en las que intervenían los parientes

³⁶⁶ Según Herrera, con la aparición de la *inimicitia* se va consolidando la intervención estatal al requerirse una declaración judicial de enemistad pública o privada -según la ofensa- para que la venganza familiar pudiera producirse, de la que se exceptuaban los casos flagrantes y personas como el homicida simple, el menor de catorce años, el causante de la muerte del forastero ajeno a la comunidad o de moro o judío, quienes pagaban sin más la sanción asignada. La enemistad se transmite de padres a hijos, enfatizándose después la temporalidad y otros elementos limitadores. Así el Fuero de Salamanca permitía ofrecer fiadores que respondiesen de la buena conducta futura evitando el destierro o la venganza privada. Otros fueros como los castellanos, aragoneses, leoneses y portugueses recogen la posibilidad de asilo para el ofensor (Herrera 1996, 45-51). Sobre la importancia de la institución del asilo para el desarrollo de los derechos humanos, desde el Derecho romano, véase Aranguren (1996, 229-30).

³⁶⁷ Sobre la *inimicitia* temporal, recogida en fueros como los de Viguera y Val de Funes, que podía implicar una sanción al ofendido si tras el plazo no aceptaba la reconciliación, véase Orlandis (1947, 66-8).

³⁶⁸ Sobre el asilo que prestaban las Iglesias en el País Vasco a fines de la Edad Media, véase Bazán (1995, 493-503). Este autor alude también al acogimiento de fugitivos en señoríos, por parientes mayores y otros hidalgos, y parientes y amigos de los fugitivos. Otro recurso era la huida a reinos fronterizos, aunque los acuerdos entre hermandades intentarían limitar esta práctica. Sobre el asilo en la Edad Media castellana en general, véase Gómez Santos (1953).

³⁶⁹ Con juramentos que, en el derecho germánico, se denominaban *Sühneid*, *Friedenseid* o *iuramentum pacis* (Orlandis 1947, 64, nota 187). Véase la obra de Hinojosa, *El Derecho en el Poema del Cid*, tratando de instituciones medievales castellanas del siglo XI. Cfr. las

de ambas partes-, que terminaban en un apretón de manos o beso de paz. Existía, según Orlandis, otra pérdida de la paz que implicaba la enemistad del infractor con toda la comunidad en supuestos graves y, por tanto, la obligación de perseguirle. Puede hablarse de una pérdida de la paz de la ciudad o del reino (Orlandis 1947, 62-5; 69). Por otra parte, en la Alta Edad Media, los delitos contra la propiedad y las lesiones suelen ser los que se sancionan con penas pecuniarias independientes o calañas que se distribuían, generalmente, en tres partes -para el lesionado³⁷⁰, el Concejo y el Rey o señor de la villa³⁷¹-. .

Pero, a partir del siglo XI, comienza a concebirse la idea de la justicia pública como objetivo del “Estado”, del monarca que debe mantener la paz. La jurisdicción regia se entenderá como ordinaria o común y junto a ella existirán jurisdicciones especiales (jurisdicción señorial, eclesiástica, mercantil). Respecto de la jurisdicción regia se distingue en Castilla la labor del tribunal palaciego, el *concilium* o asamblea de hombres libres de cada territorio. Los procesos podían terminar con una sentencia o con el reconocimiento (*agnitio*) -como pacto firmado- de la razón del contrario por la parte a la que la ordalía o medio extraordinario de prueba había resultado adversa (Escudero 1985, 595-6). En la Alta Edad Media, como sucedió en la época visigoda, se olvida la distinción romana entre derecho público y privado. Será a partir del siglo XIII cuando los glosadores y comentaristas

referencias de Herrera (1996, 41-5), quien destaca la narración del duelo judicial de finalidad probatoria y donde el poder estatal ejercerá una cierta limitación.

³⁷⁰ Como reflejo de un pensamiento victimológico (o victimodogmático) podría pensarse en los Fueros de Viguera y Val de Funes que destinaban la totalidad de la multa, en caso de lesiones ocasionadas por pelea, al palacio del señor (Orlandis 1947, 107).

³⁷¹ Asimismo, los señores recibían la composición que se daba en delitos contra la persona de sus vasallos (Orlandis 1947, 107).

recuperen dicha distinción, discutiendo sobre el significado de las palabras de Ulpiano (García-Gallo 1971, 263-7).

3. 5 LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN EN LA FASE BAJOMEDIEVAL Y LOS CAMBIOS EN EL PROCESO PENAL

La fase Bajomedieval está influida por un desarrollo de la economía³⁷². En la segunda mitad del siglo XIII se consolidan en las diversas ciudades las juntas o mestas municipales que disfrutaban de su propio ordenamiento confirmado por el rey. Las mestas locales, especialmente sus alcaldes, se ocuparán de los litigios sobre la conducción, alimento y custodia de los rebaños. Por otra parte, en el siglo XIII tendrá lugar el inicio de la revolución comercial, facilitada por el desarrollo de la navegación, el intercambio en ferias y mercados, el surgimiento de un espíritu capitalista y la aparición de burgos y ciudades donde surge una nueva clase social, la de los burgueses. Resulta interesante destacar la protección jurídica que los fueros locales daban a las reuniones de mercaderes mediante la llamada paz del mercado, estableciéndose composiciones o multas graves para quienes la violasen. Roldán Verdejo se refiere a los fueros relacionados con el de Cuenca que castigaban al homicida, que hubiese cometido el delito en feria, a ser enterrado vivo bajo la víctima (Escudero 1985, 344-9). Anteriormente, según el Fuero de León de 1020: "Quien perturbare con espada desnuda o con lanza el mercado público que, desde antiguo, se celebra los miércoles, pague sesenta sueldos en moneda de la ciudad al sayón del Rey" (Beneyto 1942, 37). Complementariamente, nacería el Derecho mercantil para resolver los conflictos entre mercaderes³⁷³.

³⁷² Zaffaroni indica cómo la sociedad industrial se genera a partir de la revolución mercantil de los siglos XII y XIII, coincidiendo con el surgimiento del sistema penal que confisca o expropia a la víctima, siguiendo la tesis de Christie (1993, 14). Sin embargo, en nuestra historia, relacionar la sociedad industrial con el desarrollo del burgo medieval es arriesgado.

³⁷³ Véase Escudero (1985, 356-7).

En lo que respecta al Derecho en general, la fase bajomedieval se caracteriza por la recepción del derecho común, asentado sobre el Derecho romano y canónico³⁷⁴, a los que los glosadores añadieron notas del derecho feudal³⁷⁵. El descubrimiento del Digesto en el siglo XII, en Bolonia, dio un empuje importante a la influencia del Derecho romano, coincidiendo con la creación de las Universidades (Churruga 1987, 241-9). En el siglo XIV la labor de los glosadores sería continuada por los comentadores, que actuaron como consejeros de los monarcas, intentando encontrar en él la fundamentación de los derechos consuetudinarios, locales y medievales vigentes, favoreciendo así la recepción de un Derecho romano reinterpretado, salvo en Inglaterra³⁷⁶.

³⁷⁴ Destacando en el mismo el *Decretum* de Graciano del siglo XII.

³⁷⁵ Cfr. López-Amo (1956). Sobre la distinta evolución hacia un sistema de penas públicas en Aragón y Cataluña, en relación con el reconocimiento de las composiciones, véanse especialmente las páginas 20-1. En general, sobre el derecho penal de Aragón, vid Guallart (1977).

³⁷⁶ La ley común nace con Enrique II en el siglo XII. Hasta entonces, la acción reprimible se considera un mal que puede constituir un daño o un crimen. El tuerto o daño se configura como un delito civil o privado. Según Lalinde, el Derecho penal de esta época sería más civil que penal en cuanto que no responde a una intención, sino a un daño objetivo, causando la enemistad y la guerra privada, que pueden componerse. Acciones como las lesiones, el robo de ganado y el homicidio se consideran contra toda la comunidad, lo que no impide que el suceso termine con una composición. Mediante la fijación de un precio se restablecerá la paz, incluyendo en ocasiones la compensación para la familia y la multa para la autoridad pública. A partir del siglo XIII, la intencionalidad diferenciará el tuerto del crimen, desplazándose la venganza y la compensación por la justicia real. El crimen se configura como delito o felonía y falta o transgresión. Se llegará así a la diferenciación de la responsabilidad civil y penal, primando en ocasiones la primera por sus beneficios. La jurisdicción real sustituirá las ordalías por el jurado en el siglo XII (Lalinde 1992a, 1300-9; 1335-40). Sobre el surgimiento del principio de legalidad o *rule of law*, véase Thompson (1975). Sobre el orden público y el delito en la Inglaterra de finales de la Edad Media, véase Bellamy (1973).

Las personas formadas en este derecho común ocuparon cátedras de Universidades, tribunales de justicia y diversos órganos de la administración bajomedieval. Los reyes promovieron la expansión del mismo en cuanto que su herencia romana facilitaba su absolutismo (Escudero 1985, 426-31). El rey se configuró como legislador, creando delitos, penas y modos de administrarlas -principalmente potenciando el proceso inquisitivo y excluyendo la compensación y el castigo privado-, y como juez³⁷⁷. Nieto Soria ha estudiado las ceremonias de la realeza en la época Trastámara (1359-1516), cuando se van agotando las manifestaciones medievales. La realeza castellana utilizará las ceremonias para transmitir el ideal autoritario que llegará a ser la monarquía absoluta mediante la solemnidad o teatralidad en la exhibición pública del rey³⁷⁸. En el capítulo cuarto, Nieto habla brevemente de las “ceremonias de justicia” donde aparece el rey-juez, con rituales que hacen incontestable su legitimidad³⁷⁹. Las dos principales manifestaciones ceremoniales fueron la audiencia y el enjuiciamiento de retos y desafíos, de manera que se implantó la figura del rey como necesaria para la resolución de conflictos entre nobles (1993, 77; 82)³⁸⁰.

³⁷⁷ Posteriormente, los juristas del siglo XVII utilizaron imágenes retóricas descriptivas del rey que castiga y perdona como “padre” y “pastor”. Se crea un hábito de obediencia por temor y amor, dentro de una “tecnología disciplinar” (Hespanha 1990a, 176-7; 180-3).

³⁷⁸ Cfr. El *Tratado de la comunidad*, manuscrito anónimo -ya que falta la portada- del siglo XV aparecido en Londres. Su propósito consistía en aleccionar al gobernante. En la página 22 se trata especialmente sobre la justicia y la ley (Ramírez 1988).

³⁷⁹ Sobre las varas de justicia como delegación de la justicia real, véase Nieto (1993, 195-6).

³⁸⁰ Para que un caballero pudiera retar a otro debía comunicárselo primero al rey, quien debía autorizarlo según la gravedad del caso. De cualquier forma, se establecía un plazo de reconciliación (Nieto 1993, 80-1). Posteriormente, téngase en cuenta las referencias a la petición de justicia a los Reyes Católicos, de nobles y pobres, según recoge Menéndez Pidal, en *España y su Historia* “Los pobrecillos se ponían en justicia con los caballeros e la alcanzaban” (1957, t. II, 25). En los Romances Nuevos se recoge el siguiente: “Sentado está el señor rey/ en su silla de respaldo,/ de sus gentes mal regidas/ desavenencias

juzgando:/ dadivoso y justiciero,/ premia al bueno y pena al malo,/ que castigos y mercedes/ hazen seguros vasallos.” En el capítulo vigésimo segundo de la primera parte de *El Quijote*, el protagonista encuentra una cadena de galeotes y ante la voluntad de liberarlos -tras lo que tan mal parado saldría-, le dice Sancho: “Advierta vuestra merced,..., que la justicia, que es el mismo Rey, no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos” (Fina 1993, 23). Dentro de la literatura del Siglo de Oro, destacan obras como *Fuenteovejuna*, *Peribáñez o El Comendador de Ocaña*, y *El Alcalde de Zalamea*, donde se trata de la justicia popular y se exalta la monarquía como fuente de justicia. En la obra de Lope de Vega, *Fuenteovejuna*, de 1619, el autor se basa en un hecho histórico, ocurrido en el siglo XV, relativo a los agravios cometidos por un comendador respecto de una villa de su encomienda (Fina 1993, 38). Ante estos agravios, los habitantes decidieron darle muerte de manera cruel y con ensañamiento, incluyendo el robo en su casa. Se habla así de una venganza colectiva -no individual como en *Peribáñez*, de 1614, o *El mejor alcalde el rey*, de 1635,- como insurrección legítima contra el tirano, que al ser popular difícilmente podía ser castigada. El juez de la Corte comisionado por los Reyes Católicos, trataría de esclarecer el hecho incluso aplicando el tormento a los niños, pero ante la unidad del pueblo, el rey otorgó su perdón. En el siglo XVII tenemos la obra de Calderón de la Barca, *El alcalde de Zalamea*, también inspirada en un hecho real (Fina 1993, 41-5). En ella se narra el triunfo de un labriego frente al poder militar, cortesano y real. El labriego villano será nombrado alcalde, con funciones judiciales, y condenará a muerte al capitán que raptó y violó a su hija. Surge así el problema de la imparcialidad (al actuar como juez, siendo parte) y de la especialidad de jurisdicciones, ya que el capitán alegaba su derecho a ser juzgado por un fuero especial. Antes de la condena, el juez suplicaría la reparación del agravio mediante el matrimonio, teniendo en cuenta el daño a la honra. Finalmente, el rey se colocará al lado del alcalde, dando por sentado que su justicia había triunfado: “Biendada la muerte está; que errar lo menos no importa si acertó lo principal” (p. 208). “Errar lo menos” suponía aceptar la acción de un juez y parte y la jurisdicción ordinaria para un militar, dándole muerte por garrote, y no degollado como correspondía a su condición. Cuando el Rey indica que Crespo no tenía autoridad para ejecutar la sentencia de muerte, éste responde que ya está ejecutada y que, en referencia a la justicia del Rey: “Toda la justicia vuestra/ es sólo un cuerpo más;/ si éste tiene muchas manos,/ decid ¿qué mas se me da/ matar con aquesta un hombre/ que estotra había de matar?” (207-8).

El origen divino del poder real será una de las notas del pensamiento medieval. Aunque el rey ejercía poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, debía contar para determinados asuntos con las Cortes y una serie de personas que constituirían la Administración central, territorial y local. Él era directamente competente de algunos litigios y juez último en apelación. Desde el siglo XIII se encuentran expresiones de la concepción pactista en el gobierno de los reinos castellano, navarro, catalán y aragonés, es decir, el gobierno encontraba su fundamento en un contrato entre rey y súbditos. En determinadas ocasiones, cuando el monarca dictaba cartas contra los fueros o contra el ordenamiento jurídico se legalizó la inobservancia -como ocurriría después en las Indias- bajo la fórmula "obedézcase pero no se cumpla" (Escudero 1985, 523; 526-7)³⁸¹.

Como indica Lalinde (1992a, 813-4), a partir del siglo XIII, el poder político consiguió monopolizar la declaración y ejecución del castigo, mientras que antes se limitaba a la moderación de la enemistad. Al mismo tiempo, el delito entrará dentro de la moral católica, identificándose con el pecado y sus formas de declararse e imponerse sus consecuencias, por influencia del escolasticismo de Santo Tomás y más tarde, a partir del XVI, de Domingo de Soto, Fox Morcillo y Alfonso de Castro³⁸². Se enfatizará así la intencionalidad, se ampliará el cuadro delictivo y su graduación, se consagrará el principio de personalidad de la pena, aunque se extiende la responsabilidad a personas distintas de los ejecutores, y se asumirá la retribución como fin primordial, junto con la intimidación. Esto permitirá

³⁸¹ Fórmula también empleada en las provincias vasconavarras, cuando se entendía que una determinada norma legal era contraria a los fueros. Recuérdese el pareado: "Donde no hay justa ley, no se ha de obedecer al rey". Sobre las fuentes del entonces "derecho penal vasco", vid. Beristain, Larrea y Mieza (1980).

³⁸² Sobre la represión por el poder político en los siglos XIII a XVII del delito político-religioso, véase Lalinde (1992a, 819-21).

la hegemonía de penas corporales hasta el siglo XV³⁸³, concurriendo después con penas que afectaban a la libertad. Además, siguió influyendo en la severidad de la pena el que la víctima fuera vecino, cristiano, eclesiástico, casado, etc. (1992a, 818; 822).

³⁸³ Así en las fazañas castellanas se recogía que el delincuente fuera ahorcado por su propio padre y hermanos, sufriera castración o ceguera, muriera en el madero, etc. (Lalinde 1992a, 822).

Alfonso X el Sabio, rey de León y Castilla (1252-1284), ha sido reconocido como padre del Fuero Real y el Espéculo y, con cierta polémica, de las Partidas (Escudero 1985, 457)³⁸⁴. El **Fuero Real**³⁸⁵, que trata, entre otras cuestiones, del derecho penal y privado, procede del Fuero Juzgo y de otros fueros castellanos. Su objetivo era limitar las fazañas. En el Fuero Real se distinguía lo que constituía pleito criminal según la pena prevista. El pleito criminal llevaba aparejada la pena de muerte³⁸⁶, la corporal, la pérdida total de bienes o el destierro. Ello no impedía que otros delitos con otras penas se sustanciases como una demanda civil. Se aceptaba el desafío para conseguir una declaración judicial de *inimicitia* que legitimara la venganza del ofendido, permitida por lo demás en casos como el adulterio³⁸⁷, el robo *infraganti*, etc. En asuntos penales, las partes no podían nombrar un árbitro, sino que debía ser el alcalde, en principio nombrado por el rey, quien administrase justicia. Se configuraba un proceso acusatorio escrito³⁸⁸, con algunos elementos inquisitivos como la pesquisa y los procesos de oficio. Una vez iniciado el proceso, las partes no podían avenirse o desistir, sin licencia del juez (Alonso Romero 1982, 30-1;36-77).

³⁸⁴ En las obras legislativas de Alfonso X tuvieron influencia las Decretales de Gregorio IX que regulaban el proceso canónico, caracterizado por su tecnicismo, escritura, proceso inquisitivo, trascendencia pública del delito, gradación de la culpabilidad, etc. (Alonso Romero, 1982, 14-5; 28).

³⁸⁵ Para un comentario general sobre el mismo y su texto, cfr. Palacios (1991).

³⁸⁶ Cfr. Suero (1968; 1971).

³⁸⁷ En el Fuero Real los adúlteros se ponen en poder del marido, quien no puede matarlos, aunque en la práctica se permitirá si se mata a los dos (Lalinde 1992a, 816-7). Para una exposición discutible sobre el uxoricidio, entendido como próximo a la institución de compensación de culpas y/o delitos y, en general, a la ley del talión a lo largo de la historia, véase Serrano Maíllo desde la perspectiva victimodogmática (1996). Cfr., respecto del derecho castellano, Collantes (1996). Asimismo, puede consultarse la obra de Lope de Vega *El castigo sin venganza*, basada en un hecho real, y criticada por la censura eclesiástica al narrar la muerte de la adúltera sin confesión (Menéndez Pidal 1957, t. I, 372; 395).

³⁸⁸ El tecnicismo creciente hará que surja la necesidad de profesionales.

Las **Partidas** representaron la recepción del derecho común. La partida séptima se ocupaba del derecho penal. Al igual que en el Fuero Real, en las Partidas, un pleito criminal se diferenciaba también según su pena. Se incrementó su número ya que se añadieron los casos que implicaban penas de infamia. El proceso podía iniciarse por acusación³⁸⁹ o, dentro de un sistema inquisitivo, por denuncia y pesquisa. Tras el período probatorio, se dictaba sentencia, sin necesidad de fundamentarla y teniendo en cuenta la condición social del reo. El proceso se profesionalizó con la actuación de escribanos, alguaciles, etc., aceptándose la presencia de abogados. Las Partidas insistían en la celeridad del proceso (con un límite de dos años), lo cual era importante teniendo en cuenta la generalidad de la prisión preventiva. Si al cabo de dos años no se había conseguido probar nada en contra del reo, éste era absuelto y se le imponía la pena al acusador, al igual que si resultaba ser una acusación falsa según la institución de la *inscriptio* -lo cual se presuponía, si desistía sin consentimiento del juez-³⁹⁰. Cuando moría el acusador finalizaba el proceso, aunque a diferencia del Fuero Real, el acusado podía serlo por otro. En delitos con pena corporal, el acusado podía avenirse con el acusador en una cantidad, antes de la sentencia y salvo para el adulterio. Se prohibía acudir a árbitros (Alonso Romero 1982, 38-54).

³⁸⁹ En el proceso acusatorio, la acusación consiste en la petición escrita al juez de que venga un daño, admitiéndose la acusación particular en casos de homicidios, alcahuetes, adivinos, etc.

³⁹⁰ Si un juez juzgaba mal a sabiendas, también se le aplicaría el talión.

El afán unificador de Alfonso X, en perjuicio del poder de los nobles y los concejos, provocó una fuerte oposición que haría rectificar al rey su política legislativa, acordando que los abogados de cada territorio utilizaran su fuero en los pleitos a juzgar por sus propios jueces. Se diferenció entre pleitos foreros y pleitos del rey. Alfonso XI promulgó, en el año 1348, el Ordenamiento de Alcalá para dar un cierto orden en el sistema de prelación de fuentes (Ordenamiento, fueros municipales -en cuanto no fueran contrarios a Dios, a la razón o las leyes, o los mejorara el monarca- y las Partidas), que se mantendría vigente hasta la promulgación del Código civil. Se permitía, en todo caso, que prosiguiese la recepción del derecho común (Escudero 1985, 461-2; 467-8).

En la etapa bajomedieval se institucionalizó la administración de justicia y los jueces se convirtieron en profesionales estables o técnicos³⁹¹, que convivían junto con los populares. Las propias ciudades designaban a un juez y el tribunal regio se hizo permanente³⁹². Además, la administración de justicia dejaría de depender de instancias de los particulares, apareciendo el procedimiento de oficio mediante el cual los delitos se perseguían, independientemente de la denuncia de la parte ofendida. Se generalizó así la pesquisa y desaparecieron las ordalías. Lalinde resume de la siguiente manera

³⁹¹ En una evolución de la compensación germánica, la cantidad pagadera a la víctima se verá extremadamente reducida en favor de los profesionales que comienzan a intervenir. Así en el derecho alto medieval, se debe pagar a la víctima, al rey y al Concejo. Herrera cita el ejemplo del Fuero de Aragón al tratar los casos de homicidio. En todo caso, reconoce la superposición de la justicia oficial estatal y la justicia privada de las parentelas, poniendo como ejemplo el Fuero de León en caso de homicidio (1996, 39-40).

³⁹² En las Cortes de Zamora (1274), el rey a través del Tribunal de la Corte, más tarde denominado Chancillería o Audiencia, se reservó los supuestos de muerte cometida por despecho de tregua o fianza, forzamiento de una mujer, tregua quebrantada, ruptura de fianza que aseguraba la no comisión de actos dañinos, el incendio deliberado, infracción de la paz de un camino, traición, ruptura de la fidelidad entre caballeros y el desafío entre nobles. Formaban parte de dicho Tribunal, desde las Cortes mencionadas, los llamados alcaldes de la corte y los promotores de la justicia que perseguía los delitos si no existía parte querellante (Escudero 1985, 597: 599-600).

el paso del proceso acusatorio y ordálico germano al inquisitivo del *ius commune* en la Baja Edad Media (1992a, 913): “La oralidad es sustituida por la escritura, el órgano colectivo por el personal, la concentración e inmediación por la preclusión, la hegemonía de las pruebas subjetivas por la de las objetivas, la ordalía por la tortura³⁹³, el restablecimiento de la paz social por la averiguación de la verdad, y el fallo pragmático y accidental por la sentencia con efectos de cosa juzgada tras su depuración dentro de una pirámide de recursos.” La jurisdicción rogada quedará reservada para el proceso civil (1992a, 916)³⁹⁴. Para evitar la intervención judicial, se siguió acudiendo al arbitraje o al compromiso, especialmente en el campo mercantil, pero no exclusivamente. El árbitro podía decidir conforme a derecho o a su conciencia o equidad (amigables componedores) (ibídem, 929).

Dentro de las jurisdicciones especiales, la señorial -ejercida por seglares y eclesiásticos- solía reunir asambleas de hombre libres para juzgar distintos casos, más tarde nombrarían a los jueces y alcaldes. Los señores aragoneses lograron la plenitud jurisdiccional o mero y mixto imperio. Entendían así de cualquier causa civil o criminal. El mero imperio era el poder de juzgar delitos penados con muerte, mutilación y destierro. El mixto correspondería a los asuntos restantes, civiles y penales (Escudero 1985, 604). Por otra parte, la jurisdicción especial mercantil surgió a finales del siglo XIII en Barcelona, Valencia y Mallorca con unos tribunales o Consulados basado en un procedimiento urgente y breve (ibídem, 606-7)³⁹⁵.

³⁹³ La tortura como medio de prueba quedaría abolida en España en 1808, confirmándose en 1812 y 1817 (Lalinde 1992a, 930).

³⁹⁴ Cabe resaltar la importancia de la carga de la prueba para configurar posteriormente el principio de presunción de inocencia.

³⁹⁵ Kagan señala que en los estatutos del consulado de Burgos -sin perjuicio de su infracción en la práctica- se prohibía expresamente presentar una demanda contra otros miembros del mismo, exigiéndose primero el recurso al arbitraje, para lo que se elegía entre ellos mismos a un juez árbitro en un proceso en el que no intervinieran abogados y en el que

el juez árbitro tenía que llegar a un compromiso (1991, 42-3; 55).

Los tribunales eclesiásticos entendieron de asuntos religiosos -según se concebía en aquella época- y las causas civiles y criminales de los eclesiásticos y sus familiares³⁹⁶. El juez ordinario era el obispo. La Partidas, con la intención de limitar la jurisdicción eclesiástica en una sociedad donde se confundía delito y pecado, prohibieron a los clérigos ser jueces ordinarios, aunque sí podían actuar “por su libre albedrío”, o “por avenencia” cuando las partes les designasen como árbitros. Por otra parte, en Aragón existió la Inquisición medieval. Era una institución internacional controlada por el papado -más tarde en conflicto con los reyes-, siendo el obispo quien determinaba y juzgaba este delito-pecado. Posteriormente, se confirió a las Órdenes religiosas la posibilidad de perseguirlo y establecer una Inquisición, donde los jueces investigaban por sí mismos la herejía (Escudero 1985, 605-6; 657-9). Con diferentes características, en 1478, se estableció el Tribunal del Santo Oficio o Santa Inquisición para ocuparse especialmente de este pecado. Las penas de muerte en la hoguera eran ejecutadas por el poder secular³⁹⁷.

³⁹⁶ Los universitarios disfrutaron también de la protección del fuero eclesiástico aplicada por los “jueces de estudio”. En todo caso, para los delitos mayores, por medio de un procedimiento llamado vía de fuerza, actuaba la justicia secular (Kagan 1991, 233-4).

³⁹⁷ En opinión de Kagan (1991, 235), la confusión de límites entre justicia inquisitorial y secular hace que todo estudio estadístico de la criminalidad de la época deba tener en cuenta ambos tribunales.

Bazán alude a una práctica que es posible encontrar en toda época. Se trata de la infrajusticia o instancia por debajo del nivel judicial, difícil de estudiar por el historiador en cuanto a su escasa constancia (1995, 71-2). Diversos protocolos notariales contienen escrituras de transacciones privadas entre las partes protagonistas de un delito, que no deseaban presentarse ante la justicia y trataban de avenirse en una solución pactada. Si no se conseguía, se recurría a un juez árbitro y finalmente a un tribunal. Este tipo de acuerdos no escapaban totalmente al control de las autoridades, ya que ellas mismas los permitían³⁹⁸. Según Pérez García (1990), esta infrajusticia tiene un papel pequeño en el estudio de la historia de la criminalidad ya que se trata de una transacción privada, a la que también habrán contribuido anónimamente sacerdotes, familiares y notables. De acuerdo con Bazán, esta instancia es importante, entre otras cosas, en cuanto nos puede llevar a concluir que unas determinadas personas de ciertas comunidades preferían solventar algunos delitos privadamente, aunque sólo tenemos constancia del resultado del proceso de conciliación o transacción. En un estudio respecto del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, Bazán ha encontrado referencias a conciliaciones entre partes en casos en el País Vasco de agresiones físicas, injurias, homicidios, blasfemias y daños contra la propiedad. También pueden citarse ejemplos en las cofradías de pescadores y vecinos. Bazán ha establecido la siguiente tipología de la infrajusticia (1995, 74-6; 77-85): de concordia (pre y postjudicial) y represora. Los motivos que conducen a una infrajusticia de concordia, con o sin jueces árbitros³⁹⁹, son la pacificación de las partes, evitación de costes, temor de

³⁹⁸ Cfr. Tomás y Valiente (1961). Sobre la aplicación del perdón para homicidios en el Fuero de Vizcaya, vid. Bazán (1995, 72-3).

³⁹⁹ Fueron jueces árbitros alcaldes, regidores, diputados, procuradores, notarios, vicarios, escribanos, etc.

vergüenza pública, etc.⁴⁰⁰. Esta infrajusticia puede ser pre-judicial o antes de recurrir a los tribunales, o post-judicial antes o después de la sentencia. Antes de la sentencia, el juez debe renunciar al proceso, aceptando el acuerdo. El autor citado concluye que pareció existir un elevado índice de consentimiento judicial con los acuerdos al margen de la vía judicial. También existió una infrajusticia represora o que buscaba el castigo y se ejerció por vecindades, cofradías de pescadores, etc. (1995, 82-5).

Por otra parte, algunos autores han remarcado cómo las sociedades anteriores a fines del siglo XV⁴⁰¹ eran sociedades donde estaba socializado el uso de la violencia como algo cotidiano, al mismo tiempo que se compatibilizaba con la piedad⁴⁰². Dicha violencia se entendía dentro de un contexto de conflictos bélicos provocados por la reconquista, el predominio de valores como el honor, las presiones demográficas, el conflicto social entre la nobleza rural y la burguesía, los efectos del mayorazgo, la pobreza, etc. Frente a esto, la burguesía -con la ayuda de la corona- intentará imponer su sistema de valores concretados en la seguridad, la moralidad y el control de las conductas. En las villas surgirán las hermandades⁴⁰³ para controlar la violencia y en el caso del País Vasco, reaccionando contra la nobleza rural

⁴⁰⁰ Pueden producirse abusos, obligándose a acudir a la infrajusticia ante el temor a una de las partes. Cfr. Bazán (1995, 82).

⁴⁰¹ Sobre la violencia, su estudio y clasificación en la sociedad del siglo XVII, cfr. Rodríguez Sánchez (1996, 162-3; 169). En el ejercicio de esta violencia, el autor destaca la posibilidad de tenencia y uso de armas en la vida cotidiana.

⁴⁰² Matizando este aspecto y aludiendo a las conciliaciones que se realizaban en las cofradías y hermandades guipuzcoanas, véase Madariaga (1992).

⁴⁰³ Posteriormente la policía sustituirá a las hermandades, aunque el objeto de su control seguirán siendo principalmente los pobres y gitanos (Bazán 1995, 629). En la Recopilación de las Leyes de España se regulará la función de vigilancia y represión de la delincuencia por alcaldes y alguaciles (Rodríguez Sánchez 1996).

banderiza. Además se vigilará la tenencia y uso de armas en las ciudades (Bazán 1995, 624-8).

En el siglo XIII, ante el sentimiento de inseguridad, se formaron a iniciativa municipal las Hermandades⁴⁰⁴. Actuaron como policía popular creada por la asociación de villas, contando con procedimientos criminales propios (Almagro Nosete 1991, 29). En el siglo XIV, Alfonso VI suprimió la Hermandad general de Castilla como asociación inter y supramunicipal⁴⁰⁵. La Santa Hermandad nueva se crearía en el siglo XV, por mandato indirecto de los Reyes Católicos, para evitar o castigar los robos y otros delitos. La actuación de la Santa Hermandad continuó hasta el siglo XIX, habiendo asumido, asimismo, funciones militares. Se trataba de gente armada que perseguía a malhechores que eran juzgados por sus Alcaldes mediante un procedimiento simplificado (Tomás y Valiente 1969, 32-2; Delvillar, 127-8). Según los archivos, trataron especialmente de delitos como el rapto, el incendio provocado, el asalto, la violación, el robo, el hurto y otros similares (Kagan 1991, 235-6). Como ejemplo de la colaboración de los vecinos en labores de prevención y administración de justicia, Bazán cita las Ordenanzas municipales de Vitoria de finales del siglo XV, donde existía esa obligación si lo solicitaba el alcalde (1995, 503-4)⁴⁰⁶. Se configuraron así una serie de hermandades con el

⁴⁰⁴ Sobre la hermandad de Guipúzcoa y la labor del corregidor, véase de los Santos (1935). Sobre el Cuaderno de Hermandad de 1394 en Vizcaya, véase Galíndez Suárez (1934).

⁴⁰⁵ Respecto de las hermandades como organismos supraconcejiles, Tena García explica la consolidación de la Hermandad en Guipúzcoa por: "la necesidad de solucionar los problemas internos de cada villa y entre las mismas... por medios más rápidos, expeditivos y clasistas que los existentes anteriormente, convirtiendo los pleitos antes solucionados en las Audiencias y Corte del monarca en algo sancionado por los árbitros salidos de entre sus iguales, los procuradores de otras villas guipuzcoanas./ Así el planteamiento de problemas por parte de la tierra de las villas... siguió, en el siglo XV, el recurso a la solución del conflicto por medio de la Hermandad en Guipúzcoa, de entre cuyos procuradores salían elegidos árbitros componedores, una vez que la Hermandad había conseguido arrogarse la resolución de los pleitos en que al menos una de las partes fuera colectiva" (1997, 293-4).

⁴⁰⁶ Respecto de las obligaciones de denuncia de la víctima en los delitos contra la

doble objetivo de dotarse de un mayor número de recursos personales de policía y promover la asimilación, por parte de los vecinos, de "...las pautas conductuales que se transmitían desde el poder y cuyo cumplimiento se pretendía imponer" (Bazán 1995, 509).

propiedad, en distintas ordenanzas municipales guipuzcoanas, véase Rodríguez Besne (1992, 525).

Aquí podemos hablar también del somatén, institución desarrollada principalmente en Aragón y Cataluña y que algún autor ha señalado como expresión del ideal de comunidad en la defensa de bienes comunes por los vecinos, sin que pudiesen intervenir en asuntos de su interés o baladíes. En el siglo XII, Alfonso I dictó en Barbastro un nuevo usatge por el que organizaba el somatén. Don Jaime I autorizó el uso de armas ante las quejas de los labradores del Llobregat por el bandidaje, sin que el mal causado a los malhechores pudiese castigarse. En el siglo XIV esta institución se extendió por todo el Principado y se dieron instrucciones reales para su actuación. Debido principalmente a los abusos cometidos contra la población judía, Felipe V disolvió los cuerpos en 1716⁴⁰⁷. Tanto las hermandades como el somatén representaron una forma de control social unilateral de autodefensa, permitidas por el poder.

⁴⁰⁷ Sin embargo, se reactivaron con la guerra de la Independencia. El somatén fue disuelto durante la I República, pero volvió a reorganizarse. Según el art. 54 del Reglamento redactado en virtud de un acuerdo de 1889: "Todo individuo del Somatén que tenga noticia de que se proyecta la perpetración de un crimen, o que se conspira contra el orden público o seguridad particular, o que existen en el país malhechores o gentes sospechosas, está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Cabo o Subcabo del Somatén o Autoridad más inmediata, quien tomará sus disposiciones respetando el secreto a fin de impedir el daño en cuanto sea posible, procediendo desde luego a la captura de los presuntos criminales o malhechores". De acuerdo con las Instrucciones y Reglamentación para el somatén de la ciudad de Barcelona, de 1919, debía tenerse en cuenta que: "... todos debemos ofrecernos al sacrificio en aras de la sociedad y del orden, ya que esta colectividad tiende únicamente a defender los sagrados derechos de propiedad y del bien público, contrario a todo egoísmo personal". Según Delvillar: "El ardor patriótico del somatén tiene el propio fundamento que su odio al bandolerismo." "La señal del somatén, ya sean las antiguas hogueras o los actuales bronce, es el eco de ese deber, que se difunde y propaga para la acción mancomunada de los fieles a la divisa del bien y el altruismo" (94-5; 112; 117; 122). Sobre la evolución e historia del somatén, véanse Revilla (1996) y García-Mussons (1996).

Finalmente, en otros países europeos, siguiendo a Rusche y Kirchheimer, a finales de la Edad Media, existían tres fuerzas que se contraponían al carácter privado del derecho penal bajomedieval y que lo transformaron en un elemento de dominación: la preeminencia de la función disciplinaria de los señores feudales contra los subyugados económicamente; la lucha de las autoridades centrales -príncipes o reyes- por extender su influencia incrementando sus derechos judiciales; y el interés fiscal de las autoridades en el dinero que suponía, de una u otra forma, la administración de justicia: “En Toscana y el norte de Alemania, en Inglaterra y Francia, el intento de extraer ingresos de la administración de justicia penal fue uno de los principales factores en la transformación del derecho penal desde un mero arbitraje entre intereses privados, con el representante de la autoridad pública simplemente en la posición de árbitro, a una parte decisiva del derecho público” (1967, 10-1). Con la llegada del derecho penal público no se permitió el arreglo privado de disputas -existente anteriormente para el robo y otros delitos-. De igual manera ocurrirá con la institución del asilo⁴⁰⁸. En todo caso, Rusche y Kirchheimer advierten de la desigualdad en la aplicación de la ley, en cuanto que en delitos cometidos por personas de clases altas -inclusive el homicidio-, se admitían negociaciones⁴⁰⁹. Resulta interesante las consideraciones de los autores respecto de los criminólogos que condenan la penalidad medieval por corresponder a una crueldad primitiva de una época ya pasada. Para Rusche y Kirchheimer: “La crueldad misma es un fenómeno social que sólo puede entenderse en términos de las relaciones sociales que prevalecen en un período dado” (1967, 15; 23).

⁴⁰⁸ Sobre el derecho de asilo de los delincuentes en Valencia al refugiarse en ciertos templos, debiéndoseles imponer la pena menor y evitando la capital y su reducción al chocar el poder de la Iglesia con la Monarquía en el siglo XVIII, cfr. Llorca (1992, 42-4).

⁴⁰⁹ Cfr., sobre un seguro contra crímenes de esclavos en el siglo XV, Gual Camarena (1953).

4. LAS SOCIEDADES MODERNAS

Es ésta una etapa de absolutismo monárquico que se inicia con los Reyes Católicos, prosigue con los Austrias en los siglos XVI y XVII y los primeros Borbones en el siglo XVIII, es decir, se corresponde con el Renacimiento, el Barroco y la Ilustración. Bajo estos reinados tiene lugar un proceso de unificación y expansión territorial, incluyendo la colonización de las Indias y otros territorios. En una sociedad orgánica y jerárquica que intenta promover el mercantilismo, se suceden tensiones raciales y religiosas.

4. 1 EL SURGIMIENTO DEL ESTADO CENTRALIZADO

Los humanistas del siglo XVI promovieron el *mos gallicus* como forma de estudio del Derecho de carácter más cultural e histórico. El Derecho romano era en ese momento derecho vigente como derecho supletorio o de derecho común. En el siglo XVI surge el Estado moderno con la pretensión de superar la crisis desatada por las guerras de religión⁴¹⁰. Tiene sentido entonces la obra de Bodino sobre la soberanía. En opinión de Valiño: “En esta evolución que se produce, con el auge del concepto de soberanía, se llega a la cúspide de la identificación del Estado y del Derecho”⁴¹¹, más tarde analizada por Kelsen⁴¹².

⁴¹⁰ Esta circunstancia no se dio igualmente en el caso de España donde es preciso considerar el papel de la Inquisición o Tribunal del Santo Oficio, por el que el rey fortaleció su poder al designar a los inquisidores desde finales del siglo XV. La Inquisición persiguió todo aquello que se interpretase como desviación de los dogmas. Las penas que podían imponerse eran el destierro, la confiscación de bienes, el uso del sambenito o traje penitencial, la cárcel, la galera o la muerte en la hoguera (Escudero 1985, 657-9).

⁴¹¹ Para una aproximación histórico-jurídica sobre la “razón de Estado”, vid. Rodríguez Burdalo (1995).

⁴¹² Para Valiño, el concepto de poder de la *polis* griega influyó más que Roma, que no conoció, según este autor, la idea de Estado (1976, 9).

En el siglo XVII los pandectistas fomentaron un estudio conjunto del Derecho romano con el nacional, que se fue recogiendo en las compilaciones y los códigos. En los siglos XVII y XVIII, el Derecho romano será identificado por diversos autores como el derecho natural racional (Valiño 1976, 6; 8-9)⁴¹³.

El Estado moderno⁴¹⁴ amplía su aparato burocrático y legitima su poder a través de monarcas absolutos, vicarios de Dios, perdiendo las Cortes su papel relevante. El orden social se unía a la ética cristiana (Escudero 1985, 721-2). Pero la construcción y evolución de ese Estado no sería pacífica y se enfrentaría a una serie de protestas sociales y políticas. La centralización por parte de los monarcas se realizará, entre otros elementos, a través de la creación de una administración central burocrática, un control de la hacienda y un ejército permanente. También debe considerarse la unificación jurídica -incluyendo el idioma ante los tribunales- y religiosa.

⁴¹³ Opinión mantenida por autores contemporáneos. Así el legado del Derecho romano, en palabras de Alvaro d'Ors, recogidas por Valiño (1976, 7) consiste en que: "el derecho es el producto racional de una inteligencia especializada y no un dictado cuasidivino del poder." La pandectística alemana, alentada por la Escuela Histórica, consideraba en el siglo XIX que la compilación justiniana era el cuerpo legal vigente a estudiar, explicar y aplicar según las condiciones de la época ya que el Derecho romano se entendía como una realidad histórica en evolución. Dentro de la influencia de la Escuela Histórica, podemos destacar los estudios sobre el derecho penal romano de Mommsen. En el siglo XX el Derecho romano ya no se considera vigente, sino objeto de estudio, especialmente el de la época clásica. En la actualidad, ante el descubrimiento de otros textos y la consideración intelectual más que práctica, se propugna por algunos sectores una historia de los derechos de la antigüedad.

⁴¹⁴ Sobre su desacralización, véase Goti (1992). Sobre el concepto de Estado moderno en España y la discusión sobre su surgimiento y elementos, véase p. ej. Torres Sanz (1992).

A finales de la Edad Moderna, justificándose en una rebelión⁴¹⁵, Felipe V abolirá los fueros de Aragón y Valencia en 1707 con un decreto que decía, entre otras cosas, según recoge Escudero (1985, 654): "...considerando también que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y derogación de leyes...; he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo), abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, prácticas y costumbres, hasta aquí observadas en los referidos reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus tribunales, sin diferencia alguna en nada". Respecto de la unificación religiosa, tenemos que tener en cuenta la expulsión de los judíos (1492) y los moriscos (1608). Junto a ello, hemos de considerar posteriormente las intervenciones del rey en asuntos de la Iglesia (regalismo).

En la Edad Moderna se realiza un paralelismo entre la distinción de derecho público y privado y la de justicia distributiva (de todo con las partes) y conmutativa (de las partes entre sí). Se destacará el carácter impositivo y de superioridad del Estado en la esfera pública, frente a la voluntariedad e igualdad de las partes en el derecho privado. En el periodo de la Ilustración, a caballo entre la edad moderna y contemporánea, Montesquieu entendió el derecho público como el regulador de las relaciones

⁴¹⁵ En la guerra de sucesión de 1701 a 1714, tras la muerte de Carlos II sin descendencia directa, Cataluña y Aragón apoyaron al pretendiente austriaco, mientras que las provincias Vasco Navarras se mantuvieron fieles al francés, Felipe V. Los fueros se abolicieron también en Mallorca (1715) y Cataluña (1716), aunque según el Decreto de Nueva Planta, se mantuvieron el sistema tributario, el Derecho procesal y la exención de quintas.

entre gobernantes y gobernados, mientras que el derecho privado regularía las relaciones entre estos últimos. Siguiendo a García-Gallo (1971, 268): “La distinción radical, y aun la oposición entre el Derecho público y el privado sólo aparece en los tratadistas de política que mantienen el origen contractual de la sociedad y del Derecho y en los iusnaturalistas racionalistas, porque tratan precisamente de delimitar la esfera de actuación libre y potestativa de los individuos frente a la sometida al poder autoritario y necesario del Estado, y para ello necesitan caracterizar aquella con rasgos de que ésta carece.” Para algunos autores, el Derecho penal se había integrado en el derecho público a partir del siglo XIII con la consolidación del Estado que entiende suya la función de mantener el orden público y reprimir los delitos. En todo caso, con la recepción del Derecho romano, en el Derecho civil se incluía tanto el Derecho romano público como el privado⁴¹⁶. Será a partir del siglo XVIII cuando se promueva de forma clara el derecho nacional y se intenten separar nítidamente los órdenes.

⁴¹⁶ Sin embargo, el que se estudia es este último que, por otra parte, como ya se ha indicado, era el más desarrollado en Roma.

De acuerdo con Alonso Romero, también con el tiempo, el proceso romano canónico del rey consiguió imponerse a los fueros municipales, con ayuda de los juristas formados en las Universidades (1982, 66)⁴¹⁷. En la Edad moderna, el Estado pretendió ordenar de forma exclusiva la vida social, desplazando en cierta medida a la religión y a la moral y acentuando su carácter coactivo (García-Gallo 1971, 174-7).

En el concepto de pena, las consideraciones sobre el ofendido no tenían cabida. La pena iba dirigida a la consecución de utilidad y esencialmente de intimidación a través del castigo⁴¹⁸. Con el procedimiento criminal de oficio⁴¹⁹ se intentó "...absorber la justicia penal entre partes, elevándola al ámbito del interés público y poniéndola bajo la tutela del poder real; se quería superar la 'verdad' admitida entre las partes, para perseguir la 'verdad material', lo realmente ocurrido, gustase o no a los implicados en cualquier asunto criminal; y se procuraba también con todo ello, obvio es decirlo, el fortalecimiento del poder del rey que con tan formidable instrumento a su alcance lograba ser temido" (Tomás y Valiente 1969, 23; 157; 358).

⁴¹⁷ Para una evolución en Francia y en otros países de Europa de la estatalización de lo penal, véase Rousseaux (1992). Al mismo tiempo, este autor apunta a cómo la formación del Derecho penal racional y centralista ayuda en la construcción del Estado moderno. En su opinión, se producirá una aculturación de las masas por la cultura jurídica de las elites (1992, 258).

⁴¹⁸ Tomás y Valiente se refiere a la dura persecución del contrabando y los delitos de falsificación de moneda durante los Austrias, como expresión de la necesidad y utilización de un sistema penal centralizado en favor de sus intereses económicos (1969).

⁴¹⁹ Adquiriendo importancia aquellos que actuaban como delatores (Tomás y Valiente 1969, 168-171).

Subsistía, en todo caso, cierto pluralismo o variedad en la interpretación de las leyes reales, a pesar de que los ordenamientos locales estaban ya casi muertos en Castilla en la Edad Moderna. Además, permaneció arraigada la costumbre de la venganza privada de las ofensas. Por eso, quizá es más correcto hablar de una “tendencia político-jurídica que los reyes persiguen, y en la que fracasaron frecuentemente aunque al final triunfaran” (Tomás y Valiente 1969, 25-6). En definitiva, determinados delitos no llegaban a los Tribunales en cuanto que se ejercía la violencia o el perdón. Sobre el primer punto, la venganza se encontraba particularmente admitida en el caso del duelo⁴²⁰ o la reacción del marido frente al adulterio, todo ello en relación con el honor⁴²¹. En realidad, como contradicción en la sociedad de la monarquía absoluta, constituía un hábito social extendido por el que: “...el binomio ofensa-venganza privada, propio de sociedades no controladas por un poder público fuerte y eficaz detentador del *ius puniendi*, coexistía con la teórica y legal pareja de conceptos delito-pena” (Tomás y Valiente 1969, 48-70)⁴²².

Al mismo tiempo, los corregidores lucharon contra el espacio de protección o asilo eclesiástico. La Sección XXV del Concilio de Trento estableció el respeto de las autoridades temporales a la inmunidad eclesiástica, pero los Sínodos diocesanos reglamentaron la duración de la

⁴²⁰ Cfr. sobre el duelo en la historia de Europa, en particular, en su práctica por la aristocracia, Kiernan (1992).

⁴²¹ Muchos actos de venganza eran de carácter público, aunque también cabía la venganza secreta (Tomás y Valiente 1969, 72). Sobre las variaciones en el concepto del honor según la capa social, véase *ibíd.* (73-5).

⁴²² Esto cambiará en la segunda mitad del siglo XVIII cuando parece atemperarse la relación entre ofensa, agravio al honor y necesidad de venganza. Según Tomás y Valiente: “El siglo XVIII es refinado, amanerado y hasta femenino en muchos aspectos de la vida social, especialmente de la cortesana; y con estos caracteres casa mal la ira, la impulsividad” (1969, 78; 80). La autovenganza ya no sería norma social, aunque renacería en cierta manera con el romanticismo.

estancia y el comportamiento de los retraídos. Además de este asilo, el perdón de la Iglesia creaba conflictos de jurisdicción⁴²³ (Rodríguez Sánchez 1996, 165-6). Conjuntamente: “Curas y frailes -preferentemente jesuitas- se entrometían en trabajos de mediación que, bajo la cubierta del perdón, escondieron siempre satisfacciones económicas a las familias de los perdedores de vida” (Rodríguez Sánchez 1996, 166). Así, el jesuita Pedro de León en la *Segunda parte del Compendio de las cosas tocantes al ministerio de las cárceles*, en los capítulos sexto y vigésimo cuarto narra casos de mediación y las satisfacciones económicas obtenidas⁴²⁴.

⁴²³ La posibilidad de perdón era un símbolo importante de poder. Así, en el siglo XVII, el Presidente del Tribunal Superior de la Corte de Lisboa, visitaba cada mes las cárceles para perdonar, más que para conocer su situación (Hespanha 1990a, 177).

⁴²⁴ Sobre la labor de este jesuita, véase también Herrera Purga (1974).

Respecto de la prevención global de la delincuencia, de las Heras concluye que, en tiempos de los Austrias, no existe preocupación por este tema, más allá de la vigilancia meramente policial, como las rondas nocturnas, y el control de la tenencia y uso de armas (1991, 150-60; 326). Sin embargo, en el siglo XVII, pueden encontrarse textos que nos muestran la atención al aumento de la delincuencia. Así teniendo en cuenta el estudio de la violencia sobre esta época, Rodríguez Sánchez concluye: “Las denuncias del excesivo número de robos, de la existencia de cuadrillas de ladrones organizadas, la significación de la dignidad de los afectados, la persecución organizada de los gitanos, extranjeros vagabundos y desocupados, y la relación con los crímenes cometidos en reyertas, con venganza, con premeditación, etc., señalan un clima generalizado de violencia que hubo de ser reprimido desde el Poder” (1996, 164-5). Se prohibiría el uso de armas y en las grandes ciudades actuarían alcaldes, alguaciles y escribanos -contra los que también se ejerció violencia- con funciones preventivas y represivas, controlando los mercados, las puertas de la ciudad, las posadas, las calles -advirtiendo ruidos, reyertas y duelos⁴²⁵-, etc.

La vigilancia se destinará a los grupos sociales marginados, entre los que se encontraban los esclavos, los gitanos, los mendigos, las ramera, los pícaros y los bandoleros. Los mendigos fueron perseguidos y penalizados, llegando a ser su tratamiento el origen de la prisión. En cuanto a los gitanos -a quienes me referiré de forma especial en la Parte Cuarta-, en tiempos de

⁴²⁵ Según explica Bermejo (1990b, 109-12), el duelo en la etapa medieval se distinguía del desafío que suponía un primer paso. El duelo como forma de dirimir conflictos estaba reconocida por el poder. A finales de la Edad Media, se seguirán dando al margen del reconocimiento del poder político y eclesiástico, pero con admisión social. Finalmente, los Borbones los prohibirán bajo amenaza de fuertes castigos. No debe olvidarse en todo caso la propia violencia institucional o de abuso del poder por parte de amos, autoridades, etc. (Rodríguez Sánchez 1996, 167-8).

los Reyes Católicos eran llamados egipcianos⁴²⁶. En una pragmática de 1499, que reproduce Escudero, se decía: “que los de Egipto no anden por el reyno... porque roban los campos y destruyen las heredades, y matan y hieren a quien se lo defiende, y en los poblados hurtan y engañan a los que con ellos tratan, y no tienen otra manera de vivienda”. Una Real Cédula de 1619 ordenó su expulsión, aunque no se llevó a la práctica. En 1747 se ordenó su apresamiento y la pragmática de 1783 les obligó a abandonar su manera de vestir y su lengua para ser acogidos en los distintos oficios y gremios, amenazándoles con duras penas.

⁴²⁶ Como indica Vargas González (1997), la noticia más antigua conocida sobre la presencia de los gitanos en España data de 1425 y consiste en un permiso de paso concedido por Alfonso V el Magnánimo en Zaragoza. Tras las disposiciones en Castilla contra los gitanos, se adoptaron otras, a partir de principios del siglo XVI, en Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra. En las provincias vascas se prohibía la permanencia de gentes de “mala raza”. La justificación aparente de estas disposiciones se encuentra en las acusaciones de ser vagabundos, ladrones, contrabandistas e impíos, lo que conllevaba el destierro y, si reincidían, la pérdida de sus bienes, azotes, galeras e incluso la pena de muerte. En todo caso, la reiteración de estas disposiciones permite concluir que las mismas no se cumplían. En Castilla se pretendió assimilar a los gitanos: “El gitano era visto como un castellano más, si bien se trataba de un miembro enfermo del tejido social que había de devolver al buen camino, combinando para ello diversas prohibiciones con otras medidas de carácter asimilatorio” (Vargas González 1997, 7).

Robert y Lévy aluden a “la débil pertinencia del objeto penal en la historia medieval y su muy progresiva emergencia en la Baja Edad Media y a principios de la época moderna” (1990, 49). Refiriéndose especialmente a Francia, estos autores indican que es en la administración del Estado real donde aparece la función penal. En la Baja Edad Media, con el aumento de la pobreza y el vagabundeo, y la percepción social sobre los mismos como peligrosos, se advierte algo destacable: “...la gestión de la pobreza se interfiere con lo penal desde muchos puntos de vista” (1990, 52)⁴²⁷. Además, no hay que olvidar: “Que el atentado a la soberanía real haya constituido, en alguna época, la justificación teórica de la intervención penal, y que ésta haya pasado de la idea de guarda general de la paz a la de lesa majestad, es lo que parece razonable admitir, pero es también lo que ya no existía apenas al final del Antiguo Régimen... /Todo hace pensar que la justicia real procuraba sobre todo reforzar indirectamente unos equilibrios sociales locales, esforzándose en obligar a las partes a la negociación y al arbitraje, excepto en algunas materias regalistas o demasiado escandalosas. Parece funcionar de algún modo en pro de la disuasión, pero una disuasión que va contra el querellante, a quien las costas y lo arbitrario e incierto de los desenlaces le inducen al compromiso, en una sociedad en que cada cual tiene algo que perder en fortuna o en reputación./En cuanto a los sin ley, se supone que son contenidos por la justicia expeditiva del preboste o por la intervención del ejército” (1990, 65-6).

De acuerdo con Robert y Lévy, avanzando cuestiones que pertenecen a los capítulos siguientes -pero que conviene recordar ahora-, con la llegada de la edad contemporánea esta economía de la represión penal se desmoronará, desintegrándose también los equilibrios sociales, y entrando los Estados

⁴²⁷ Para un estudio sociológico de las leyes que regulaban la pobreza en el siglo XVI en España, véase Dunbar (1996).

absolutistas en una crisis fiscal. Surgirá un Estado liberal apoyado en el principio de legalidad, esencial en el ámbito penal. Lo público no será ya la ejecución, sino principalmente el pronunciamiento de la sentencia⁴²⁸, sobre la que comenzarán los estudios estadísticos. En todo caso, los autores concluyen que : "...no es cierto que esa justicia penal del siglo XIX se haya alejado por todas partes y con rapidez del papel subsidiario en relación con los equilibrios locales que tenía en la época precedente" (1990, 68).

⁴²⁸ Cfr. la noción de ceremonias de degradación de Garfinkel.

4. 2 LA CONQUISTA Y COLONIZACIÓN DE LAS INDIAS: UN EJEMPLO DE MESTIZAJE JURÍDICO

Este episodio histórico abre un debate -ausente en otros procesos colonizadores- sobre los justos títulos para la conquista y la colonización de las llamadas Indias, una vez incorporadas a la Corona de Castilla⁴²⁹. Protagonistas destacados de dicho debate fueron Francisco de Vitoria⁴³⁰ y Bartolomé de las Casas⁴³¹. Cuando Cristobal Colón llegó al “Nuevo Mundo” vivían en el continente americano, desde Alaska hasta la Tierra de Fuego, entre 20 y 25 millones de indígenas, llegando sólo alrededor de un millón de españoles, a lo largo de los siglos XVI y XVII⁴³². El descubrimiento y conquista de América se registró en memoriales notariales, yendo acompañado el conquistador de un notario, además de un secretario y de un fraile.

⁴²⁹ Sobre la colonización en general, de España y otros países, respecto de la Historia del Derecho, véase Lalinde (1992a, 68-77) y, sobre la codificación posterior, Rivacoba (1980). En cuanto a la situación en el Golfo de Guinea, véase Olesa (1955).

⁴³⁰ Véase su obra *La ley* de 1533-4, donde recoge consideraciones sobre el derecho natural, la pena y la penitencia (1995).

⁴³¹ Véase su *Brevísima Relación de la destrucción de las Indias* (1992), publicada en 1552.

⁴³² A los que se sumarían unos nueve millones de africanos de diferentes etnias, quienes fueron llevados como esclavos entre principios del siglo XVI y mediados del XIX (Pietri 1997).

Con una finalidad económica y laboral se establecieron las encomiendas -que desaparecerían a finales del siglo XVII-, atribuyendo al colono español un grupo de indígenas a los que debía proteger, educar e instruir en el cristianismo⁴³³. Como indica Escudero (1985, 709), la decisión de trasplantar el derecho castellano a las Indias se adoptó según las Capitulaciones de Santa Fe de 1492. Una Real Cédula de 1501 consideró a los indios vasallos libres sujetos al ordenamiento castellano. Sin embargo, la realidad diversa de aquellas tierras dio lugar a un derecho especial o particular: el derecho indiano constituido por leyes de las Cortes, del monarca, provisiones y cédulas del gobierno de esos territorios, siendo también objeto de recopilación. Al mismo tiempo, coexistieron los derechos indígenas de carácter muy variado. La colonización supuso un contacto de culturas jurídicas muy diversas y puede hablarse de una colonización jurídica, sobreviviendo algunas tradiciones normativas americanas, a través de la palabra y la reinterpretación de los ritos cristianos (González Galván 1995; Mendieta 1976)⁴³⁴.

En las Indias, las Audiencias tuvieron una organización y competencias distintas que en la Península. Sus atribuciones fueron especialmente judiciales. En la mayor parte de ellas, no se diferenciaban los magistrados para lo civil y penal. La presidencia varió según fuera o no el virrey un mando militar (Escudero 1985, 792-3). En vinculación con la litigiosidad, puede mencionarse que la Corona castellana acordó en 1529 excluir a los

⁴³³ La evangelización se defenderá como proceso de civilización y pacificación (García-Gallo 1971, 175).

⁴³⁴ Vid. la Parte Cuarta. Véanse González de San Segundo (1983), García-Gallo (1976), Díaz Rementería (1976) y Mariluz Urquijo (1973). Sobre el derecho indígena preexistente, decía Montaigne en el siglo XVI: "Nuestro mundo acaba de encontrar otro... no menos grande, rico y membrudo que él... Pero en cuanto a devoción, *observancia de las leyes*, bondad, liberalidad, lealtad, franqueza, nos ha sido muy útil no tener tanta como ellos; se perdieron por esa ventaja, vendidos y traicionados a sí mismos" (1993, 109-10) (cursivas mías).

abogados de la colonia del Perú, considerándolos como origen de pleitos que amenazaban a la sociedad (Kagan 1991, 43). Se temía que abogados y procuradores enseñasen a los indígenas a pleitear, poniendo en peligro su convivencia pacífica (González de San Segundo 1995, 300, nota 11)⁴³⁵.

⁴³⁵ Cfr. Nader (1997), citada en la Parte Cuarta.

Lohmann Villena recalca el desorden provocado por la introducción de un “nuevo orden”, aunque éste se considerase más civilizado: “Las frágiles instituciones consuetudinarias de la colectividad primitiva se desmenuzaron ante el empuje foráneo, y los grupos humanos que hasta entonces habían vivido bajo su tutela, despojados ahora súbitamente de su contorno social tradicional, vagaban desorientados dentro del nuevo estado de cosas” (1957, 4). Cabe preguntarse sobre la utilización de la mediación como control social en dichas comunidades -sin perjuicio, de que al mismo tiempo, se ejercitasen fuertes castigos⁴³⁶-. Los españoles reconocieron en la práctica la validez de ritos indígenas como el juramento (González 1995, 308). Mención especial merecería la influencia del derecho indígena (especialmente de su posible estilo compensatorio o conciliatorio de control social) en el derecho de la metrópoli⁴³⁷, que se puede estudiar según los informes aportados entonces al Consejo de Indias y los estudios etnográficos posteriores. González de San

⁴³⁶ Así, por ejemplo, se puede recordar la dureza de las penas en el pueblo azteca, de la que Fray Bartolomé de las Casas, aún intentando comprenderla, nos da noticia. Martínez y Martínez concluye que la reacción social contra la desviación en este pueblo fue de carácter religioso-mágico. Junto a penas como la de muerte, los castigos corporales y el destierro, analiza la práctica de los sacrificios humanos dentro de esas concepciones mágico-religiosas. Bartolomé de las Casas se refirió a las leyes contra los hurtos, a la jerarquía de los jueces que castigaban a delincuentes, a los rituales de justicia, a sus cárceles, etc. (Martínez y Martínez 1981, 57-64; 80-3; 87; 97-8; 104-5). Cfr. Toscano (1937).

⁴³⁷ Teniendo en cuenta que el descubrimiento y colonización de las Indias fue un evento importante en la construcción de la identidad castellana en lo que supuso el encuentro con los habitantes del llamado “Nuevo Mundo”. La política inclusiva que se siguió por los colonizadores, a pesar de la destrucción, reprodujo la estructura eclesial existente entonces en la metrópoli, según argumenta Octavio Paz. Además de los teólogos y juristas que se preocuparon por la relación con los nativos, como Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria, podemos citar al médico Juan de Cárdenas quien en 1591 escribió *Problemas y secretos maravillosos de las Indias*. En relación con los indios chichimecas en Méjico, sostiene que las diferentes naciones de la tierra deberían disfrutar estilos de vida distintos y una organización social conveniente a sus necesidades. De alguna manera, esto corrobora la tesis de Elliott de que los colonizadores y la sociedad española “al retratar a los indios, también se retrataron inconscientemente a sí mismos” (1990, 89-90). Sobre la polémica en general relativa al nuevo mundo por los filósofos del derecho clásicos, véase Pérez Luño (1995). Desde una perspectiva antropológica sobre la alteridad, cfr. Todorov (1991), Anghie (1996) y André-Vincent (1975).

Segundo propone hablar de un mestizaje jurídico o permeabilidad, algo que se ha venido dando desde las colonizaciones griegas (1995, 369). Ello puede afirmarse sin perjuicio de la dominación del sistema oficial.

González de San Segundo, desde su tesis doctoral defendida en 1979 y publicada al año siguiente, ha investigado sobre la pervivencia de lo aborígen en el sistema normativo de las Indias, por influencia, entre otros, en los años veinte, del argentino Ricardo Levene. Para este estudioso del derecho indiano fueron razones prácticas las que determinaron la integración de elementos normativos indígenas en el derecho indiano, algo que demandaban los teólogos, juristas y gobernantes hispano-indianos. Así, dentro de la protección a los que consideraban como menores de edad, tenemos el precepto de la Recopilación de 1680 que determinaba que los litigios entre indígenas debían sustanciarse con brevedad y según sus usos y costumbres. El límite se encontraba en la religión y moral cristianas y la ley⁴³⁸, que en la práctica suponía un margen estrecho (Lalinde 1992a, 71). Como precedente tenemos la Real Cédula de 1514 que estableció que los litigios se desarrollasen sumariamente e incluso sin pleito, algo recogido por las Leyes Nuevas de 1542. Asimismo, se reguló el reconocimiento de los cacicazgos o señoríos prehispánicos indígenas, una vez que se les reconoció capacidad organizativa (González 1995, 299-303; 347-55). Por tanto, la brevedad de los procesos se ordenó dentro de esa concepción paternalista de los conquistadores, pero también por respetar sus usos y así el licenciado Polo de Ondegardo escribió al fiscal del Consejo de Indias explicando lo siguiente: "...y cierto yo lo experimenté en El Cuzco, en negocios que pendían en Chancillería cuatro y cinco años hacía, con procesos y gastos grandes, y ayudándome de los mismos indios, en dos horas quedaban conformes y acababan sus diferencias" (González 1995,

⁴³⁸ Cabe preguntarse si ello constituye una primera formulación del principio de humanidad de las penas, a los ojos de los conquistadores.

310). Una vez que se admitió que, dentro del derecho vigente en las Indias o derecho indiano, tenían cabida los derechos indígenas o autóctonos⁴³⁹, se trató de averiguar cuáles eran. De esta manera, la Real Cédula de 23 de septiembre de 1580 ordenó su investigación y envió de los resultados al Consejo de Indias (González 1995, 312). Esta investigación se recogió por el Corregidor de El Cuzco⁴⁴⁰.

Dentro de la protección dada a los indios, en la Recopilación de 1680 no se consideraron delitos determinadas acciones de los mismos⁴⁴¹ y se estableció un mayor rigor para los delitos de injurias, ofensas y malos tratos contra ellos, que la Recopilación declaraba como delitos públicos. Por otra parte, este texto indicaba que los jueces eclesiásticos no debían conocer de las causas civiles ni criminales de infieles, quedando además éstos exentos de la jurisdicción del Santo Oficio. Las causas por hechizos y maleficios fueron competencia de la justicia real y las causas de fe de los ordinarios eclesiásticos. Según la Recopilación, dentro de la protección dispensada al indio, los fiscales en las Audiencias, en pleitos de indios con españoles, debían proteger a aquéllos y alegar por ellos en pleitos civiles y criminales, actuando como demandantes o defensores. Como órganos judiciales indígenas en

⁴³⁹ En un sistema de prelación de fuentes, tendríamos el derecho indiano español especial (legislación española para las Indias, disposiciones de las autoridades de las Indias), los derechos indígenas y el derecho castellano de manera supletoria (González 1995, 47-8; 54). Cfr. sobre el derecho penal indiano Ávila (1946), Aristizábal (1993), García Gallo (1971), Dougnac (1994), Sánchez Bella, de la Hera y Díaz (1992).

⁴⁴⁰ Alude a ella Leviller (1925, 268-88).

⁴⁴¹ Así las injurias, los puños y golpes con las manos, aunque los responsables debían ser reprendidos por la justicia, "...teniendo atención siempre a pacificarlos y excusar entre ellos diferencias y cuestiones", según la Ley 8, 10, 4 de la Nueva Recopilación (González 1995, 319).

la comunidad estaban los caciques y los alcaldes indios. El mantenimiento de órganos autóctonos se vio como elemento para el buen gobierno⁴⁴².

⁴⁴² Siguiendo a Borah (1983), Flórez (1992), Perafán (1995, 17) y Aristizábal (1993), entre 1591 y 1820, funcionó un Juzgado de Indios como jurisdicción especial, dirigido por jueces ladinos. Respecto de las instituciones penitenciarias en la época colonial, vid. Carrascosa (1956), Méndez Castrillón (1945) y Lasala (1963; 1964).

Con la posterior independencia de las colonias se inició una recepción jurídica de diversos derechos europeos, preferentemente no españoles, que olvidaron las tradiciones normativas indígenas supervivientes, esta vez bajo el principio de igualdad jurídica⁴⁴³.

4. 3 SEPARACIÓN ENTRE EL LEGISLADOR Y EL JUEZ, PROMOCIÓN DEL PAPEL DEL FISCAL, DEL DERECHO ESCRITO Y FORMALIZACIÓN DEL PROCESO

Volviendo al derecho de la Península, en este período se comenzó a ver más clara la separación entre legislador y juez, se recalcó el carácter de ofensa pública, formalizándose el proceso, y se promovió el derecho escrito y su recopilación. Desde el siglo XV se demandaron y promulgaron una serie de recopilaciones de leyes y derecho vigente. Así en Castilla tenemos las Ordenanzas Reales u Ordenamiento de Montalvo, de finales del siglo XV, y el Libro de Bulas y Pragmáticas, de principios del siguiente. En aquél se basaría la Nueva Recopilación de los Reinos de León y Castilla, publicada en 1567⁴⁴⁴ -más tarde, teniendo en cuenta un trabajo anterior de Lardizábal, en 1805, se promulgó la Novísima Recopilación-. En otros territorios existían diferentes textos jurídicos, como: el *Quaderno* de las leyes y ordenanzas de la Hermandad de Álava, la *Nueva Recopilación de los fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas de la muy leal provincia de Guipúzcoa* del siglo XVII y, en Vizcaya, el Fuero Viejo.

⁴⁴³ Sobre esta recepción en México, vid. Barrientos (1993) y en Perú, Hurtado (1979).

⁴⁴⁴ Real Pragmática de Felipe II, de 14 de marzo de 1567, siguiendo una iniciativa de Isabel la Católica. La Nueva Recopilación -vigente, con modificaciones, hasta la promulgación de la Novísima- recogía la legislación promulgada desde 1484, dividida en nueve libros: 1º. Iglesia y religión; 2º-3º. Órganos de la administración de justicia; 4º. Jurisdicción y procedimiento judicial; 5º. Derecho privado; 6º. Condición social de las personas y sus efectos jurídicos; 7º. Gobierno y justicia de los pueblos; 8º. Procedimiento penal; 9º. Organización financiera y fiscal.

Como explica Alonso Romero (1982, 63; 95; 98-9), con el tiempo se mezclarán los elementos del proceso acusatorio e inquisitivo, distinguiendo entre las fases sumaria, plenaria y sentencia. Pero, los particulares, ante la complejidad, carestía y lentitud del proceso, así como el riesgo de la *inscriptio*, llegarán a preferir la presentación de una denuncia en el proceso inquisitivo, que se convertirá en el predominante⁴⁴⁵. En la práctica, se posibilitó la actuación de oficio del juez en casi todos los delitos, a lo que contribuyó también la intervención del fiscal. Por tanto, se dará una escasa aplicación de la distinción entre delitos privados y públicos, ya que el oficio del juez se extenderá a toda clase de delitos, debiendo llamar a las partes por si querían acusar⁴⁴⁶: “De esta manera, poco a poco, en esta combinación de las formas acusatoria e inquisitiva, a la vez que la unificación del procedimiento, va apuntándose la presencia como parte en todo proceso de la República, bien representada por el juez de oficio, bien por el fiscal como representante del cumplimiento del Derecho, quedando la parte ofendida en una situación un tanto secundaria y desde luego ya no necesaria” (ibídem, 98). El papel del fiscal había nacido vinculado a la idea de los intereses del fisco en relación con el rey, interviniendo en los delitos castigados con pena pecuniaria. Más adelante, por la vía de hecho, se sustituirá la alusión a los intereses de la Hacienda, por los de la vindicta pública, que no debía quedar insatisfecha⁴⁴⁷, ya que, como se ha mencionado,

⁴⁴⁵ Sobre el rol marginal de los perjudicados ante la extensión del proceso inquisitorial, cfr. Hartmann (1995, 89).

⁴⁴⁶ Por ofendido se tenía al interesado, cónyuge, padres, hijos y parientes dentro del cuarto grado.

⁴⁴⁷ A finales del siglo XVIII, un Decreto estableció la actuación obligatoria de los fiscales en todos los juicios criminales. Sobre los fiscales del Consejo Real durante la monarquía borbónica, véase Coronas González (1992).

escasamente se ejercitaba el derecho de acusar que tenían todos los ciudadanos: “La satisfacción de la vindicta pública y demás beneficios -como p. ej., y en lugar decisivo, los económicos- que se derivan del proceso para el poder público, se sitúan por encima de cualquier otra consideración de estricta justicia o equidad entre las partes, lo que se acentúa en los procesos en que interviene el fiscal” (ibídem, 153). Se distinguió así claramente entre justicia penal y proceso civil por la afección al bien público, y no ya respecto de la pena, introduciéndose en el proceso penal delitos castigados con multa, lo que procuró unos importantes ingresos. Para responder a las demandas del ofendido se articuló un sistema de acciones diferenciadas entendiendo que, con el delito, se producía una injuria a Dios, a la parte ofendida y a la república. La parte ofendida contaba con una acción criminal y civil y, según el Derecho romano recogido en las Partidas, salvo para el hurto, no se podían ejercer al mismo tiempo, aunque en la práctica -con apoyo en la doctrina- se hacía. En los delitos privados, se entendía que si se ejercitaba la acción civil no podía ejercitarse la penal: “...lenta pero progresivamente, el triángulo constitutivo del proceso quedará formado entre el juez, el fiscal y el reo, a los que se une en ocasiones el particular ofendido, promoviendo su acción simultáneamente con el fiscal” (ibídem, 142)

Por otra parte, la legislación dejaba la posibilidad de persecución⁴⁴⁸ o punibilidad del delito en manos del ofendido, permitiéndole optar por la acusación, la retirada del proceso o el perdón tras la sentencia condenatoria (Tomás y Valiente 1969, 80-4). En las Partidas VII, 1, 22 se regulaba el perdón por precio o avenencia con el ofendido, admitiéndose literalmente para supuestos castigados con pena corporal o de muerte. En la práctica, según

⁴⁴⁸ Aunque en la práctica se interpretó restrictivamente. Salvo para el adulterio, a pesar del perdón, de la retirada o de la no acusación, se podía perseguir de oficio (Tomás y Valiente 1969, 83-4).

la investigación de Tomás y Valiente⁴⁴⁹, parece ser que se aplicó sólo a delitos contra las personas -incluyendo su honor- castigados con pena corporal. La avenencia podía basarse en un perdón gratuito -casi todas las escrituras de perdón son de este tipo- o por precio. Lo normal parece ser el perdón por precio⁴⁵⁰, pero, en ocasiones, para evitar posibles problemas que confundiesen el pago con la confesión de la culpabilidad, se hacían pagos aparte, consignándose en la escritura como perdón gratuito. La consecuencia era la no aplicación de la pena corporal, aunque por la interpretación doctrinal y judicial la validez del perdón fue restringiéndose. Adicionalmente, según la Pragmática de 1566 de Felipe II se podía imponer la pena de galeras como corporal, a pesar de que hubiese perdón de parte. Resulta también interesante la relación entre el perdón del ofendido y el indulto real -que debía afectar a la pena relativa a la ofensa pública-. Éste se concedía si había habido previo perdón privado⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Para mayor profundidad, véase Tomás y Valiente (1961).

⁴⁵⁰ De las Heras estima el valor medio abonado a la parte en una cantidad superior a los 890 ducados. Además del precio, podían consignarse otras condiciones de comportamiento exigidas por la víctima -el autor citado recoge una, algo extravagante hoy en día: hacerse fraile- (1991, 42).

⁴⁵¹ Copete alude a que la violación se resolvía a menudo mediante un acuerdo privado entre partes y el perdón intervenía también en los casos de homicidio, lesiones e injuria (1990, 109).

Dentro de las jurisdicciones especiales se dieron fricciones con la jurisdicción eclesiástica y mercantil (Escudero 1985, 794-6). Kagan cita el caso, en 1578, de un vizcaíno detenido en el patio de la Chancillería de Valladolid por una reyerta. Pidió al rey su exclusión de la jurisdicción de los alcaldes del crimen y la aplicación de la jurisdicción del juez mayor de Vizcaya (1991, 51)⁴⁵². Por otra parte, un caso particularmente interesante tratado en la jurisdicción eclesiástica en la segunda mitad del siglo XVII es el que nos narra Tomás y Valiente (1990a). Se trata de la querrela, juicio y sentencia contra las langostas de Párraces (El Escorial)⁴⁵³, a quienes se les llegó a nombrar un defensor, sin perjuicio de que fueran condenadas a la pena de destierro y excomuni3n. La querrela llegaría después de conjuros, exorcismos, bendiciones y procesiones. Resulta significativa la puesta en duda de la legitimidad de la Teología, en cuanto que la sentencia, obviamente, no pudo cumplirse, a pesar del ritual de la justicia.

⁴⁵² Véase sobre el peligro de esta justicia privada y las críticas suscitadas en el siglo XVII, Kagan (1991, 52-3).

⁴⁵³ En esta época casos de juicios contra animales como las langostas, ratones y golondrinas podían encontrarse en Ávila, Valladolid, Córdoba y Osma. Actualmente en España, en el servicio militar persisten las órdenes de arresto contra animales, como las mulas, cuando actúan indebidamente.

En las instituciones de la administración de justicia⁴⁵⁴, cabe distinguir: los jueces inferiores -entre los que destaca el corregidor, más tarde sustituido por el intendente-; los tribunales de Chancillerías y Audiencias como órganos de justicia y gobierno; y los Consejos, como parte de la Administración central⁴⁵⁵. El corregidor es juez único de su distrito en lo civil y penal -salvo en los casos de corte-. En el siglo XVI existían en Castilla las Chancillerías y Audiencias de Valladolid y Granada, compuestas de oidores y alcaldes del crimen, para lo civil y penal. Dichos órganos desarrollaron una función de tribunal de apelación y de primera instancia en casos de corte. En el siglo XVIII se crearon lo que puede denominarse Audiencias regionales, en Galicia, Sevilla, Canarias, Asturias y Extremadura. Las instrucciones que se dieron en el siglo XVIII a los corregidores insistían en que se procurase lograr la avenencia de las partes sin entrar en pleitos, o que si se daban que se tramitaran con brevedad (Escudero 1985, 789-90).

En Castilla y Aragón, los señoríos mantuvieron su jurisdicción propia. En la Corona de Aragón hasta el siglo XVIII fue el veguer real o el bayle local quien se ocupó de la administración de justicia, junto con las asambleas

⁴⁵⁴ Sobre ejemplos de los temas tratados en la curia bailiar de Terrassa en el siglo XVI, véase Almazán (1990, 92; 102-3), quien indica que era frecuente el arreglo extrajudicial en caso de daños y pequeños hurtos. Su estudio se ocupa de los supuestos que implicaban violencia, generalmente por asuntos de índole económica. Concluye que durante el siglo XVI, al menos en esta zona del Vallés Occidental, "...el Estado no consigue progresos relevantes en su pretensión de conseguir el monopolio de la violencia. Esta continúa siendo un recurso cotidiano, no sólo para la nobleza y sus banderías, o para grupos más o menos marginales, sino que acuden a ella campesinos y artesanos en buena o mala situación, como un medio de solventar sus frecuentes disputas y de mantener la estimación que anhelan entre sus iguales." Se recurre incluso a otros hombres que quizá más tarde se relacionarían con el bandolerismo. Asimismo, se buscó apoyo en la solidaridad familiar, haciendo que la violencia pudiese actuar también como elemento de cohesión. La venganza más inmediata parece darse en los grupos de posición social más inferior.

⁴⁵⁵ Sobre el estatuto y actividad de los jueces de la monarquía absoluta en Castilla entre los siglos XIV-XVIII, véase Roldán Verdejo (1989).

populares⁴⁵⁶. Esta Corona contaba, a fines del siglo XV, con la Audiencia de Cataluña, integrada por ocho juristas solemnes para asuntos civiles y dos *jutges de cort* para los criminales. En el siglo XVI, las Cortes crearon un nuevo tribunal para asuntos penales (*Consell reial per les negocis i causes criminals*), que luego sería sustituido por una tercera sala de la Audiencia. En el siglo XVIII, se reorganizaron los tribunales de Aragón para adaptarse al régimen castellano, contando así, entre otras figuras, con un capitán general como presidente y fiscales (Escudero 1985, 790-2).

⁴⁵⁶ Cabe recordar que la evolución histórica de la Reconquista originó reinos diferentes, en parte debido al sentido patrimonial de los monarcas que dividían el reino entre sus hijos o los daban en dote a sus hijas. Cada uno de ellos, fue generando unos usos jurídicos diferentes, que se mantuvieron con la unificación de los Reyes Católicos.

En el siglo XVI los tribunales de justicia eran lugares donde se desempeñaban múltiples funciones. En ellos se llegaba a sentencias, arbitrajes y otras soluciones, además actuaban como cámara de comercio, consejería familiar, oficina de ordenación del territorio y guardián de la moral pública y buenas costumbres. Kagan ha estudiado la litigiosidad en Castilla en los siglos XVI y XVII, una época definida por este autor como de “revolución jurídica”⁴⁵⁷ ya que se tiende, de forma espectacular, a la formalización legal de las disputas -ya avanzada por la litigiosidad de la Iglesia- y a su uso por parte de nobles, mercaderes y campesinos, incluso para cuestiones menores⁴⁵⁸. En el siglo XV en Castilla, factores como el rápido crecimiento económico y demográfico, la alfabetización, la formación de abogados en las Universidades, la facilitación del acceso de los pobres a los tribunales reales, la consolidación de la monarquía, etc. contribuyeron a que “...el pleito se impusiera frente a otras maneras, a menudo violentas, de solucionar disputas”⁴⁵⁹. Resulta particularmente importante, en la formalización del derecho y de los procedimientos judiciales, la labor de

⁴⁵⁷ En esta revolución, tenemos que considerar el avance del legalismo y su influencia en las mentalidades donde, especialmente más tarde, comenzará a hablarse en el lenguaje de los derechos y donde lo que empezará a estar mal visto será la no movilización del derecho que representará un nuevo orden político. Cfr. Castan (1983, 223).

⁴⁵⁸ El pleito suponía la decisión de un magistrado basándose no en la equidad o albedrío, sino en la legalidad determinada por el rey (Kagan 1991, 46).

⁴⁵⁹ Este autor reconoce más tarde que (1991, 160): “Ir a los tribunales en el siglo XVI no era un acto ‘civilizado’. Para muchos contemporáneos era algo muy parecido a una lucha enconada, salvo que tenía lugar en una arena nueva donde los contendientes se armaban no con arcabuces ni espadines, sino con un puñado de abogados y un aluvión de papeles... El ganador, además, tenía la satisfacción de ver a su oponente derrotado, deshonrado y humillado públicamente. A este respecto, la aceptación del orden legal no dependió necesariamente, a priori, de ningún cambio de valores ni de la adopción de formas de vida más civilizadas: los viejos valores militares engendrados durante siglos de lucha contra los moros se adaptaron perfectamente al combate de los tribunales.” Kagan resalta este hecho con las quejas de los abogados, las Cortes y la afirmación de Gabriel de Monterroso y Alvarado - quien publicó en Valladolid en 1566 su *Práctica criminal y civil: instrucción de scrivanos-*, de que casi todas las cosas se averiguaban por tela de juicio (1991, 31).

prácticos formados en universidades: “Si las prácticas de los tribunales hubieran seguido sin formalizar, y los procesos hubieran seguido siendo en general orales y orientados más hacia el arbitraje que a las sentencias, el auge de la litigación se habría producido sin el correspondiente aumento de la alfabetización y crecimiento del número de abogados”⁴⁶⁰. Al mismo tiempo, la consolidación del poder de los Austrias hace que se imponga el imperio de la ley⁴⁶¹. Puede apreciarse especialmente, en el caso de Carlos V, quien promovió el poder de los tribunales reales⁴⁶². Felipe II continuó con su labor fomentando instituciones que administrasen y ejecutasen las leyes⁴⁶³. El rey daría la ley y garantizaría la justicia⁴⁶⁴ (Kagan 1991, 24-5; 150-1).

⁴⁶⁰ La formalización escrita permitía a la Monarquía controlar una variada población en muy extensos territorios. En los juicios inquisitoriales se anotaba todo lo que ocurría, incluyendo los lamentos de los torturados, “una felicidad para los historiadores y un tormento para los contemporáneos”, de acuerdo con la historiadora M^a. Ascensión Martínez Martín.

⁴⁶¹ Por el contrario: “Cuando el gobierno es débil, el poder está dividido y la ejecución de las sentencias judiciales es insegura, entonces lo probable es que la vía legal quede descartada en favor de otros medios de dirimir disputas, como la reconciliación personal, el arbitraje fuera de los tribunales, o las rencillas enquistadas” (Kagan 1991, 151), quien pone a Sicilia como ejemplo de esto último.

⁴⁶² Y quien, a pesar de derrotar a la rebelión comunera, prestaría después atención a sus demandas en relación con la administración de justicia.

⁴⁶³ Controladas a través de visitas a las chancillerías.

⁴⁶⁴ Justicia que en la obra de Jerónimo Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores*, publicada en Madrid en 1597, se define como: “no dañar a ninguno, dar a cada qual lo que es suyo, premiar a los buenos, castigar los malos, guardar la fe” (Kagan 1991, 151).

Si el pleitear no se veía bien socialmente en determinadas ocasiones, ello era debido a la influencia de la moral cristiana⁴⁶⁵ y a que la mayoría de los individuos se relacionaban en grupos pequeños (familia, linaje, parroquia, villa, cofradía), lo que exigía una lealtad hacia los mismos, primando el arreglo amistoso y rápido⁴⁶⁶. Desde el segundo cuarto del siglo XVII se observa un declive de los pleitos, coincidiendo con la decadencia del imperio, y cobrando auge otras maneras de solucionar disputas como el arbitraje fuera de los tribunales con el consejo de los abogados⁴⁶⁷ (Kagan 1991, 25; 231). Estos se beneficiarían del coste de pleitear sirviendo como

⁴⁶⁵ Presente especialmente en el seno de la familia. Así en 1532 las Cortes castellanas, teniendo en cuenta los perjuicios del pleitear, pidieron a Carlos V que ordenase que todas las causas entre parientes dentro del cuarto grado “se comprometan y determinen por árbitros compromissarios por una vía de derecho.” También pidieron al rey que estableciera en cada ciudad conciliadores para “convenir y concertar a cualesquier personas de cualquier calidad que sean que en tal pueblo tovieron pleitos y diferencias” (Kagan 1991, 43).

⁴⁶⁶ “Los reformadores argüían que, por razones morales y cristianas, había que reducir el número de pleitos, pero ni ellos ni los castellanos se daban cuenta de que esta ola de litigios era sintomática de que en su sociedad los vínculos tradicionales de lealtad y fraternidad estaban debilitándose a consecuencia de los numerosos cambios demográficos, económicos y sociales, jurídicos y políticos que el rápido crecimiento y desarrollo en el siglo XVI había traído” (Kagan 1991, 44). Por otra parte, un estudio de más de trescientos casos iniciados en varios pueblos de los Montes de Toledo en los siglos XVI y XVII arroja la conclusión de que sus habitantes utilizaban los pleitos como estrategia para forzar un acuerdo fuera de los tribunales (Kagan 1991, 95). Se resalta cómo las mujeres que vivían solas, especialmente las viudas, fueron acusadas con frecuencia de brujería o inmoralidad. Muchas causas criminales comenzaron por insultos, calumnias, injurias que atentaban contra el honor y que quizá encubrían conflictos de intereses debido a las tensiones traídas por la prosperidad. La tesis de Michael R. Weisser (1972) estudió las causas criminales tratadas por el fiel del juzgado de Toledo. Sobre las materias de que trató la Chancillería de Valladolid, en segunda instancia, en cifras absolutas y relativas a lo largo de los siglos XVI y XVII, véase Kagan (1991, 116). Se puede ver cómo el tratamiento de materias criminales fue escaso frente a los asuntos de contratos comerciales, otros de derecho público y derechos de propiedad.

⁴⁶⁷ En el ámbito civil, Kagan alude a las “incontables escrituras de compromiso que, particularmente en el XVII, se redactaban para acabar con pleitos largos y costosos”, dando ejemplos de ellas según se han recogido en los archivos notariales. El procedimiento era simple: los pleiteantes designaban a dos o más abogados como jueces árbitros arbitradores y amigables componedores, quienes tenían que buscar una solución equitativa en un plazo, acordando después las partes una indemnización a pagar por la parte que continuase o iniciase el pleito. Estos procedimientos fueron utilizados por nobles y humildes (1991, 44; 230-1).

árbitros, aunque en teoría cualquiera podía actuar como tal. Además los abogados en este procedimiento no tenían limitación real sobre sus ganancias: “Los abogados, por tanto, tenían razones para evitar los pleitos, puesto que podían ofrecer a sus clientes una vía alternativa, pero también legalista de zanjar sus disputas”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Con estas palabras, puede comprobarse que el estudio de Kagan -aunque referido primordialmente a la jurisdicción civil- resulta importante en este trabajo por cuanto aborda la litigación, desde el ángulo socio-político, como uno de los posibles métodos para la resolución de conflictos.

En el siglo XVII, los pleitos en el Consejo Real aumentaron, disminuyendo en las audiencias. Finalmente se apreciará una disminución general de la actividad de los tribunales reales, coincidiendo con los cambios económicos, la corrupción, el coste de la justicia -cuyo procedimiento se iba formalizando cada vez más-, etc.⁴⁶⁹. Al mismo tiempo, la saturación de los tribunales reales hizo que se transfiriese a los regidores, como poderes locales, parte de la autoridad judicial, aunque en la justicia local también se corría el riesgo de abusos de los poderosos. La justicia volvió a ser un asunto privado y local, ajeno al control del rey, como en la Edad Media.

Sin embargo, en el siglo XVIII tras la Guerra de Sucesión, se revitalizaron las chancillerías⁴⁷⁰ y la formación jurídica, con el surgimiento de los colegios de abogados y procuradores. Se creó una cultura jurídica profesionalizada. Los abogados resolvieron o intervinieron en asuntos que no necesitaban juicios formales, pero sí expertos en leyes, ayudando a construir “un nuevo orden legal paralelo a los tribunales pero sustraído a la supervisión externa y el control del gobierno” (Kagan 1991, 26; 202; 212; 221; 223; 228-9; 231-2).

⁴⁶⁹ En el siglo XVII, Juan de Hevia Bolaños con su *Curia philipica* estableció un modelo para todos los tribunales. Anteriormente, entre otros textos, las *Siete Partidas* (s. XIII), bajo influencia de los procedimientos romano y eclesiástico, definieron los pleitos o procesos en Castilla por primera vez. En el siglo XIV se publicaron las *Leyes de Estilo*, una recopilación de Derecho procesal. En 1499 Fernando e Isabel promulgaron las *Leyes hechas por los más altos y muy poderosos príncipes e señores el rey don Fernando y la reyna Isabel soberanos por la brevedad y orden de pleitos fechas en la villa de Madrid* (Kagan 1991, 45; 228).

⁴⁷⁰ Sobre justicia y gobierno en el siglo XVIII en la Chancillería de Granada, véase Marina Barba (1995).

Sobre la profesionalización de la justicia, a principios del XVII, Quevedo escribió sobre la mala fama de los alguaciles y escribanos⁴⁷¹. En ocasiones la formalización excesiva se reflejaba en la proliferación de los profesionales del Derecho, expresada en su obra *Los Sueños* (1606-1613) -manifestando sus problemas con la justicia y la Inquisición-. En ella pone en boca del diablo lo siguiente: “Los jueces son nuestros faisanes, nuestros platos regalados y la simiente que más provecho y fruto nos da a los diablos. Porque de cada juez que sembramos cogemos seis procuradores, dos relatores, cuatro escribanos, cinco letrados y cinco mil negociantes, y esto cada día. De cada escribano cogemos veinte oficiales; de cada oficial, treinta alguaciles; de cada alguacil, diez corchetes. Y si el año es fértil en trampas, no hay trojes en el infierno donde recoger el fruto de un mal ministro.” (p. 42).

4. 4 LAS PENAS: ENTRE LA CONFUSIÓN DELITO/PECADO

En la etapa moderna podemos considerar la influencia de la Teología sobre las penas y la identificación entre delito y pecado. Montes ha estudiado el pensamiento penal de nuestros teólogos del siglo XVI⁴⁷² (1903), concluyendo que criticaron la venganza privada como práctica histórica contraria a la justicia.

⁴⁷¹ Joaquín Costa ha estudiado el tratamiento del derecho en la poesía popular y los escritos de carácter político de Quevedo y Gracián. Por otra parte, el que fue magistrado y alcalde de Burdeos en el siglo XVI, Montaigne, se refirió al fundamento místico de la autoridad de las leyes, insistiendo en que ya entonces había demasiadas, sin que, ni ellas ni el lenguaje complejo de los juristas, pudiesen llegar a captar algo tan universal como es la diversidad (1993, 150-2; 154).

⁴⁷² Anteriormente, vid. Hinojosa (1948).

En la obra *De potestate legis poenalis* de Alfonso de Castro⁴⁷³, de 1550, se equipara la pena con un mal o sufrimiento que consolida la dualidad bien/mal; goce/dolor, aunque en el fondo se reconoce que será un bien incluso para el autor del delito⁴⁷⁴ (Montes 1903, 45-7). De acuerdo con Lalinde, este franciscano realiza una apología de la pena que va más allá del talión (1992a, 822). Por su parte, Covarrubias entendió el talión como expresión de la igualdad de la justicia y, frente a ello, proponía la proporcionalidad. De algún modo, incluso la compensación económica y el perdón del ofendido serían contrarios a esa justicia que busca el bien común, aunque los moralistas insisten en el poder de clemencia del rey. Para aquellos teólogos, que retomaron a San Agustín⁴⁷⁵ y a Santo Tomás⁴⁷⁶, la pena se justifica por razón de justicia y utilidad pública o bien común. Al mismo tiempo, autores como Covarrubias reconocen que la pena tiene otros fines, entre los que incluye el daño causado por el delito. En este sentido, también se pronuncia Santiago Simancas cuando afirma que la pena se propone “corregir al culpable; satisfacer á la víctima é intimidar á los demás para que se aparten del delito” (*sic*) (Montes 1903, 48-9; 55; 59)⁴⁷⁷. Por su parte, Francisco Suárez

⁴⁷³ Cfr. Castillo Hernández (1941).

⁴⁷⁴ Aquí veríamos una interpretación forzada que concluiría la aplicación de un bien por mal, aunque esto será una cuestión de caridad y no de justicia. Ello se pone de relieve cuando se recuerda que los teólogos admitían la pena de muerte, como justa para ciertos delitos, dentro de explicaciones que aludían al instinto de supervivencia (Montes 1903, 60-1; 65).

⁴⁷⁵ En el siglo V, San Agustín había diferenciado, entre otras, la paz del hombre con el hombre, la paz de la familia, la paz de la ciudad y la paz de Dios (Jones 1986, 18). Cfr. Weigend (1989, 55-78).

⁴⁷⁶ En el siglo XIII, Santo Tomás dividió en cuatro los niveles de ley, distinguiendo entre poder civil y religioso.

⁴⁷⁷ Para Tomás y Valiente, el patriotismo del P. Montes le hizo caer en una excesiva defensa de los teólogos del siglo XVI como creadores de la ciencia penal (1969, 17-8).

(1548-1617) publicó en 1612 su obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, distinguiendo las leyes divinas de las humanas, aunque en todo caso estas últimas deben ser estudiadas tanto por juristas como por teólogos (Beristain 1990, 11-2).

En definitiva, la influencia de la religión fue fundamental en el entendimiento del derecho penal moderno. Su peso persiste actualmente, “más allá del horizonte que abarca nuestra pupila científica racional”, como indica Beristain, para quien el Derecho penal, la Criminología, el Derecho penitenciario y la Victimología tienen afinidades destacables con la religión⁴⁷⁸. A estos temas dedica su obra *De leyes penales y de Dios legislador. (Alfa y Omega del Control Penal Humano)*, donde incluye: “...como característica *suya* de la Criminología, la conciliación generosa; y como pertenencia *suya* de la Victimología, la reconciliación (Versöhnung) más que la compensación igualitaria (Ausgleich).” Y “...como exigencia *suya* del Derecho penitenciario la repersonalización, de tal manera que, sin su búsqueda eficaz, la pena es venganza, como indicó Quiroz Cuarón”⁴⁷⁹ (Beristain 1990, 14). Precisamente, el capítulo primero de la obra citada se dedica a la idea de la retribución desde el pensamiento religioso a través de la historia.

⁴⁷⁸ En este caso fundamentalmente con la cristiana, pero podrían citarse ejemplos actuales diversos como el caso de catorce delincuentes de Taiwán que fueron ejecutados en 1991, dando su conformidad de donar varios de sus órganos “para ser redimidos del pecado”. Murieron a tiros conectados a un respirador para no interrumpir la respiración abruptamente (Christie 1993, 181).

⁴⁷⁹ Las cursivas son del autor.

Volviendo a la época barroca, lo importante de ella consiste en la confusión entre delito y pecado⁴⁸⁰. Durante la Edad Moderna, para los delitos como la bigamia concurrían el tribunal secular, en cuanto que había habido engaño y daño a la mujer; el episcopal que determinaba la validez del matrimonio; y el de la Inquisición que decidía la existencia de herejía (Escudero 1985, 794). Tomás y Valiente profundiza en esta confusión con el ejemplo del crimen y pecado contra natura (1990b). Estos sólo pueden entenderse, según este autor, desde la Teología moral de la época. Según la Segunda Escolástica española, la jerarquía de los pecados, de leves a graves, iba desde la fornicación simple, estupro, adulterio, incesto, sacrilegio, a la lujuria, donde se incluía la sodomía. La sodomía constituía el pecado contra natura propiamente dicho, recogido también por las Partidas que lo castigaban con pena de muerte. La justicia real de Castilla persiguió este delito, mientras que en la Corte de Aragón, lo hacían los Tribunales del Santo Oficio (1990b, 51). En resumen: "...todo lo que no sea colaborar con Dios procreando en la forma e incluso en la postura tenida por natural, es pecado, y por ser pecado es delito y por delito que ofenda directamente a Dios merece la máxima pena." Ello justifica que en caso de bestialidad haya que matar al animal para borrar la memoria del crimen, llegando los jueces de Castilla a mandar colgar al animal como ejemplo público (1990b, 49). En todo caso la muerte del cuerpo suponía la salvación de la honra y el alma⁴⁸¹. De acuerdo con

⁴⁸⁰ Bartolomé Clavero habla de una comunicación o indistinción de base entre delito y pecado (1990, 63). Sobre la identificación, según los casos vistos por el Tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII, véase Pérez Muñoz (1992). Sobre la etapa barroca en relación con la justicia penal, véase Bermejo (1990a). Véase también Alamillo (1996) y Cendán (1992).

⁴⁸¹ Al mismo tiempo en delitos perseguidos por el Tribunal del Santo Oficio, como la bigamia, se valoraba -a diferencia del resto de órganos judiciales del Antiguo Régimen- el arrepentimiento posterior a la comisión del delito, que podía disminuir la responsabilidad, e incluso constituir eximente. Se resalta así la relevancia del arrepentimiento para la salvación del alma (Gacto 1990a, 148).

Bartolomé Clavero, religión y derecho se basaban en la tradición, en textos revelados que afectaban al orden social, y el control social podía ejercerse mejor a través de la administración de la religión que de la justicia. La conciencia individual no lo era en el sentido individual o subjetivo actual, del que aquella época carecía (1990, 60-3). En todo caso, no debemos olvidar la incidencia social del control ideológico del Santo Oficio, a pesar de cuya censura, por ejemplo en el ámbito de las publicaciones, los escritores consiguieron expresar sus ideas (Gacto 1990b, 173).

En cuanto a las penas concretas de la época moderna, Tomás y Valiente aludiendo específicamente a la España barroca indica que era entonces cuando el arbitrio judicial, la censura y el teologismo predominaban sobre las garantías formales, la ilustración y la tolerancia (1990a, 30)⁴⁸². Las penas podían tener una finalidad utilitaria, al mismo tiempo que se contemplaba la justicia como escarmiento, ejemplaridad y espectáculo. Respecto del primer punto alude a los galeotes que trabajaron en las minas de Almadén en el siglo XVI, cuando se envió a Mateo Alemán⁴⁸³ para informar sobre sus condiciones, dejando constancia de que se elegía a los más fuertes, no a los que habían cometido delitos de mayor gravedad, para trabajar en las minas. Allí encontró a una persona que, por el hurto de una mula, fue condenado a seis años y a otra que, por el hurto de dos mulas, debía pasar cuatro años, así como a un bandolero condenado sin limitación de tiempo. Tomás y Valiente recalca la resignación y la ausencia de queja ante el sufrimiento (1990a, 17). En cuanto a la justicia como escarmiento, alude a la condena de don Rodrigo Calderón (valido del valido de Felipe III), en el siglo XVII, que implicó salir de

⁴⁸² Aunque Christian Thomasius en su obra de 1688 *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, ya había pedido una humanización de las penas y la distinción entre delito y pecado (Clavero 1990, 67).

⁴⁸³ Véase Bleiberg (1977).

la prisión en una mula ensillada y enfrenada, con pregoneros dando publicidad a su delito por las calles más concurridas, siendo llevado a la plaza mayor y degollado en el cadalso. Este caso resulta ilustrativo del riesgo de la justicia espectáculo: ante la crueldad, el pueblo podía llegar a sentimientos de simpatía y compasión hacia el reo⁴⁸⁴, especialmente si éste se había arrepentido (1990a, 19).

⁴⁸⁴ En este sentido, dentro de un análisis del aprovechamiento de los condenados como mano de obra, véase de la Cuesta (1982, 40-1).

Sobre la función de la prisión en este momento, Marie-Lucie Copete se refiere a la cárcel real, pública o de la regiduría de Sevilla, a finales del siglo XVI⁴⁸⁵. Junto a ésta, la ciudad contaba con otras seis cárceles -todas de carácter preventivo-, teniendo en cuenta la existencia de jurisdicciones especiales (inquisitorial, de la Casa de la Contratación, de la Hermandad, del Arzobispado, de caballeros y de la Audiencia) (1990, 105). La cárcel real se diferenciaba de la Audiencia, en cuanto que a esta última competía los casos de jurisdicción real en apelación. Algunos de los detenidos en la cárcel real y de la Hermandad irían a galeras, tras la Cédula de 1572 de Felipe II⁴⁸⁶ dirigida a todas las ciudades de su reino. Según José Luis de las Heras Santos (1990, 127), a lo largo de los siglos XVI y XVII, la pena de galeras compartió el espacio penal con otros castigos y, desde Carlos V, se convirtió en la pena reina. Para las personas pertenecientes a los grupos sociales altos se solían reservar las penas pecuniarias, presidios, servicios en el ejército real y destierros⁴⁸⁷. Los hidalgos no podían sufrir penas corporales que disminuyeran su fama pública, ni ser condenados a azotes, galeras, vergüenza pública, mutilaciones y otras penas similares. Tampoco podían ser condenados

⁴⁸⁵ Cfr. también de las Heras (1991, 265-323) sobre la cárcel, las penas pecuniarias, la confiscación de bienes, las penas corporales, los azotes, la vergüenza pública, el destierro, el servicio al ejército, los trabajos forzados, las galeras y la pena corporal. Sobre las galeras, véanse, entre otros, Zysberg y Burlet (1990). Cfr. Rivera Beiras sobre las penas en los siglos XVI y XVII. Sobre la pena de muerte en ese período, cfr. Rodríguez Sánchez (1994). Sobre la delincuencia y seguridad en el Madrid de finales del siglo XVII, incluyendo las distintas penas corporales, de galeras, minas, muerte, etc., así como la posibilidad de perdón real, véase Sánchez Gómez (1994). Sobre las galeras o cárceles de mujeres en el siglo XVII con base en el texto de Magdalena de San Jerónimo, cfr. Barbeito (1991). Conforme a de la Cuesta (1982, 47), la Europa de finales del siglo XVIII volvió a contemplar la utilización de penas corporales y capitales, como ya sucedió a finales de la Edad Media ante la sensación del aumento de la delincuencia.

⁴⁸⁶ En ella se informa de la necesidad urgente de galeotes, ordenando una relación de todos los detenidos condenados a pena de galeras. Debían incluirse también a ladrones, proxenetas, vagabundos, etc. También se aludía a los gitanos (Copete 1990, 109).

⁴⁸⁷ Modalidad forzada de control social unilateral de huida o alejamiento.

a pena de muerte por ahorcamiento, tenía que ser en todo caso por decapitación (Heras Santos 1990, 127). Si no regía el principio de igualdad, tampoco el de proporcionalidad: “La fuerza ejercida por el Soberano contra los delincuentes tenía más de revancha que de reparación del equilibrio social roto por el crimen. Intencionadamente el castigo impuesto al delincuente era siempre superior al daño causado por el delito; pues la pena debía satisfacer la injuria sufrida por la víctima, el perjuicio ocasionado a la República con la perturbación del orden cívico, y también debía aplacar la ira del Monarca, cuya autoridad había sido desafiada. Esto, en el marco de una sociedad que aceptaba como norma el principio de venganza, derivada hacia la enormidad de las penas. Cualquier delito pequeño, un hurto insignificante, por ejemplo, podía punirse con la severidad de unos años de boga en las galera” (Heras Santos 1990, 140).

La pena de vergüenza, relacionada con la concepción del honor, suponía una pena adicional para los reos condenados a pena corporal o capital, aunque también podía constituir una pena en sí misma, exponiéndose al individuo públicamente en la picota (Bazán 1995, 580-4)⁴⁸⁸. En realidad, casi todas las sentencias por delito llevaban consigo un efecto infamante, aunque existían penas que lo eran específicamente, incluyendo prácticas humillantes de petición de perdón (Lalinde 1992, 828-9)⁴⁸⁹.

La pena de destierro, o “cuarentena social” como la denomina Bazán (1995, 584-95), se consideraba una pena corporal y fue la pena principal del sistema penal vasco -junto con otros- a fines de la Edad Media.

⁴⁸⁸ Sobre las penas infamantes en general, incluyendo la piedra y el poste de la vergüenza, la picota como pena capital y la marca a fuego, véase von Hentig (1967, 435-66).

⁴⁸⁹ Sobre la infamia y la vergüenza, véase el capítulo 23 de la obra clásica de Beccaria.

Se aplicaba también la pena de devolución de bienes o de honor. La devolución de bienes consistía en su restitución y operaba generalmente -pero no necesariamente- si no mediaba violencia. La devolución del honor podía ir acompañada de otras penas y suponía pedir perdón públicamente a la víctima⁴⁹⁰ (Bazán 1995, 603-11). Las penas económicas o multas conllevaban un cierto recuerdo a la compensación, ya que una parte de las mismas se destinaba a la víctima, aunque ahora la idea es la de indemnización según el daño producido (Bazán 1995, 612-20)⁴⁹¹. Por otra parte, los jueces obtenían una parte de las multas, con los consiguientes abusos. Asimismo, existían leyes que configuraban penas indeterminadas, debiéndolas concretar el ofendido, quien en ocasiones podía elegir entre el envío a la cárcel o la reparación económica (Tomás y Valiente 1969, 163-8; 395).

Finalmente, junto al indulto real existía la clemencia judicial y la conmutación de penas por otras inferiores⁴⁹². El perdón previo de la parte era necesario para el indulto general de Viernes Santo⁴⁹³ y para los indultos particulares, salvo utilidad pública, debiendo pagar en ocasiones una suma en la Tesorería de la Cámara Real (Tomás y Valiente 1969, 397-405; 448-50).

⁴⁹⁰ Sobre su aplicación en casos de adulterio, vid. Bazán (1995, 610-1).

⁴⁹¹ Respecto del carácter público de la pena de multa en España, Portugal y Francia en la Edad Media, véase Lalinde (1992a, 827). Cfr. el estudio histórico de Roldán Barbero sobre la moderna pena de multa (1983).

⁴⁹² Sobre el perdón real en Castilla de los siglos XIII al XVIII, véase Rodríguez Flores (1971).

⁴⁹³ Según de las Heras, no se conoce caso que fuera indultado sin satisfacer a la parte ofendida. Los indultos generales se condicionaban a la composición con los perjudicados del delito. Esto hace concluir al autor que, en los perdones, los intereses privados prevalecían sobre los públicos (1991, 41; 54). En caso de perdón en Viernes Santo, la obra de Jordan y de Manuel (1789) recoge que se otorgarían en cantidad inferior a veinte casos anuales.

Aún lejos del espíritu de la codificación⁴⁹⁴, en 1749, teniendo en cuenta la legislación vigente en la época, se publica en Valencia la *Practica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual para juzgar, acriminar, y defender en los Tribunales reales de España, y en los particulares de residencias*, del doctor Joseph Berni, abogado de los reales Consejos de todos los dominios de Su Majestad. En el prólogo se alaba la utilidad pública de este tratado, en el que se recoge cómo proceder al castigo de los delincuentes en justo modo “sin que se ofenda la inocencia de los inculpados”. En esta práctica se van determinando delitos como el adulterio, amancebamiento, hurto, blasfemia, bigamia, desafíos, desfloro, engaños, injurias, incendio, herejía, usura, etc. y sus distintas penas⁴⁹⁵. En la introducción, además de aludir a obras similares, el autor explica que la materia de crímenes es esencial porque de los castigos se origina paz y quietud en el público. En todo caso, las penas se aplicaban de forma diferenciada según fueran gente de las altas, medias o bajas esferas, según el sexo, etc. Aun así, advierte al juez: “Acuerdese de los pobres encarcelados, haga justicia con prontitud; no permita que les ultrajen...” El capítulo IV del Libro II se detiene en los jueces que pueden conocer de causas criminales y se indica que, en los Tribunales de los Reinos, existe un fiscal que defiende la causa o vindicta pública. En el siguiente capítulo se dice que en todos los delitos contra la causa pública o derechos reales, el juez debe proceder de oficio. Se recoge un ejemplo de querrela en la que una mujer presenta unos hechos de promesa incumplida de casamiento y pérdida de la virginidad. Pide que se proceda a

⁴⁹⁴ Sin embargo, por su contenido estimo que resulta pertinente citarla ahora.

⁴⁹⁵ Entre las cuales se encuentran la entrega de los adúlteros al marido que puede matarles, la prisión, el destierro, la vergüenza pública, penas corporales, pena de muerte, multas, restitución de la cosa hurtada, trabajo en galeras, minas, excomunión, etc.

la prisión y embargo de bienes y se castigue al acusado conforme a derecho “...y que se libre de las penas casandose”⁴⁹⁶. El Libro III se centra en los delitos que deben castigarse en las residencias y en las reglas para jueces de residencias, escribanos, alcaldes, regidores y otros.

⁴⁹⁶ Otra manera de reparar sería el otorgamiento de una dote importante que le permitiera tener otros pretendientes (Kagan 1991, 226).

Adicionalmente, el año de la Revolución Francesa, en 1789, se publicaba en Madrid la cuarta edición de la obra *Instituciones del derecho civil de Castilla*. A pesar del título, el libro II, título XIX se dedicaba a los delitos y a las penas en general, definiéndose el delito como todo mal hecho que se realiza en placer de una parte y en daño y deshonra de otra. Se distinguía entre delito privado y público, según el juez actuase a partir de una acusación o de oficio, respectivamente. Entre otras acciones, se tipificaban los desafíos, recayendo la culpabilidad sobre desafiantes, desafiados, padrinos, los que lleven la nota del desafío sabiéndolo y los presentes que no lo impidan o den parte a la justicia. Se define la pena como “enmienda de pecho, ó escarmiento, que es dado segun ley á algunos por los yerros que hicieron”, separando las penas corporales y pecuniarias, ordinarias y arbitrarias, lícitas e ilícitas. Entre las ilícitas se encuentra la de entregar al reo a la voluntad y poder del injuriado. En el libro tercero, título primero, capítulo séptimo, se distingue entre jueces ordinarios, delegados y árbitros. Éstos últimos se definen como jueces avenidores, escogidos por las partes para librar la contienda entre ellos, juzgando según su derecho o componiendo el asunto como amigos. Las partes debían obedecer la sentencia que dictase el árbitro. El juez ordinario, aunque no fuese árbitro, podía aprobar el compromiso entre las partes, que no sería válido si se trataba de delitos públicos (Jordan y de Manuel 1789).

5. LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS

Como precursor de este período, se desarrolla el movimiento ilustrado⁴⁹⁷ que influirá en el surgimiento del Estado liberal -y del Derecho penal actual,

⁴⁹⁷ Más allá del Derecho penal, puede considerarse la obra del ilustrado Gaspar Melchor de Jovellanos, quien en su *Memoria para el arreglo de la policía de los espectáculos y*

separándose totalmente del civil-, en el constitucionalismo⁴⁹⁸, en la codificación y en el nacimiento de la prisión contemporánea. El Estado se convierte en una persona jurídica de carácter total. Ello hace que Lalinde reserve este término a las estructuras políticas a partir del siglo XIX en España. En este sentido cabe entender que Maquiavelo y Bodino⁴⁹⁹ se alejan de la noción de Estado, ya que ésta va más allá del poder personal (1992b, 22; 29; 37).

5. 1 UNA ETAPA INTERMEDIA: LA ILUSTRACIÓN Y SUS PROYECCIONES. SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y NACIMIENTO DE LA PRISIÓN⁵⁰⁰

diversiones públicas, por encargo de la Academia de Historia, muestra su confianza en el derecho racional como base de la convivencia social, aunque es contrario al abuso reglamentista, propio del despotismo ilustrado, que intentaba regular toda la vida social (Cebrián 1997). Sobre la importancia de la Ilustración en la creación de un Derecho penal liberal limitador del poder del Estado, véase Beristain (1987, 28-9). En cuanto a la relación de la Ilustración y el liberalismo, véase Cappellini, Cazzeta, Clavero y otros (1995). Sobre el proceso de racionalización del Derecho como herencia de la Ilustración, véase Visbal (1991) y Zaffaroni (1993), para quien la dogmática jurídico-penal constituye un “inmenso esfuerzo de racionalización de una programación irrealizable”. Cfr. sobre la modernidad y el derecho, Carpintero (1990); y Fitzpatrick (1992b), sobre el racismo como parte de la identidad del Derecho.

⁴⁹⁸ Sobre el poder judicial en las constituciones españolas de 1808 a 1936 véase Aparicio (1995).

⁴⁹⁹ En todo caso, este autor indica que “...la realidad institucional española no ha dependido de la realidad doctrinal de su tiempo o de lo que consideramos ahora como la realidad doctrinal de su tiempo, y esto porque realidad doctrinal y realidad institucional no evolucionan sincrónicamente” (Lalinde 1992b, 38).

⁵⁰⁰ No existe acuerdo entre los historiadores sobre la ubicación de la Ilustración -a la que me refiero más en sus proyecciones, que al propio movimiento cultural en sí-, en todo caso, se trata de una etapa a caballo entre la edad moderna y contemporánea, que trataré en este apartado, aunque he hecho algunas referencias en el anterior. Para una historia de la reparación en el proceso penal alemán de esta época, vid. Schaffstein (1987).

La Ilustración supone un periodo con personalidad propia, consistente en una ruptura con la tradición epistemológica y religiosa, dando lugar a la razón como guía, a la idea del progreso, al optimismo científico, a la fe en la educación, a la libertad espiritual y a la tolerancia religiosa. El siglo XVIII comienza en España con la nueva dinastía de los Borbones, con un criterio diferente y centralizador. Será el siglo de las reformas, que terminó con la Revolución Francesa y las Guerras Napoleónicas.

El pensamiento ilustrado⁵⁰¹ resulta especialmente importante en el nacimiento del concepto actual de ciudadano y de la distinción contemporánea entre lo público y privado, y por tanto del Derecho penal. Sobre la ficción del pacto social -según se comentó en la Parte Primera- serán influyentes, entre otras, las obras de Hobbes⁵⁰², Locke, Voltaire, Rousseau y Montesquieu⁵⁰³. De este último se adoptará su teoría de la división de poderes, cuestión crucial para la legitimación del enjuiciamiento como forma de dirimir conflictos por el poder judicial.

⁵⁰¹ Sobre la relación entre el Derecho penal y la teoría política de humanistas e ilustrados, ya señalada por el jurista portugués Pascoal de Melo Freire en el siglo XVIII, véase Hespanha (1990b, 191-2). Se inician así propiamente los saberes sobre el delito y la pena, para una historia de los mismos véase Debuyst (1995).

⁵⁰² Sobre sus consideraciones en torno al perdón y la pena, véase su obra de finales del XVII, *Diálogo entre un filósofo y un jurista* (1992).

⁵⁰³ Cfr. Gravin (1952).

Respecto de la herencia de la Ilustración, de acuerdo con Tomás y Valiente (1990b, 55), con la moral ilustrada laica⁵⁰⁴: "... de modo lento y en ocasiones sutil, los fundamentos del Derecho Penal se transforman. Se abandona el teocentrismo, se racionaliza el *ius puniendi*, se distancian las ideas de delito y pecado." La base de la criminalización será el daño social directo y no la ofensa a Dios. Con ello, según el autor, el derecho se humaniza, perdiendo carga teológica, rigidez dogmática y severidad condenatoria⁵⁰⁵. En definitiva: "Desde que se concibió como obra humana y sólo humana, comenzaron a abrirse las puertas para la benignidad y para la tolerancia." El resultado puede comprobarse en el artículo VIII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Asamblea Nacional Francesa, de 1789, recogiendo las ideas de Bentham: "Para que el castigo no sea... un acto de violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente público, rápido, necesario, el menor posible en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos, dictado por las leyes."⁵⁰⁶ En opinión de Herrera (1996, 52), en relación con el nuevo sistema público de justicia: "La pacificación social se obtenía de forma más eficaz coordinando desde una única y férrea instancia los esfuerzos represivos, que con los disgregados usos de la vindicta particular." En todo caso, como indica Bergalli (1996b, 13), la humanización de las penas a partir de la Ilustración no desterró del concepto de pena "el sentido de brutalidad y violencia que el mismo encierra".

⁵⁰⁴ En opinión divergente, la sustitución del derecho de venganza privada por el *ius puniendi* estatal se debió según Hinojosa al cristianismo y no a la tendencia humanitaria laica de la modernidad. No a las "...ridículas teorías que se fundaron en el pacto social (que) están completamente desacreditadas...", como la exagerada doctrina de la justicia absoluta de Kant, el correccionalismo de Röder o el utilitarismo de Bentham (Montes 1903, 48; 53).

⁵⁰⁵ Sobre la justicia penal española en la crisis del poder absoluto, véase Herrero Herrero (1989).

⁵⁰⁶ Citado en Smith (1997, 330).

Beccaria⁵⁰⁷ criticó la arbitrariedad de los jueces y la dureza de los castigos (Almagro Nosete 1991, 30). En el capítulo vigésimo de su obra clásica, subraya que las penas corporales se deben aplicar para el rico y el pobre en todos los casos de atentados contra la persona, ya que si el rico pudiese compensar con dinero, se trataría a la víctima como cosa (Bergalli 1996b, 12-3). La recepción en nuestro país de la obra de Beccaria, en 1774, provocó el enfrentamiento del académico D. Alonso de Acevedo, abogado del Consejo de Castilla y autor de *De reorum*, donde critica el tormento por antinatural y antisocial, y del canónigo de Sevilla Pedro de Castro, quien escribió *Defensa de la tortura y leyes patrias*⁵⁰⁸. En una postura intermedia, el que fuera alcalde del crimen de Granada, Manuel de Lardizábal⁵⁰⁹, publicó en 1782 el *Discurso sobre las penas, contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, donde aún se defendía la pena de muerte (Escudero 1985, 908-9)⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Otros textos menos conocidos de este autor pueden consultarse en Bellamy (1995). Sobre el pensamiento de Beccaria en torno a la línea automática ofensa-castigo, cfr. Rusche y Kirchheimer (1967, 74-5); la aplicación hoy de las ideas de Beccaria, Asua (1990) y Ruidiaz (1996); la relación que Beccaria establece entre el Derecho penal y el contrato social y, en general, sobre la contribución de los pensadores de la Ilustración y de la Escuela Clásica al derecho penal, vid. García-Pablos (1995, 233; 305-16). Cfr. Marina Barba (1995). Para una síntesis de su pensamiento en relación con la Historia del Derecho, véase Lalinde (1992, 832-3).

⁵⁰⁸ Por su parte, hacia 1792, Forner publica su *Discurso contra la tortura*.

⁵⁰⁹ Cfr. Antón Oneca (1967) y Alonso Pacheco (1954).

⁵¹⁰ Mucho más tarde, el movimiento abolicionista quedará patente en la sesión de 14 de diciembre de 1841, sobre la pena capital, cuando se leyeron las Memorias premiadas por la Junta de Gobierno de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, por los Sres. D. Pedro López Clarós y D. Joaquín Escario.

Entre los siglos XVIII y XIX situamos también a los primeros sistematizadores del Derecho penal: Filangieri, Romagnosi y Feuerbach. Este último trató brevemente el tema de las víctimas. Igualmente, Carrara escribió sobre su indemnización (García-Pablos 1988, 185). En el siglo XVIII y principios del siguiente autores como Hugo y Kleinschrod todavía atribuían al Derecho penal un carácter privado, frente a la tesis de derecho público de Feuerbach y la ecléctica de Grolmann (Jiménez de Asúa 1976, 19). Más tarde, según Müller-Dietz la relación entre la compensación del daño y la pena fue ampliamente discutida por los juristas alemanes de finales del siglo XIX dentro de las relaciones Derecho civil-Derecho penal (1987)⁵¹¹. Al final triunfaría la concepción de su diferente naturaleza y función, a partir de la influencia de Binding, recogida en la codificación. Para Binding la pena significa retribución respecto de una infracción irreparable en el ordenamiento jurídico. En sus palabras, la pena produce una herida, mientras que la compensación trata de curar otra⁵¹². Von Liszt y Merkel opinaban de forma distinta. Para von Liszt, pena y compensación constituyen una reacción al injusto para proteger el ordenamiento jurídico. Merkel destaca que ambas fortalecen la autoridad de la ley como interés común (Pérez Sanzberro 1996, 195, nota 215; 273-7)⁵¹³.

⁵¹¹ Müller-Dietz cita la obra de Lobe de 1898, *Sobre la influencia del derecho civil en el derecho penal*. Asimismo, la obra de H.-J. Bruns de 1938, llevaba por título *La liberación del derecho penal del pensamiento civil* (Müller-Dietz 1987, 253-4).

⁵¹² Según expresó Binding: "Die Strafe soll eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich, ohne eine zweite zu verursachen" (citado en Hehn 1996, 68).

⁵¹³ Los proyectos de mediación en Alemania han reavivado la polémica. Especialmente Roxin ha reconocido una aproximación del Derecho penal y civil como "ensamblado de ambos espacios jurídicos, que se corresponden a una función que les es común, la resolución pacificadora y moderada de los conflictos sociales" (Pérez Sanzberro 1996, 320).

En definitiva, en la Escuela clásica de Derecho penal el concepto central es el de delito. El delincuente, como sujeto activo, y aún más la víctima como sujeto pasivo y/u objeto material, no serán sino conceptos abstractos de referencia. La Escuela positiva tampoco tendrá en cuenta a la víctima en sí misma; sino al delincuente, bajo influencia de Hume y Comte, lo que afectará al tratamiento del mismo y a la propuesta de medidas de seguridad⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Sobre la historia de las medidas de seguridad, véase García Iturbe (1967).

En esos mismos siglos XVIII-XIX se produce el nacimiento de la prisión moderna y la ciencia penitenciaria⁵¹⁵, a los que contribuyeron los penitenciaristas Bentham⁵¹⁶ y Howard⁵¹⁷. La afinidad entre el surgimiento de las primeras prisiones y hospitales puede comprobarse en el tratamiento que Howard realiza de ambos en sus obras (Pevsner 1979, 189)⁵¹⁸. Asimismo debe tenerse en cuenta la influencia de los positivistas Lombroso, Ferri⁵¹⁹ y Garofalo⁵²⁰ en el desarrollo de los Congresos internacionales penitenciarios, de la segunda mitad del siglo XIX, donde se trató de la responsabilidad civil⁵²¹.

⁵¹⁵ Sobre la cárcel y la ciencia penitenciaria en la España de los siglos XVII a XIX, véase Fraile (1987) y Serrano Gómez (1981). Cfr. García-Valdés (1997).

⁵¹⁶ En la primera mitad del siglo XIX, J. Villanova y Jordan publicó *Aplicaciones de la Panóptica de Bentham a las cárceles y casas de corrección de España*. Sobre prisiones modelos en Inglaterra, cfr. Carlyle (1909).

⁵¹⁷ Sobre su visita a España, véase Cuello Calón (1945).

⁵¹⁸ A principios del siglo XVIII, la prisión de San Michele en Roma se constituirá en el primer edificio con celdas y una sala de trabajo, utilizándose como correccional para jóvenes descarriados.

⁵¹⁹ Para un comentario sobre su teoría de los sustitutivos penales y la importancia de la prevención a través de la policía y otras instancias de moralización, cfr. Valdés y López (1903). Ferri presidió la Comisión que elaboró el Proyecto preliminar de CP italiano de 12 de junio de 1921, donde se preveía que la condena condicional, la libertad condicional y la restitución de la caución se condicionasen a la reparación. En caso de insolvencia se podía sustituir la reparación por prestaciones de trabajo (Pérez Sanzberro 1996, 15, nota 8). Respecto de la defensa de la Criminología positiva frente a las críticas de la época, véanse Lombroso, Ferri, Garofalo y Fioretti (s.f).

⁵²⁰ Sobre los pioneros en Criminología, cfr. Mannheim (1960).

⁵²¹ Sobre los mismos, en relación con la responsabilidad civil, véase Amodio y otros (1975), en una obra que refleja el renovado interés por la víctima del delito desde una perspectiva de defensa y solidaridad social. Véase también las Partes Primera y Tercera.

La pena de prisión no pretendía en sus orígenes ser un mero castigo, sino un medio de corrección⁵²² o habituación al trabajo⁵²³. Conjuntamente: “siendo la forma más abstracta y simple de medición de la riqueza social el trabajo humano medido en el tiempo, la privación de libertad unida al trabajo, representaba, como ha destacado Pashukanis, la forma específica de reparación por equivalente más adecuada, en cuanto que perfectamente adaptable a las exigencias de dosificación requeridas y plenamente ‘igualitaria’” (de la Cuesta 1982, 48). Los ensayos de Melossi y Pavarini (1985, 18) concluyen con la conexión entre la emergencia del capitalismo y la cárcel moderna⁵²⁴. Dichos autores tuvieron en cuenta diversas tesis de Foucault. Según el pensador francés (1986, 17; 29; 114-5; 119), la ejecución del castigo será la parte más oculta del proceso penal. Enlazando con el momento actual, si se habla de un fin de corrección: “La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica sino por esta perpetua referencia a algo distinto de sí misma, por

⁵²² Según explica Castan, en Inglaterra se encerraba con preferencia a las mujeres en casas de corrección -a los hombres se les aplicaban penas teóricamente más duras-, que ya existían como pena desde mediados del siglo XVIII (1992). Sobre las casas de corrección, cárceles y presidios en el siglo XIX en Valencia, véase Llorca (1992).

⁵²³ En 1790 los cuáqueros construyeron un complejo celular en el patio de la antigua cárcel de la calle Walnut. Se potenciaba el aislamiento junto con el trabajo en común y en silencio para aquellos que hubiesen cometido hechos menos graves (de la Cuesta 1982, 50). Sobre la influencia de los cuáqueros en Norteamérica, véase Cromwell (1989) y en el Reino Unido Horle (1988). Elisabeth Fry (1780-1845) fue una ministra cuáquera que abogó por las reformas de las prisiones, sobre ella y sobre su movimiento, que fomentaba el diálogo con los enemigos para resolver las disputas, véase brevemente Zeldin (1996, 324-6). En general sobre la prisión en los inicios de EE.UU., véase Hirsch (1992).

⁵²⁴ Melossi alude también a la tesis de Pashukanis de que el delito constituye una variante particular del cambio establecida *post factum*, equivaliendo la pena al daño sufrido por la víctima. Para Melossi: “El pasaje de la venganza privada a la pena como retribución, el pasaje de un fenómeno casi ‘biológico’ a categoría jurídica, exige como presupuesto necesario el dominio cultural del concepto de equivalencia medido como cambio por valores” (1985, 20-2). Asimismo, este autor señala la influencia de la pena eclesiástica en cuanto que su naturaleza terapéutica se englobaría después en el carácter vindicativo de la pena, sentida socialmente como *satisfactio*, acentuando su naturaleza pública, ya que sale de la conciencia individual y se convierte en institución social, cuya ejecución es pública.

esta incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha de tender a esta recalificación por el saber”⁵²⁵. La publicidad supone una “reactivación del Código, el fortalecimiento colectivo del vínculo entre la idea del delito y la idea de la pena”. “Pena secreta, pena casi perdida” y pena uniforme⁵²⁶: “El cadalso donde el cuerpo del supliciado se exponía a la fuerza ritualmente manifestada del soberano, el teatro punitivo donde la representación del castigo se ofreciera permanentemente al cuerpo social, está sustituido por una gran arquitectura cerrada, compleja y jerarquizada que se integra en el cuerpo mismo del aparato estatal”⁵²⁷.

⁵²⁵ Cfr. Foucault (1995), donde se recogen cinco conferencias pronunciadas en Brasil, que desarrollaban tesis que luego ampliaría en *Vigilar y castigar*. Sobre los elementos jurídicos y extrajurídicos en el derecho, cfr. Marlasca (1993).

⁵²⁶ Cfr. en Foucault (1986, 120-1), la opinión de los diputados franceses de la época de la extensión de las prisiones o “colonización de la penalidad por la prisión”, comparando el contexto con el de un médico que para todos los males tiene el mismo remedio.

⁵²⁷ Para Pavarini, en cuanto que la pena es laica, sólo puede justificarse por su utilidad respecto de la sociedad en general y el delincuente en particular, corriendo el riesgo de verse desenmascarada como venganza al demostrar su ineficacia (1993). A comienzos del siglo XVIII, se comienza a forjar el concepto de policía, al menos en Francia, como aparato administrativo, pero conserva su sentido etimológico de arte de la gestión urbana (Robert y Lévy 1990, 57). Cfr. Fijnaut (1980).

El surgimiento del sistema penal moderno siguió utilizando el mecanismo de contraprestación que ha existido en toda forma de respuesta a un daño o mal. Ahora esa contraprestación es la pena de prisión, igual para todos ya que es mensurable de acuerdo con una serie de criterios previamente establecidos por el Estado -como “organismo soberano que se superpone y sustituye a la violencia de las partes en conflicto”, especialmente en un primer momento a través de la policía (Recasens y Domínguez 1996, 34)⁵²⁸. El concepto de policía se perfila en el siglo XVIII, aunque sería en 1824 cuando el rey Fernando VII dicta una Real Cédula por la que crea la Policía General del Reino, a las órdenes de un magistrado con el título de Superintendente General. Dicha Policía debía velar por la seguridad pública y por el libre ejercicio de los derechos ciudadanos de entonces, así como perseguir a los que los vulnerasen, poniéndolos en manos de la justicia “en el plazo de ocho días, lo más tarde”, según el artículo XVI (Turrado 1995).

Aplicando las tesis sobre la prisión, según explica Martínez Gallego (1996, 313-4), el Estado liberal-burgués consiguió un disciplinamiento laboral a través de la industria privada y de mecanismos estatales, dirigidos especialmente a vagos, asilados y presos mediante la Ley de Beneficencia y de Caminos Vecinales, así como del Código penal de 1848. Este Código elevó el número de delitos castigados con la pena privativa de libertad y abrió la vía hacia el modelo carcelario celular que fomentará el trabajo en las cárceles, según el proyecto del Coronel Montesinos⁵²⁹ en la ciudad de Valencia, en la década de los treinta y cuarenta del siglo XIX. Sin embargo, este modelo fracasará, en parte, por las críticas ante la competencia de las otras fábricas. Muchos internos serán empleados en las obras públicas y su trabajo se enlazará con la idea de resocialización.

⁵²⁸ Estos autores se refieren también a la imposible visión del Estado como árbitro.

⁵²⁹ Sobre Montesinos, véase Lara Ronda (1995).

Las reflexiones en torno a la prisión⁵³⁰ reflejan una ideología correccionalista en las obras de Giner de los Ríos, Concepción Arenal (1901; 1869)⁵³¹ y Dorado Montero⁵³². Más tarde hemos de considerar la obra de Victoria Kent⁵³³, la primera mujer española que pudo llevar la toga de abogada, ejercer el cargo de Directora General de Prisiones y colaboradora de las Naciones Unidas en materia penitenciaria. Según una conferencia pronunciada en Barcelona en junio de 1931, sus importantes y revolucionarias reformas se regían por la máxima “Odia el delito y colabora o redime al delincuente” (Rodrigo 1996, 219-20).

5. 2 DEL ESTADO ABSOLUTO AL LIBERAL: EL CONSTITUCIONALISMO Y LA CODIFICACIÓN

Dentro del marco político concreto en nuestro país, de forma muy esquemática, recordemos que tras la intervención de las tropas napoleónicas, se sucedieron: la Guerra de la Independencia (1808-1814); el reinado de Fernando VII (1814-1833) -cuando se consumaría la independencia colonial-; la regencia durante la minoría de Isabel II (1833-43); su gobierno (1843-68); el sexenio revolucionario (1868-74) -con el reinado de Amadeo de Saboya

⁵³⁰ Sobre la historia de la prisión en España, Roldán Barbero (1988). Cfr. Trinidad Fernández (1991), sobre los siglos XVIII y XIX. Para una evolución reciente de la historia de la prisión en nuestro país, véase Herrero Herrero (1985). Sobre la evolución de la normativa penitenciaria española hasta la promulgación de la LOGP, González Guitián (1989); entre 1936-1975, Serrano Butragueño (1994); y sobre las reformas penitenciarias desde 1979, Montero (1995).

⁵³¹ Respecto de su obra, véanse Tobio (1960) y, brevemente, entre otros, Fernández Albor (1968) y Marco (1993).

⁵³² Sobre la influencia de la Psiquiatría y Antropología en Dorado Montero, véase Sánchez-Granjel (1988).

⁵³³ Véase García Valdés (1987a).

(1869-1873) y la primera república (1873-4)-; la restauración borbónica con el reinado de Alfonso XII (1875-85); y la regencia de María Cristina. Escudero distingue tres períodos: la desarticulación de las viejas estructuras, el asentamiento del Estado liberal y la consolidación del mismo mediante los partidos políticos (1985, 829-30). En todos ellos se producirán tensiones políticas y sociales, incluyendo la cuestión de los fueros⁵³⁴. La primera guerra carlista (1832-1839), tras la muerte de Fernando VII, supuso una pugna entre las ideas más conservadoras de los partidarios de su hermano y los políticos liberales, que decidieron apoyar a Isabel II. Dichos políticos, en mayor o menor grado, defendían la libertad individual, el Estado constitucional, el sufragio y la libertad económica.

5. 2. 1 El Estado liberal y su evolución

⁵³⁴ Sobre ella, en el País Vasco, vid. Rubio Pobes (1996). Cfr. Berdugo (1981).

El Estado moderno convertido en Estado liberal tras el absolutismo ilustrado, continuará ejerciendo un control social penal⁵³⁵ -aunque más garantista-, junto con otro terapéutico de carácter preventivo y correccionalista respecto del delincuente (Tomás y Valiente 1969, 408), sin atender a la víctima. Conforme a Jiménez de Asúa (1976, 31), el Derecho penal liberal se identifica con un derecho público, es decir, objetivo e imparcial.

El surgimiento del Estado se relaciona con los cambios económicos y sociales, junto con los intelectuales. Aunque en el caso español se habla de un fracaso de la Revolución Industrial (Escudero 1985, 853), con el tiempo se advertirán las profundas modificaciones en la división del trabajo, la urbanización, los transportes, etc. Ya en el siglo XIX -cuando perviven ideas ilustradas y se inician otras, fruto de la llamada revolución burguesa⁵³⁶-, pueden notarse las tensiones producidas por la organización racionalizada del trabajo, el nacimiento de la clase obrera y la situación del campesinado. A todo ello se unen el crecimiento demográfico y la proclamación de la igualdad jurídica con el Decreto de unificación de los fueros, de 6 de diciembre de 1868, que supondrá un *status* jurídico único para todos los ciudadanos, pasando de una sociedad estamental a otra de clases que vendrá a regirse por las influencias sociales, el poder político o económico (Escudero 1985, 861). También puede mencionarse el creciente poder del conocimiento científico. Así, por ejemplo, en la primera mitad del siglo XIX se desarrolla la llamada Estadística Moral o Escuela Cartográfica, principalmente en Bélgica y Francia, como antecedente de la Escuela positiva criminológica (García-Pablos

⁵³⁵ Según Bazán, de forma un tanto optimista, para el siglo XVIII, sociedades como la vasca habrían culminado un proceso iniciado a finales de la Edad Media de civilización y modernización a través del control social penal que además se habría internalizado (1995, 630).

⁵³⁶ Incluso algunos historiadores sostienen que, en España, el siglo XIX duró hasta la I Guerra Mundial, no comenzando realmente el siglo XX hasta 1918.

1992, 101-5). Se trata de una respuesta ante la percepción del aumento de la demografía, de la criminalidad unida a la profundización en la revolución industrial y la necesidad centralista de controlar a la población mediante la elaboración de una serie de registros y estadísticas.

Cabe aludir a una valoración ilustrativa sobre las cuestiones penales en la segunda mitad del siglo XIX. En 1854, el licenciado D. Manuel Pérez y de Molina publicó en Madrid *La sociedad y el patíbulo, o la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*⁵³⁷. En esta obra se pone de relieve la concepción del contrato social⁵³⁸: "...porque estando establecidas las leyes con el objeto de conservar la asociación y garantizar los derechos individuales, el que atropella sus mandatos comete un atentado contra el orden público, y al mismo tiempo contra los derechos de los particulares, supuesto que la asociación general y cada uno de los individuos están ligados por los vínculos del interés común, y este interés común no es más que el cumplimiento de la suprema ley natural y moral en que se confunde la humanidad entera" (*sic.*) (32-3). Para este autor, los filósofos de la Ilustración erraron al no considerar ese fundamento último del poder de castigar en la ley de Dios. El objeto del Derecho penal debe ser la reforma del criminal por lo que debe defenderse su vida "...para que puedan arrepentirse, para que se conviertan, y para que en ellos se cumpla un día el triunfo del elemento del bien sobre el elemento del mal, después de la continua lucha que se sostiene durante toda la existencia entre los vicios y el deber, entre las pasiones y la razón, entre el crimen y la virtud y entre los errores y la verdad, que nunca se borra completamente del fondo de la conciencia" (*sic.*) (50). El derecho de penar está limitado por los principios de personalidad, igualdad, divisibilidad,

⁵³⁷ Cfr. la discusión algunos años más tarde, Calderón (1871).

⁵³⁸ En páginas posteriores critica la fundamentación filosófica del derecho de castigar en el pacto social (1854, 41-4).

certeza, analogía o proporcionalidad, popularidad, que las penas sean conmensurables, reparables, remisibles, ejemplares, reformadoras⁵³⁹, económicas, supresoras del poder de dañar, instructivas y tranquilizadoras. La conclusión es que la pena de muerte no reúne las condiciones para ser pena y resulta en todo caso injusta e inmoral.

⁵³⁹ “Aunque la reparación de los agravios que por comisión de los delitos se producen contra el orden general y contra el individuo en particular, y el prevenir idénticos males con la severa amenaza de iguales castigos son objetos de los mas principales de las penas; sin embargo, deben estas procurar tambien con mayor empeño la correccion del que delinque y la reforma de sus defectuosos hábitos” (*sic.*) (81). Sobre la certeza del derecho, relacionada con la motivación para su obediencia, véase Pérez Luño (1997, 221).

Curiosamente, Pérez y de Molina pone en duda la creencia en una Europa civilizada que marcha hacia un mayor progreso. Se refiere a la pobreza, indicando que: “Cierto es que han desaparecido de nuestras calles una multitud de infelices andrajosos y desnudos que imploraban nuestra caridad: la cultura moderna no los consiente, porque importunaban al rico, porque interrumpian con sus sollozos las alegrías de los pudientes... Ya se les va colocando en lugares de asilo... Esos infelices ancianos, imposibilitados de buscarse el suficiente alimento y abrigo con solo su trabajo, prestan utilidad á la sociedad cuando se les precisa á entrar en los lugares de asilo; y aunque la sociedad les procura su bienestar, no se olvida del interes material que ella tambien reporta del trabajo á que les obliga...” (*sic.*) (335-6). En España, Escocia, Irlanda y “...en otros paises, donde, á medida que la *civilizacion* progresa, se multiplica tambien la miseria entre las clases manufactureras” (*sic.*) (338). Además del pauperismo y el libertinaje, se refiere a la criminalidad como otro mal que sufría la sociedad de su época⁵⁴⁰. De acuerdo con el autor, los crímenes serán más numerosos y graves en sociedades donde no se respete la religión ni el principio de autoridad. Cita un párrafo de otro autor más optimista: “Estos atentados...que la prensa periódica se entretiene en consignar uno por uno, y que, mas que por su número, abultan por lo minucioso de sus relatos, así como esas estadísticas judiciales que anualmente se publica, solo estremecen porque levantan el apósito de una llaga que nunca habia sido sondeada, que nadie siquiera podia ni osaba poner francamente al descubierto, como la han puesto en nuestros dias los gobiernos de los paises cultos. Infinitamente mas nos estremeceríamos si fuera posible presentar la estadística criminal de cualquier período de los siglos últimos: entonces cotejaríamos, tomando en cuenta la mayor población actual, y entonces

⁵⁴⁰ Sobre el sentimiento de inseguridad a fines del siglo XIX, cfr. la obra literaria de Raimon Casellas *Justicia del pueblo*, a la que alude Finas (1993, 43-5).

veríamos cuán mal parados saldrian del cotejo aquellos *buenos tiempos* de ignorancia y de miseria, de falta de comunicaciones y de vigor administrativo, en que no se conocia la policia preventiva, y en que los criminales luchaban á brazo partido con la justicia" (*sic.*) (349-50). En todo caso, el autor opina que la criminalidad progresa rápida y considerablemente, en términos cuantitativos y cualitativos. En cuanto a la aplicación de las penas, el licenciado afirma que la sociedad sólo concede su perdón después de hacer sufrir materialmente al criminal, cuando debería conjugarse el castigo con su enmienda, cuestión que no era posible, en opinión de Pérez, viendo la situación de las cárceles de entonces⁵⁴¹.

⁵⁴¹ En 1868, Aguilar y Correa ya se refería a la necesidad y urgencia de mejorar el sistema carcelario y penitenciario (1868a).

Un año más tarde, en 1855, se publicó la obra de Canalejas, visitador y comandante de presidios, relativa al estado de los mismos, donde formula una serie de propuestas de reforma. Se alude a la falta de presencia española en las visitas que, a principios del siglo XIX, realizaron delegados de países como Francia, Inglaterra y Prusia a la penitenciaría de Filadelfia. En la página ix se pide que "...no se pierda de vista en nuestros presidios, que se rige á hombres que han de volver a vivir entre sus convecinos, que mientras vivan conservan derechos de humanidad, y que del tacto y criterio de los jefes y empleados depende en mucho que vuelvan corregidos y seguros para lo sucesivo" (*sic.*). Se queja, además, de la falta en nuestro país de medios preventivos de los delitos y de lugares de corrección. Finalmente, pide que el gobierno se ocupe de la estadística criminal, como ocurría en Francia, Bélgica e Inglaterra.

En relación con las consideraciones anteriores, a fines del siglo XIX, el criminólogo francés Gabriel Tarde en su obra *La criminalidad comparada*, observa la venganza ejercida en el sur de Italia como expresión "de la barbarie superviviente en medio de nuestra civilización". Y se pregunta: "La desaparición gradual de la venganza hereditaria y a mano armada en el curso de la civilización, ¿prueba que la sed de venganza haya decrecido?" Su respuesta es que más bien ha variado de forma: "La preocupación del mal futuro que evitar, superior a la del mal pasado que vengar, es un sentimiento muy utilitario, pero poco estético, donde se muestra bien el progreso de la previsión, que conviene señalar al lado del progreso del deseo del bienestar. Se es hoy más calculador: he ahí todo" (Rodríguez Manzanera 1990, 213). Para que se dé una verdadera civilización, según Tarde, deben ampliarse los deberes recíprocos, lo que incluye la "reabsorción del delito, devorando su criminalidad propia en cierto modo, como ciertos hornos sus humos" (1990, 217). En la primera mitad del siglo XX, el positivista italiano Alfredo

Niceforo afirmó: “Esta concepción del progreso y de la sociedad moderna, es, si no nos equivocamos, un profundo error de óptica sociológica. La civilización moderna, como toda otra civilización, no suprime el mal: lo transforma. Más aún: cada forma especial de civilización lleva consigo especiales formas de males” (Rodríguez Manzanera 1990, 245)⁵⁴².

⁵⁴² Para Niceforo, los delitos ya no se realizan tanto por la violencia como por el fraude.

En el siglo XX se avanzará en la idea del Estado social de Derecho⁵⁴³, potenciador de las medidas de seguridad y de protección, inclusive a la víctima (Beristain 1987, 29). Este Estado también acogió la ideología de la rehabilitación del delincuente⁵⁴⁴. Siguiendo a Bergalli (1996b, 14), la evolución del *ius puniendi* va emparejada al desarrollo de la forma-Estado, desde un Estado liberal-burgués, centrado en castigar las lesiones a bienes individuales, a otro más intervencionista que protege bienes de carácter social y colectivo. Blomberg y Cohen indican tres características de los sistemas de control de la desviación, vinculadas al nacimiento del Estado moderno democrático: 1. La consolidación del poder del Estado a través del Derecho penal. 2. La segregación de los desviados en instituciones cerradas como la prisión. 3. La fundación de sistemas clasificatorios profesionales y académicos (como la Criminología) (1995, 10).

⁵⁴³ Por otra parte, más adelante, cabría reflexionar sobre el Derecho penal de los Estados que se proclamaron marxistas. En relación con ellos, nos encontramos con los tribunales sociales (tribunales de camaradas de la Unión Soviética, comisiones de conflicto y arbitrales de la República Democrática Alemana y comisiones arbitrales en la extinta Yugoslavia y en Polonia) (Weigend 1989, 244-56). Thomas Feltes proponía en 1991 una revitalización de los tribunales sociales y comisiones de arbitraje y conciliación de la República Democrática Alemana, teniendo en cuenta la vigencia de la ley de 13 de septiembre de 1990 de la RDA que continuaba en vigor tras la reunificación. Cada comunidad debía poseer uno o más organismos de conciliación, compuestos por un presidente y dos representantes, teniendo el control sobre su actividad el director del tribunal del distrito correspondiente. Se incluían hechos como injurias, amenazas, daños, ciertas lesiones corporales, etc. (Feltes 1991, 94). Para Feltes, la reinterpretación de la labor de estos organismos en el campo penal podía ponerse en contacto con la discusión político-criminal sobre los proyectos *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA) y sobre la prevención comunitaria de la delincuencia (1991).

⁵⁴⁴ Para un completo estudio que trata de demostrar la interdependencia de la penalidad -incluyendo el discurso criminológico- y de lo social en el Reino Unido de principios de siglo, respecto del Estado de Bienestar, véase Garland (1985). Asimismo, cfr. sus consideraciones históricas en trabajos anteriores -con Peter Young- y posteriores (1983; 1991). De la Cuesta coincide con Garland en que la generalización del ideal resocializador se ha producido en el siglo XX, especialmente tras la posguerra -teniendo influencia la Nueva Defensa Social (Ancel 1985)-, con el Estado de Bienestar (1982, 125-30). Sobre la historia de la idea de la rehabilitación, véase Garrido Genovés y Gómez Piñana (1994).

5. 2. 2 Constitucionalismo y codificación

En relación con el Estado liberal me refiero ahora a los fenómenos del constitucionalismo y la codificación. El primero tiene sentido, entre otras cuestiones, para sentar un nuevo orden que rompe con el pasado, como ocurrió tras la Revolución Francesa. La Constitución de Bayona de 1808 dispuso que nadie pudiera ser preso sin orden legal escrita, declarando abolido el tormento, suprimiendo la Inquisición, las penas infamantes y aflictivas para los delitos de contrabando, el servicio de las armas como pena, la pena de baquetas y el derecho de asilo en los templos. Según el art. 101: “Habrá Jueces conciliadores que formen un Tribunal de pacificación, Juzgados de Primera Instancia, Audiencias o Tribunales de apelación, un Tribunal de reposición para todo el Reino y una alta Corte Real.” Además: “El derecho de perdonar pertenecerá solamente al Rey, y le ejercerá oyendo al Ministro de Justicia en un Consejo privado compuesto de los Ministros, de dos Senadores, de dos Consejeros de Estado y de dos individuos del Consejo Real” (art. 112).

Las Cortes de Cádiz proclamaron la primera Constitución. En ella se pedía al rey su acatamiento, atribuyendo a las Cortes la soberanía nacional. Se recogía la abolición del tormento, de la pena de horca, de la confiscación, de los azotes, de los juicios por comisiones, de los fueros privilegiados; y se establecían la publicidad del proceso, la personalidad de las penas y la necesidad de codificación unitaria (Almagro Nosete 1991, 30). De acuerdo con el art. 244: “Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas”. En el ámbito civil: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces árbitros, elegidos por ambas partes” (art. 280). En el criminal: “Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea

formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados” (art. 286). Respecto de la prisión: “Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión” (art. 287). Las cárceles servirán “para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia y separados los que el Juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos malsanos” (art. 297).

Más tarde, la Constitución de 1837 volvía a recoger que: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales” (art. 4). Conjuntamente: “Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en las formas que éstas prescriban” (art. 9). Además, se establecía el jurado para todo tipo de delitos (artículo adicional primero), con sus implicaciones respecto de su significado como instrumento de participación en la justicia. Respecto de la religión, el art. 11 de la Constitución de 1845 decía: “La Religión de la Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros”. La Constitución de 1856 preveía que las leyes determinasen el modo de establecer el juicio por jurados para toda clase de delitos (art. 73). Con un apartado sobre el poder judicial o la administración de justicia, le seguirán las Constituciones de 1869, de 1876, de 1931, las leyes fundamentales del régimen franquista y la actual Constitución de 1978. La Constitución de 1869 decía en su art. 93: “Se establecerá el juicio por Jurados para todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley”. La de 1931 regulaba expresamente que: “El pueblo participará en la Administración de

Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial” (art. 103). Igualmente, declaró la gratuidad para los litigantes económicamente necesitados (art. 94); las amnistías serían acordadas por el Parlamento y sólo se concederían indultos individuales por el Tribunal Supremo, o por el Presidente de la República para delitos de extrema gravedad (art. 102). Se dedicaba el art. 104 al Ministerio Fiscal y el 105 a las indemnizaciones en casos de error judicial.

En cuanto a la codificación, con la Ilustración se enfatizó el iusnaturalismo racionalista, entendiendo el derecho como fenómeno social necesitado de adecuación lógica a las distintas sociedades. La esperanza en un derecho racional se situaba en la creación de un código que previese delitos y penas y protegiese al acusado frente al Estado (en principio monarca absoluto). La necesidad de un código penal se planteó ya en España a fines del siglo XVIII (Alonso Romero 1982, 318-335)⁵⁴⁵. En dicho siglo el concepto de código pasó a designar un cuerpo sistematizado de normas. La codificación fue fruto de la pretensión de construir un orden nuevo y justo⁵⁴⁶, igual para

⁵⁴⁵ Al mismo tiempo, respecto del retraso en la formación de la ciencia penal, Montes da la siguiente explicación en 1903 (1; 49; 60): “...en mi juicio, la causa principal de este retraso está en que hay un enlace tan manifiesto entre la pena y el delito, y aparece tan claro en la conciencia de todos los hombres el derecho de penar por parte del poder público, lo mismo que la justicia y necesidad del castigo de los culpables, que nadie puso en duda estos y otros puntos fundamentales de la ciencia penal, y, por consiguiente, era inútil entretenerse en demostrarlos”, aunque posteriormente reconoce la labor de los teólogos del siglo XVI en analizar esta relación. En todo caso, recordando la “igualdad del puente”, Montes afirma: “...mas para nadie es un secreto que, en la práctica, el Código penal se ha escrito para los que no tienen dinero con que comprar la justicia ni medios para hacerla retroceder...” (*sic.*). Sobre la evolución de la legislación -y, en concreto, codificación- penal española hasta el NCP, véase Quintero (1996a, 217-226).

⁵⁴⁶ Aunque los primeros Códigos del siglo XVIII, los de Baviera, Prusia, Austria, Toscana y Lombardía, se fraguaron dentro del Antiguo Régimen. Serían remplazados por otros textos que recogieron el espíritu de la Ilustración, así sucedió con el código penal de Baviera, reemplazado por el de 1813 de Feuerbach. Por otra parte, en Toscana tendríamos en 1786 el Código leopoldino que reformaba la legislación criminal y no recogía la pena de muerte (Escudero 1985, 904-5).

todos y de alto rigor técnico (Escudero 1985, 902; Aguilera 1996, 26-30). El racionalismo jurídico se alimentó del optimismo en los avances de las ciencias y en la creencia de un derecho natural objetivo e inmutable. El historiador, físico, teólogo y jurista Leibniz y su discípulo Christian von Wolff fueron los precursores del método racionalista lógico-formal deductivo, dentro del surgimiento de un Estado liberal, que proclamó la igualdad formal para todos. Surgiría entonces el debate sobre la conveniencia de un código, protagonizado entre Savigny y Thibaut⁵⁴⁷. Conforme a Savigny, el futuro del mundo jurídico dependía más del espíritu popular y del derecho consuetudinario (Escudero 1985, 903-4).

El Código penal francés de 25 de septiembre de 1791 recogía las infracciones más graves, manteniendo la pena capital y dando preeminencia a las penas de libertad⁵⁴⁸. En 1810 aparece el Código penal napoleónico, de mayor dureza (Lalinde 1992a, 833-4). La Constitución española de 1812 ya aludía, en su artículo 258, a la necesidad de un código criminal, que debía inspirarse en las ideas ilustradas, basadas en el utilitarismo, el humanitarismo y la proporcionalidad de las penas.

Nuestro primer código -prescindiendo de proyectos pensados anteriormente- fue el Código penal de 1822, del cual se discute su entrada

⁵⁴⁷ Quien propugnaba un código para toda Alemania con estas palabras: “Yo opino... que nuestro Derecho civil (por el que entenderé siempre aquí el Derecho privado y el penal, así como el procesal) necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania” (Escudero 1985, 903).

⁵⁴⁸ La pena infamante persistirá en forma de degradación civil. Este código se inspira en el programa desarrollado por Marat en 1778, donde se recogía que la aplicación de un castigo debería intentar reparar la ofensa tanto como expiarla: “Este es el triunfo de la justicia; este es también el triunfo de la libertad, porque entonces el castigo ya no surge de la voluntad del legislador, sino de la misma naturaleza de los delitos. El hombre ya no cometerá violencia contra el hombre” (en Rusche y Kirchheimer 1967, 81).

en vigor⁵⁴⁹. Fue elaborado por una comisión que presidía el ministro Calatrava y de la que era miembro el canónigo e historiador Francisco Martínez Marina. Este Código, que tenía en cuenta el Fuero Juzgo, las Partidas, y los modelos extranjeros -como el Código napoleónico-, junto con la influencia filosófica de Bentham (Lalinde 1992a, 834), distingue una primera parte dedicada a los delitos contra la sociedad y otra a los delitos contra particulares⁵⁵⁰. Entre otros extremos, introdujo la denominación de Código penal, la responsabilidad civil derivada del delito, la indemnización a las víctimas inocentes de errores judiciales y la rebaja de las penas por el arrepentimiento y la enmienda posterior (Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1993, 98).

⁵⁴⁹ También se elaboró una Ley de Beneficencia ese mismo año que tampoco se aplicó, ya que, tras el período del trienio constitucional, comenzó la llamada "Década Ominosa" con Fernando VII. Véase Rodríguez Devesa y Serrano (1993, 91-161), sobre la legislación criminal a comienzos del siglo XIX hasta el anteproyecto de 1992. Siguiendo a Chamorro (1983, 55), queda por hacer un estudio de nuestra historia a través de la jurisprudencia sobre los preceptos de los distintos códigos, la cual refleja la vida social.

⁵⁵⁰ Fue desaprobadado por Beccaria (Escudero 1985, 909-10).

Más tarde, el Código de 1848 se inspiraría en el de Nápoles de 1819, el brasileño de 1830 y, doctrinalmente, en Rossi. Armonizó los principios de retribución e intimidación. En su elaboración participó Joaquín Francisco Pacheco⁵⁵¹. El Código constaba de 494 artículos, distribuidos en tres libros, manteniéndose esta estructura en los posteriores, así como la definición de delito. Se reformó en 1850⁵⁵² -cuando se introdujo la posibilidad de promover el indulto si la pena fuera “notablemente excesiva”, por la rigurosa aplicación del mismo- y se revisó totalmente en 1870. El Código de 1870 hizo desaparecer los delitos contra la religión⁵⁵³ y configuró como agravante la carencia de ocupación o rentas; anteriormente, la vagancia y la mendicidad sin licencia eran delito, desde 1848. El Código de 1870 inspiró el promulgado para Cuba y Puerto Rico en 1879, adaptándose para Filipinas en 1884 (Lalinde 1992a, 834). En ese año se promulga el Código penal del Ejército, sustituido por el Código de Justicia Militar de 1890. De 1888 es el Código penal de la Marina de guerra.

Continuando con el proceso de codificación penal, tras el Código de 1870 –así como el carlista de 1875, copia del de 1850, y que utilizaba el término “súbdito” en lugar de “ciudadano”–, vendría el Código de 1928 con la dictadura de Primo de Rivera⁵⁵⁴, anulado por la República que restableció el de 1870. El Código de 1928 dedicaba los artículos 70 y 71 a la “delincuencia habitual y predisposición para delinquir” e introdujo las medidas de

⁵⁵¹ Véase de Vizmanos y Álvarez (1848) y Castro y Ortiz (1848).

⁵⁵² Vid. Pacheco (1856).

⁵⁵³ Sobre el perdón en delitos privados, véase Pello (1895). Sobre este Código, véase Groizard en lo relativo a la reparación (1902) e Hidalgo (1908).

⁵⁵⁴ A la parte técnica del mismo contribuyó Eugenio Cuello Calón (Lalinde 1992a, 835). Para un comentario doctrinal véase Jaramillo, especialmente respecto de la responsabilidad civil en el tomo primero (1928, 185-222).

seguridad. Entre los nuevos delitos figuraban el abandono de incapacitados, la difamación, el chantaje y la usura (Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1993, 110-1).

En la redacción del Código de 1932 intervinieron Luis Jiménez de Asúa, Mariano Ruiz Funes y José Antón Oneca. Se suprimieron el duelo y el privilegio que disfrutaba el uxoricidio por adulterio, aunque se mantuvo para aquellos que no estuvieran separados legalmente ni de hecho de su cónyuge y se extendió a la mujer. Asimismo se suprimió la responsabilidad personal en caso de impago de la civil y de las costas, y se reafirmó la personalidad de las penas. Supuso un retorno al iusnaturalismo, aunque se acompañó de una Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 e introdujo un sistema dualista, bajo influencia del positivismo. La dictadura de Franco endureció el Código de 1932⁵⁵⁵ y sustituyó la mencionada ley por la de 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Lalinde 1992a, 835). Tras 1932, el Código fue objeto de las reformas de 1944 -incluyendo en el Código los delitos de terrorismo, restableciendo la pena de muerte e incorporando la redención de penas por el trabajo, institución surgida en el Derecho penal militar-, 1963 y 1971 hasta llegar al texto refundido de 1973 -reduciendo la dispersión

⁵⁵⁵ En que por vez primera se suprime la pena de muerte, salvo para delitos militares, como se comprobó durante la dictadura (véase Amnistía Internacional 1995). Por Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, se ha abolido la pena de muerte para tiempos de guerra. La pena de muerte fue abolida por primera vez en Portugal en 1867, provocando una carta emocionada de Víctor Hugo, según indica Hespánha (1990a, 179). En este país, resulta muy interesante el registro de jesuitas que de 1690 a 1815 acompañaron a condenados a muerte en los patíbulos de Lisboa. Entre dichos condenados, muchos eran negros, moros, extranjeros y esclavos, como representantes de las capas marginales (Hespánha 1990a, 178-9). En 1846, Charles Dickens criticaba el planteamiento que subyacía bajo la pena capital: "Le arrebaté su vida. Entrego la mía para pagar aquella. Vida por vida, sangre por sangre. Yo he cometido el crimen. Estoy dispuesto a la reparación... se trata de un toma y daca entre yo y la ley." (1960, 1793). Para la descripción de una ejecución de un parricida en Azpeitia en 1900, véase *La Voz de Guipúzcoa* del 1 al 17 de enero de dicho año. Se escribe en contra de la pena de muerte, en favor del principio de humanidad, especialmente tras el arrepentimiento del reo, y se critica la venganza pública y la aplicación del talión. Sobre la pena de muerte en Gipuzkoa, en relación con la historia de las cárceles donostiarras, cfr. Murugarren (1995).

normativa- y, con otra serie de reformas parciales⁵⁵⁶, al vigente antes del NCP⁵⁵⁷. Finalmente, debe considerarse la recepción del paradigma de la rehabilitación en la Constitución de 1978 y en la regulación penitenciaria⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Desde 1976, el Código se ha modificado en más de cuarenta ocasiones. De la que destaco, en relación con el tema de la tesis, la de la LO 8/1983, de 25 de junio, que suavizó las penas del art. 344 relativo a los estupefacientes, así como las de los delitos contra la propiedad. En opinión de algunos autores, esta reforma –acompañada por la de los artículos sobre la prisión provisional, recogidos en la LECrim–: “ha tenido unos lamentables efectos criminógenos, con más de un 50 por 100 de incremento en la delincuencia contra la propiedad, en menos de dos años y superando el 100 por 100 las formas de mayor gravedad, como son los robos con violencia o intimidación en las personas”, no siendo la vía adecuada si lo que se pretendía era la reducción de la población penitenciaria (Rodríguez y Serrano 1993, 139). Esta serie de críticas -independientemente de su precisión estadística- motivaron la rectificación de la LECrim.

⁵⁵⁷ Téngase en cuenta la recepción de alternativas como la libertad y la condena condicionales. En nuestro país, la libertad condicional se creó por ley de 23 de julio de 1914 y la remisión condicional por ley de 17 de marzo de 1908, siguiendo el sistema franco-belga, introducido en Bélgica por ley de 31 de mayo de 1888 y en Francia por ley de 26 de marzo de 1891. Cfr. la tesis de Tak sobre las sucesivas generaciones de sanciones; a pesar de los términos con que se expresa, no tiene por qué interpretarse como una evolución lineal (1992). El concepto de generación me parece acertado en cuanto implica una diversidad interrelacionada. Cfr. sobre la aplicación de alternativas Padovani (1981), en España García Valdés (1986) y de la Cuesta (1993), quien señala que los argumentos sobre el fracaso de las alternativas vienen a legitimar la prisión. Sobre el movimiento de desinstitucionalización que afectó también a enfermos mentales, en los años sesenta en EE.UU., con una vuelta a la comunidad, véase Hobsbawn (1995). Cfr. Cohen (1988).

⁵⁵⁸ Sobre la relación entre la Constitución de 1978 y la teoría de la pena, véase González Rus (1984).

Respecto de la codificación del Derecho procesal penal, en el plano teórico de discutió el dualismo entre Derecho procesal civil y penal⁵⁵⁹, aunque en todo caso la elaboración se realizó por separado (Escudero 1985, 918). Ya hemos visto que la Constitución de Cádiz pidió un proceso penal breve y sin vicios. En 1822 se promulgó una Ley de Bases para reformar el procedimiento según los principios de brevedad y publicidad. Ese mismo año se publicó la nueva Ley de Enjuiciamiento, con influencia del Código austriaco (Escudero 1985, 920-1). El Código de 1848 dio unas orientaciones, pero sería la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 la que ofreció unas reglas para reformar los procedimientos criminales. Así surgió la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que recogía el juicio oral y el jurado. Siete años más tarde se promulgó una insatisfactoria Compilación General del procedimiento criminal.

⁵⁵⁹ Los que defienden el dualismo se centran en la distinta naturaleza de los sujetos, objeto y actividad técnica, así se destaca en el proceso penal la intervención del Estado, titular del *ius puniendi*, por lo que no se da la igualdad de partes del proceso civil (Escudero 1985, 918).

En la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882 Manuel Alonso Martínez afirmaba: "...sólo por la costumbre se puede explicar que el pueblo español, tan civilizado y culto y que tantos progresos ha hecho en lo que va de siglo, en la Ciencia, en el Arte, en la Industria y en su educación política, se resigne a un sistema semejante, mostrándose indiferente o desconociendo sus vicios y peligros... El extranjero que estudie la organización de nuestra justicia criminal, al vernos apegados a un sistema ya caduco y desacreditado en Europa y en América, tiene por necesidad que formar una idea injusta y falsa de la civilización y cultura españolas... Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio público para el descubrimiento y castigo de los delitos, han formado ideas falsas sobre la policía judicial y se ha desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles, y repugnando figurar como testigos en los procesos." La LECrim se enmarca en un contexto de preocupación por la "ciencia", la separación en el enjuiciamiento de lo civil y criminal y por ofrecer verdaderas garantías al procesado titular de una serie de derechos individuales frente al Estado, sin olvidar el derecho de éste a buscar el castigo a través del fiscal dentro de un sistema acusatorio. Introduce "dentro de unos ciertos límites racionales, el sistema acusatorio en el sumario, lo cual constituye un gran progreso sobre la ley de 22 de diciembre de 1872". El juicio verdadero, según la Exposición, comienza con los debates ante el tribunal y va "a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte". Se resalta la confrontación, la contienda jurídica, esencialmente, entre el ciudadano y el Estado y, aunque se aspira a la igualdad, no olvida "la desigualdad real que en momento tan crítico existe

entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de la que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida”. La Exposición continúa afirmando que en materia penal “hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse.”

Complementariamente, las instituciones de la administración de justicia se caracterizan en el siglo XIX por la separación de poderes y la reducción de jurisdicciones especiales (Inquisición, mercantil, de Hacienda), aunque se mantuvo la jurisdicción eclesiástica para delitos eclesiásticos y otras cuestiones; y la de Guerra y Marina para los delitos y faltas recogidos en las ordenanzas militares (Escudero 1985, 957). La Constitución de Cádiz reguló, en su título V, una jerarquía de órganos: Tribunal Supremo, Audiencias y juzgados de partidos. Dicho título sería rehabilitado como ley ordinaria de 1837. Magistrados y jueces debían jurar la Constitución y observar las leyes, administrando justicia con imparcialidad. El Reglamento de 1812 de Audiencias y Juzgados reguló las atribuciones penales de los jueces de primera instancia⁵⁶⁰. El Reglamento provisional de 1835 para la Administración de Justicia recogía el libre acceso a los tribunales, la gratuidad de la justicia penal, la prohibición de la

⁵⁶⁰ Sobre la evolución de la participación de la víctima en Inglaterra, como agente de control social, en el surgimiento del proceso penal, citando a Beattie, Horwitz indica que, antes del siglo XIX, el proceso se iniciaba fundamentalmente a iniciativa privada. La parte acusadora elegía también el tribunal, determinaba la acusación y pagaba por el procesamiento. En relación con ello, según Steinberg, en los Estados Unidos de la época colonial, las víctimas iniciaban y llevaban sus demandas. A finales del siglo XIX, los fiscales fueron ganando un poder mayor, con la posibilidad de ejercer cierta discrecionalidad (1990, 173, nota 3).

tortura, los juicios y jueces de paz, etc⁵⁶¹. El Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia de 1844 se ocupaba, entre otros temas, de los jueces, los promotores fiscales, los abogados, los alcaides de las cárceles de partido, y las visitas semanales a las cárceles para poder escuchar las reclamaciones y peticiones de los presos. (Escudero 1985, 957-61).

La Constitución de 1869 estableció el ingreso en la carrera judicial por oposición. La LOPJ de 1870 reguló el régimen de acceso a la judicatura a donde llegarían “los más aptos y más dignos”. Creó los jueces municipales en cada término municipal⁵⁶², los de instrucción en cada circunscripción, los Tribunales de partido, las Audiencias en cada distrito y en la capital del país el Tribunal Supremo. En 1882 se publicó la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, estableciendo 95 tribunales colegiados, como única instancia para atender las causas delictivas en un juicio oral y público. Los jueces de primera instancia desempeñaban la función de jueces de instrucción (Escudero 1985, 962-6). Más tarde, la Ley 6/1985 del Poder Judicial sustituyó a la de 1870 y a la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 1944⁵⁶³.

⁵⁶¹ Véanse las Partes Tercera y Quinta.

⁵⁶² Su cargo era bienal y obligatorio. Debían saber leer y escribir y ser vecinos del pueblo.

⁵⁶³ Para una lista de las modificaciones y leyes posteriores, véase Moreno Catena (1995b, 12). Actualmente se elabora un Libro Blanco sobre la justicia, véanse las referencias en la Parte Tercera.

6. LAS SOCIEDADES POSMODERNAS

Una vez que me he referido de manera breve a los cambios producidos con la introducción del Estado liberal y su desarrollo hacia un Estado Social democrático y de Derecho, analizaré ahora unas notas de lo que entiendo por sociedades posmodernas. Selznick explica que la evolución de la sociedad moderna está marcada por dos tendencias maestras (1963, 80): la masificación y la centralización-burocratización. Se advierten conflictos porque en una sociedad de masas existe aparentemente más libertad y participación, pero la centralización fomenta las dependencias y los controles formales, mientras que debilita los informales -aunque, al mismo tiempo, se fortalece el papel de las empresas transnacionales y los medios de comunicación como agencias de control-. Por sociedades posmodernas entiendo las actuales, en las que se perciben una serie de cambios y crisis, a los que difícilmente pueden dar respuesta las certezas de las llamadas sociedades contemporáneas. En relación con las tesis de Habermas, Martínez Velasco afirma que el orden de hoy acepta lo variable, lo contingente, lo inesencial, la razón y la libertad de la norma y la espontaneidad. El desorden no se opone al orden, sino que se distingue de otros órdenes (1993, 127)⁵⁶⁴.

A pesar de las tendencias de futuro que detallaré más adelante, no cabe olvidar cuál es la vida cotidiana policial, judicial y carcelaria, por lo

⁵⁶⁴ Sobre el significado del posmodernismo desde diferentes ópticas, véase Docherty (1993). En cuanto a las sociedades posmodernas, afectadas por un cambio de paradigma cultural de inciertos comienzos, en relación con la obra de Jean François Lyotard, vid. Pérez Luño (1997, 123-4). Sobre el posmodernismo, que nada tiene que ver con las tesis de Lyotard, en el sentido de resistencia ante modelos de la modernidad que resultan insuficientes para los problemas actuales, véase la interpretación de Santos (1997) y el comentario al respecto de Bernard (1995). Para una dura crítica del posmodernismo desde el punto de vista epistemológico, vid. Scheff (1995, 160).

que trataré de perfilar su situación actual⁵⁶⁵, en la que habrán de insertarse los proyectos de mediación que se proponen desde la política criminal.

⁵⁶⁵ Véanse, desde una perspectiva comparada, Fijnaut y otros (1995).

6. 1 ALGUNAS CIFRAS RELATIVAS A LA CRIMINALIDAD REGISTRADA EN ESPAÑA

Según datos policiales del Ministerio del Interior⁵⁶⁶, en comparación con Europa, nuestros índices delictivos se encuentran entre los más bajos. Por ejemplo, el de Madrid se sitúa por debajo del de la mayoría de las capitales del mundo desarrollado. La España interior menos urbanizada -con la excepción de Madrid-, tiene tasas por debajo de los 15 delitos por mil habitantes (según la población censada, a la que habría que añadir datos relativos a la inmigración y al turismo). La cornisa cantábrica está en torno al 15 y la franja mediterránea entre los 20 y 30 delitos por mil habitantes⁵⁶⁷. Dicha fuente atribuye el fuerte incremento de la criminalidad, en 1987, a razones sociodemográficas (a una proporción alta de individuos entre 20 y 30 años, que constituyen las “edades de mayor peligrosidad delictiva”, muchos de ellos eran hijos de personas que emigraron del campo a la ciudad) y a una reordenación de los programas estadísticos. En todo caso, el pico más alto se alcanza en 1989 y se mantiene estable a partir de 1990, con tendencia a

⁵⁶⁶ Véase su página Web en <http://www.mir.es>. De acuerdo con datos del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, la Ertzaintza detuvo a 7.356 personas en relación con la comisión de delitos en 1996. Un 37% de los detenidos lo fueron respecto de delitos contra el patrimonio, siguiéndoles en porcentaje los que afectan a la seguridad colectiva y al orden público. Asimismo, se registraron alrededor de 60.000 denuncias, de las que más de 43.000 correspondieron a delitos de robo y 6.666 se referían a faltas. La Ertzaintza realizó casi 10.000 atestados, de los que 7.665 fueron de oficio y 2.319, a instancia de parte, correspondiendo principalmente a delitos contra el patrimonio (El País, País Vasco, 12 de agosto de 1997, p. 3; Gobierno Vasco 1997).

⁵⁶⁷ Vuelvo a recordar las imprecisiones en que pueden caer las estadísticas sobre el delito en España ante el laberinto de Administraciones y otros problemas, al respecto Moya (1997) y Stangeland (1995). La insuficiencia e incoherencia de algunos datos justifica la incapacidad de realizar una tabla comparativa adecuada, por lo que incluyo las cifras en forma de texto. Cfr., en relación con 1994, Secretaría Técnica (1996), las estadísticas de la criminalidad elaboradas por la Comisaría General de Policía Judicial y, en general, las Memorias de la Fiscalía General del Estado. Sobre la distribución regional del delito, vid. Herrero (1990) y, comparando con Alemania y Francia, Kury, Obergfell-Fuchs y Würger (1994).

la baja. Sobre las características de la delincuencia, se resalta el predominio indiscutible del pequeño delito contra la propiedad, relacionado con las altas tasas de paro y el consumo de estupefacientes. Per Stangeland explica el menor número de delitos violentos en España aludiendo a tres hipótesis: el papel de la familia afectiva, que supone un apoyo duradero; el autocontrol en el consumo de alcohol; y la no disponibilidad de armas (1995).

A continuación, señalaré datos más precisos, contenidos en el último Anuario estadístico publicado por el Ministerio del Interior, relativo a 1995. En dicho año, los delitos y faltas registrados por la Policía Nacional y la Guardia Civil ascendieron a 1. 603.182⁵⁶⁸, de los cuales sólo un 25,72% fueron esclarecidos⁵⁶⁹ y se detuvo a 287.604 personas -descendiendo las detenciones en un 3,41% respecto del año anterior⁵⁷⁰-. Se registraron 777.953 delitos y 694.918 faltas⁵⁷¹, la mayoría contra la propiedad. En el caso de los delitos, el número mayor correspondía a robos con fuerza en las cosas -principalmente en domicilios con fractura de puerta o ventana-, en los que se daban los porcentajes más bajos de esclarecimiento (10,58%). En comparación, se

⁵⁶⁸ Haré referencia a delitos y faltas globalmente, aunque en realidad se trata fundamentalmente de actuaciones de oficio, sin perjuicio de la calificación judicial posterior.

⁵⁶⁹ Este porcentaje se incrementa respecto de los delitos contra la libertad sexual, de los que la policía tuvo conocimiento en 6.952 casos. Sobre los problemas de investigación respecto de la cifra negra, vid. Coleman y Moynihan (1996). Cabe destacar, que el 25,78% del total de detenidos eran extranjeros.

⁵⁷⁰ Un número muy importante de detenciones no tuvieron que ver estrictamente con delitos o faltas cometidos en ese año. Alrededor de un 13% lo fueron por ser reclamados por una autoridad judicial o por la Interpol y un 14,9% por "motivos indefinidos" (Valenzuela 1996, 56). Alrededor de un 10% de todos los detenidos en 1995 eran mujeres.

⁵⁷¹ Aquí encuentro una primera contradicción respecto del artículo de Valenzuela (1996), entonces Director de Programas Estadísticos de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, quien señala un registro para 1995 de 908.264 delitos, mientras que el número de faltas coincide.

registraron 19.076 delitos contra la seguridad en el tráfico -constatándose un aumento considerable-, 15.264 de tráfico de drogas⁵⁷² y 13.835 delitos contra las personas. En cuanto a las faltas, 545.788 lo fueron contra la propiedad -fundamentalmente hurtos- y 143.999 contra las personas. Se percibe un aumento del 23,4% en el número de faltas de 1990 a 1995, lo que quizá puede relacionarse con la aumento de criminalidad registrada por la Guardia Civil en las áreas rurales.

⁵⁷² Se detuvieron a 44.318 personas de los que 4.223 eran extranjeros.

Se registraron 697 homicidios (de los que 436 fueron frustrados o intentados), 116 asesinatos (40 frustrados o intentados) y 136 parricidios (67 frustrados o intentados)⁵⁷³. Los robos con violencia o intimidación, la mayoría en la vía pública y empleando armas blancas, fueron 58.410⁵⁷⁴. Se recogieron 6.952 delitos contra la libertad sexual (1.723 violaciones y 3.055 agresiones sexuales). Respecto de lo que se cataloga como delincuencia económica, se registraron 10.327 estafas, 5.615 apropiaciones indebidas y 4.594 expediciones de cheque en descubierto. Por otra parte, se detallan 153 delitos contra el medio ambiente y 1.679 incendios forestales. Se cometieron 106 delitos de terrorismo (de los que 9 fueron frustrados o intentados), con un índice de esclarecimiento del 31,13%⁵⁷⁵.

Además, hubo 5.962 abandonos de familia. En concreto, en lo relativo a lesiones en el ámbito familiar -fundamentalmente en el domicilio por parte del marido-, se constatan 2.079 delitos y 18.110 faltas, aunque se estima que sólo se denuncia el 5% de la violencia contra las mujeres en el seno de la familia (El País, 26 de noviembre de 1996, p. 30), al mismo tiempo se estima que una mujer es asesinada cada semana en España por el cónyuge celoso o despechado, con una proporción preocupante de miembros o ex-miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad -generalmente disponiendo de armas- (El País, 19 de mayo de 1997, p. 26).

⁵⁷³ Para una comparación sobre los homicidios en el seno de la familia, vid. Goetting (1995) y, en general, McCall y Cohen (1990) y la revista, cuya publicación se inició en 1997 en la editorial Sage, *Homicide Studies*. Puede tenerse en cuenta que en 1995 murieron 5.751 personas en accidentes de circulación y 121.432 resultaron heridas.

⁵⁷⁴ Cfr., en comparación con Bélgica, respecto de este tipo de delitos Goethals y Peters (1992).

⁵⁷⁵ Para datos relativos a años anteriores, vid. *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 2, de 1992, p. 1.014 y ss.

Resulta interesante destacar que en los robos con violencia registrados, un 5,5% de las víctimas tenían alguna relación con el autor (padre/madre; hijo; cónyuge; pariente; laboral; escolar; amistad; casual, etc.). Los porcentajes eran de un 57,29% para las violaciones⁵⁷⁶, de un 60,06% para las lesiones, de un 61,02% para los homicidios y de un 63,47% para los asesinatos.

⁵⁷⁶ Analizando estos datos, vid. Fuertes (1995). Cfr. con el estudio jurisprudencial de Fernández Ramos y otros (1988). Por otra parte, según un informe presentado en mayo de 1996, la Federación de Asistencia a Mujeres Violadas, estima en un 31% los abusos a menores que se producen en la familia.

En lo que se refiere a los tribunales, según la Memoria del CGPJ relativa a 1995 -sin grandes variaciones respecto del año anterior-, durante 1995 se ingresaron en la Sala Segunda del Tribunal Supremo 4.995 asuntos -estando pendientes al inicio del año 2.897-. En la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se ingresaron o reabrieron 1.275 asuntos -358 pendientes-; en el Juzgado Central de lo Penal 84 -31 pendientes-; y en los Juzgados Centrales de Instrucción 3.470 -1.510 pendientes-. En todos los Tribunales Superiores de Justicia se registraron 428 asuntos penales -137 pendientes-. En las Audiencias Provinciales se ingresaron o reabrieron 83.096 -estando pendientes 18.626-⁵⁷⁷. En la jurisdicción penal relativa a los Juzgados de Instrucción se ingresaron 3.727.328 asuntos (que se repartieron entre: 3.739 sumarios; 2.727.059 diligencias previas; 168.574 procedimientos abreviados; 520.506 juicios de faltas⁵⁷⁸; 2.668 habeas corpus; y 304.782 otros)⁵⁷⁹. El número

⁵⁷⁷ De acuerdo con las estadísticas del INE, relativas a 1994, de las 16.782 causas despachadas en las audiencias provinciales de todo el Estado, la mayoría, 10.328 lo fueron con sentencia condenatoria, mientras que en 1.382 hubo sobreseimiento libre o provisional. Ya que las estadísticas citadas no realizan una distinción, indican, conjuntamente, para Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción, que la mayoría de los delitos apreciados en 1994 (109.753) fueron contra la propiedad (53.574), seguidos de los delitos contra la seguridad del tráfico y la salud pública (28.067).

⁵⁷⁸ Debe recordarse que los Juzgados de paz también tratan de los juicios de faltas, pero no existe publicación alguna del CGPJ que recoja las estadísticas relativas a los Juzgados de paz. Únicamente puede acudir a las últimas estadísticas judiciales, del INE (1996), referentes al año 1994. En ellas se indica que, en dicho año, se incoaron 8.492 juicios de faltas, siendo resueltos por sentencia 1.616 -587 condenatorias, de las que 384 lo fueron por faltas contra las personas, 121 contra el orden público y 50 contra la propiedad-. De los 1.730 acusados, 1.348 eran varones. Como contraste antes de la entrada en vigor de la LO 3/89, de actualización del CP, en 1989 se incoaron 1.408.006 juicios de faltas, condenándose a 175.234 personas, por lo que puede apreciarse el efecto despenalizador de dicha ley.

⁵⁷⁹ De acuerdo con las estadísticas del INE, relativas a 1994, los Juzgados de Instrucción procesaron a 6.280 varones y 1.145 mujeres. De los 466.390 juicios de faltas incoados, se resolvieron por sentencia 203.327. En 91.872 fue condenatoria, la mayoría por faltas contra las personas (55.822), seguidas por faltas contra la propiedad (24.510) (INE 1996, 21).

de asuntos registrados y reabiertos en los Juzgados de lo Penal fue de 137.807 -estando pendientes 103.401 al inicio del año-⁵⁸⁰.

En lo que respecta al sistema penitenciario, tras un incremento sostenido desde 1980, llegando a un máximo de 48.201 internos en 1994, se produce en 1995 un ligero descenso (45.198), que se acentúa en 1996 (44.312), como consecuencia de la aplicación del NCP. Según los últimos datos disponibles de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁵⁸¹, el 4 de abril de 1997, se encontraban 43.501 personas en prisión en todo el Estado, de las que un 25,37% eran preventivos y un 74,62% penados. Del total, un 86,57% eran hombres y un 9,44% mujeres⁵⁸². La mayoría (9.173) estaban internos en cárceles andaluzas, 7.053 en madrileñas y 6.172 en catalanas.

⁵⁸⁰ En comparación con otros asuntos, téngase en cuenta que en la Sala Civil del Tribunal Supremo se ingresaron 3.782 asuntos, en la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 13.439 casos, en los Tribunales Superiores de Justicia, 133. En las Audiencias Provinciales 101.882, en los Juzgados de primera instancia y familia 636.652. Cabe recordar que la mayor parte de los casos civiles que llegan a los juzgados se tramitan, mientras que muchos en la vía penal acaban con sobreseimiento por no conocimiento del autor.

⁵⁸¹ Véase la página Web del Ministerio del Interior en <http://www.mir.es>.

⁵⁸² Sobre las mujeres, vid. Bona (1996). Véase de forma comparativa las estadísticas referidas a 1992 del Consejo de Europa, recogidas en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, número 246 de 1995 (p. 113-47). Asimismo, pueden consultarse las referentes a 1993 y 1994, en el *Bulletin d'information pénologique*, n. 19-20.

Teniendo en cuenta los datos de 1997, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias traza el siguiente perfil del recluso: varón joven -edad media de 29 años, aunque con tendencia a un envejecimiento de la población penitenciaria-, con estudios primarios incompletos -10,1% analfabetos totales y 19,07 funcionales-, en paro -un 49,6% se encontraban trabajando en el momento de ingresar-, con relativa estabilidad familiar -un 84,2% convivían con su pareja u otros familiares en el momento del ingreso- y con ingresos familiares superiores al salario mínimo (aproximadamente en un 49% de casos; e inferiores en un 30%) (Gor 1995, 134). Además, cifras no oficiales recientes indican que el 58% de los internos están afectados de Sida. Las oficiales hablan de un porcentaje de 15-35% de hombres, infectados en cada institución, y de más de un 30% de portadores. Para las mujeres sería de un 6-10% de infectadas y un 20-22% de portadoras (Esteban 1996)⁵⁸³. En todo caso, el modelo de perfil resulta insuficiente porque en su generalización olvida la problemática de los menores -aunque cuando entre en vigor la ley reguladora de la justicia de menores, dejarán de ingresar menores de 18 años-, los extranjeros, las mujeres, etc. En definitiva, seres humanos que escapan de las clasificaciones sociales y que se encuentran en un sistema carcelario que tiende, en general, a reproducir las discriminaciones ya sufridas en la sociedad. Se aprecia así un incremento creciente del número de mujeres y extranjeros⁵⁸⁴. La mayoría de las mujeres (aproximadamente un 56%⁵⁸⁵) se

⁵⁸³ Este farmacéutico, que trabaja en Instituciones Penitenciarias, indica que en los psiquiátricos penitenciarios, como el de Alicante, a pesar de la robotización que producen los tratamientos antipsicóticos, la tasa de infección de Sida, en 1996, rondaba el 17%. Un enfermo de Sida necesita diariamente más de 20.000 pesetas en medicamentos para mantener unos mínimos niveles de vida (Esteban 1996, 67).

⁵⁸⁴ Se aprecia un aumento considerable desde 1990, con un ligerísimo descenso en 1994, cuando en la Administración central se registran 6.420 personas extranjeras. Véase Giménez-Salinas (1994).

⁵⁸⁵ Estos datos no tienen en cuenta la Administración catalana.

encuentran en prisión por delitos contra la salud pública (frente a un 28% de varones).

Según la Memoria de Actividad de 1994, de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, en dicho años disminuyeron en términos absolutos la población penada por delitos contra la propiedad y el tráfico de drogas -aunque siguen representando la mayoría de las condenas (14.684 y 9.295 respectivamente)-, experimentando un incremento superior al medio los delitos contra la seguridad exterior (39), la administración de justicia (86), los cometidos por funcionarios públicos (29) y contra la libertad sexual (1.344). 2.370 personas estaban condenadas por delitos contra las personas.

6. 2 TENDENCIAS RELATIVAS AL SISTEMA PENAL

Ante las revoluciones actuales microelectrónica, microbiológica y energética -con sus repercusiones financieras y culturales-, diversos sociólogos afirman que nos encontramos ante un cambio global similar al de la transición de las sociedades agrarias a las sociedades industriales (Tezanos, Montero y Díaz 1997). Estas palabras grandilocuentes contrastan con la cotidianidad del sistema penal, expuesta someramente en las cifras anteriores. En todo caso, sin olvidarla, la penalidad posmoderna se enmarca, en mi opinión⁵⁸⁶ -teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en la Primera Parte- en las siguientes cuatro tendencias⁵⁸⁷: 1. Búsqueda de legitimación y énfasis en las alternativas a la prisión; 2. Protección de los derechos humanos y colaboración internacional en materia penal; 3.

⁵⁸⁶ Cfr. Chaves (1996).

⁵⁸⁷ Cfr. Bustos sobre la evolución del Estado absoluto, democrático de Derecho, intervencionista, de bienestar y neoliberal (1994, 8-29).

Desformalización; 4. Invisibilidad de la exclusión social en la sociedad global.

1.- *Búsqueda de legitimación y énfasis en las alternativas a la prisión*, ante la crisis de las ideas de la Ilustración⁵⁸⁸. Con el cuestionamiento del Estado del Bienestar, reflejado también en la crisis de la prisión, en las sociedades posmodernas parecen no existir ya creencias sociales o religiosas compartidas por todos y se enfatiza el individualismo⁵⁸⁹. Sin embargo, en un análisis más complejo se observa cómo las familias nucleares se insertan en redes amplias, poco visibles, de parentesco; en algunos países -como EE.UU.- la religión sigue representando un papel importante y crecen las actividades asociativas de los individuos⁵⁹⁰.

Además, entre las funciones del Estado mínimo propuesto por las corrientes neoliberales se encuentra la protección de la seguridad ciudadana. Esto puede relacionarse con lo que Muñoz Conde considera la tendencia a la funcionalización del Derecho penal moderno, aunque ésta afecta especialmente a las conductas relacionadas con los avances científicos y técnicos, que conllevan la utilización de normas penales en blanco y delitos de peligro abstracto (1996b, 8-9). Al mismo tiempo, puede pensarse en el énfasis por

⁵⁸⁸ Sobre la crítica actual a las ideas de la Ilustración y la racionalidad, cfr., dentro de la Escuela de Frankfurt, Horkheimer y Adorno (1994) y Benjamin (Buck-Morss 1995). Sobre la importancia de la racionalidad y de las emociones y sentimientos -como la compasión, la tolerancia, el miedo- en una revisión “íntima” de la historia, véase Zeldin (1996).

⁵⁸⁹ Sykes ha escrito un libro sobre EE.UU. como la nación de víctimas, en que afirma: “Una comunidad de ciudadanos interdependientes ha sido sustituida por una sociedad de individuos resentidos, competitivos e interesados en sí mismos, que han vestido sus ojos con el traje del victimismo” (véase en Sumner 1994, 312). Sobre los orígenes del individualismo en Europa, vid. Gurevich (1997).

⁵⁹⁰ Para un estudio de este tipo, vid. Tezanos, Montero y Díaz (1997), donde se incluye un bloque sobre la desorganización y anomía social, agrupando tendencias como el aumento de suicidios, delincuencia, consumo de drogas psicotrópicas y trastornos emocionales.

la prevención, más que en la reacción, reduciendo los riesgos de victimación y las posibilidades de la comisión de delitos.

La cárcel nació como alternativa más humana, pero, paralelamente, ha ido sustituyendo otras formas de control de los conflictos que no eran necesariamente peores (Bovino 1992, 269) y, en todo caso, ofrecían una mayor diversidad. Me interesa aquí destacar la crisis de la prisión en cuanto a la imposibilidad práctica de resocializar en un ambiente que Goffman describió como institución total. Las características centrales de este tipo de instituciones son cuatro: la ruptura de las fronteras, espaciales y de autoridad, que normalmente separan las distintas esferas de la vida (el juego, el sueño, el trabajo...); la realización de las mismas actividades de forma igual por muchas personas; la programación jerarquizada de la vida; y el diseño de un plan racional para cumplir funciones oficiales de la institución (1991, 17). En resumen, se trata del tratamiento de un gran número de necesidades humanas por una sola organización burocrática. En un ambiente de desconfianzas entre internos, y entre internos y funcionarios, se da lo que Morgan ha denominado un consenso coaccionado para llevar a cabo la rutina diaria (1994, 927-8), sin referirse a los fines teóricos de la prisión (prevención general y especial) (Finkelstein 1993, 173)⁵⁹¹. La distribución de los espacios y tiempos, definidores del internamiento, provocan en el interno -y de alguna manera también en el funcionario-, a pesar de su adaptación⁵⁹², consecuencias de tipo somático y psicosocial descritas, entre

⁵⁹¹ En 1994 se registraron en la Administración penitenciaria estatal 23 suicidios de internos, 4 muertes violentas, 20 por sobredosis, 74 agresiones a funcionarios y 109 a internos. Según la Memoria de Actividad de 1994 de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, comparativamente con años anteriores y teniendo en cuenta el aumento de la población penitenciaria, se observa una tendencia a una menor conflictividad.

⁵⁹² Sobre la capacidad de adaptación -que, en parte, tiene su expresión en los fenómenos de la prisionización y las subculturas-, en ocasiones minusvalorada, vid. Elzo (1996, 119) y, en el ámbito anglosajón Goodstein y Wright (1989a y b).

otros, por Valverde (1991, 100). Recogiendo historias de vida de internos en nuestro país, se constata cómo la cárcel genera sentimientos de soledad, tristeza, humillación y frustración que se relacionan con los de venganza⁵⁹³. Estas constataciones deben fomentar, a mi modo de ver, el énfasis en la reducción del recurso de la prisión y en la normalización de la misma (mantenimiento de los lazos con el exterior y conservación de la propia identidad en el interior), más que en una extensión en la juridificación de los derechos de los internos⁵⁹⁴.

El Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, aprobado por el gobierno en julio de 1991, aunque pretendía explícitamente que “el edificio penitenciario sea permeable a la sociedad”, así como cubrir el déficit de plazas y ahorrar gastos (Ministerio de Justicia e Interior 1995a, 8), realmente no contribuye a dicha normalización. Los centros-tipo, en su concepción de “núcleo urbano autosuficiente” o “ciudad penitenciaria” difícilmente conjugarán la autarquía con la normalización. Quizá la entrada de programas de mediación en la cárcel sí pueda fomentar dicha permeabilidad.

⁵⁹³ Esto depende en cierta medida del tiempo pasado en prisión y del apoyo dentro de la misma, así como del carácter individual. Para Ander, interno de 30 años: “La cárcel es como la calle en reducido, es una sociedad en la que cada uno se marca su sitio o su terreno o su manera de ser y depende de cómo seas te van a tratar los demás... Igual que aquí en la calle” (Elzo 1996, 136).

⁵⁹⁴ Curiosamente, en la actualidad, sólo existe el debate público y político de la normalización, respecto de los presos de la organización terrorista ETA, olvidándose de todos los demás.

En todo caso, comparto la opinión de Sykes cuando, desde una perspectiva estructural-funcionalista de la prisión, afirma que el motivo del fracaso de los estudios académicos para crear algo mejor que la prisión reside en su falta de entendimiento de la demanda pública de retribución (1995, 84). Así Zaffaroni dice: “Coincidimos con Christie en que el sistema penal y la idea de venganza que los sustenta está en la matriz genética de la sociedad industrial, junto con la parcialización del conocimiento (saber para poder) y a la imagen de progreso indefinido y tiempo lineal” (1993). La prisión sigue siendo, en parte, un instrumento de retribución, siendo éste un sentimiento cotidiano, compartido incluso por los mismos reclusos hacia otras personas. En todo caso, también existen estudios resaltando que, cuando a las personas se les da la oportunidad de elegir, no son retribucionistas⁵⁹⁵. Además a la idea de retribución, puede unirse la de seguridad, demandada por el público en general. Según una investigación sobre el clima social carcelario, llevada a cabo por Baratta y Meßner (1990), esta institución actúa como un gran mecanismo irracional de defensa contra el miedo.

En relación con el paradigma rehabilitador, como indica Alessandro Baratta, la reforma de los sistemas penitenciarios que se produjo a mediados de los años setenta en países como Alemania occidental o Italia, se hizo bajo la idea de la resocialización o el tratamiento reeducativo como finalidad de la pena. Sin embargo, este paradigma se encontraba ya cuestionado a finales de los ochenta, uniéndose a la crisis fiscal del Estado de Bienestar que se iba orientando hacia la prevención especial negativa e incluso hacia concepciones retributivas absolutas. Dicho cuestionamiento no ha supuesto una renuncia total al mismo, lo que puede observarse de manera diferente en cada país. Pero el mantenimiento de la resocialización como ideal supone, para

⁵⁹⁵ Véanse en la Parte Tercera en referencia a las víctimas, particularmente las investigaciones de Sessar sobre opinión pública en Alemania.

Baratta en una interpretación desde la Criminología crítica, una falacia idealista, ya que se trata de un principio normativo imposible de realizarse. Por otra parte, las tesis retribucionistas incurren en una falacia naturalista, elevando los hechos a normas. Según este autor: “Se puede y se debe escapar tanto de la falacia naturalista como de la idealista.” Habría que reconstruir la reintegración social sobre una base diferente. Baratta prefiere el concepto “reintegración” ya que éste “...requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel *se reconozcan* en la sociedad externa y la sociedad externa *se reconozca* en la cárcel”⁵⁹⁶ (1991, 156), lo cual implica una transformación de la sociedad y la realización de un programa concreto de actuación⁵⁹⁷. Este programa compete a toda la sociedad no estando delegado o reservado a los técnicos, por lo que se apuesta por una “destecnificación”, aunque no de los operadores profesionales, sino de la cuestión carcelaria en sí misma (1991, 163-4).

⁵⁹⁶ Las cursivas son del autor.

⁵⁹⁷ Sobre los diez puntos del mismo, véase Baratta (1991, 157-164).

Considerando la condición posmoderna fragmentada, el criminólogo holandés Hans Boutellier sostuvo -en una obra publicada en 1993- que los estándares normativos se orientan ahora hacia la posición de la víctima como nueva legitimación para la intervención del Derecho penal y del Trabajo social⁵⁹⁸. Aquí tenemos que tener en cuenta cuestiones de identificación ante el sentimiento de inseguridad y los nuevos equilibrios entre derecho y moralidad (1996, 8). Van Swaaningen presenta y comparte esta afirmación, reconsiderando el enfoque feminista que, en su opinión, no puede limitarse a una defensa ciega en favor de la víctima (mujer). Si así lo hiciera, ayudaría a consolidar su dependencia respecto de los sistemas de profesionales, y olvidaría los intereses colectivos, base de toda justicia social (1994)⁵⁹⁹.

Por su parte, Steven Spitzer ha destacado la posibilidad de estudiar las dimensiones del control social en relación con las percepciones del tiempo y del espacio. En concreto se refiere al auge y caída de los sistemas de responsabilidad basados en la unión del autor con su acto, en un intento de establecer una continuidad temporal entre el pasado del autor y su ofensa presente⁶⁰⁰ (1995, 17-8). Precisamente la filosofía de la justicia restaurativa busca no centrarse en el pasado, sino en el futuro, a través de una reparación presente.

⁵⁹⁸ Sobre “los últimos días de la víctima” o la revalorización del rol del ofendido, véanse, Fernández y Jorge (1993).

⁵⁹⁹ Van Swaaningen aboga por la creación de estructuras procesales más acusatorias donde se dé un equilibrio de poder entre las partes, acercándose al modelo civil. Un juez cuidaría de la proporcionalidad, pero no buscaría la verdad, sino facilitar el encuentro de soluciones. Se deberían introducir elementos narrativos en el discurso jurídico y enfatizar la legitimación sustancial en el postulado habermasiano de la comunicación ideal (1994).

⁶⁰⁰ Sobre la metamorfosis del concepto de responsabilidad (civil y penal), desde un punto de vista cultural -y teniendo en cuenta fundamentalmente la legislación francesa-, véanse Tunc (1996), Monier (1996), Labrusse-Riou (1996) y Courtois (1996).

Por otra parte, en la intervención penal estatal se cuestionan los conceptos público/privado, en relación con la llamada “reprivatización”⁶⁰¹. Según Black (1993, 140-1), los conflictos se han individualizado. Al disminuir la proximidad social, se ha comercializado la participación o ayuda en los conflictos a través de los abogados. Incluso esta ayuda deviene un servicio público. Ahora es el Estado y no la familia, los amigos o vecinos quien decide si un daño merece compensación y si una persona merece violencia o privación. Los débiles son ahora, según Black, no los que carecen de familia, sino los que carecen de la protección del Estado⁶⁰². Conforme a Manzanos, el Estado “social” actual se caracterizaría por tres elementos: su carácter penetrante; su consolidación como único representante legítimo de la sociedad y la monopolización del uso de la violencia (1995, 99, 102 y 104)⁶⁰³.

En lo relativo al énfasis en las *alternativas en la comunidad*, me remito a la Parte Primera. En todo caso, cabe recordar que, por un lado, está el término comunidad como sociedad más cercana y, por otro, como coexistencia grupal. Mosconi se refiere a esto último cuando habla de las comunidades terapéuticas: “síntesis de la retórica de tipo familiar y del control total

⁶⁰¹ Lo que afecta también a la gestión de las prisiones.

⁶⁰² Sobre el Derecho penal como derecho público, reconociendo el dualismo Estado-sociedad civil, véanse Jescheck (1993, 13-4) y Zaffaroni (1980, 32-9). En relación con la reprivatización del control social, Trenczek (1992), Albrecht (1994), Walter y Schuldzinski (1992), Beste (1986, 1989, 1990), Frehsee (1986), Hartmann (1995), Driebold (1990), Bussmann (1989), Zauberman y Robert (1990), Weitekamp (1990b), Scheerer (1989), van Dijk (1994), Ziegenhagen (1977), Christie (1992), Hallett (1994), Robert y van Outrive (1993), Boisvert y Benyekhlef (1990), Musheno (1990), Dingwall (1988), Barcellona (1992) y Merry (1993).

⁶⁰³ Para Manzanos, institucionalizar la marginación es diseñar formas justificativas de las respuestas coactivas. Estas pueden ser excluyentes o inclusivas (comunitarias). Las excluyentes se producen como forma de control al no funcionar las formas de integración social (laboral, familiar, educacional...). Se dan principalmente en el Estado “social”, aunque en los siglos XVII a XIX las respuestas institucionales de tipo cerrado y excluyente (asilos, correccionales, etc.) ya se habían generalizado.

sobre los pensamientos y comportamiento de sus invitados”. Supone un modelo de control difuso e informal (1995c, 153)⁶⁰⁴.

2- La *protección de los derechos humanos y la colaboración internacional en materia penal*. En las Partes Tercera y Cuarta me referiré a la multiplicación de los derechos humanos. En el proceso de su internacionalización, tras la II Guerra Mundial, encontramos mecanismos de protección que incluyen la conciliación, así en la Carta Africana de Derechos Humanos⁶⁰⁵ y el CEDH -donde inicialmente se pensó que, tras la admisión de una demanda, el papel de la Comisión sería más el de llegar a un acuerdo que el de emitir una decisión jurídica⁶⁰⁶-.

⁶⁰⁴ En Italia, según Di Lazzaro, Mosconi y Pavarini, las alternativas a la cárcel, son -como indicaba Bricola en 1977- más bien alternativas basadas en ella. Las designan, por tanto, como alternativas “encarceladoras” (1995, 204).

⁶⁰⁵ Cfr. Weston (1985).

⁶⁰⁶ Sobre el concepto de víctima, según el art. 25 CEDH, véase Rogge (1988).

Sin embargo, en general, el sistema internacional de derechos humanos no recoge un estilo conciliatorio, sino que pide la extensión del sistema estatal. Se demandan vías retributivas para responder a las macrovictimaciones, aunque se habla de la “justicia para el restablecimiento de la paz”, por ejemplo, a través de un tribunal penal internacional⁶⁰⁷. Todo ello sin perjuicio de que surjan modelos para hacer frente al pasado mediante procedimientos no estrictamente jurídicos, sino de conciliación, reconocimiento o descubrimiento de la verdad, por ejemplo en cuanto a la transición de regímenes políticos⁶⁰⁸.

En cualquier tipo de estos procedimientos se está enfatizando cada vez más la cuestión de la reparación a las víctimas (véase la Declaración de Viena), aunque en el caso del Tribunal de la ex-Yugoslavia la acción civil es independiente. Según la norma 106 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, adoptadas de acuerdo con el art. 15 del Estatuto del Tribunal,

⁶⁰⁷ Cfr. la opinión de Amnistía Internacional de que la impunidad constituye una de las primeras causas de las violaciones de los derechos humanos: “los crímenes sin castigo suelen castigarnos con nuevos crímenes” (Díaz 1997, 150). Se habla, asimismo, de la necesidad de prisiones de Naciones Unidas o que cuenten con su colaboración, por ejemplo, respecto de la actividad del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, que a diferencia del relativo a lo que fue Yugoslavia, en agosto de 1996, no contaba con ninguna oferta de plazas de cárcel de otro país.

⁶⁰⁸ Cfr. Jakobs (1994) y Huyse (1995), quienes proponen variables explicativas sobre la elección de distintas reacciones como pueden ser el procesamiento penal, la inhabilitación de elites anteriores, la amnistía, la formación de una comisión de la verdad, la compensación estatal o la exigencia de responsabilidad civil. El transcurso del tiempo parece tener una especial relevancia en cuanto que los procedimientos legales hayan prescrito o finalizado, asimismo, crea nexos de unión entre generaciones. En este sentido puede recordarse la afirmación, contra la demanda de venganza, oída tras la caída de Robespierre, de que el pasado no nos pertenece a nosotros, sino sólo a nuestros descendientes. Se trata de reconocer que, en ocasiones, actuar conforme al pasado es enfermizo, porque en definitiva, como afirmaba Heidegger, nadie puede vengarse del pasado. Estas consideraciones se realizan en el sentido de una mayor adecuación de los procesos de transparencia o reconocimiento y reconciliación. Cfr., sobre Sudáfrica la Parte Tercera. En cuanto a procedimientos de mera denuncia, se tiene en cuenta que en el momento sociopolítico actual, el estigma de ser etiquetado como un violador de los derechos humanos es una de las pocas armas disponibles para distintas organizaciones en este campo (Chapman 1996, 38).

en vigor desde el 14 de marzo de 1994, el secretario transmitirá a las autoridades estatales competentes la sentencia vinculante que declare culpable al acusado por un delito que haya causado daño a una víctima, quien podrá ejercitar sus derechos ante un tribunal nacional u otro cuerpo competente para obtener reparación. En el ámbito de protección a las víctimas se establece (según la regla 34 una Unidad de Víctimas y Testigos, provista con personal cualificado, dando especial consideración al empleo de mujeres) que se recomendarán medidas de protección, según el art. 22 del Estatuto, y se les proporcionarán asesoramiento y apoyo, particularmente en casos de violación y agresión sexual.

En concreto, la *colaboración internacional* en materia penal⁶⁰⁹ incluye la armonización en el seno de diversos organismos. Las cuestiones debatidas en este trabajo encuentran también un espacio de discusión en los foros internacionales. El próximo 10º. Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes tiene entre sus principales temas de discusión “la prevención efectiva del delito” y “los autores y las víctimas: responsabilidad y justicia en el proceso”, junto con la “promoción del principio de legalidad” y la “cooperación internacional en la lucha contra el crimen transnacional”. Ello se conecta con el uso actual de la *nueva tecnología*⁶¹⁰ en la comisión de los delitos y la “lucha” contra ellos en la llamada sociedad global.

⁶⁰⁹ Sobre el Derecho criminal canónico como precursor de esta corriente de universalidad-internacionalidad y, en general, la idea de un *ius puniendi* internacional, vid. Beristain (1987, 30-1). Cfr. varios (1953).

⁶¹⁰ En un artículo reciente, un autor francés advertía sobre los avances en las comunicaciones y la creación de una frontera entre aquellos excluidos y los que se telecomunican. Estos últimos crean una cultura nómada, ya que se encuentran en su casa en todas partes, maximizando su tiempo en perjuicio del contacto en un espacio real: “Y al deslocalizar la proximidad verdadera de los individuos se pone en cuestión la propia supervivencia de la democracia” (Virilo 1996).

Además de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, desde la Unión Europea también se escuchan propuestas de armonización en materia penal⁶¹¹, incluso en aspectos concernientes al tema de esta investigación. Se han organizado varias conferencias que tratan de relacionar la prevención del delito con el llamado tercer pilar del Tratado de Maastricht, hoy ya revisado. Fuera de esto, existe la polémica propuesta de un *Corpus Juris* -o espacio jurídico europeo- mediante el cual se dispondrían de unas normas penales europeas -siendo las estatales subsidiarias- para la protección de los intereses financieros de la Unión. Esta propuesta -iniciada en 1995- se refleja en 35 artículos elaborados por diversos expertos, dirigidos por Mireille Delmas-Marty (1997). Entre ellos, cabe destacar el art. 18, el cual define la situación jurídica y la estructura de lo que sería la Fiscalía Europea (*Heuni Newsletter* 1997, julio, 18-20; 22-3).

⁶¹¹ Sobre los efectos del Derecho comunitario en el Derecho penal estatal, véase Nieto Martín (1994). Sobre las relaciones entre la Unión Europea y la articulación del control social, en general, Melossi (1997a). Respecto de la adopción del Plan de acción de prevención y control del crimen organizado, por el Consejo de la Unión Europea, reunido los días 16 y 17 de junio de 1997, *Heuni Newsletter* (1997, julio, 27-30).

Con el nuevo Tratado de Amsterdam, pendiente de su firma y ratificaciones, gran parte de la cooperación existente hasta ahora en materia de justicia y asuntos interiores (política de visados, permisos de residencia y procedimientos de asilo) se somete a las reglas comunitarias, y los acuerdos que regulan el espacio Schengen se integrarán en el Tratado. Además se mejorarán los mecanismos para una cooperación más eficaz en temas como la lucha contra el terrorismo, las drogas o el crimen organizado. Aunque los avances en la armonización en aspectos penales son lentos dada su conexión con la soberanía estatal, lo cierto es que también conllevan o conllevarán importantes consecuencias. Como afirma Gustavo Villapalos (1996, 16): "...el corte categorial que la Revolución francesa supuso en el derecho público, se está produciendo en todo el ordenamiento jurídico con la construcción del nuevo derecho europeo."

3 -Recepción de la *desformalización en los distintos ámbitos jurídicos*. Lo que denomino como "desformalización institucional" comenzó con la adopción de alternativas como el arbitraje. Podemos diferenciar aquí la esfera del derecho **privado** (civil, mercantil y laboral) y público (administrativo, político y penal). En el ámbito civil, en que fundamentalmente se trata de una justicia rogada o a instancia de parte, para Calvo Sánchez, el arbitraje regulado en la LA posee una naturaleza mixta, recogiendo tesis contractualistas y jurisdiccionalistas (1995, 219-20)⁶¹². El arbitraje ha sido especialmente desarrollado en el campo del consumo. El Informe del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 1994, se dedicaba expresamente a la promoción del acceso al arbitraje para resolver disputas jurídicas relativas al consumo (Jimeno

⁶¹² Sobre derecho comparado, véase Pedraz (1995, 31-2). Para una crítica a nuestra regulación del arbitraje, cfr. Pedraz (1995, 50-8), Calvo Sánchez (1995, 223-44) y Lercano (1996). Vid. la consideración de Saavedra del arbitraje como jurisdicción no estatal pero reconocida por el propio ordenamiento jurídico (1996, 222).

1996)⁶¹³. Ya nuestra Constitución, en su artículo 51 preveía procedimientos eficaces para proteger a los consumidores. La Ley de 1984 de Defensa de los Consumidores y Usuarios menciona en su art. 31. 2 un sistema de arbitraje gratuito⁶¹⁴, de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje de 1988⁶¹⁵. Los organismos de arbitraje locales están formados por representantes de las partes interesadas. Las decisiones de los árbitros son vinculantes y pueden adoptarse por derecho o equidad, según elijan las partes⁶¹⁶. Se excluyen casos de intoxicación, daños físicos, muertes y cualquier otros donde se den señales razonables de la comisión de un delito (art. 2. 1 LA), aunque en la práctica para supuestos menores esta limitación no parece ser tan estricta. En todo caso, pueden señalarse tres aspectos que permiten hablar de la interconexión entre la justicia formal, el arbitraje y otras alternativas informales. En primer lugar, algunos autores estiman que los asuntos importantes -normalmente definidos en términos económicos- deben tratarse en la justicia ordinaria, en busca de una seguridad jurídica⁶¹⁷.

⁶¹³ Véase la tesina de Iruñe Ondarza comparando dos oficinas municipales, en Vitoria y Turku (Finlandia), que ofrecen servicios de conciliación/mediación a los consumidores, aunque sin formación específica para ello (1996). En general, vid. Torres (1994), Corriente y otros (1991), Badenas (1993), Reyes (1996), Acosta (1995), Pizarro (1994), Sánchez Morón (1990) y Oller (1990).

⁶¹⁴ Vid. Real Decreto 636/1993. Para el País Vasco, vid. Ley 10/1981, reformada por el Decreto 2/1986.

⁶¹⁵ Esta Ley sustituyó a la de 1953. Sobre aspectos históricos en relación con el arbitraje, véanse Buigues (1990) y Merchán (1981).

⁶¹⁶ La Ley de 1988, supletoria respecto de aquellos campos civiles especiales donde se prevea el arbitraje -seguros privados, transportes, propiedad intelectual, cooperativas y arrendamientos urbanos (Lorca 1989)-, da prioridad al arbitraje de equidad (donde no se requieren abogados ni como árbitros ni como asesores).

⁶¹⁷ Sin embargo, existen empresas dedicadas a la mediación como *International Dispute Resolution Spain*, que recogen en el listado de ventajas de la mediación la eliminación de la incertidumbre de la justicia ordinaria, junto con un mayor control de los riesgos. La empresa privada mencionada fue creada en Oviedo (Asturias), aunque actúa en todo el país. Ofrecen mediadores y cursos para su formación, o simplemente información sobre las

En segundo lugar, algunos estudiosos del tema prefieren el término “Tribunal” al de “Junta” para referirse a los organismos de arbitraje (Díaz 1991, 126; 133-4). Finalmente, se dice que, en un gran número de casos, dichos organismos tratan primero de conciliar o mediar, antes de entrar en el arbitraje.

posibilidades de mediación en los campos administrativo, laboral, civil, mercantil e incluso penal (para delitos privados y semiprivados). Se contempla la mediación como alternativa a procesos judiciales o de arbitraje, aunque también se anuncia la ventaja de poder limitar los asuntos a tratar luego en un proceso judicial.

Según el art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Antes de promover un juicio, podrán intentarse la conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia o de Paz competente”, aunque sólo sobre las materias susceptibles de transacción o compromiso, de acuerdo con la ley. El demandante expondrá su reclamación y fundamentos, contestando el demandado, y “si no hubiera avenencia entre ellos, el Juez procurará avenirlos”, dando por terminado el acto si no lo consigue; siendo los gastos de cuenta del que lo haya promovido (art. 471 y 475). Asimismo: “Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio juez./ En los demás casos tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne” (art. 476)⁶¹⁸. El art. 692 LEC recoge la conciliación voluntaria, en el juicio de menor cuantía, actuando el juez como conciliador o mediador (Pedraz 1995, 38-42; Marco Saavedra 146-52; Lorca 1987, 134)⁶¹⁹. Según la STC 69/1997, de 8 de abril, en todos los procesos civiles y en la mayoría de los laborales, la conciliación constituye un acto intraprocesal y no un presupuesto procesal.

⁶¹⁸ Puede ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, si desea recurrirse el acuerdo (art. 477).

⁶¹⁹ Antes de la reforma de 1984 la conciliación era obligatoria (Lizaso 1982). Según el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil, de abril de 1997, se regula por ley distinta lo concerniente a la jurisdicción voluntaria, donde se llevarán las disposiciones sobre la conciliación. El Capítulo IV se refiere al poder de disposición de las partes sobre el proceso y distingue entre la renuncia, el desistimiento, la transacción y el sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal. De acuerdo con el art. 313, sobre la comparecencia en los procesos declarativos ordinarios, si las partes manifiestan haber llegado a un acuerdo o se muestran a favor de hacerlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar una homologación judicial del acuerdo, que tendrá los efectos de una transacción judicial. También el Libro Blanco de la Justicia, aprobado en septiembre de 1997, por el CGPJ, propone establecer mecanismos de transacción que eviten el litigio. Sobre la transacción y otras formas “anormales” de terminación del proceso civil, véase López Simó (1995).

Asimismo, en el CC se regula el contrato de transacción para evitar un pleito o ponerle fin, si ha comenzado (art. 1.809)⁶²⁰. El art. 1.816 se refiere a la transacción judicial cuando el acuerdo se incorpora al proceso, adquiriendo un cierto carácter de cosa juzgada (así puede suceder, p. ej. respecto de la conciliación del art. 692 LEC). El art. 1.813 se refiere a la responsabilidad civil derivada del delito como posible objeto de transacción (Ruiz de Gordejuela 1995, 178-81).

Por otra parte, no hay que olvidar que existe el contrato atípico de mediación, creado por la jurisprudencia y la costumbre. Según el TS, la actividad del mediador nace del contrato y consiste en informar a la otra parte de la oportunidad de negociar o en actuar como intermediario para llegar a un acuerdo entre dos o más partes, en cuyo caso el mediador no depende de ninguna de ellas. El mediador sólo será compensado si se llega a un acuerdo (Díez-Picazo y Gullón 1988, 458-60)⁶²¹.

⁶²⁰ Sobre la transacción en Derecho penal, véase Dupré (1977).

⁶²¹ Para una opinión divergente en asuntos mercantiles, véase Uría (1990, 629-31; 54-6).

En lo que se refiere al ámbito familiar, en el I^{er} Congreso Europeo de Mediación Familiar, celebrado en Francia en 1990, se puso de relieve el conflicto entre profesionales sobre este tema, estando, por un lado, los pertenecientes al mundo judicial y, por otro, al mundo psicosocial. A ello se sumó una serie de intereses sociales o asociativos. Por ejemplo, algunas asociaciones de padres divorciados favorecen la mediación como alternativa a su visión de que los jueces, casi siempre, conceden la custodia de los hijos a la madre (Vidal 1996, 1; Rincón 1996). Vidal no cree que la opción rutinaria de la conciliación dirigida por el juez y prevista en el art. 692 LEC para el juicio de menor cuantía o la posibilidad de arbitraje sean más adecuados que las nuevas propuestas de mediación extrajudicial que se relacionan, por ejemplo, con los convenios reguladores (art. 81, 86 y 90 CC) y que buscan profundizar en lo que denomina un “derecho pacífico o no violento” en casos de separación o divorcio⁶²². Se podría dar por finalizado el procedimiento judicial por renuncia, allanamiento, desistimiento o transacción, siempre y cuando se respete el límite impuesto por el art. 1255 CC (San Martín 1996, 671). Las primeras experiencias estables españolas comenzaron a principios de los noventa, promovidas por organismos privados y públicos. Así surgió el proyecto desarrollado por la Asociación Interdisciplinar Española de Estudios de Familia⁶²³ (Daniel y Bustelo 1995). Asimismo desde 1990, el Juzgado de Familia número 14 de Barcelona ofrece, con la colaboración de un psicólogo, un intento de mediación dentro del proceso, aunque no se prevea legalmente de manera expresa y se presenten problemas respecto de la voluntariedad (Bolaños 1995). Por último, cabe citar el primer programa aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales en 1990 como servicio público, funcionando

⁶²² Cfr. Ortuño (1995).

⁶²³ Precisamente esta asociación fue la organización anfitriona del Forum Mundial sobre Mediación, desarrollado en Madrid del 28 al 30 de septiembre de 1995.

en Madrid desde 1991 a través de APSIDE (Bernal 1995) y que algunos autores entienden complementario de la justicia ordinaria (Martín Francisco 1995, 117; Martín 1997). De manera similar, el Gobierno Vasco ha abierto un servicio de mediación familiar en Bilbao en 1996, gestionado por la Asociación *Ados Jarrri*. Según el folleto explicativo, el servicio de mediación tiene como objetivo que “las parejas al separarse o divorciarse, lo hagan de forma amistosa y con el menor coste emocional posible, evitando enfrentamientos legales”. Más tarde se dice que el psicólogo y el abogado ayudarán a que la pareja adopte “los acuerdos necesarios para acceder a la vía legal amistosa”, situando el eje principal de la mediación en el interés del menor (Bernal 1992).

En el ámbito familiar aparece como límite el llamado orden público familiar, que se refleja especialmente en el llamado “mejor interés del niño” o la protección de la integridad física en casos de violencia familiar. Sin embargo, incluso en estas situaciones, donde siguen permaneciendo las relaciones familiares, se promueve la mediación por varios especialistas⁶²⁴ y se refleja en el diseño de ciertos programas que tratan conjuntamente a víctima y agresor (Echeburúa 1992).

En lo relativo al Derecho laboral, el art. 37 CE reconoce una cierta autonomía para que los protagonistas de un conflicto laboral articulen formas de resolverlo. El escaso desarrollo de acuerdos privados en Derecho laboral en nuestro país obedece a su historia social y política, siendo transferido el control público de la administración al poder judicial, como parte del proceso de democratización⁶²⁵. El Consejo Económico y Social, en un informe

⁶²⁴ Ésta ha sido, por ejemplo, la conclusión a la que han llegado los Prof. Tony Peters y Ezzat Fattah en sus intervenciones durante el V Curso Internacional de Victimología sobre Violencia Familiar, Teorías, Pautas, Intervención y Prevención (Las Palmas de Gran Canaria, 9-12 de abril de 1996). Véanse también García Padilla y Sánchez Durán (1993).

⁶²⁵ Prost se ha referido a la introducción del arbitraje, a comienzos del siglo XX

de 1994 -de manera similar a otro de la OIT de 1985- indicó que existía un punto de vista excesivamente jurídico, en perjuicio de otro social, significando un control de las relaciones laborales por aparatos profesionales jurídicos (Cruz Villalón 1996, 19; 22).

en Francia como forma de transformar un conflicto privado (empresario-trabajador) en otro público (1992, 49-55).

La doctrina ha distinguido en el campo laboral entre mediación, arbitraje y conciliación⁶²⁶. Al comienzo del período democrático se creó el Instituto para la Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). En la actualidad existen Unidades de Mediación, Arbitraje y Conciliación (UMAC) de competencia autonómica. La mediación se sitúa entre el arbitraje y la conciliación, tratando el mediador de ayudar a las partes a lograr un acuerdo directo. Si no es posible, el mediador presentará una propuesta motivada que las partes podrán aceptar o rehusar. En todo caso, se concibe como un proceso extrajudicial (Alonso Santos 1995, 81-2). Los mediadores son generalmente juristas, en ocasiones pertenecientes a la administración pública y proporcionados por la autonómica⁶²⁷. En el País Vasco destaca el Acuerdo sobre procedimientos de resolución de conflictos colectivos y la negociación colectiva (PRECO) de 1984, renovado en 1990, llegándose a acuerdos similares en Cataluña y Galicia. Con la reforma laboral de 1994 y el reciente Acuerdo Interconfederal sobre mediación y arbitraje, estos procedimientos están siendo promovidos. El 25 de enero de 1996 se suscribió el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC), entre los sindicatos UGT y CCOO y las patronales CEOE y CEPYME, completando los existentes en distintos ámbitos territoriales, firmándose el 18 de julio de dicho año el Acuerdo Tripartito sobre esta materia. El ASEC obliga a las Confederaciones signatarias y a las organizaciones adheridas. Según el principio de acuerdo para la reforma laboral, anunciado por los líderes de las direcciones de las patronales y los sindicatos, el 9 de abril de 1997, resultaría congruente que en los convenios colectivos revisados o nuevos se incluyera una cláusula expresa de adhesión al ASEC.

⁶²⁶ Sobre las tres categorías, véase en profundidad Perdiguero (1995).

⁶²⁷ Sobre sus tácticas de mediación, véase Méndez Valdivia (1995).

Respecto de la conciliación en el proceso laboral, ésta es un requisito obligatorio dentro del proceso judicial, con la idea de evitarlo. En la práctica suele tratarse de una composición directa que puede ocultar otros acuerdos, por lo que se encuentra desacreditada. La conciliación previa realizarse ante la administración de trabajo u otro órgano que asuma estas funciones (art. 63-8 LPL). Posteriormente puede llevarse a cabo en el tribunal (art. 84). Finalmente, no cabe olvidar la posibilidad de arbitraje laboral.

Por otra parte, prescindiendo ahora de su naturaleza jurídica, cabe mencionar el caso de las cofradías o gremios. En concreto, las cofradías vascas de pescadores tienen su propio proceso para resolver conflictos relativos a su propia actividad (accidentes, rotura de redes, etc.). Desde el siglo XII, las cofradías funcionan como organizaciones sociales que promueven la participación de los interesados en un sentido de comunidad (solidaridad y reciprocidad). Han creado comités *ad hoc* para resolver conflictos a través de mediación y conciliación -aunque previamente suelen darse también composiciones bilaterales-, teniendo en cuenta acuerdos previos y el sentido común. Pueden imponer sanciones que se ejecutan como obligaciones morales. De alguna manera, podría decirse que disfrutaban de su propio proceso formal -aunque no estatal- de resolver disputas (Martínez Leunda y Antón Más 1988).

En la esfera del derecho **público**, puede comenzarse por mencionar aspectos del procedimiento administrativo, el cual ha sido tradicionalmente criticado por no proporcionar garantías suficientes para el ciudadano. La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha supuesto un cierto cambio. Asimismo, se recogen preceptos que pueden relacionarse con la desformalización. Por ejemplo, el art. 88 permite un acuerdo entre la administración y entidades públicas o privadas⁶²⁸, lo que venía siendo una práctica anterior. Se pretende

⁶²⁸ Vid., además, el art. 107. 2 y el Reglamento, admitiendo sustituir el recurso

llegar a una transacción para terminar el proceso administrativo o ser un paso previo al mismo (Gobierno Vasco 1993, 313-5). Además, cabe recordar que, el fin originario de la reclamación previa en vía administrativa (art. 120 Ley 30/1992), como requisito previo al ejercicio de acciones civiles, era, como en la conciliación civil, el impedir que la Administración o los particulares se viesen envueltos en un proceso. En todo caso, la jurisprudencia indica que esta exigencia debe ser interpretada de forma flexible de acuerdo con el principio de efectividad de la tutela judicial (García Varela 1997).

Por otra parte, existen propuestas de que los defensores del pueblo actúen como intermediarios ante determinadas disputas de los ciudadanos con la administración, e incluso entre los propios ciudadanos o grupos de ellos⁶²⁹.

En el ámbito administrativo puede mencionarse también la reciente (1996) creación de una sección de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación para conflictos medioambientales, con sede en San Sebastián, sin olvidar sus implicaciones políticas en relación con el Derecho internacional y administrativo.

ordinario por un procedimiento de mediación, según lo prevea la ley. Según el Borrador de la Ley de lo contencioso administrativo del Ministerio de Justicia de 1996, el ciudadano podrá llegar a un acuerdo con la Administración en caso de conflicto, con la misma validez que una sentencia judicial, sin tener que acudir a los tribunales. Aplicando la regulación administrativa al ámbito tributario, véanse las experiencias arbitrales del Consejo Tributario de Barcelona, en Elorriaga (1996).

⁶²⁹ De esta manera, la palabra *Ararteko* para designar al defensor del pueblo vasco, viene a significar mediador, aunque de una manera más bien simbólica. Vid. Arteaga (1994).

En relación con los servicios sociales, puede indicarse la actividad de los trabajadores sociales y agentes de la comunidad como mediadores sociales para cuestiones relacionadas con las drogodependencias, los conflictos en colegios, las relaciones interculturales⁶³⁰ u otros problemas que afectan a barrios y ciudades (Marchiori 1994). Un ejemplo, es la promoción por el Gobierno Vasco de los “mediadores jóvenes de tiempo libre” como agentes de prevención en sus comunidades (Grupo Igia 1987). Se definen como cualquier persona que ocupa un papel social estratégico que implica prestigio social en su interacción diaria y la sensibilidad ante ciertos problemas, en especial los relacionados con las drogas (González Audikana 1995; Melo 1995; Domingo 1987). En cuestiones interculturales escolares, puede pensarse en el “mediador gitano” promovido por el Departamento de Educación del Gobierno Catalán, quien actúa como intermediario entre los centros educativos, los trabajadores sociales municipales y las familias romanés para evitar el absentismo laboral (Amadís 1996). Finalmente, cabe recordar la propuesta del Laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, en cuanto a la creación de NIPs (Núcleos de Intervención Participativa), en relación con conflictos que afectan a vecindarios, problemas de medio ambiente, etc. (Caballero, Harms y Ugarte 1991; Font 1996), que de alguna manera se acercan a la idea de mediación comunitaria, inspirada por Christie, entre otros.

Dentro de la política, es posible contemplar en el campo interno e internacional la labor de mediadores. En el campo interno, puede pensarse en la polémica sobre las propuestas de mediación de *Elkarri* (1994), de la propia Iglesia (Diario Vasco 22 de mayo de 1996, p. 24) o, en un plano más teórico, de *Gernika Gogoratuz* (1993; 1995; 1996)⁶³¹. Otra cuestión diferente

⁶³⁰ Véase Colectivo Amani (1994).

⁶³¹ En lo que, en mi opinión, erróneamente se denomina “el conflicto” vasco.

es lo que podría denominarse como “mediación ilícita” que ha ocurrido, por ejemplo, cuando un intermediario ha mantenido negociaciones entre ETA y los familiares de una persona secuestrada por dicha organización terrorista. Existen sentencias, absolviendo o condenando a prisión a personas que actuaron como mediadores y fueron acusados de colaboración en una actividad criminal. En todo caso, y de acuerdo con Lamarca Pérez (1993), el uso del término “mediador” en estas situaciones no resulta apropiado.

En definitiva, se observa la promoción de procesos de mediación relacionados con la justicia, en la mayor parte de los casos, distinguiendo una frontera artificial de lo privado/público. En la esfera civil, encontramos el arbitraje formal sobre conflictos con consumidores, la mediación para asuntos económicos y respecto de la convivencia y los hijos en casos de separación y divorcio, la conciliación como acuerdo directo entre las partes de un procedimiento civil y los acuerdos cubiertos por un contrato, denominado transacción⁶³². Por su parte, el Derecho laboral utiliza estos términos de forma diferente, constituyendo la mediación una mezcla de arbitraje y conciliación y donde los conflictos colectivos e individuales marcan una dinámica distinta. Independientemente, las cofradías de pescadores muestran un ejemplo de autorregulación para resolver conflictos derivados de sus actividades (normalmente relacionados con la causación de daños materiales). En cuanto al derecho público, puede observarse que el procedimiento administrativo permite una cierta negociación. En un sentido más comunitario, el campo de los servicios sociales se revela como un espacio emergente de control social, con el potencial de poder ofrecer más participación. Asimismo, mediación y política se relacionan en la esfera

⁶³² Son dos los límites que se presentan cuando se quiere utilizar este contrato para dar valor jurídico al acuerdo de una mediación: las restricciones de capacidad para contratar y que el objeto sólo puede ser civil, excluyéndose expresamente respecto de los bienes de los menores (Jover 1996).

estatal e internacional, dentro del contexto asumido de una sociedad global e injusta, a cuya violencia inherente se aproximan formas de conciliación.

Puede pensarse que la tardanza en admitir la posibilidad de la mediación en el campo penal se debe a su conexión con la idea de soberanía (monopolio del *ius puniendi*), sin perjuicio de quienes subrayan la crisis de este concepto (Ölander 1996; Bergalli y Resta 1996)⁶³³. Mientras que en otras áreas se observa la mediación como evitación de ciertas desventajas de la justicia ordinaria (en términos de tiempo, dinero y falta de participación), en el campo penal se la critica por entrañar más riesgos que ventajas.

4 -La *invisibilidad de la extensión de la exclusión social* ante la economía global. No voy a extenderse sobre este punto, tan sólo indicar que el Informe sobre el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, relativo a 1994, subraya que los países pobres viven la inseguridad del hambre y la enfermedad como máximas preocupaciones y los ricos la de las drogas y el delito. Se pide un cambio de prioridades en favor de la seguridad humana, que permita mitigar la exclusión en el tercer y cuarto mundo o barrios empobrecidos de las naciones ricas (Galbraith 1996).

⁶³³ Para un concepto de la desformalización en el NCP, relativa al mayor margen de decisión judicial, véase críticamente Muñoz Conde (1996b, 8-9).

Una vez presentadas estas cuatro tendencias, conviene recordar que Claus Roxin ha escrito sobre la posible evolución de la justicia penal en el siglo XXI (1997). Ello puede valorarse recordando la cita de Russell (1997, 187), de que adquirir el hábito de ver los acontecimientos contemporáneos en su marco histórico e imaginarlos tal y como aparecerán cuando pertenezcan al pasado, contribuye a la cordura y serenidad de juicio. En opinión del Catedrático de Múnich, el Derecho penal no desaparecerá, pero tampoco se reforzará como “vigilancia total” y, aunque aumentará el número de preceptos penales ante la complejidad social, las penas se suavizarán, complementándose con otras reacciones, entre las que se encontrarán sanciones de orientación voluntaria como son el trabajo para la comunidad y la reparación. El Derecho penal del futuro “será un factor de orden social secular con el fin de asegurar la paz, de resolver problemas y de vigilancia de la libertad ciudadana” (1997, 162).

6. 3 PRIMERAS VALORACIONES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 EN EL MOMENTO DE SU APARICIÓN. SU DEBATE PÚBLICO

Como ejemplo de Código penal, regulador de nuestra sociedad a finales del siglo XX, tenemos el Código de 1995⁶³⁴, reclamado como código de la democracia -véase una valoración más amplia de su contenido en la Parte Tercera-. López Garrido y García Arán han insistido en que: “Los autores del Código no son los juristas, y deberíamos ser conscientes de que, a veces, las complicadas construcciones dogmáticas o las exigencias de la más exquisita técnica legislativa están muy alejadas no sólo del lenguaje utilizado por los legisladores, sino también de las preocupaciones de los ciudadanos”.

⁶³⁴ Acompañado por la reintroducción del jurado (LO 5/1995) y la modificación del Reglamento penitenciario (RD 190/1996).

Distinguen, de este modo, entre ley y legislador, como lo objetivo y subjetivo. Afirman que el Código penal es una decisión política objetivada (1996, 18-9; 26), lo que supone en sí mismo una contradicción. Para poder llegar a un consenso político, los autores mencionados diferencian varios *círculos concéntricos de acuerdo en la política criminal* (1996, 26-37)⁶³⁵, que pueden agruparse en tres:

1. La necesidad u oportunidad de un nuevo código que implicaba la apertura de criterios como continuación del consenso constitucional. Esto hace que los autores hablen incluso de un *acuerdo sobre los desacuerdos*. Así, por ejemplo, el Grupo Popular discrepó respecto del sistema de las penas, concretamente en lo relativo a su cumplimiento para algunos delitos y el endurecimiento de las penas de prisión.

2. El asentamiento en cuatro pilares constitucionales: principio de legalidad como principio de determinación o certeza de la previsión legal; principio de proporcionalidad o adaptación de la pena a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad; principio de subsidiariedad; y principio de reinserción social.

⁶³⁵ En la Exposición de Motivos se dice: "el Código Penal ha de ser de todos y, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar." En opinión divergente, cfr. Gimbernat (1996).

3. El reconocimiento de una serie de transformaciones que afectaban a la libertad de expresión, sexual, delitos socioeconómicos, derechos de los trabajadores, igualdad, reinserción social, responsabilidad civil subsidiaria del Estado, delitos contra el medio ambiente y ordenación del territorio, derecho penal del hecho, comisiones de investigación parlamentaria y rebelión.

En la Exposición de Motivos se alude a la importancia de un CP o Constitución negativa como obra útil o conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza en una sociedad civilizada, en cuanto que tutela valores básicos de la convivencia social, cuyas transformaciones justifican un cambio de código. La pena se entiende como la forma suprema del poder coactivo estatal que debía adecuarse a los valores constitucionales. En concreto, la Exposición destaca cinco adecuaciones: reforma de las penas para que permitan alcanzar la resocialización; resolución de la antinomia entre el principio de intervención mínima y la necesidad de neocriminalizaciones (delitos contra el orden socioeconómico, ordenación del territorio, manipulación genética y recursos naturales); tutela de los derechos fundamentales; eliminación del régimen de privilegio de los funcionarios públicos respecto de injerencias ilegítimas en los derechos; y promoción de la igualdad real y efectiva, aunque se reconozca que el CP no es el instrumento más importante para ello.

Se dice, además, en dicha Exposición que el CP renuncia a la pretensión de universalidad o regulación completa del poder punitivo estatal, primando la estabilidad y fijeza, con lo que se opta por remitir a leyes especiales determinadas materias como es el control de cambios.

En opinión de Quintero Olivares (1996b, 25), el NCP constituye un cambio histórico positivo en la evolución del derecho penal, aún así reconoce que se mantienen desequilibrios represivos, excesos de dureza punitiva en determinadas materias y descoordinación legislativa. Belloch afirmó que con

él se ofrece una mayor protección a las personas que al Estado (El País, 33.7.1994, p. 13). Sin embargo, como ya se ha apuntado y advierte García Rivas (1996, 54; 102), puede apreciarse una política criminal ambivalente o bipolar en cuanto a la neocriminalización respecto de determinados bienes jurídicos, especialmente colectivos, y la descriminalización respecto del derecho penal clásico⁶³⁶. De cualquier forma, subsisten una serie de infracciones en las que opera, ante todo un daño económico o material, como en los robos, hurtos, apropiaciones indebidas, estafas, infracciones contra derechos de propiedad especiales, donde una resolución de la controversia civil podría evitar el tratamiento punitivo (Juan 1996, 2). Además, a pesar de que el proyecto enviado por el gobierno tenía, entre otras pretensiones, una disminución del protagonismo de la pena privativa de libertad, Cid y Larrauri lamentan la ausencia de verdaderas penas alternativas a la prisión y enfatizan la necesidad de que los jueces se sensibilicen con el objetivo de reducir la prisión (1997, 34).

Siguiendo con el debate público suscitado primeramente en los medios de comunicación, en el momento de su aparición, Rodríguez Ramos indicó la necesidad de una “racionalización y modernización global de la justicia” como “misión reformadora análoga a la de los legisladores de la segunda mitad del siglo XIX”. En su opinión, deben discutirse la reinstauración de los juzgados de distrito, la atribución de funciones instructoras al fiscal, la reconversión de todas las profesiones jurídicas, etc. (1997). Para una diputada destacada del partido que promovió el Código, María Teresa Fernández de la Vega Sanz, incidiendo en la idea del Código como norma para la convivencia: “La ley penal no expresa opciones doctrinales, simplemente

⁶³⁶ Sobre la defensa de los intereses colectivos, vid. Kuhnlich (1988). Cfr. En cuanto a la neocriminalización y el efecto simbólico, de la Cuesta y Varona (1996) e Hika (1995); relacionado con el rasgo del derecho penal actual de intento de protección de bienes jurídicos colectivos, según indica Hassemer.

acepta o rechaza los valores que se hallan en el seno de la sociedad, y cuando -como en este caso- se aprueba mayoritariamente, sin un solo voto en contra, cabe decir que las concilia... Cuestión distinta es pensar que el Derecho Penal contenga la solución definitiva a todos los problemas." (1997). De otro lado, el abogado Martínez Fresneda, afirma que: "se trata de un código muy severo, con penas elevadas y que sigue aplicando la cárcel pura y dura como respuesta única para los delitos de la llamada *delincuencia aparente* (la denunciada y juzgada)"⁶³⁷. Concretamente, critica el mantenimiento de la reincidencia como figura que hace permanecer el estigma y sólo sirve para amplificar la marginación. Según su opinión: "A largo plazo, lo que interesa es saber en qué medida la sociedad es capaz de autorregularse reduciendo el ámbito de lo penal" (1997).

⁶³⁷ Cursivas del autor.

REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que la formalización del derecho y su proceso de aplicación responde a una época concreta, siempre han existido procedimientos más o menos informales para llegar a compromisos, tanto en el derecho romano, como en el castellano medieval, etc⁶³⁸. En realidad, puede observarse cómo, en todo momento histórico, las distintas instancias de control social formal e informal han venido aplicando formas y estilos diversos de manera simultánea, complementaria e interrelacionada. Hablaríamos entonces, según expresión de Castan (1983, 219), de intermitencias en la aplicación del derecho.

⁶³⁸ Considerando la litigiosidad: “Ir a un tribunal implica una serie de decisiones a las que generalmente se llega cuando han fallado otros métodos de reconciliación, arbitraje y compromiso” (Kagan 1991, 21; 139). Kagan concluye que: “En Occidente, como en China, la mayoría de las disputas, aún en períodos de auge de la litigación, se solucionaban fuera de los juzgados, generalmente por la mediación de un anciano, noble o sacerdote del lugar, actuando como árbitros. Durante siglos se consideró preferible buscar la solución de las disputas fuera de los tribunales: los pleitos, cuya complicación y altos costes eran de todos sabidos, eran decididamente una segunda opción” (1991, 21). Cita como nota introductoria a su capítulo primero los siguientes refranes españoles: “En los pleitos diligencia, la bolsa abierta, y paciencia.”; “Papel y tinta, y poca justicia”; “Los pleitos son como las cerezas: tomas pocas y vienen muchas tras ellas.” (1991, 31). Quizá el más significativo sea el que dice: “Más vale un mal arreglo que un buen pleito.” Cfr. Fina (1993, 19), sobre su paralelismo con un refrán que emplea Sancho Panza en *El Quijote*; y sobre la existencia de un refrán italiano similar, vid. Montero Aroca (1976, 94).

La Historia -junto con la Antropología jurídica- nos muestra que el orden social no depende de la existencia de un derecho penal estatal, incluso en relación con los supuestos considerados más graves. Se debe actuar con precaución en los intentos de búsqueda de los precedentes históricos del concepto de delito. Cabe afirmar que el mismo, al tratarse de una noción fundamentalmente jurídica, no está presente en todos los tiempos y sociedades⁶³⁹. Sí podemos concluir que existen situaciones problemáticas, entre individuos y grupos, que se resuelven o tratan según formas y estilos distintos⁶⁴⁰. Esto depende de la complejidad social⁶⁴¹, las estructuras relacionales, los valores⁶⁴², etc. de una sociedad dada. Además, se evidencia que los procesos de tratamiento violento de los conflictos han coexistido junto con los no violentos y ambos han sido, en ocasiones, promovidos por instituciones jurídicas (Roberts 1983, 8-9). Según estudios citados⁶⁴³ puede concluirse que la Iglesia jugó tras la caída de Roma, durante la Edad Media, Moderna y posteriormente un papel importante como instancia de manejo de las disputas, que el Estado utilizó las costumbres locales y las incorporó al aparato nacional y que los acuerdos y la fraternidad fueron parte integrante de los sistemas jurídicos (O'Farrell 1986, 212). En todo caso, la Historia también ofrece ejemplos de la compra de la paz o de la justicia por aquéllos con recursos y los fracasos de las negociaciones amistosas (Castan 1983, 223-4)⁶⁴⁴.

⁶³⁹ En este sentido, cfr. Hulsman y de Celis (1984, 117).

⁶⁴⁰ Cfr. el apartado final de la Primera Parte.

⁶⁴¹ Individualismo, independencia (económica, etc.) y heterogeneidad.

⁶⁴² Los cuales, por ejemplo, condicionarán la percepción de la gravedad de un hecho.

⁶⁴³ Vid. Bossy (1983).

⁶⁴⁴ Al mismo tiempo, la norma permite reinterpretaciones, según los intereses y

posibilidades concretas.

De una manera reduccionista -y sin apoyar las tesis del proceso de civilización o progreso lineal del castigo⁶⁴⁵-, a través de los primeros textos jurídicos, se observa en las llamadas sociedades primitivas o menos complejas una evolución desde la venganza privada, en busca de una justicia subjetiva que concibe el daño personalmente, a la aplicación de la ley del talión, y la compensación voluntaria y obligatoria, que se va acercando a una pretendida objetivación de la justicia. Su administración, desde los mediadores⁶⁴⁶, pasando por los árbitros, irá a parar a los jueces⁶⁴⁷. Como indica Christie, a finales del siglo XII se consolida la confiscación del conflicto de la víctima e infractor por parte del "Estado" -que en nuestro caso, era el monarca, señor u obispo-. La infracción se concibe como ofensa, primero contra el monarca y posteriormente, con la evolución de las sociedades modernas, contra la sociedad en general. Tradicionalmente, se ha interpretado esto como el final de la edad de oro de la víctima, de su sistema privado de tratar los conflictos. La historia de la víctima se resume, según Schafer, en un paso por su edad de oro, su declive y su renacimiento (1977, 5-29; 1970, 3-12). Por la primera entiende "el tiempo en el cual existió un reconocimiento del papel importante de la víctima y un énfasis en la compensación". Este tiempo se sitúa básicamente en la época altomedieval y se ejemplifica con las leyes germánicas. Sin embargo, en este trabajo se cuestiona esta idea porque la

⁶⁴⁵ Sobre la historia del derecho penal como la de su progresiva racionalización a través del principio de humanidad -y no la de su desaparición-, siendo el producto un sistema formal racional, previsible y garantista que debería evolucionar hacia una menor intervención, cada vez más garantista, vid. García-Pablos (1995, XXIII; 38; 55; 57).

⁶⁴⁶ Para una distinción entre mediación, arbitraje y adjudicación o enjuiciamiento, desde la perspectiva de diferenciar intereses y derechos, véase Fisher (1994b, 29). Para un cuadro comparativo diverso -al que podríamos añadir el campo de la acción y las herramientas del proceso-, cfr. Duffy (1996, 54). En todo caso, en mi opinión, los mediadores no *administran* justicia, sino que la facilitan o promueven.

⁶⁴⁷ Al principio vinculados al poder religioso y político. Más tarde, irán adquiriendo un *status* profesional que legitime su imparcialidad. Al mismo tiempo se aumenta la grieta del conocimiento y se pierde el "poder de la palabra" de las partes.

división moderna público/privado –independientemente de las consideraciones de la época romana– nace con la Revolución Francesa⁶⁴⁸.

Funes ha indicado, en el título de la primera parte del libro que dirige, que la mediación tiene una “corta historia” y “un largo pasado” (1995, 27)⁶⁴⁹. En ello estoy de acuerdo si, flexiblemente, se entiende la corta historia como el contexto político-criminal reciente en el que estos proyectos se relacionan con los sistemas actuales de justicia penal; y el largo pasado como los precedentes históricos. A pesar de que, en cierta manera, la mediación se retiró con la creación de la ley y de la ciencia jurídica -junto con todas las profesiones especializadas alrededor de la misma⁶⁵⁰ y del enjuiciamiento-, continuará desarrollándose como forma y estilo de control social. Hay quienes ven en el Neolítico el surgimiento de la justicia penal, pero realmente ésta aparece muy tardíamente en la Baja Edad Media, lo que significa que el objeto de la misma era tratado anteriormente por otras formas y estilos de control. Si analizamos a qué, a quiénes y cómo se aplicó esta justicia penal obtenemos una serie de conclusiones entre las que se encuentra la constatación de su aplicación a las clases más desfavorecidas. Si los controles informales más relevantes fueron discriminatorios respecto de los grupos minoritarios en la comunidad y en la sociedad, con el surgimiento de los controles formales modernos esta tendencia persiste –signo de su

⁶⁴⁸ Herrera detalla que: “Cuando el Estado se arroga el monopolio oficial de la Justicia, ya las víctimas habían perdido el control personal de su conflicto, habiendo de someterse a los dictados de las asambleas de parientes...” (1996, 87). Bazán llama la atención de que la familia germana se concebía como institución pública (1995, 513).

⁶⁴⁹ Quizá en el sentido que hablaba Göppinger sobre la disciplina de la Criminología de corta historia científica pero de largo pasado (1975).

⁶⁵⁰ Sobre los juristas y su organización a lo largo de la historia, véase García-Gallo (1971, 320-6). Mientras que en este ámbito se promueve la figura del juez penal, en otros, como el laboral, se incita al arbitraje en varios países, aunque el resultado será también una intervención en la regulación del conflicto por parte del Estado (cfr. Prost 1992).

interrelación y de la dificultad de cambiar las mentalidades de seres humanos concretos-, aunque con el tiempo podrá irse ampliando el concepto de ciudadanía y, por tanto, de igualdad ante la ley.

Tras la lectura de la parte histórica de la interesante obra de Hartmann sobre esta materia (1995, 90), a la vista del desarrollo del derecho, puede apreciarse la importancia de la conciliación y de la reparación como mecanismos de regulación de conflictos en la Antigüedad y la temprana Edad Media. Por intereses estatales -que se centraban en el monopolio de la violencia, además de otros de índole económica- y religiosos -sobre el control de los valores y normas-, se promocionará el papel de los tribunales en detrimento de instancias de conciliación. Al mismo tiempo, se procederá a diferenciar entre Derecho civil y penal y se configurará un proceso penal inquisitorial. Formalmente, la compensación sería sustituida, como reacción a determinadas acciones, por la pena en cuya imposición trabajarán una serie de profesionales⁶⁵¹. Para Hartmann (1995, 90): “No fue una lógica rotunda del desarrollo, sino especialmente unas constelaciones de poder e intereses, las que promovieron la perfección del derecho penal moderno”, independientemente de que la negociación a la sombra del derecho siempre haya existido en relación con la resolución de conflictos de la vida cotidiana. La conclusión

⁶⁵¹ Elena Larrauri, en su interpretación de la obra de Tomás y Valiente (1969), también subraya la idea de que el surgimiento del *ius puniendi* tuvo como principal objetivo limitar la venganza privada. Según dicha autora: “Más bien... el poder central ‘real’ utilizó el derecho penal para absolutizar su poder contra el poder disperso de los poderes locales, de los nobles, de la Iglesia, etc.” (1994, 95). A lo que había que sumar el interés en las multas (Garland 1995, 185). Por lo tanto, se trata de reflexionar sobre el pluralismo jurídico y el centralismo, en el nacimiento del Estado moderno. Bergalli, aludiendo a Max Weber, indica que: “La historia del nacimiento del Estado moderno es la historia de esta tensión: del sistema policéntrico y complejo de las señorías de origen feudal se llega al estado territorial, centralizado y unitario, a través de la así llamada racionalización de la gestión del poder y, por tanto, de la organización política, dictadas ambas por la evolución de las condiciones histórico-materiales” (1996b, 8). Se cuestiona así la relación entre las sanciones punitivas y el proceso de centralización. Por otra parte, Herrera señala cómo la apropiación inicial del derecho a castigar por el Estado, en su interés de contentar a las víctimas, pudo hacer que se ejerciera de forma más cruel o rigurosa (1996, 52).

de su argumentación es que existen ejemplos del pasado en diferentes lugares que, siempre teniendo en cuenta las necesidades y condiciones de las sociedades actuales, pueden servir como planteamiento de alternativas, lo cual no supone una utopía, aunque en todo caso, los análisis etnológicos e históricos no pueden aportar una respuesta definitiva a la opción: “¿conciliar y/o juzgar?”. Debe acudir a estudios teóricos y empíricos sobre el momento actual (ibídem, 56; 69; 72-3; 91-2).

Laingui y Lebigre sintetizan la historia del Derecho procesal penal en la oscilación entre el sistema acusatorio⁶⁵² y el inquisitivo⁶⁵³, siendo adoptado finalmente un sistema mixto, a lo que contribuyó la Revolución Francesa (1975, 11-2; Lalinde 1992a, 930). Con el desarrollo del Derecho procesal se introdujo la idea de jurisdicción como “potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes y predeterminada por la ley, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias.” El derecho de acción es precisamente el derecho de acudir a la jurisdicción (Montero Aroca 1976, 53-4). En opinión de este autor, una concepción subjetiva de la jurisdicción existe, cuando ésta se reduce a la resolución de controversias entre la voluntad o los derechos subjetivos y la norma objetiva.

Como indica Hespanha (1990a, 183-6), hasta la Edad Contemporánea, el derecho penal del rey no contaba con suficientes medios para su ejecución y debía dejarse a instancias periféricas la labor de castigar, o en su caso

⁶⁵² Propio del primer Derecho romano, del derecho germánico y feudal, con las características de ser un proceso público, oral y contradictorio.

⁶⁵³ Propio, según los autores, de sociedades más avanzadas -Derecho romano del Imperio, Derecho canónico, derechos europeos a partir del siglo XV- y con características opuestas al acusatorio, lo que potenciaba ciertos abusos, requiriendo una judicatura profesional, un ministerio fiscal y una policía.

de ejercer otras formas y estilos de control social. Estas instancias serán la Iglesia, el padre de familia o los mismos implicados a través de la autodefensa individual o colectiva, o la composición⁶⁵⁴. Pero tras la época estatista ilustrada, el Estado liberal pretende reservarse en exclusiva el control social mediante instituciones como la policía, la definición de los delitos de forma sistematizada -que permitirá el acceso a un público más amplio-, la aplicación de las penas -que debían ser más blandas para poder ejecutarse de forma general-, etc. Respecto de estas penas, así como en el Derecho romano las ofensas corporales estaban dentro de las injurias -porque se consideraba que el daño era sobre la honra-, en el Derecho penal moderno se diferencian los delitos de injurias de los de lesiones, ante una mayor importancia del cuerpo, entre otras cosas, como medio de producción (Hespanha 1990b, 194-6).

⁶⁵⁴ Así en Portugal, hasta finales del Antiguo Régimen, la propia ley preveía que las injurias verbales se debían componer y no juzgar en un tribunal.

La centralización se perfeccionará mediante la promulgación de códigos -que consagran el principio de legalidad y la igualdad formal- y la posterior expansión del sistema carcelario. Las desigualdades sociales que se producirán a lo largo de los siglos XVIII-XIX, cuando se acentúa la industrialización y la urbanización, harán que se creen instituciones de carácter paternalista, concretamente para menores. Más tarde, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, se trasladará el paradigma del tratamiento o la resocialización al contexto de los adultos controlados por el sistema penal y se enfatizará la idea de las alternativas⁶⁵⁵. Hoy existe un cierto vacío entre la confusión y crisis de los paradigmas retributivo y rehabilitador, ante lo que se propone simultáneamente -aunque por autores muy distintos- un neorretribucionismo, un neotratamiento⁶⁵⁶ y un paradigma restaurativo.

⁶⁵⁵ Sobre la idea de progreso en la historia de la reforma penal, véase Bloom-Cooper (1974). Sobre la idea de comunidad en la reforma correccional, cfr. Lewis y Darling (1990).

⁶⁵⁶ Puede pensarse, por ejemplo, en perversiones del modelo originario de la responsabilidad para la justicia juvenil. Sobre este modelo, véase Funes (1995).

Según Black (1993, 149), la frecuencia y severidad del castigo por terceras partes aumenta con la desigualdad social y la ruptura de las relaciones cercanas. El castigo básicamente se desconoce en tribus igualitarias y emerge cuando los extraños invaden la vida cotidiana y se concentran las fuentes de riqueza. Surge con el "Estado" (Durkheim 1900, 32-43). El castigo tiene su época dorada en los antiguos imperios como los de Mesopotamia, Egipto, China y Roma y también en la Europa del final de la Edad Media hasta los comienzos del siglo XIX. Pero, reitero, no se sigue una línea recta en la historia del control social. Conforme a Bossy (1983, 287), desde la desintegración de la autoridad romana han sido tres las imágenes que han regido la resolución de conflictos en Occidente: la imagen de la enemistad; la de la caridad; y la de la ley o el Estado⁶⁵⁷. En la primera se requiere venganza por parte de la víctima y allegados. En la segunda se fomenta el arreglo amistoso, bajo la obligación de amar al amigo y enemigo. En la última se concibe la ofensa como daño contra el propio Estado⁶⁵⁸, cuya respuesta será primeramente la venganza. Pero esta forma de resolver conflictos no suprimió las compensaciones ni las mediaciones no oficiales, sino que, de algún modo, las promovió. Bossy concluye que no se pueden tomar los distintos

⁶⁵⁷ Cfr. Caballero (1991, 17-8), sobre la evolución en forma y contenido del valor cohesionador social, es decir, la base de las relaciones interpersonales. En la Edad Media dicho valor era la caridad o amor al prójimo que parte de la desigualdad y de las creencias religiosas. Con la Revolución Francesa y la proclamación de la igualdad y la libertad, la fraternidad ocupará el lugar de la caridad. La fraternidad se relaciona con la idea de un Estado laico; la coacción procederá de la ley y no de Dios. Por su parte, Karl Marx introdujo el valor de la solidaridad frente a la fraternidad burguesa. La solidaridad se sustenta en la misma condición humana. Por último, Caballero incide en que la solidaridad ha dado paso a la individualidad hedonista y narcisista. Sobre el concepto de caridad y su evolución hacia la beneficencia en España, y en particular en Gipuzkoa, véase la interesante y completa tesis de Martínez Martín (1996, 63-74).

⁶⁵⁸ La imposición de esta imagen contrastará con la resistencia ofrecida en el siglo XVIII para mantener la concepción del delito como algo de lo que debe ocuparse la comunidad local. Sobre ello en Francia, véase Castan (1983, 258).

tipos de arreglo de conflictos como fases de un proceso histórico (1983, 292)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ Sobre el universalismo de la retribución y la venganza y la aplicación del talión como proporcionalidad, véase Dundes Renteln (1990). Sobre la psicología de la justicia punitiva, Mead (1918). Sobre la evolución jurídica y los límites del derecho, Rottleuthner (1989).

Jose Antonio Rivera apunta a cómo, en sociedades pequeñas, “los valores cálidos” (igualdad, solidaridad, participación directa, anarquía o ausencia de Estado, consenso) se pueden mantener “mediante las coacciones tácitas derivadas de la fuerte interacción que hay entre sus componentes y también a través de los controles informales”. Pero en nuestras sociedades, demográficamente extensas, son los “valores fríos” los que mejor se adaptan: “El trato cotidiano y masivo con desconocidos favorece más el respeto que la solidaridad, el pluralismo valorativo antes que el consenso de valores.” Rivera realiza estas consideraciones desde una óptica política y argumenta que es la izquierda la que ha chocado con la demografía actual al tratar de defender los valores cálidos. En este choque, se ha reaccionado, según el autor, de cuatro maneras: 1. Promoviendo la idea de la comunidad como dimensión pequeña. 2. Intentando imponer los valores cálidos por medio del totalitarismo⁶⁶⁰. 3. Utilizando retóricamente los valores cálidos como presupuestos inherentes en la condición moral humana, independientemente de la escala de las sociedades. 4. Fomentando, desde la socialdemocracia, un compromiso de valores fríos y cálidos⁶⁶¹ -ésta es la manera más inteligente para el catedrático de Filosofía citado⁶⁶²- (1996). Augusto Klappenbach contestó a esta reflexión subrayando que la izquierda “no pretende basar sus propuestas en una mera compasión⁶⁶³ sentimental con los oprimidos ni en un regreso a la solidaridad de la tribu: sus propuestas se dirigen a construir una sociedad en la cual las relaciones de dominación y explotación de unos

⁶⁶⁰ Que, paradójicamente, pretendía acabar con la sociedad civil, cfr. Gellner (1996).

⁶⁶¹ O “...querencias atávicas que aún nos unen emocionalmente a nuestro pasado tribal.”

⁶⁶² Ejemplificada, según el autor, en el concepto de justicia de John Rawls. Para una ampliación de su teoría en términos de moral fría y cálida, véase Rivera (1997).

⁶⁶³ En otro sentido, sobre la compasión, véase Arteta (1996).

hombres por otros dejen paso a una concepción del trabajo que revierta en la sociedad entera”. Y estas propuestas, para Klappenbach, son cada vez más necesarias en nuestras sociedades ya que el liberalismo “oculta, bajo su pretendida defensa de la libertad, una creencia más profunda en lo que se ha llamado *darwinismo social*”⁶⁶⁴. Contraponer valores fríos y cálidos es caer en la vieja dicotomía de la moral privada y pública (1997). A la luz de estas reflexiones, considerando el pasado, cabe preguntarnos: ¿en qué medida la mediación necesita de esos valores? ¿En qué medida la mediación hoy expresa intereses particulares o valores sociales, o las dos cosas, superando dualismos?

⁶⁶⁴ Cursivas del autor.

Qué duda cabe que el sistema penal se ha humanizado desde el siglo XIII, pero aún hoy en día perduran aspectos contradictorios en la vida penal y social. En algunos países como el Reino Unido y EE.UU. se defiende el neorretribucionismo y se producen encarcelamientos masivos⁶⁶⁵ -que Christie describe como una nueva forma de holocausto (1994)-⁶⁶⁶. Se instan por entidades públicas y privadas cursos de autodefensa, se producen cadenas de venganza entre ciertas subculturas, grupos e individuos⁶⁶⁷, un número importante de mujeres mueren anualmente en España a manos de sus maridos, etc. Existen en diversos países expresiones del *ius puniendi* que permiten la participación/colaboración del público, incluso ofreciendo recompensas por capturar a malhechores vivos o muertos⁶⁶⁸. Conforme a Escotado (1987), aunque se utiliza distinta terminología, los antiguos crímenes de lesa majestad perviven en los códigos actuales en forma de delitos que nos protegen, no de los demás, sino de nosotros mismos, así respecto del consumo de drogas, la eutanasia, el sadomasoquismo, etc. Son los llamados delitos sin víctima que tienen como precedentes la brujería, la herejía, etc. Su función consiste en reafirmar el consenso simbólico en el grupo sobre unos valores concretos, primando una cierta moral, por lo que se propone una secularización, especialmente respecto del tema de las drogas⁶⁶⁹. Por otra parte, algunos

⁶⁶⁵ Aunque en otros países como Francia, Alemania e Inglaterra se advierte la disminución de la delincuencia denunciada para 1995 (Ciencia Policial 1996 37: 107-13). El mismo dato se presenta respecto de ciudades violentas de EE.UU., como Nueva York, para estos últimos años, incidiéndose- entre otras cuestiones- en el control de la posesión de armas.

⁶⁶⁶ Véase Gray (1995).

⁶⁶⁷ Cfr. sobre la venganza privada en la actualidad ante el sentimiento de inseguridad, Clemente (1986).

⁶⁶⁸ Puede pensarse en sentencias actuales de líderes fundamentalistas islámicos. Para ejemplos del pasado reciente en nuestro país, vid. Rico de Estasen (1945, 76).

⁶⁶⁹ Del que se ha ocupado como parte de la historia de la humanidad en los tres volúmenes de su *Historia general de las drogas*, simplificada en una *Historia elemental de las drogas*

defienden la actualidad del tradicional papel de la Iglesia como mediadora (Zunzunegui 1996). Se sigue estudiando la importancia de los conceptos de honor y vergüenza en las sociedades urbanas⁶⁷⁰ y se afirma que la responsabilidad colectiva, como característica de las sociedades más simples, perdura a través de las guerras (Hendler 1994, 1215) y las grandes organizaciones. Asistimos también a un movimiento posmoderno que reclama la descodificación, dentro de la celebración del aniversario de la Revolución Francesa, que ha conducido a una desmitificación de la misma y a una revalorización del mundo anterior (Caroni 1996). Por otro lado, pareciendo responder a Rivera, David Miller sugiere que es posible una forma de justicia como distribución, según las necesidades de sociedades basadas en las relaciones cooperativas; sociedades comunales; y socialistas en desarrollo, asumiendo que los seres humanos son capaces de comportarse de forma cooperativa y altruista sin el uso de recompensas financieras o sanciones penales. También se pueden encontrar elementos de esta justicia en movimientos comunales y religiosos de sociedades capitalistas (Quinney 1980, 24).

(1996).

⁶⁷⁰ Véase desde una perspectiva antropológica referida a Castilla y León, Brandes (1988).

A pesar del transcurso del tiempo y de los cambios estructurales y sociales, bajo el concepto de pena subsiste siquiera mínimamente la idea de venganza o de un mal que equivalga o responda al causado. En todo caso, en nuestros Estados actuales la aplicación de la pena se legitima por su respeto de una serie de derechos humanos reconocidos en la esfera internacional. Aun así, en sociedades como la estadounidense, donde todavía se permite la pena de muerte, es posible que el gobernador de Arkansas ante la ejecución de tres condenados declare: “La Biblia no dice nada contra la pena de muerte. Al contrario, dice que quien a hierro mata, a hierro muere” (El País, 10 de enero de 1997, p. 56)⁶⁷¹. De alguna manera, según opina Wiethölter (1991, 28), el entrecruzamiento entre derecho e interpretaciones de las creencias religiosas jamás ha sido resuelto⁶⁷². La venganza de sangre continúa en la propia institución de la pena de muerte, especialmente cuando los parientes de la víctima pueden presenciar su ejecución, algo que se venía rechazando en el Estado de Nueva York hasta los años sesenta (von Hentig 1967, 141). Los códigos también siguen conservando la influencia de las interpretaciones bíblicas en algunos aspectos⁶⁷³. Beinart indicaba, citando a Roscoe Pound y a Wechsler, que el elemento retributivo persiste en todo sistema penal, independientemente de cuáles sean los fines teóricamente declarados de un código. Tras un análisis histórico, concluía que debería aprenderse de la Historia, al menos, que la severidad de las penas no tiene un efecto

⁶⁷¹ La abolición de la pena de muerte se presenta como símbolo de evolución, sin embargo, aún se discute lo contrario. Véase por ejemplo la interpretación equívoca y conservadora del concepto de derechos humanos que mantienen Sánchez de la Torre y López Melero (1988, 9).

⁶⁷² Sobre el derecho en las religiones, véase Martínez Val (1995). A parte del cristianismo, sobre el delito y el castigo en la tradición budista, vid. Ratnapala (1993). En cuando al derecho como cultura en la sociedad islámica, cfr. Rosen (1989).

⁶⁷³ Cfr. Beristain (1987, 30-1).

intimidatorio, que se ha ido apartando la participación de las personas en el proceso penal ⁶⁷⁴, que el sistema político-social ha afectado la configuración del castigo, y que las teorías más progresistas pueden verse malinterpretadas o manipuladas (1976, 5; 34; 36; 38-9).

⁶⁷⁴ Beinart se muestra a favor de facilitar la reparación a la víctima, incluso mediante fondos públicos (1976, 34-5).

Weitekamp habla de “reintegrar” la justicia reparativa al sistema de justicia penal, teniendo en cuenta que históricamente aquélla era la común y ha sobrevivido, de algún modo, a través de los tiempos (1993, 70; 72; 75-6)⁶⁷⁵. En todo caso, según este autor: “Este declive en el papel de la víctima en el arreglo de disputas significó un cambio importante en la naturaleza del control social. Cuando el Estado se convirtió en el líder central para arreglar disputas, adquirió su papel del de los clanes o parentelas; la responsabilidad se fue haciendo más individual que colectiva, haciendo así más abstracta la obligación de conformarse a las normas sociales”. Teniendo en cuenta la tesis de Marshall (1991), Weitekamp concluye que el tipo *Gemeinschaft* de sociedad puede ser necesario hoy en día, recordando de alguna manera la práctica de la reparación en las sociedades acéfalas o no estatales. En definitiva nos encontramos en una época de redefiniciones de lo individual⁶⁷⁶ y lo colectivo. Siguiendo a Ortega y Gasset (1969, 187), en unas reflexiones anteriores a la II Guerra Mundial: “hace notar Nietzsche cómo en las sociedades primitivas, débiles frente a las dificultades de la existencia, todo acto individual, propio, original, era un crimen, y el hombre que intentaba hacer su vida señera, un malhechor... Ahora, por lo visto, vuelven muchos hombres a sentir nostalgia del rebaño. Se entregan con pasión a lo que en ellos había aún de ovejas. Quieren marchar por la vida bien juntos, en ruta colectiva”. También Maffesoli ha escrito sobre el declive del individualismo en las sociedades masa, en lo que se llama el tiempo de las tribus (1990). Pero el individualismo de hoy no es como el del siglo XIX o principios del XX. Quizá a través de la idea de la mediación, como promotora de la responsabilización individual

⁶⁷⁵ Para una contribución más extensa sobre la fundamentación histórica de la reparación y la restitución, véase su disertación en Criminología, presentada en la Universidad de Pensilvania (1989).

⁶⁷⁶ Sobre la subjetividad en las ciencias actuales, véase Cruz (1996b).

y la participación de la comunidad, pueda evidenciarse que individuo y colectividad son dos caras de la misma moneda.

En relación con lo individual y lo colectivo, lo privado y lo público, en Occidente, la noción de los derechos individuales fue esencial para diferenciar entre disputas civiles y “delitos”, distinción que no se encontraba en los códigos orientales. De acuerdo con Kagan fueron las XII Tablas las que configuraron dicha distinción, que se olvidó en la Edad Media ante la noción cristiana de pecado, pero que resurgiría con la recepción del Derecho romano a partir del siglo XII. Entonces se consolidaron las profesiones jurídicas, al mismo tiempo que la economía de mercado proporcionaba los contextos de los conflictos y las monarquías intentaban canalizarlos hacia tribunales con miembros escogidos por ellas, ayudando a limitar el poder de autoridades locales y señoriales mediante la creación de un orden jurídico garantizado por ellas. Al final: “La litigiosidad... era consecuencia de una visión del mundo que concedía mayor importancia a los derechos que a las responsabilidades individuales” (1991, 22-3).

De cualquier forma, surgen dudas sobre la diferenciación de las diversas formas de tratamiento de los conflictos y, en concreto, sobre la distinción entre Derecho civil y penal. El Derecho civil no era en Roma lo que hoy entendemos, sino que estaba vinculado a la ciudadanía política como característica esencial de la *res publica*⁶⁷⁷ (Fuenteseca 1992, 61). La separación moderna entre derecho privado y público expresa el “doble status

⁶⁷⁷ *Res publica* significa el ente abstracto o expresión política de la ordenación jurídica comunitaria del pueblo romano. La distinción entre lo público y lo privado sería según el autor citado una característica esencial de la comunidad política republicana, con reminiscencias de la *polis* griega, basada en última instancia en una organización militar, y de la moderna idea de Estado. El poder legislativo soberano del *populus* se rehabilitaría con la Revolución Francesa, renaciendo asimismo el concepto de derecho público como ordenación constitucional de la cosa pública. “La antigua ciudad-estado aparece ahora como una nación-estado... La ciudadanía greco-romana y la nacionalidad del Estado moderno obedecen a la misma idea de vínculo político” (Fuenteseca 1992, 62-3; 92).

del hombre como individuo y como miembro de la comunidad”⁶⁷⁸. Pero hoy en día, esta distinción, ahondada en el Estado liberal⁶⁷⁹, presenta problemas frente a los beneficios de una sistematización: “El sistema de coordenadas que está en la base de esta concepción (derecho público = relaciones jerárquicas entre la generalidad y el individuo⁶⁸⁰; derecho privado = equiparación entre todas las personas jurídicas) no tiene fundamento”⁶⁸¹ (Wiethölter 1991, 78-9). El mantenimiento de esta dualidad tiene menos sentido en un Estado social de Derecho que pretenda superar el mero individualismo⁶⁸².

⁶⁷⁸ Como ejemplo, entre otros muchos, de la no distinción hasta el siglo IX del procedimiento civil y penal en los pueblos eslavos, siendo el procedimiento único de naturaleza penal, véase Lalinde (1992a, 1211-2).

⁶⁷⁹ Sobre la influencia del pensamiento filosófico en el Estado liberal, en relación con la distinción Estado-sociedad civil, que enlazaría con el concepto antiguo de ciudadano, vid. Wiethölter (1991, 82-95).

⁶⁸⁰ Olvidando la existencia previa o posterior de relaciones entre individuos, como las víctimas.

⁶⁸¹ Wiethölter se refiere especialmente a derechos como el laboral, económico o social, donde se entiende que opera una superación histórica de estos modelos (1991, 79).

⁶⁸² Ya hemos aludido a la distinción de Montesquieu entre derecho privado y público, como indica García-Gallo, la distinción será confusa cuando “...desde la segunda mitad del siglo XIX y en el actual muchos juristas se empeñan en destacar en uno y otro Derecho rasgos peculiares y opuestos, como si se tratase no de dos partes de un mismo ordenamiento, sino de ordenamientos radicalmente distintos” (1971, 274). Ello no impide que en la actualidad, algunos juristas afirmen que no existe tal distinción (García-Gallo 1971, 275).

Para concluir, recordando la cita introductoria de Blomberg y Cohen (1995, 145), puede aludirse a una propuesta de futuro que mira al pasado. El que fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Amsterdam y profesor retirado de Criminología, exponente de cierta corriente del abolicionismo, Herman Bianchi, ha reflexionado recientemente sobre la revitalización de la idea del asilo o los santuarios como proyecto que estima realizable (1994). Tras una exploración de las raíces culturales y religiosas del sistema penal actual, se basa en la noción hebrea de justicia para proponer un nuevo modelo de control penal centrado en la resolución de conflictos, según experiencias del Derecho civil y laboral, para delitos no violentos. Propone un sistema “eunómico” de control penal⁶⁸³ -con cierta supervisión estatal para evitar abusos- que favorezca la responsabilidad activa y la participación de los implicados, teniendo en cuenta la posibilidad de actuar de manera descentralizada. El delito se define como un conflicto entre el acusado y la víctima/demandante. El sistema eunómico se apoya en la necesidad de la resolución del conflicto mediante el arreglo de la disputa. Tanto el demandante como el acusado tendrían un derecho constitucional inalienable de poder elegir entre el sistema represivo actual, centrado en el castigo; y el sistema eunómico centrado en la resolución del conflicto mediante la negociación⁶⁸⁴. En caso de delitos violentos y para facilitar la resolución del conflicto, el Estado regularía la fundación y mantenimiento de santuarios modernos definidos como “un lugar de inmunidad y refugio donde los fugitivos

⁶⁸³ Cuyos principios o características, en contraste con el sistema represivo o anómico actual, serían las de ser un sistema: comunicativo, horizontal, responsabilizador, educativo, invocador, orgánico, terapéutico, racional, oposicional -en lugar de adversativo-, de derecho real, funcional, liberalizador y reparador (1994, 58-70).

⁶⁸⁴ “Al Derecho procesal penal se añadiría un nuevo párrafo, que diría: Si las dos partes en el conflicto delictivo han establecido un acuerdo razonable y justo sobre la resolución de su conflicto, el fiscal renunciará a continuar el proceso” (Bianchi 1994, 171). Este es el apartado que más me interesa de su propuesta, ya que la realización de los “santuarios” debería salvar grandes dificultades.

de procesamientos, persecución o venganza por las autoridades jurídicas o cualquier otro poder pueden asegurarse contra el arresto o la violencia bajo la condición de que contribuyan a la negociación” de la situación problemática (1994, 149).

Si conectamos esta propuesta con el énfasis, de algunos autores, en las instancias de control social informal por encima de los formales, esto sólo puede tener sentido en cuanto que dichos controles informales, como p. ej, el ejercido por la familia -en concreto los padres⁶⁸⁵- no se base en el castigo, punición o retribución, como parece ser el caso en muchas familias de EE.UU., según estudios de Straus (1996). A la luz de los datos sociológicos sobre nuestro país, cabría analizar para cada instancia de control social formal e informal cuáles son las formas y estilos predominantes⁶⁸⁶, en la perspectiva de interrelacionar su funcionamiento en la vida social. Se ha tomado como un avance el paso de la venganza privada a la justicia pública⁶⁸⁷ pero, ¿no es realmente un mayor avance el compromiso democrático en la reducción de la aplicación de la violencia, explícita o implícita? La

⁶⁸⁵ No he aludido en este trabajo al cambio histórico en las funciones de la familia -véase la bibliografía reciente ante el auge de estudios por la llamada violencia doméstica-, una de ellas era en ocasiones controlar castigando. Sólo me he referido al caso del adulterio como delito-pecado. El poder de castigar, dentro de las estructuras patriarcales, se reservaba al padre, quien también tenía el poder de perdonar o quizá de actuar como conciliador en una disputa entre hijos. Sobre la disciplina doméstica o el poder de castigar del padre, véase von Hentig, quien pone en conexión las relaciones de familia con las existentes en las órdenes monásticas, la casa real y señorial, los gremios y la organización militar (1967, 141-155).

⁶⁸⁶ Sobre los acuerdos informales, he de recordar su dificultad de estudio histórico y actual: “La vida pública queda en bibliotecas, en las hemerotecas, en los archivos de imágenes: la vida privada está hecha muchas veces de circunstancias sin huellas, conversaciones en voz baja... dramas de silencio y lágrimas en el auricular de un teléfono, papeles que se escriben y se pierden enseguida, mensajes” (Muñoz Molina 1996).

⁶⁸⁷ La venganza es un término que conlleva un desvalor ético, pero no cabe olvidar que todas las pasiones -y su inextricable racionalización- poseen un lado positivo y negativo. El lado positivo podría residir en su potencia agrupadora (Gurméndez 1996).

sustitución del Derecho penal por “algo mejor que el Derecho penal”, según propuso G. Radbruch, choca, en definitiva, con la premisa de que el Derecho penal constituye la más significativa manifestación de la soberanía estatal (García-Pablos 1995, 11)⁶⁸⁸. En este trabajo no se ha renunciado al reconocimiento progresivo y positivo de los cambios en el control social, sin embargo, ello no implica aceptar un proceso de civilización lineal, aunque sí una propuesta de reducción de las esferas de aplicación no democrática de la violencia⁶⁸⁹. Apartándonos de la llamada función simbólica, el derecho penal vigente persiste como sistema de valores⁶⁹⁰, en el que se realizan clasificaciones entre “hermanos-lobos” y “hermanos-delincuentes”⁶⁹¹, olvidándose de la participación de la sociedad civil que no es la misma que la que se conceptualizó en la construcción de los Estados nacionales. En opinión de Laura Nader, seguimos teniendo las mismas instituciones heredadas de la Ilustración para afrontar viejos problemas con nuevas complejidades.

⁶⁸⁸ Allí donde la presencia del Estado es menor, por su incapacidad o inexistencia, puede observarse un mayor margen de procesos de mediación, por ejemplo, respecto de asuntos económicos, corporativos o en la esfera política internacional.

⁶⁸⁹ “Desde el surgimiento del bípedo a la adquisición del lenguaje, desde la evolución de la visión al nacimiento de la creatividad artística, desde el aprendizaje de las conductas hasta la emergencia del pensamiento, ¿es que no ha habido ‘progreso’?” (Delameau 1996, 73). Este autor rechaza el nihilismo contemporáneo, aunque reconoce la ausencia de continuidad en el progreso moral.

⁶⁹⁰ Cfr. Wefers (1958).

⁶⁹¹ Expresión recogida en Carpena (1930).

PARTE TERCERA

INSTITUCIONALIZACION ACTUAL DE LA MEDIACION EN EL SISTEMA PENAL

PARTE TERCERA. INSTITUCIONALIZACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL

En la Parte Segunda he recogido diversas consideraciones en torno al origen remoto de la aplicación de las estrategias mediadoras en el control social. Aquí analizo las experiencias actuales dentro del sistema jurídico-penal que, en cierta manera, parecen revivir aquéllas. A pesar de la variedad de los temas tratados, conviene relacionarlos dentro del conjunto de esta Parte, la más extensa del trabajo. En definitiva, en ella se estudian la creación y los efectos de la mediación reparadora en el campo penal. En primer lugar, examino los movimientos, las teorías y la normativa que han incidido internacionalmente en esta cuestión, para pasar después a revisar las críticas que, desde el Derecho penal y procesal, fundamentalmente internos, se han argumentado respecto de los fines y las garantías ofrecidos por ellos. Posteriormente describo, bajo ciertos elementos aglutinantes, diversos programas de mediación en derecho comparado, aludiendo a algunos de los existentes en nuestro país. Por último, reflexiono sobre la visión que el NCP ofrece de las posibilidades de mediación reparadora para pasar, más tarde, a mencionar diversas propuestas *de lege ferenda* y terminar con una reflexión final.

1. EL ORIGEN PRÓXIMO DE LAS PROPUESTAS RELATIVAS A LA MEDIACIÓN Y SU ENCUADRE POLÍTICO-CRIMINAL

En el contexto político-criminal reciente en el que nacen los proyectos de mediación relacionados con el sistema penal, cabe destacar tres fuerzas constructoras de los mismos, que actúan de forma interactiva: movimientos

sociales, teorías e instituciones⁶⁹². Tendríamos una serie de movimientos sociales que, como comportamientos colectivos, buscan determinados intereses económicos, políticos o de reforma social (Melucci 1993)⁶⁹³, siendo influidos por diversas corrientes ideológicas que se prolongan y alteran en teorías e instituciones.

⁶⁹² En todo caso, son precisos estudios más profundos que muestren dicha interacción. Ya en 1982, la psicóloga y criminóloga Kjersti Ericsson publicó un libro en Noruega sobre formas alternativas de resolución de conflictos. En él se describía su nacimiento como parte de un movimiento internacional con tres diferentes direcciones: la pragmática estadounidense centrada en formas de justicia más eficaces, la que proporcionaban los tribunales sociales en China y algunos países del Este, y la aportada por intelectuales como Christie, Schonholz, Bianchi y Hulsman (Paus 1995, 6-10; Wall y Blum 1991). En la segunda dirección podría añadirse la influencia de los tribunales populares cubanos (Merry y Milner 1993, 9). Para una revisión de distintos factores que han contribuido a la expansión de los modos informales de resolución de disputas en el ámbito penal, así como a su crítica, vid. Sebba (1996c, 279-86).

⁶⁹³ Estos movimientos adquieren relevancia con su consolidación en diversas ONGs, otorgándose a algunas de ellas carácter consultivo en organismos como las Naciones Unidas. Cfr. Otto (1996) y Handler (1978a y b).

Como ejemplo de este tipo de interpretaciones –discutido a lo largo de esta Parte–, Tamarit i Sumalla entiende que la convivencia cristiana, la humanización y la privatización constituyen las bases ideológicas de las propuestas de un sistema penal con contenidos reparadores (1993, 142-162) -aunque no cabe olvidar, en mi opinión, las propuestas que no se relacionan estrictamente con el sistema penal-. Alude, así, a planteamientos de convivencia pacífica y de perdón de índole cristiana⁶⁹⁴, que rechaza por sus contenidos morales. Se refiere, después, a los argumentos en favor de una mayor humanización de las penas, en cuanto que la reparación -junto con toda una reorientación del sistema- potencia la comunicación en la vía progresiva de racionalizar el Derecho penal. La crítica a estos argumentos se dirige principalmente a su superficialidad, que les impide ver los mecanismos sutiles con que opera el Derecho penal posmoderno. Complementariamente, señala la ideología liberal como fuente de la privatización del sistema, frente a los autores que, como los que apoyaron el Proyecto Alternativo Alemán y -en nuestro ámbito de forma diversa- Bustos (1996, 5), estiman que los programas de reparación son propios de un Estado social⁶⁹⁵. En todo caso, Tamarit indica que el modelo reparador o compensatorio participa de las tres tendencias político-criminales contemporáneas destacadas por Silva (la abolicionista, la resocializadora y la garantista), aunque la reparación a la víctima nunca pueda llegar a ser el principio informador del Derecho penal⁶⁹⁶. El conjunto de estas cuestiones será replanteado a continuación con el objetivo de mostrar la mayor complejidad del tema.

⁶⁹⁴ Sobre el perdón véase Beristain (1990, 97).

⁶⁹⁵ En este sentido, Bustos exige una socialización del poder de definición, es decir, una efectiva participación mediante la descentralización y la devolución a las partes de la resolución de los conflictos, profundizando en formas de mediación y reparación.

⁶⁹⁶ Tamarit parece decantarse por el modelo garantista, proponiendo en él fórmulas que favorezcan la reparación. Así, en la atenuación de la pena, en la suspensión de la pena

1. 1 MOVIMIENTOS SOCIALES Y OPINIÓN PÚBLICA

En la práctica, aunque con variaciones de país a país, coexisten diversos movimientos sociales, de distinta ideología, que han influido en los proyectos de mediación en relación con el sistema penal. Aquí cabe destacar tres grupos: los movimientos en favor de los derechos de los internos, de las víctimas y de la resolución alternativa de los conflictos.

1. 1. 1 Los movimientos en favor de los derechos de los internos y de las alternativas a la prisión

privativa de libertad, en lo relativo a los art. 111 y 91 ACP, en el principio de oportunidad en el ámbito procesal -sin que se regulen procedimientos de conciliación previos o paralelos al juicio oral-, en un sistema de compensación estatal y en medidas sancionadoras reparatoras para determinadas figuras delictivas como el delito ecológico.

El movimiento en favor de los derechos de los internos y, en concreto, de las alternativas a la prisión está inspirado, en parte, en las argumentaciones de los teóricos del etiquetaje⁶⁹⁷, aunque éstos recalcaron más tarde el efecto de ampliación de la red de la mayoría de ellas, llegándose a afirmar por algún autor que “nada funciona” (Martinson 1974)⁶⁹⁸. En la actualidad, se habla de penas no privativas de libertad, penas alternativas -aun cuando pueden ser autónomas y no sustitutivas de la prisión⁶⁹⁹-, penas vinculadas a la comunidad -término (*community sanctions*) introducido por el

⁶⁹⁷ En relación con los movimientos a favor de los derechos de los internos en Europa occidental, cfr. Rivera Beiras (1995).

⁶⁹⁸ Cfr. la cita de Rennie (1978, xviii): “...existen muy pocas cosas en este campo que no hayan sido probadas en algún momento y consideradas atractivas, olvidadas durante una o dos generaciones, y después recibidas como la respuesta al problema del delito. En ningún otro área la historia del fracaso práctico ha proporcionado una garantía más segura de inmortalidad ideológica.” Vid., en referencia a la reparación, Jacob (1970). Sobre las alternativas como “esperanto penológico”, vid. Davies (1996) y, en general, sobre la reforma penal como progreso, vid. Bloom-Cooper (1974).

⁶⁹⁹ Véanse, dentro de una propuesta reduccionista o proporcionalista para nuestro país, Cid y Larrauri (1997). Estos autores -siguiendo a Wasik y von Hirsch (1988)- se posicionan en favor de un modelo de justificación de las alternativas como sanciones principales, en función de la gravedad del delito -lo que permite aplicarlas a casos graves-, más allá de sus objetivos rehabilitadores o, en su caso, reparativos. Cfr. Bacigalupo (1996). Respecto de los últimos avances en alternativas en Europa, véanse Junger-Tas (1994), Ferrajoli (1995, 411; 418-20) -quien habla de *penas* alternativas- y, en general, Bondeson (1994), Naciones Unidas (1990), Kellens (1991), Bouloc (1991), Ramírez Delgado (1995) y García Basalo (1964). Cfr. Peters (1981). Para una bibliografía sobre el tema de las alternativas en Norteamérica, cfr. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* (1995). Sobre el concepto de *sustitutivos* penales cfr., en relación con los proyectos de reforma españoles, Valmaña (1990). En cuanto al concepto de *medidas* alternativas, vid. Rentzmann y Robert (1986). Finalmente, sobre las *community corrections* -las cuales reciben también el nombre de *community sanctions* o *non custodial punishments*- en el ámbito anglosajón, relacionándose algunas de ellas con las órdenes de restitución o compensación, véanse Duffee y McGarrell (1990) -quienes critican su objetivo de intentar compatibilizar la retribución con la reparación-, Mair (1996), Whitehead (1990), Stanley y Baginsky (1984), Home Office (1991), McDonald (1989), Contact Center (1985), Johnson (1964), Johnstone (1991), varios (1989) y *Penological Information Bulletin* (1992). En Alemania, vid. Kunz (1994). Sobre su relación con el movimiento de desinstitucionalización y excarcelación, véanse críticamente Scull (1984) y, en general, Clemente (1986) y García Valdés (1986). Sobre su manifestación en las Reglas de Tokio (especialmente en el art. 2. 5), vid. Bohan (1989), IPPF (1989) y Daga (1995), quien se refiere, en general, a diversos estudios sobre las sanciones no privativas de libertad.

Informe de 1987 de la *Canadian Sentencing Commission*- y penas intermedias⁷⁰⁰. En Alemania se diferencia entre consecuencias jurídicas de internamiento y ambulatorias.

⁷⁰⁰ Sobre la crítica del término *alternativas* en cuanto que se sobreentiende la preeminencia de la pena privativa de libertad, vid. Morris y Tonry (1990) y su propuesta de castigos intermedios, estudiada por Huber (1994), Davies (1993), Byrne, Lurigio y Petersilia (1992). Cid y Larrauri entienden que en su creación influyó, en los años ochenta el movimiento del “justo merecido” (1997, 18).

Dentro de las alternativas, como pena autónoma, sustitutiva o condición para la suspensión de la pena privativa de libertad, tenemos el trabajo al servicio de la comunidad. Este trabajo podría significar una reparación a la comunidad jurídica idealmente lesionada. Ha sido introducido en la mayor parte de las legislaciones europeas y recomendado por organismos internacionales (Huber 1994, 161; 163; 165)⁷⁰¹. Por otra parte, la reparación a la víctima es expresión de un “movimiento general en favor de la restitución” que pretende incluir las perspectivas victimológicas en el Derecho penal. La reparación puede articularse como pena autónoma -así en las *compensation orders* introducidas en el Reino Unido en 1972, similares a las *restitution orders* estadounidenses-, accesoria o complementaria y como condición (*Auflage*) para la suspensión de la pena, la libertad condicional y la amonestación con reserva de pena. Distinta es la composición autor-víctima, tema del que me ocupó en esta tesis. En relación con ella, en un contexto menonita, surge el movimiento *VORP*⁷⁰² en Canadá y EE.UU.,

⁷⁰¹ En general, sobre el trabajo comunitario como reparación social, especialmente para menores, vid. Simon (1981), *Suplementos Cristianisme I Justicia* (1994), IPPF (1987), Tak y van Kalmthout (1988), Victim Support (1993), Young (1992), Faugeron, Houchon y Shepherd (1987), Consejo de Europa (1992), García Valdés (1986), *Bulletin d'Information Pénologique* (1994-5), Fennell y otros (1995) y Kangaspunta (1995a y b). Sobre la reflexión en nuestro país, cfr. Beristain (1994), de la Cuesta (1985), Asua (1984; 1989b), Consejo Vasco de la Abogacía (1996) y Manzanares y Ordóñez (1996). En el Reino Unido, Huber (1983), Whitfield y Scott (1993), Duff y otros (1994), Newburn (1995), *Home Office Statistical Bulletin* (1993), Ball, McCormack y Stone (1995), Hoggarth (1991) y McIvor (1992). En Francia, *CJ International* (1994, vol. 10, n.3), Neveu (1987), Lazerges y Santucci (1987) y Verin y Burg-Porte (1984). En Alemania, Jehle, Feuerhelm y Block (1990). En los Países Bajos Tak (1988), Bol (1985) y Junger-Tas (1994). En Nueva Zelanda, Department of Justice (1981). En Suecia, Svensson (1988; 1995). En EE.UU. Maher y Dufour (1987), Musick (1995), Office for Victims of Crime (1996), Parent y otros (1995) y Curtis (1987). En Finlandia Takala (1993). En Brasil, Felipeto (1994). También fue introducido en Portugal y cabe destacar que el art. 238 del Código penal boliviano lo preveía para el delito fiscal.

⁷⁰² *Victim Offender Reconciliation/Reparation Program* (Programa de Reconciliación/Reparación Víctima-Ofensor). La filosofía originaria subyacente en los *VORPs* no resulta, en todo caso, tan novedosa y encuentra antecedentes en programas con menores en países como Bélgica en los años cincuenta, en el ámbito de protección, y en los años sesenta en Alemania, en el ámbito de menores infractores (Funes 1995).

influyendo después en toda la esfera anglosajona y en Europa continental en general. Estos programas constituyen organizaciones fuera del sistema penal, aunque vinculadas a él, implicando una reparación como resultado y una mediación como proceso de encuentro entre la víctima y el infractor (Zehr 1990, 172-3; 160; Wright 1991, 112).

1. 1. 2 Los movimientos en favor de los derechos de las víctimas

En segundo lugar, tenemos el movimiento en favor de los derechos de las víctimas⁷⁰³. A principios de los sesenta empezaron a escucharse con más fuerza reivindicaciones de grupos muy diversos de minorías discriminadas (Joutsen 1991), pudiendo destacarse el de las mujeres. Algunos autores subrayan que, a medida que las reivindicaciones sobre los derechos se multiplican, surge un conflicto aparente entre ellos, así entre los de las víctimas y los acusados⁷⁰⁴ (Ferrari 1991, 456; Viano 1991, 440-8; Kirchhoff 1992).

⁷⁰³ Cfr. Herrera Moreno (1996, 109-135). Para un balance de las reformas legales obtenidas por las demandas de este movimiento, véase Sebba (1996a, 13-24). Elias destaca que debe hablarse más exactamente de varios movimientos, de diversa importancia, aunque para el caso de EE.UU. considera que impera un movimiento conservador y que ha adoptado el concepto estricto (jurídico) de víctima (1993, 53-4; 1994). Viano lo califica como uno de los movimientos sociales y jurídicos más importantes en la historia contemporánea de dicho país (1991, 448). Cfr. Fattah (1992b, 5). Sobre los derechos humanos de las víctimas, vid. Beristain (1990, 209). También Bergalli propone para nuestro país un análisis del sistema de control penal que "...pase a exaltar, como prácticas políticas, los movimientos centrados en el paradigma de la atribución de responsabilidad criminal e indemnización a las víctimas por los delitos de grave daño social..." (1995, 79).

⁷⁰⁴ Sobre el proceso de multiplicación o sectorización de los derechos humanos, vid. Ballesteros (1992), Bobbio (1991), Rivera (1992) y Peces Barba (1993).

En concreto, las víctimas del delito pidieron un “reajuste de la balanza”, “una introducción del punto de vista de la víctima” (Shapiro 1990). Se crearon distintas Asociaciones: *Victim Support* en Gran Bretaña, en 1974, y NOVA (Organización Nacional para la Asistencia a la Víctima) en Fresno (EE.UU.), en 1976. Les siguieron, un año después, el *Weisser Ring* en la República Federal Alemana -luego extendido a Austria, Suiza y Hungría-. En Canadá⁷⁰⁵, Francia, el Reino Unido⁷⁰⁶ y otros países surgieron asociaciones similares (Kirchhoff 1994, 25; 1997; Jung 1995, 6)⁷⁰⁷. En otros lugares, como en España, se dio más bien una promoción a través de oficinas públicas. En cualquier caso, muchas de las organizaciones voluntarias terminaron dependiendo de fondos del gobierno y se profesionalizaron, con lo que podría darse un proceso de distanciamiento respecto de los ciudadanos (Morgan, Winkel y Williams 1995, 302; 304).

⁷⁰⁵ Véase el manual de ayuda a las víctimas de Quebec por Coiteux y otros (1996). También en Francia se publicó, en 1982, una guía de los derechos de las víctimas.

⁷⁰⁶ Donde, según Joutsen (1994, 228), la *National Association of Victim Support Schemes* es la más activa y organizada. Sobre la instrumentalización del movimiento por el gobierno, para legitimar prácticas más represivas, vid. Fattah (1992a, xi) y, más brevemente, Erez (1994, 20-1).

⁷⁰⁷ Sobre la naturaleza comunitaria de este tipo de asociaciones, piénsese en la cita de Horkheimer: “...si hay algo que no quepa organizar es la amistad, y la forma prefijada de la asociación, por mucho que rescate del aislamiento contemporáneo, puede estorbar relaciones más nobles, que hagan más justicia a las cosas y que podrían surgir espontáneamente” (Adorno y Horkheimer 1979, 87). Cfr. Helena Béjar (1996).

Las demandas del movimiento en favor de las víctimas, que incluyen posiciones más o menos represivas, se centran en la reparación (Schafer 1965), la participación, la protección durante el proceso⁷⁰⁸ y una protección abstracta, como interés en la criminalización, frente a la percepción de la inseguridad pública⁷⁰⁹. Algunas de estas preocupaciones se reconocen ya como derechos en Cartas o Declaraciones, de valor jurídico relativo, existentes en el Reino Unido, en algunos estados de Australia y de EE. UU.⁷¹⁰. Se distingue así un modelo personal-estatutario anglosajón de otro continental del bienestar (Herrera 1996, 269-73), que se manifiesta en el Foro Europeo de Servicios para las Víctimas. Con todo, Groenhuijsen recalca la interrelación entre los derechos y los servicios (1993, 18).

⁷⁰⁸ Sobre los derechos de las víctimas en el proceso, a fines de los ochenta, en la República Federal Alemana, Austria, Suiza, Inglaterra, Francia, Irlanda, Italia y España, vid. Kühne (1988) y sobre la discusión actual alemana Weigend (1989; 1994) y Weisser Ring (1996). En general, sobre el enfrentamiento entre los derechos del infractor y la víctima, vid. Pilgram y Steinert (1991), Seelman (1989) y Helen Fenwick (1997).

⁷⁰⁹ Taylor habla de la prevención del delito como nuevo movimiento social, o más bien, como movimientos sociales suburbanos particularistas y sin objetivos a largo plazo (1997, 63-7).

⁷¹⁰ En los años ochenta distintas leyes y constituciones estatales recogieron estos derechos, siendo California el primer estado que, en 1982, modificó su constitución para incorporar un *victim's bill of rights*. En 1990 el Congreso aprobó la Ley sobre Derechos de las Víctimas y Restitución (como parte de la Ley sobre Control del Delito), incorporando una lista de derechos no subjetivos de las víctimas y disposiciones para su cumplimiento. Se mencionan los derechos a ser tratado con justicia, respeto de la dignidad y privacidad, de protección razonable frente al acusado, de información -incluyendo la referente a la puesta en libertad del condenado-, de reparación, etc. (Sebba 1996a, 22). Asimismo, sin perjuicio de las recomendaciones internacionales de relativo valor jurídico, existen directrices administrativas o instrucciones para la policía sobre el respeto de los derechos de las víctimas y su protección en EE.UU., Suecia, los Países Bajos, etc. Véase también el vade-mecum elaborado para la policía belga, Aertsen y Martin (1996). Asimismo, cfr. las cartillas de derechos de las víctimas en materia penal en México, con base en la Declaración de 1985, de las Naciones Unidas. Sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas por la Asociación Internacional de Directores de Policía en 1983, vid. Commission (1997a, 54) y sobre la labor de los fiscales, jueces, personal de instituciones penitenciarias y servicios sociales, *ibidem* (59-70).

1. 1. 3 Los movimientos en favor de la resolución alternativa de los conflictos

En tercer lugar, cabe aludir al movimiento de resolución alternativa de los conflictos (*ADR*)⁷¹¹, con marcado interés en el ámbito privado. Se inició en los EE.UU.⁷¹², siendo influido por las manifestaciones de insatisfacción con la administración de justicia y los estudios de los antropólogos de los años sesenta y setenta (Palumbo, Musheno y Hallett 1994). Singer ha destacado su inspiración en la mediación de los ancianos y sacerdotes de algunos grupos étnicos y religiosos de este país (1996). El movimiento se relaciona, además, con el de acceso a la justicia (*access-to-justice*) (Sebba 1996a, 275; 277; Cappelletti y Garth 1996). Sus propuestas han llegado también al ámbito penal, primeramente en conexión con las tendencias del comunitarismo y la mediación social, especialmente en las Juntas Comunitarias (*Community Boards*) de EE.UU., que tratan -a diferencia de los *VORP*- casos civiles y penales. Desde fines de los años setenta, se ha debatido entre el modelo comunitario y el institucional (Adler, Lovaas y Milner 1988; Adler 1993).

⁷¹¹ *Alternative Dispute Resolution*. Véase la visión evolucionista de Arnaud y Fariñas (1996, 287-8), en cuanto entienden que se pasará progresivamente de un orden jurídico impuesto tradicionalmente a otro negociado. Para una diferenciación entre justicia informal y popular, en relación con el *ADR*, vid. Freeman (1995).

⁷¹² Donde existe una Sección de Resolución de Disputas en el seno de la Asociación de abogados colegiados, un Instituto Nacional para la Resolución de Disputas y un Instituto para la Mediación y Resolución de Conflictos, así como una *Dispute Resolution Clearinghouse* creada en conexión con el *National Criminal Justice Reference Service* (Sebba 1996a, 277).

Moore, estudioso del *ADR*, entiende la mediación como una de las alternativas más satisfactorias para resolver disputas. En su opinión debe institucionalizarse y prevé que en los próximos años se desarrolle, de forma extraordinaria, en los siguientes campos: en conflictos étnicos; en conflictos personales profundos, con grandes barreras psicológicas y relacionales; en conflictos violentos, incluyendo los delitos; en el ámbito de la educación, enseñando técnicas de gestión creativa de los conflictos; en el diseño de sistemas para tratar disputas; en la gobernabilidad pública y en cuestiones medioambientales (1996, 374-8). En 1973 se estableció en EE.UU. la Asociación de Profesionales de Resolución de Disputas (*Society of Professionals in Dispute Resolution*, SPIDR). En 1983 se encargó a su comisión de ética que desarrollase unas normas básicas de responsabilidad profesional. Producto de este mandato fue un documento aprobado por la Junta el 2 de junio de 1986. Se espera que el mismo ayude a la definición de esta profesión, tenga un valor pedagógico e informe a los usuarios de estos servicios. Entre los principios que se recogen se encuentran los de neutralidad⁷¹³, imparcialidad, obtención de un consentimiento informado, confidencialidad y rapidez.

Recientemente, la antropóloga estadounidense Laura Nader ha formulado una profunda crítica del movimiento *ADR*, en su aspecto internacional económico, conceptuándolo como el uso, primordialmente obligatorio, de modelos de resolución de disputas que otorgan mayor protagonismo a las megacorporaciones de nuestro mundo globalizado (1997). Entiende que este movimiento tiene un origen político concreto y un carácter mesiánico, siendo impulsado desde la Corte Suprema de su país –concretamente por el *Chief Justice* Warren Burger–. Su resultado visible es el decrecimiento de la oposición política iniciada en los sesenta y de la promoción de acciones legales,

⁷¹³ Sobre las coordenadas en que ha de situarse la neutralidad del mediador, vid. Meßner (1996, 151-2).

especialmente las colectivas, restando publicidad a los conflictos. A primera vista, se fomentan valores de paz, donde no se percibe jerarquía alguna, pero puede advertirse la ideología de dichas corporaciones, una vez superada la ingenuidad inicial. El sistema adversativo parece haberse sustituido por uno privado, en el que predominan términos psicológicos como los de “aprendizaje común”, “diálogos constructivos” e “información recíproca”. Se favorece así la conformidad, degradando la igualdad, en cuanto que las investigaciones empíricas demuestran que no es posible mediar o arbitrar disputas satisfactoriamente, cuando en ellas existe un desequilibrio de poder entre las partes. Aunque ya he indicado que Laura Nader se refiere fundamentalmente a la globalización económica, es posible advertir críticas comunes respecto de la mediación en el ámbito penal⁷¹⁴.

⁷¹⁴ En todo caso, toda tentativa de explicación conspirativa es una manera simplista de intentar solucionar el nivel de angustia, identificando a los culpables (Zaffaroni 1997).

1. 1. 4 Opinión pública

En conexión con los distintos movimientos, puede destacarse la importancia de la opinión pública -y su reflejo en los medios de comunicación-, que ya he comentado brevemente en la Parte Primera. En la promoción y legitimación del cambio de paradigma, según García-Pablos, las actuales investigaciones empíricas parecen demostrar que el sistema penal no obtiene una legitimación homogénea ni total de la opinión pública y en todo caso esa legitimación dista mucho de ser un consenso válido basado en el conocimiento real de la actuación efectiva del sistema y en su valoración racional, pareciendo más bien asentarse en una ausencia de conocimiento y en imágenes parcialmente ficticias del mismo (1988, 689)⁷¹⁵.

Como ejemplo de los escasos estudios genuinamente cualitativos sobre la opinión pública en relación con el delito, realizado mediante entrevistas en profundidad en EE.UU., puede citarse el de Gaubatz (1995)⁷¹⁶. Esta investigación demostró las contradicciones relativas al consenso de la población en la respuesta al delito: las personas que ofrecían índices más altos de victimación y miedo, no eran más punitivas que el resto. Además, la mayoría, en un razonamiento moral sobre el merecimiento o la justicia, unánime castigo y compensación a la víctima.

⁷¹⁵ Cfr. la propuesta de un “uso público de la razón” de Baratta (1989).

⁷¹⁶ Para otros, utilizando grupos de discusión vid. Doble (1987). Cfr. Flanagan y Caulfield (1984). Sobre las condenas penales en el ámbito anglosajón, cfr. Durham (1993). En torno a la valoración de las penas en Alemania, véanse Sessar (1994), en concreto sobre los fines de la pena Endres (1992a y b), sobre encuestas de victimación y los intereses de la víctima en la persecución penal Kilchling (1994; 1995), específicamente sobre la reparación Sessar (1992). Cfr. Pfeiffer (1993). Respecto de las alternativas en Italia, Di Lazzaro, Mosconi y Pavarini (1995). Sobre la voluntad punitiva o actitudes hacia las penas resultan relevantes las últimas encuestas de victimación, cfr. Walker y Hough (1988). Sobre las condiciones de la empatía, vid. Pharo (1996, 125-43).

A falta de trabajos similares en nuestro país⁷¹⁷, pueden indicarse una serie de consideraciones más abstractas. El filósofo francés Gaston Bachelard estudió lo imaginario y la fantasía en varias obras como *Psicoanálisis del fuego* (1938), *La poética del espacio* (1957) o *La poética de la ensoñación* (1960). No hay que rechazar el valor de las percepciones porque lo imaginario constituye una forma de conocimiento más profundo, así como el fundamento intuitivo de las concepciones. Específicamente, Melossi habla de la “cadena discursiva ideológica” y de los “vocabularios de motivo punitivo” apuntando a que las sensibilidades variables de la sociedad se mueven de acuerdo con las sensibilidades de sus elites. Los individuos de una sociedad aprenden a creer que las preocupaciones y los enemigos de las elites son los suyos propios. Es parte de la “hegemonía” o dominación cultural de una óptica omnicomprensiva del mundo, mantenida por los miembros de una sociedad concreta, para organizar sus relaciones en un momento dado (1995, 175 y 160).

1. 2 TEORÍAS DENTRO DEL DERECHO PENAL

Siguiendo con una segunda fuerza constructora de los proyectos de mediación, pueden mencionarse una serie de teorías, como conocimientos organizados que explican y sugieren conceptos y contribuyen al discurso público. De acuerdo con Donald Black, el siglo XX podría definirse como el siglo de la ciencia, donde el conocimiento científico progresa fundamentalmente a través del surgimiento de lo que Thomas Kuhn denominó “paradigmas”, es decir, marcos que identifican problemas de investigación,

⁷¹⁷ En España vid. Toharia (1987, sobre actitudes referentes a las alternativas en la resolución de los conflictos, véanse p. 104-113); Ruidiaz en relación con la percepción de inseguridad, injusticia y demanda de seguridad; sobre la percepción de la gravedad del delito, según la situación socioeconómica, el sexo y la edad, vid. Gabaldón (1978); y para el entendimiento de la criminalidad en general, cfr. García-Borés y otros (1994). Véanse también diversos apartados de la Parte Primera.

organizan los descubrimientos y guían la elaboración de la teoría. Estos marcos nacen en parte por medio de lo que Derek de Solla Price llamó “escuelas invisibles” o redes sociales de científicos que participan en la construcción de un cuerpo común de conocimiento (1990, vii)⁷¹⁸. Conforme a Black, un nuevo paradigma supone, en cierto modo, una invención de la realidad y produce un choque epistemológico (1995, 47, nota 168).

⁷¹⁸ Según Black, una idea es una afirmación sobre la naturaleza de la realidad y cada idea es una variable cuantitativa que puede medirse por su aceptación (siendo citada, etc.) (1995, 36, nota 136).

Algunas de las teorías relevantes para este tema ya han sido desarrolladas en la Primera Parte. Eran, básicamente, el abolicionismo, la Criminología realista de izquierdas, la Criminología republicana, la constitutiva y las tesis más específicas en conexión con la justicia restaurativa, a las que habría que sumar las reflexiones dogmático-jurídicas. Dentro de estas últimas, se aludirá aquí, primordialmente, a las alemanas por su repercusión en nuestro país y porque es en el seno de las mismas donde se ha articulado una propuesta concreta de mediación/reparación. En ella se pretendía dar una valoración dogmática, estudiando sus posibilidades como excusa absolutoria vinculada al arrepentimiento, como ausencia de merecimiento de pena⁷¹⁹ o como tercera vía junto con la pena y la medida. En el capítulo V de la tesis doctoral de Guadalupe Pérez Sanzberro se presentan los planteamientos de algunos representantes de la ciencia penal alemana que han reflexionado sobre la relevancia de la reparación/conciliación (1996). Todos ellos asumen la necesidad del Derecho penal como instrumento de control social. Pérez Sanzberro distingue tres líneas. La primera está representada por Kurt Seelmann y Dieter Rössner⁷²⁰, quienes proponen la reparación como fin penal autónomo. La segunda entiende la reparación como forma de reacción o sanción autónoma que satisface las necesidades de prevención general y especial. Aquí encontramos a Klaus Sessar, Detlev Frehsee -quienes conciben la reparación como sanción con rasgos punitivos o coactivos-, Frieder Dunkel⁷²¹ y Claus Roxin, máximo representante de la propuesta de la reparación

⁷¹⁹ Sobre el merecimiento y la necesidad de pena, véase Luzón (1993) y Silva (1995).

⁷²⁰ Rössner distingue la determinación de los bienes jurídico-penales como un programa formal necesario, y la reacción a su violación, donde pueden tener más relevancia los medios informales para restablecer la paz jurídica. En definitiva, se trata de ver el concepto de responsabilidad tras la comisión de los hechos de una manera más interactiva (1996, 411).

⁷²¹ Para quien la restitución y la mediación se relacionan directamente con la cualidad

como tercera vía (*dritte Spur*)⁷²² de la reacción penal. Finalmente, Pérez Sanzberro estudia los autores que, como Hans Joachim Hirsch y Heinz Zipf, hacen depender la reparación del sistema jurídico-penal, negando su autonomía (1996, 277)⁷²³. En concreto, Hirsch afirma que las funciones del Derecho penal no pueden ampliarse arbitrariamente ya que están ontológicamente limitadas, por lo que “conserva la reparación su carácter civil, incluso cuando se la incorpora al Derecho penal” (1992, 89).

del Derecho penal de resolver conflictos y aumentar la pacificación, siendo respuestas apropiadas y practicables para determinados casos que pueden relativizar e incluso eliminar el derecho estatal a castigar. Respecto de delitos de moderada a leve importancia, la restitución debería basarse en un procedimiento independiente extra-judicial de reparación o reconciliación. Asimismo, en general, la restitución, dentro de unos límites, debería tener el *status* de una sanción penal independiente -siendo el trabajo al servicio de la comunidad una alternativa equivalente-, que cuenta con todas las garantías. En todo el caso, el uso de la mediación, independientemente de su valoración jurídica, parece positivo respecto de determinados delitos graves -como ponen de relieve ejemplos en Bélgica, Canadá y EE. UU. (Walgrave y Aertsen 1996, 75)-. Finalmente, Dünkel concluye que el papel de la restitución, la mediación y la reconciliación en el siglo veintiuno depende de un engarce sólido con la teoría y práctica de la justicia penal (1996, 57-61).

⁷²² Término empleado en este contexto por primera vez por Frehsee en 1987 en cuanto entiende la reparación como un instrumento de control jurídico-penal entre la pena y el tratamiento y que puede imponerse como condena -con lo que surgen problemas respecto de la voluntariedad- (Pérez Sanzberro 1996, 299-300).

⁷²³ Cfr. Cerezo Mir (1996, 40, nota 113) para una referencia de autores, fundamentalmente alemanes, que rechazan la sustitución de la pena por la reparación. Véanse también las posturas más críticas de autores como el abolicionista Michael Voß (1989) -contraargumentada por Driebold y Sievers (1989) que insisten en situar estos programas dentro de la descriminalización-.

Las tesis de Roxin fueron parcialmente recogidas en el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, AE-WGM*)⁷²⁴, presentado en 1992 por un grupo de profesores de Derecho penal, alemanes, suizos y austríacos, como propuesta de regulación legislativa⁷²⁵. En el grupo de trabajo que elaboró el proyecto, cuyas actividades se remontan a 1987, se encontraban autores como Jürgen Baumann, Heike Jung, Peter Rieß, Dieter Rössner, Thomas Weigend, Albin Eser, Horst Schüler-Springorum y Heinz Schöch. Su intención era ofrecer una mayor variedad sancionadora penal, dando importancia al papel de la víctima (“recuperando a la víctima para el derecho penal”) y contribuyendo a la discusión académica y política (Pérez Sanzberro 1995). El proyecto concretó la reparación como sustitutiva (causa de renuncia) de la pena, como factor a considerar en el archivo del procedimiento, en la suspensión condicional y la libertad condicional, en caso de que deban satisfacerse las necesidades de la prevención general o especial, o como atenuante, previendo esta posibilidad en distintos momentos del procedimiento (Huber 1994, 166-72; Loos 1993)⁷²⁶. Una definición amplia

⁷²⁴ En opinión de Guadalupe Pérez Sanzberro, en el proyecto nos encontramos con una forma de autosanción -término que prefiere al de autopenalización al que hace referencia Tamarit (1993)-, entendiéndolo por tal el acto de reconocimiento externo de la actuación lesiva y la disposición a eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias dañosas. El fundamento de la reparación sería el principio de subsidiariedad, dándose una graduación: la vía cero es en la que no es necesaria la reacción, por cuanto se puede archivar el procedimiento sin más consecuencias; la vía segunda implica la reparación como reacción primaria y voluntaria; y la vía tercera constituye el espacio de la pena -como asignación de la responsabilidad a través de la coacción- y de la medida de seguridad -actuando frente a la peligrosidad criminal futura- (Pérez Sanzberro 1996, 361-400). Autores como Schöch propusieron anteriormente que se diera un proceso de restitución judicial, mediante una reparación dirigida por el juez, lo cual puede relacionarse con la propuesta de Kondziela de crear un proceso de conciliación dentro del proceso penal (1989; Hehn 1996, 101).

⁷²⁵ Sobre un comentario al mismo, incluyendo su traducción al castellano, véase Pérez Sanzberro (1996, 3 53-404; 637-644).

⁷²⁶ Esta autora apunta que dicho proyecto constituye el modelo más consecuente para la inclusión de la reparación en el sistema penal, aunque tiene hoy pocas posibilidades ante la política criminal y el incremento de la criminalidad. Pero, concluye: “...quizás no esté lejano el momento en que la justicia criminal se derrumbe en algunos países -como el tráfico

permite, en principio, su aplicación a todo tipo de delitos e infractores (Huber 1994, 170-171): “Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica⁷²⁷”, lo que puede incluir dinero, regalos, disculpas, encuentros de reconciliación o la prestación de servicios a personas individuales o entidades -parágrafo 2 I 1-. Un presupuesto del Proyecto Alternativo, que diferencia el concepto de reparación de las *compensation orders*, es la exigencia de voluntariedad⁷²⁸. Según Huber, la importancia del tema de la reparación reside “en que, como instrumento de ‘diversificación’ (*Diversión*) se presenta como un medio apto para atenuar, modificar o sustituir la pena” (1994, 172)⁷²⁹.

automovilístico- bajo el peso de la ineficacia y la saturación. Tal vez sea entonces la oportunidad para recobrar los modelos alternativos y, por qué no, el modelo de la reparación” (1994, 176).

⁷²⁷ Se refiere a la definición de Jung (1992).

⁷²⁸ Sobre los problemas de voluntariedad suscitados en los proyectos del Reino Unido, vid. Davis (1992a, 213; 1992b, 453-4). Cfr. Rieß (1989).

⁷²⁹ Precisamente el tema de la *diversion* en relación con la mediación fue objeto de discusión específica en el XIII^o Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Tokio en 1983. Los proyectos de *diversion* fueron empujados por las propuestas de los teóricos del etiquetaje, quienes hicieron referencia expresa a las posibilidades de resolución informal de los conflictos, vid. Lilly, Cullen y Ball (1989, 132-3; 176-7), Dignan (1992), Klapmuts (1976), Kos-Rabcewicz-Zubkowski (1983), Joutsen (1982), varios (1983b), George (1983), Domondon (1983), Marks y Rössner (1989), Hanak (1982), Moore (1994), Fathi Sorour (1984), Matsuo (1983) y Bynum y Thompson (1996, 430). Respecto de la problemática vinculada a los derechos procesales, cfr. Walter (1989). En cuanto a diversos programas de *diversion* con menores en distintos países, vid. Gale, Naffine y Wundersitz (1993), Lemert (1981), Osgood y Weichselbaum (1984), Law Reform Commission of Canada (1975), Laubenthal (1992), Böhm (1992), Ladd y Lynch (1979), Lahti (1978), Heinz (1992), Schöch (1992), Blau (1987), Atkinson y Gerull (1992), Janssen (1986), Walter (1983), Dölling (1991), Bundesministerium der Justiz (1992), Heinz y Storz (1993), Bullington y otros (1978), Ball, McCormac y Stone (1995). Respecto de los adultos, cfr. Roesch (1983), Lawrence (1990a y b), Feest (1990), Kangaspunta (1995a), Heuni (1986), *Crime and Social Order in Europe Newsletter* (1996, n.4), Cooke (1989) y Gottheil y Schiffrin (1996).

Desde el campo de la Psicología y la Filosofía social, en cuanto que se ha pronunciado sobre la propuesta de la tercera vía, podemos destacar al autor alemán Claus Meßner. En su opinión, el Derecho penal ha funcionado en la sociedad moderna como un fármaco⁷³⁰, como un medio que promete curar el dolor de la sociedad producido por el mal de la violencia, a través del empleo de ese mismo mal⁷³¹. En todo caso, rechaza las tesis evolucionistas que ven en los cambios recientes en el control social tanto una humanización como una intensificación del mismo, sobrevalorando los conceptos teóricos de la política criminal. Para este autor, la mediación responde a la racionalidad actual y, refiriéndose en concreto al derecho de menores, la mediación no puede constituir una sanción penal, sino que debe emplazarse en el contexto social de la educación y la ayuda. Los proyectos de *TOA* sólo tienen sentido como mediación y no como restitución o tercera vía, ya que entonces se mantiene una visión errónea del encuentro como medio y no como fin en sí mismo⁷³². El derecho cumple un papel orientador del comportamiento social, dentro de un programa más amplio de consolidación de la paz, que, en todo caso, atañe principalmente a la sociedad. Desde esta construcción o perspectiva se puede

⁷³⁰ Cfr. Resta (1994).

⁷³¹ Lo que relaciona con la poderosa metáfora del estado de la naturaleza de Hobbes: "...el sujeto moderno debe olvidar tanto los límites de sus aptitudes como sus anhelos y pasiones; sacado de su mundo de vida, ya no será capaz, de contemplarse a sí mismo con los ojos de los otros; es esta imagen de la persona la que determina el intento de los primeros pensadores de lo moderno de producir un fundamento legítimo del orden social, y es esta imagen, de la que el Derecho penal extrae los criterios de su justicia" (1996, 10). En definitiva, el monopolio del ejercicio del poder por el Estado se funda en una paradoja y permanece ambivalente en sus efectos (*ibíd*, 31).

⁷³² En este mismo sentido coinciden Netzig y Trenczek -que participan en el proyecto *Die Waage*-, para estos autores los programas de restitución simplemente negocian el castigo y olvidan la dimensión dinámica e interactiva de la justicia restaurativa (1996, 245). Trenczek entiende la reparación como principio ético básico del Derecho penal (1996, 232). Sobre las dificultades en la medición del "éxito" de los proyectos de *TOA*, entendidos como una forma de *diversion* junto con la reparación civil y el trabajo al servicio de la comunidad, incidiendo en los aspectos cualitativos, cfr. Meßner (1996, 62-4; 167).

observar la autonomía personal como un concepto relacional de la praxis social, fundado en las relaciones individuales y colectivas (1996, 64; 157; 160; 165-7).

Finalmente, realizando un cierto paralelismo entre las posturas de la dogmática alemana y española, Pérez Sanzberro distingue dentro de la doctrina penal española posiciones escépticas y receptivas (1996, 58-67). Junto a estas dos tendencias, indica autores como Antón Oneca (1986, 646-7) y Mir Puig⁷³³, quienes tratan de la reparación dentro del análisis de la responsabilidad civil. Por su parte Quintero Olivares se ha referido a la renuncia de la pena para delitos en que la ofensa sea reparable, en cuanto evaluable económicamente, con la finalidad de evitar el mal que supone la cárcel (1989). Entre los autores que Pérez Sanzberro califica de receptivos⁷³⁴, se encuentran Beristain⁷³⁵, Bustos, Larrauri y Giménez-Salinas. Entre los escépticos o reacios a atribuir a la reparación “una relevancia autónoma como respuesta jurídico-penal frente al delito” (1996, 61-2)⁷³⁶, sitúa a Muñoz Conde y García-Arán (1996), Silva (1993)⁷³⁷, Cerezo Mir (1996)⁷³⁸ y Tamarit (1993).

⁷³³ Véase *infra*.

⁷³⁴ Entre los que podría incluirse ella misma, destacando que existen tres principios que permiten afirmar el papel que posee la reparación-conciliación: principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, desde el momento de la incriminación, hasta el de la declaración judicial; principio de respeto de la autonomía del sujeto por el reconocimiento de su dignidad, que implicaría el derecho a discutir o asumir su responsabilidad en favor de una pacificación; y principio de protección de bienes jurídicos, estimando el daño particular y el daño social (1996, 535-6).

⁷³⁵ A quien ya hemos aludido dentro de las teorías criminológicas y, más específicamente, victimológicas. Respecto de estas últimas, podemos incluir a Herrera, quien también se manifiesta a favor aunque con límites, ya que advierte “una peligrosa *hiperestesias conciliadora*, casi perfectamente paralela a aquel *mesianismo resocializador*” (1996, 254) (cursivas de la autora citada).

⁷³⁶ Fundamentalmente se critica que la reparación-conciliación autor-víctima no cumple los fines penales y carece de garantías jurídicas.

⁷³⁷ Quien parece admitir cierta eficacia preventiva a los procedimientos

Cabe aclarar que, a mi modesto parecer, todas estas posiciones, más que teorías estructuradas, constituyen opiniones fundamentadas en la dogmática penal contemporánea.

1. 3 INICIATIVAS INSTITUCIONALES

En tercer lugar, otra fuerza constructiva de la llamada justicia restaurativa –junto con los movimientos y las teorías– es la recepción y promoción de iniciativas por parte de las instituciones locales, estatales e internacionales, a través del trabajo de profesionales con ideas innovadoras o de voluntarios, políticos y teóricos⁷³⁹. Cabe recordar la alusión de Zehr a las tres posibles fuentes de distorsión de las ideas originales cuando se plasman en reformas o funcionamiento de proyectos concretos. Son: los intereses imperantes en el propio sistema penal –incluyendo los retributivos–, la dinámica de la institucionalización –que implica

extrajudiciales de reparación para delitos de muy poca gravedad, cuyo mejor tratamiento sería su despenalización, y para menores. Propone también la valoración de la reparación entre las atenuantes y para la suspensión de la ejecución de la pena en lesiones y homicidios por imprudencia temeraria.

⁷³⁸ En opinión de Cerezo (1996, 40-1), la reparación -que formalmente es objeto de la responsabilidad civil- sólo cumple parcialmente los fines de la pena: “Desde el punto de vista de la prevención general, la reparación no puede satisfacer plenamente la función de ejemplaridad de la pena, pues el bien jurídico lesionado es siempre un bien del Derecho, aunque su portador sea un particular. El delito implica siempre una lesión de intereses sociales, pues atenta contra las condiciones mínimas de la vida en sociedad. La eficacia intimidante de la reparación es, por otra parte, escasa e inferior, sin duda, a la de la pena.” Por todo ello, en su opinión, sólo puede considerarse como atenuación y no como sustitución. En todo caso, sí la admite como sustitutivo de una medida de seguridad educativa en el campo de los menores, según la regulación de la ley 4/1992, ya que considera que: “Al estar orientadas las medidas de seguridad exclusivamente hacia los fines de la prevención especial, no tropieza aquí la reparación con los inconvenientes que presenta desde el punto de vista de la prevención general.”

⁷³⁹ Cfr. Robert (1991).

cuestiones de financiación y profesionalización-, y el diseño y aplicación del programa –con diferentes metas– (1990, 232-6).

Algunos autores han señalado la rápida aceptación de los movimientos en favor de los derechos de las víctimas, explicable parcialmente por razones psicológicas, al considerar que se tratan, básicamente, de personas que han sufrido y merecen una atención (Geis 1990, 259-60; Fattah 1992b, 3). Hirsch se aventuró a establecer un plazo de quince años para la aceptación institucional de las reformas moderadas en favor de las víctimas (1992, 128).

1. 3. 1 En la esfera interna

Como ejemplo de la institucionalización en el ámbito estatal, menciono el caso de los Estados Unidos, cuyo Presidente declaró la semana del 13 al 19 de abril de 1997 como “Semana Nacional de los Derechos de las Víctimas del Delito”⁷⁴⁰. En dicha declaración propuso que el Congreso aprobara una Enmienda a la Constitución sobre los Derechos de las Víctimas, que debería ser ratificada después por los estados, para “asegurar que las víctimas del delito se encuentran en el centro del proceso de justicia penal, y no como observadores externos”. Ya en 1975, la Asociación Nacional de Fiscales de Distrito de dicho país jugó un papel pionero al establecer los ocho primeros programas de asistencia a las víctimas en sus oficinas y, en ocasiones, con su propio presupuesto. En la siguiente década se crearon nuevos programas y se ampliaron los ya existentes (Victim Witness Coordination 1987)⁷⁴¹. Asimismo se introdujeron los llamados *victim impact statements* o informes especiales destinados al juez, o como parte de la instrucción ordinaria, detallando el impacto físico, psicológico y financiero del delito en la

⁷⁴⁰ Sobre las demandas de un año o día internacional, vid. Commission (1997a, 95).

⁷⁴¹ Sobre los efectos de la ley de protección a las víctimas en Alemania, vid. Staiger-Allroggen (1992).

víctima. Pueden redactarse por ella misma, su abogado, el oficial de probación o el fiscal. Más de veintitrés estados de EE.UU. los han introducido en relación con la libertad condicional. El hecho de que sean confidenciales puede atentar contra el principio procesal de igualdad de armas. Además, pueden emitirse informes que ayuden a la decisión sobre la prisión provisional y la fijación de la condena (*victim statement of opinion*) (Fattah 1992c, 417; Viano 1991, 442). Estas demandas de prisión provisional, por parte de las víctimas, podrían violar el principio de presunción de inocencia. Sarat ha criticado duramente la regulación de estos informes, como producto del movimiento en favor de las víctimas, entendiendo que están convirtiendo los discursos privados en uno público y dando entrada a la venganza -por otra parte, siempre presente en el sistema penal-, especialmente desde que el Tribunal Supremo los admitió para los juicios sobre la pena capital en *Payne v. Tennessee* (1997). También en Australia, Nueva Zelanda e Irlanda, estos informes se consideran un vehículo de participación activa de la víctima en el proceso de decisión judicial (Commission 1997a, 38; 40).

Respecto de la institucionalización en nuestro país, se han promulgado disposiciones y creado oficinas desde 1985 que procuran asistencia a las víctimas de los delitos. La vida de las asociaciones -quizá exceptuando la Asociación de Víctimas del Terrorismo-, aunque en crecimiento, es menor que en otros países⁷⁴². La Ley 35/1995 promueve dichas oficinas y la compensación

⁷⁴² En un concepto amplio, asociaciones o grupos recientes como el grupo de apoyo a los damnificados por grandes catástrofes, creado por la Cruz Roja, con la colaboración de Psicólogos Sin Fronteras y nacido a raíz de la riada de Biescas. Además de Asociaciones como la de Madres contra la Droga y otras de lucha contra los abusos sexuales, se han creado de este modo asociaciones muy específicas, como puede ser la Asociación de víctimas de accidentes de circulación con enfermedades del encéfalo. Asociaciones como SOS Racismo han abierto oficinas de atención a víctimas de discriminación, y Jóvenes contra la Tolerancia, una Oficina de Solidaridad a las Víctimas de Agresiones Violentas, presentándose además como acusación particular en algunos casos.

estatal para determinados delitos. Además, cabe señalar las reformas procesales y el énfasis del Ministerio Fiscal en la atención a las víctimas. De todo ello trataré más adelante.

1. 3. 2 En la esfera internacional

A pesar de que los convenios ratificados sí poseen efecto vinculante en nuestro derecho, la mayoría de la normativa internacional en esta materia no tiene sino una repercusión jurídica relativa, sin perjuicio de una cierta obligación moral y un carácter orientativo para la política criminal. De cualquier forma, la profusión de normas internacionales contrasta con su escaso impacto en la práctica, según lo que Nelken denomina el “problema de la grieta” (*gap-problem*) (1981). En este sentido, Podgórecki se refiere al carácter mutilado de los derechos humanos en cuanto que su previsión jurídica no proporciona condiciones reales para su aplicación (1991, 423), permaneciendo en el mundo verbal, o mejor, textual. Resta concluir que la protección a las víctimas del delito constituye una materia donde la grandilocuencia apenas ha alcanzado un valor real (1985, 9).

En el campo internacional, organizaciones como el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, con coloquios, investigaciones e instrumentos de valor jurídico relativo, han recogido diversas propuestas promovidas por los movimientos señalados anteriormente, que iré destacando -sin ser exhaustiva-, según el orden en que han sido presentados éstos.

1. 3. 2. 1 Alternativas

De acuerdo con Huber (1994, 157), a diferencia de lo que ocurrió en la primera mitad de siglo, la búsqueda actual de alternativas a la prisión es una tarea fundamental de las más importantes organizaciones internacionales. Respecto de los derechos de los internos y el movimiento de alternativas a la prisión, éste se inscribe en un "...proceso mundial que tiende a restringir esta pena y a sustituirla por otras sanciones sin privación de libertad, dirigidas a mantener al condenado en su propio entorno, a preservar sus contactos sociales y a fortalecer su responsabilidad de cara a su vida futura" (*ibíd*, 156).

El 9 de marzo de 1976 se adoptó por el Comité de Ministros la Resolución (76) 10 "Sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad" por parte del Consejo de Europa. En 1980 se publicó el Informe sobre descriminalización. En 1986 se aprobó el Informe de la Séptima Conferencia de Directores de Administración Penitenciaria sobre alternativas. Además, las Reglas Europeas sobre las sanciones y medidas en la comunidad han sido aprobadas por la Recomendación R(92)16, de 19 de octubre de 1992. Se definen como sanciones fundadas en Derecho, que mantienen al infractor en la comunidad implicando una cierta imposición de condiciones y que deben perseguir el fin de desarrollar el sentido de responsabilidad "para con la sociedad y, particularmente, para con las víctimas" (Regla n.º 29). Dicha responsabilización irá precedida del consentimiento del delincuente (Regla n.º 34). Para Robert, estas sanciones suponen la aceptación de un parámetro racionalizador que tiene en cuenta los tres polos que representan la sociedad, la víctima y el delincuente. Su sistema de ejecución no es rígido ni formalista, por lo que considera indispensable que el personal disponga de una cierta discreción basada en la individualización de la sanción. Se incluyen las

medidas anteriores a una sentencia y las sustitutivas de la misma, citando expresamente la posibilidad de conciliación o mediación. En todo caso, los principios garantistas implican reconocer el componente de retribución inherente a toda sanción penal. Se incide, igualmente, en que es más oportuno desarrollar diversas formas de control social informal antes que multiplicar las actividades formales (1994, 5). Adicionalmente, sobre las alternativas en general, cabe indicar dentro de las Naciones Unidas las Resoluciones 1984/46 y 1986/10 del Consejo Económico y Social, bajo el título ambas de "Alternativas a la prisión". Conjuntamente, debe considerarse la resolución 16.^a del Séptimo Congreso de la ONU de 1985, y las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por la Resolución 45/110 de 1990, que abarcan la restitución como una medida no privativa de libertad y piden que se consideren los intereses de las víctimas a la hora de dictar sentencia.

En conexión con las alternativas, pueden mencionarse específicamente las normas internacionales sobre justicia de menores. Además de la R (87) 20 del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil -aludiendo a la desjudicialización, mediación y conciliación-, cabe destacar en el ámbito de las Naciones Unidas cuatro normas: las Reglas Mínimas de Beijing de 1985 para la administración de justicia de menores -se refieren a la compensación e indemnización-; el Convenio de los derechos del niño de 1989 -cuyo art. 40 menciona la desjudicialización y trata también del tema de la responsabilidad; los principios de las Naciones Unidas de prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh) que insisten en que los menores no deben ser considerados como un mero objeto de resocialización/control - enfatizan la desjudicialización para evitar el estigma, la compensación de la víctima e involucran a toda la comunidad-; y las Reglas de 1990 de las Naciones Unidas para protección de menores privados de libertad, que subrayan

la *ultima ratio* del internamiento, la reintegración en la comunidad y la indemnización a la víctima, en caso de que se desarrolle un trabajo⁷⁴³.

1. 3. 2. 2 Derechos de las víctimas

⁷⁴³ Sobre la influencia de las teorías de la justicia restaurativa en las últimas normas de las Naciones Unidas, superando concepciones anteriores basadas en la rehabilitación o el justo merecido, véase Van Ness (1993; 1996).

En cuanto a los derechos de las víctimas, recordando la historia ya narrada en las Partes precedentes, se ha prestado atención al tema de su reparación en los distintos congresos sobre Antropología Criminal, Derecho penal y prisiones de 1885, 1890 y 1885, respectivamente (Viano 1991, 436; Kerrigan 1988, 91). Más recientemente, entre otras manifestaciones de instituciones internacionales⁷⁴⁴, la Asociación Internacional de Derecho Penal publicó una resolución sobre la indemnización a las víctimas de infracciones penales en 1977 y entre las resoluciones del XVº Congreso de dicha Asociación, celebrado en septiembre de 1994 en Río de Janeiro, se aprobó un documento sobre los movimientos de reforma en el procedimiento penal y la protección de los derechos humanos. Dedicó los párrafos 27 a 29 a los derechos de las víctimas, refiriéndose asimismo en el 25 a la promoción del principio de oportunidad cuando resulte relevante para la protección de aquéllas (*Revue Internationale de Droit Penal* 1995, 65-66).

⁷⁴⁴ Cuyo valor jurídico no tiene que ver con el de organismos como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa.

En la actualidad, éste es un tema que se ha recogido en seminarios⁷⁴⁵ y normas del Consejo de Europa, como⁷⁴⁶: el Convenio de 1983, inspirado en una

⁷⁴⁵ Cabe destacar las Conferencias de Investigación Criminológica que aluden a la mediación víctima-infractor o más explícitamente a la justicia restaurativa, así, entre otras, las celebradas en 1985 sobre victimación, en 1991 sobre “Infractores Adolescentes y Política Criminal” y en 1993 sobre “Intervenciones Psicosociales en el Sistema de Derecho Penal”. Hace unos años se organizó, junto con el gobierno catalán y la Universidad de Barcelona, un Seminario Pan-europeo sobre “Mediación Víctima-Ofensor” (Barcelona, 12-14 de julio de 1995) y, junto con el gobierno vasco, un Seminario Pan-europeo sobre “Políticas en favor de las víctimas de los delitos en Europa” (Vitoria-Gasteiz, 14-16 de octubre de 1996).

⁷⁴⁶ Esta institución está desarrollando una importante labor, sin perjuicio de la influencia del sistema jurídico estadounidense, respecto de los países del este y centro de Europa, especialmente mediante la celebración de Seminarios Pan-Europeos y otro tipo de colaboraciones que se manifiestan en la elaboración de leyes y servicios de ayuda a las víctimas, junto con programas de prevención del delito. En estos países funcionaban los llamados tribunales sociales, de camaradas, las juntas de conciliación, las comisiones de justicia de los departamentos de trabajo, etc., donde se perseguía el control comunitario informal y participativo -aunque guiado por las líneas del gobierno-, ejerciendo un importante papel principalmente en la República Democrática Alemana y en la Unión Soviética, con verdaderas funciones de enjuiciamiento. Sobre la influencia de la ideología marxista, cfr. Kamenka y Ehr-Soon Tay (1987), Tay (1978) y Beirne y Hunt (1988). Según Chalidze, durante el gobierno de la U.R.S.S., se criminalizó el estilo compensatorio de resolver disputas por parte de los algunos pueblos asiáticos (compensación en dinero o sangre). Al mismo tiempo, se establecieron procedimientos de reconciliación de familias en lucha y aquellos que rehusaban ser reconciliados eran deportados (Black 1993, 117). Con la adopción del sistema penal de los países capitalistas, e incluso antes, los rasgos distintivos de estos tribunales perdieron importancia y pasaron a considerarse como procesos que violaban las garantías de un proceso justo. Si se une la desfavorable coyuntura económica que parece incitar las demandas punitivas, ello explica que el Código de Procedimiento Penal de 1994 de Eslovenia suprimiera la obligación de remitir los casos iniciados de parte a una junta de conciliación, como regulaba el art. 445 del Código de Yugoslavia. Estos países parecen mostrarse más favorables por el momento a sistemas “formales” como el *plea bargaining* (Krapac 1995). Cfr. Shichor y Heeren (1996), Doda y Weigend (1996) y Zhalinski (1996). Sobre el *plea bargaining* en EE.UU., en su relación con el principio de oportunidad, la persistente necesidad de coerción y de procesos rápidos, vid. Rodríguez García (1997) y en otros países Ekeu (1993). Sobre una investigación en Georgia (EE.UU.) que concluye que aquellos que admitieron la comisión de los delitos -principalmente blancos- fueron tratados más severamente, véanse Ruback y Vardaman (1997). Para una crítica a este tipo de pactos, desde el garantismo, cfr. Ferrajoli (1995, 746-50), Cabezudo (1996) y Wise (1992). Según Christie, más del noventa por ciento de los acusados en este país se declaran culpables ante el riesgo que pueden correr al declararse inocentes. Se trata de un sistema donde el fiscal ejerce un gran poder ya que si cree que puede probar determinados actos, promete al acusado acusarlo sólo de algunos, si éste se declara culpable de éstos. Para autores como Langbein, ello supone un retroceso a la Europa medieval con sus sistema de confesiones mediante métodos coercitivos menos visibles (Christie 1993, 142-4). Parecidas reflexiones ha realizado Tulkens en relación con los procesos penales acelerados, promovidos en países como Portugal y Alemania (1995, 12).

Resolución de 1977; la Recomendación (83) 7 sobre la participación del público en la política criminal; la Recomendación (85) 11 sobre la posición de la víctima dentro del marco del derecho penal y del procedimiento penal; y la Recomendación (87) 21 sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimación, que alude expresamente a la mediación⁷⁴⁷. En las Naciones Unidas tenemos, respecto de las víctimas en general, la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso del Poder (A/RES/40/34), adoptada por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985⁷⁴⁸. En 1996 se publicó un Informe de la Secretaría General sobre su aplicación en los distintos países -inclusive España-, según petición del Consejo Económico y Social. Destacaba el incremento de servicios y la promulgación de leyes nuevas de protección a las víctimas en la mayor parte de los países que respondieron al cuestionario.

Los orígenes de dicha declaración se remontan a dos proyectos de 1983: el primero sobre víctimas del delito, apoyado por la Sociedad Internacional de Victimología (SIV) y la Federación Mundial de Salud Mental (FMSM), y el segundo sobre víctimas de abuso del poder, del profesor estadounidense L. Lamborn, con apoyo de Amnistía Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja (Kerrigan 1988; Fattah 1992c, 404). Se debatieron como un único proyecto durante el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas, celebrado en Milán en 1985, siendo adoptado más tarde como resolución por la Asamblea General.

⁷⁴⁷ Todas ellas del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

⁷⁴⁸ En ese mismo año, los Principios Rectores para la Prevención del Delito y para la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Mundial, adoptados por el Séptimo Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes, pedían un desarrollo de métodos más fácilmente accesibles de administración de justicia, como la mediación, el arbitraje y la conciliación (Van Ness 1996, 20).

La Declaración contiene una serie de principios básicos para las víctimas del delito y del abuso del poder, distribuidos respectivamente en una Parte A y B (Commission 1997b). En los principios primero y segundo se definen las víctimas como “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder”, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor e independientemente de la relación familiar entre el infractor y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo, que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir en la asistencia de la víctima en peligro o al prevenir la victimación. Para estas personas, el Estado debe garantizar al menos:

- el acceso a la justicia, un tratamiento justo y participación;

- medidas de restitución por el infractor, pudiéndose considerar la restitución como una opción complementaria a la hora de sentenciar (principio 9);

- compensación estatal, cuando la restitución no sea posible de forma completa, especialmente para delitos serios;

- y asistencia médica, social y jurídica.

La Parte B, dedicada a las víctimas de abusos del poder, define éstos como “acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos” (principio 18). En las Medidas de Aplicación de la Declaración se detallan algunas de dichas normas internacionales, como las que prohíben la tortura, la esclavitud, el genocidio, los crímenes contra la

humanidad y la paz y los crímenes de guerra. Sobre estas cuestiones, deben considerarse también las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual ha subrayado la importancia de reparar a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos.

Tras la adopción de la Declaración, se preparó un documento sobre la aplicación de las medidas previstas en ella, bajo la dirección del Prof. Bassiouni. Fue debatido en 1986 y 1987, en encuentros donde participaron las cuatro organizaciones internacionales no gubernamentales más influyentes en el campo de la justicia penal: la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social y la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, a las que se unieron la SIV y la FMSM, remitiéndose el texto a las Naciones Unidas que adoptó dichas medidas en 1988. Por su parte, el Octavo Congreso elaboró una Resolución sobre la protección de los derechos humanos de las víctimas del delito y abuso del poder (1990), donde se pedía al Secretario General que diera difusión a las medidas de 1988 y a la guía para profesionales que actúan en la práctica de 1990, preparada por el Instituto de Helsinki de Prevención y Control del Delito. En 1993 se organizó un seminario del Consejo Asesor Internacional Científico y Profesional en Oñati sobre "Protección a las víctimas y resolución de conflictos", lamentando que la aplicación de la Declaración fuera insuficiente, y proponiendo la creación de un defensor nacional que se ocupara de los temas relativos a la victimación y de un manual de control (PIOOM 1994, 37-9). Asimismo, este seminario pretendía destacar la situación de las víctimas de abuso del poder, dada la mayor atención prestada a las víctimas del delito por el Programa de las Naciones Unidas de Justicia Penal y Prevención del Delito⁷⁴⁹. En el encuentro sobre víctimas del delito y abuso del poder en la esfera internacional, celebrado en Viena del

⁷⁴⁹ Cfr. Waller (1988, 127) y Fattah (1992c, 407-8; 419).

18 al 22 de diciembre de 1995, dicho grupo recomendó la elaboración de un plan de acción, un proyecto modelo para la formación de servicios de víctimas en el contexto del desarrollo sostenible, un banco de datos sobre prácticas prometedoras, un esquema de equipos de respuesta a crisis internacionales, y un conjunto de principios garantizadores de los derechos e intereses de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Internacional propuesta, así como un esquema del borrador del Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ Véase el texto final de dicho encuentro en la revista *Eguzki lore* n. 9.

Un Grupo de Expertos -donde se echa en falta una mayor participación de miembros no occidentales- ha estado trabajando, desde 1996, dicho borrador, distinguiendo entre un *Handbook*, para profesionales y voluntarios, y un *Manual*, para legisladores o políticos⁷⁵¹. El Borrador de *Handbook*, según el texto de abril de 1997, contiene cinco apartados y una serie de anexos. El primero se dedica al impacto de la victimación, el segundo a los programas de asistencia a las víctimas -uno de cuyos objetivos es la asistencia en la obtención de la reparación-, el tercero a la responsabilidad de los profesionales y voluntarios de cara a las víctimas, incluyendo los que trabajan en las Universidades, el cuarto a la política legislativa -de manera que se integren las preocupaciones de las víctimas en las leyes-, y el quinto al trabajo en la esfera internacional. En relación con la mediación/conciliación -cuya definición, junto con la de reparación se prevé en el anexo cuarto-, la Introducción del texto subraya que la asistencia a las víctimas reafirma la solidaridad social, beneficiando a toda la comunidad. En el apartado segundo se distingue entre restitución, como servicio individual a la víctima (generalmente tras una mediación), restitución financiera a la víctima o a la comunidad, trabajos en servicio de la comunidad y multas de restitución destinadas a un fondo estatal de ayuda a las víctimas. Se alude también a la justicia restaurativa y a la reparación a través de disculpas y conmemoraciones. Además, si resulta apropiada, fiscales y jueces deben favorecer la mediación víctima-autor.

De acuerdo con el Borrador del *Manual*, la reparación incluye no solo aspectos financieros, sino también el reconocimiento público o formal del daño, junto con disculpas del autor a la víctima, normalmente a través de un

⁷⁵¹ Estos dos términos, prácticamente equivalentes en inglés, se adoptaron con el único fin de diferenciar ambos textos. Al ser difícil su distinción en castellano, reproduzco la denominación inglesa.

procedimiento informal. Se insiste en fomentar la “restitución creativa” o prestación de servicios y las prácticas de mediación indígenas y tradicionales. Finalmente, se enfatiza la promoción de la mediación desde los servicios de asistencia a las víctimas (Commission 1997a, 45-7; 1997b, 15; 18-9).

1. 3. 2. 3 Resolución alternativa de conflictos

Por último, en cuanto a la normativa internacional relacionada con el movimiento *ADR*, pueden citarse, en el ámbito del Comité de Ministros del Consejo de Europa: la Recomendación 12/1986 sobre “Medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales”, sugiriendo el arbitraje como alternativa más accesible y eficaz; y la Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre, sobre simplificación de la justicia penal, que vuelve a recalcar la relevancia del principio de oportunidad.

2. PRINCIPIOS Y FINES DEL DERECHO PENAL Y PROYECTOS DE MEDIACIÓN

Tras analizar el proceso de gestación -variado y complejo- de las propuestas político criminales relativas a la mediación, más allá de su retórica, estudiaré ahora los problemas a que se enfrentan en su incorporación concreta dentro de los sistemas penales positivos, fundamentalmente en referencia al nuestro⁷⁵². La concepción de la mediación reparadora tiene que responder a los roces con los fines y garantías del derecho penal vigente. Me adentro en el campo del Derecho penal, aunque no de la dogmática jurídico-penal, al constituir éste un trabajo de Criminología.

Silva (1992, 97) estima que debe "...reiterarse que las decisiones centrales del Derecho penal y, en concreto, las propias de la dogmática del delito... son decisiones valorativas. Ciertamente, tales valoraciones podrán tener en cuenta, en mayor o menor medida, los datos empíricos que suministren la Criminología u otras ciencias sociales; sin embargo, ello no puede desvirtuar en ningún caso la naturaleza de las decisiones: lo que es esencialmente valorativo no puede presentarse como producto de la investigación de la realidad." Esta afirmación presupone una posible separación entre valores y realidad que no comparto, pero al mismo tiempo recuerda que la Criminología, recogiendo su cuerpo teórico fundamentado en la empiria y reconociendo sus límites, puede ocuparse precisamente del origen

⁷⁵² En estos primeros capítulos, la intermitencia en las alusiones al derecho interno y comparado se justifica por tres motivos. Primero, hablo de principios generales (penales y procesales) aceptados, salvo excepciones, en todos los sistemas occidentales, aunque las concreciones se realizan respecto de la regulación española. Segundo, se refleja así la influencia e incluso la "copia" de nuestros programas de mediación respecto de otros modelos extranjeros. Y tercero, expreso de este modo la escasa referencia a la regulación positiva de los distintos programas, al menos en el momento inicial.

y relatividad de dichos valores⁷⁵³. Es preciso tener en cuenta que, de alguna manera, toda la teoría criminológica cuestiona los fines de la pena, desde distintas perspectivas no dogmáticas, y pone énfasis en el cumplimiento de dichos fines por otras instancias y mecanismos de control social formal e informal⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Cfr. sobre el papel de la política criminal en la evolución del Derecho penal, Silva (1992, 98).

⁷⁵⁴ Cfr. Alvira (1984, 23).

En este apartado, trataré de ahondar en algunos roces que los proyectos de mediación parecen producir en su acercamiento al sistema penal. Hablaré así, en primer lugar, de la pena en cuanto respuesta principal del derecho penal, de su fundamento o legitimación y de sus funciones o finalidades teóricas y prácticas⁷⁵⁵. Posteriormente, trataré de los principios del Derecho penal en su vinculación con el tipo de Estado concreto⁷⁵⁶.

2. 1 EL *IUS PUNIENDI*: FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

⁷⁵⁵ Cfr. Rivera Beiras (1996b, 28-9). Sobre las dos nuevas funciones sociales del derecho actual que han cambiado su estructura respecto del derecho liberal (con las funciones de ser árbitro de la sociedad, facilitar patrones de relación jurídica y resolución de conflictos y aseguración de expectativas), vid. Calvo García (1995). Estas dos nuevas funciones son la microrregulación de la vida, juridificando relaciones sociales, principalmente a través del derecho administrativo o regulativo -incidiendo así, por ejemplo, en el campo previo de la prevención-; y la promoción de ciertos valores sociales. El problema se centra en la discrecionalidad inherente al derecho regulativo. Zaffaroni sigue lo que denomina una teoría agnóstica del Derecho penal. No cree que el Derecho penal cumpla las funciones que los penalistas le han ido atribuyendo a lo largo de su historia. No sabe para qué sirve la pena, pero sabe que su función, como teórico del derecho, es reducirla, es ofrecer al legislador un límite a un ejercicio del poder, que desconoce cómo se legitima, porque el poder punitivo se maneja con una lógica de poder propia, nunca cómo lo diseñaron los penalistas, y ello hace que sea necesario limitarlo, es decir, deben reducirse los caracteres estructurales de violencia propios del derecho penal. En este sentido, Zaffaroni aboga por recuperar el discurso jurídico-penal liberal que fue reductor de dicho poder. De esta manera, el criminólogo puede aportar claves al político para promover una nueva dialéctica incluidos/excluidos, definiendo metas sociales que conformen una cultura alternativa (1997).

⁷⁵⁶ Vid. Ruiz Manero respecto de la importancia de los principios jurídicos (1996). Cfr. Guibourg, en cuanto a su consideración de fuente material del derecho (1996).

De acuerdo con Quintero (1996a, 13), el poder punitivo del Estado consiste en el ejercicio de una potestad -no de un derecho, aunque se hable de *ius*⁷⁵⁷-. Suele distinguirse el sentido objetivo del subjetivo. Silva ha reconocido que el derecho penal, entendido en ambos sentidos, se halla en crisis de legitimación desde los años sesenta. Asimismo y paralelamente, la ciencia del Derecho penal se encuentra ante una crisis de identidad y de legitimidad epistemológica (1992, 14). Frente a esta crisis, como ya se ha mencionado anteriormente, Silva describe lo que él entiende como las tres posturas político-criminales básicas actuales: la abolicionista, la resocializadora y la garantista. El autor citado se decanta por esta última -conjugando la prevención general con las tendencias humanizadoras-, entendida como “la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal” (ibídem, 17; 40-1).

El derecho penal objetivo se refiere al conjunto de normas que describen delitos asociados a penas y/o medidas. Por sus fines, exigencias y medios propios, Quintero entiende que puede defenderse la autonomía del ordenamiento punitivo, junto con su subsidiariedad (1996a, 68-9)⁷⁵⁸. El Derecho penal

⁷⁵⁷ Sobre el *ius puniendi*, hacia mediados del siglo XIX, decía Melchor y Lamanette: “Así se advierte que Carmignani sostiene, que el derecho de castigar no es otra cosa que el derecho que emana de la necesidad política, limitado por los preceptos de la moral; que Rossi lo considera como la retribución del mal por el mal, como medio de expiación y represión á la vez, ajustado á los principios de la justicia absoluta; y que Helie y otros lo fundan en el que la sociedad tiene y le es inherente, de su propia conservación”. Era un momento en el que se dislumbraba todavía un largo camino “...para llegar á obtener por medio de un conjunto bien ordenado y sistemático de acertadas disposiciones, el objeto á que se tiende”, es decir, llegar a los medios más adecuados para castigar y corregir, aunque sin confundir el orden político con el moral: “La Sociedad civil no tiene por tanto el derecho de castigar todos los actos inmorales, sino únicamente aquellos que infieren agravio y perjuicio á los derechos de los ciudadanos, quebrando las leyes que los consagran...”. La penalidad es para él, por desgracia, indispensable en el orden civil y político ya que si no, no serían respetados los derechos individuales “...á no ser que, retrogradándose al estado primitivo, al de la naturaleza, tuviera que encargarse el individuo de reprimir ó repeler por sí los ataques...” (*sic.*) (1877, 155-7).

⁷⁵⁸ Cfr. Páramo (1996).

subjetivo es lo que se conoce como el *ius puniendi*, siendo estudiados sus límites o principios. Para Bacigalupo (1994, 16), el sentido correcto del Derecho penal subjetivo se refiere al “conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de las penas por parte del Estado”. Estas condiciones son fundamentalmente constitucionales.

El derecho penal regula las **consecuencias (jurídicas) del delito** o sanciones (complementarias o excluyentes)⁷⁵⁹. Anteriormente a la tesis de la tercera vía de Roxin, que recoge parcialmente el Proyecto Alternativo Alemán sobre la reparación, Beristain ya indicaba que el derecho penal incluye tres sanciones o controles sociales correspondientes a los delitos: las penas⁷⁶⁰, las medidas y las reparaciones (1977, 235)⁷⁶¹, idea desarrollada en su obra

⁷⁵⁹ En opinión de Molina Blázquez (1996, 109-10), con la promulgación del NCP, a las tradicionales tres consecuencias jurídicas del delito debe sumarse una cuarta que sería la consecuencia accesoria, donde se incluiría el comiso (art. 127-8) y otras para las personas jurídicas (art. 129). En el caso del comiso es interesante resaltar que el producto de la venta de los objetos decomisados se destinará a cubrir las responsabilidades del penado, si son de lícito comercio. Particularmente, véanse el art. 374, sobre delitos relacionados con el tráfico de drogas (téngase en cuenta la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, que crea un fondo con bienes decomisados en este tipo de delitos, que se destinará a la prevención, y su Reglamento, aprobado por el Consejo de Ministros, el 6 de junio de 1997 -desde la existencia del fondo, se han repartido anualmente unos 500 millones-), y el art. 385, sobre delitos contra la seguridad en el tráfico viario. Sobre la utilización del comiso y la confiscación en favor de las víctimas en Suiza, vid. Eser (1992, 37). Cfr. sobre la naturaleza de las consecuencias accesorias López Garrido y García Arán (1996, 79-81); las consecuencias jurídicas en general Diego y Fabián (1995), Landrove (1996), Mapelli y Terradillos (1996), García Valdés (1987a), Gracia, Boldova y Alastuey (1996), Mapelli (1987) y Viera (1976). En concreto, sobre el sistema de penas en el NCP, vid. Maciá (1995), Beltrán (1996), Sánchez García (1996) y Sáez Valcárcel (1996), este último habla de un *maximalismo penal*. Sobre las penas y medidas en el Proyecto de Código penal de 1992, vid. Carbonell (1993) y Cerezo (1993).

⁷⁶⁰ Recuérdese que, como en el anterior artículo 26. 4º, según el art. 34. 3 NCP, no se reputarán penas las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

⁷⁶¹ Defendiendo ya entonces una mayor atención a la víctima. Cfr. Beristain (1977) y Roxin (1984). La sanción en sentido amplio se define como medida para reforzar el respeto de las normas y, en su caso, remediar los efectos de la inobservancia. Existen sanciones positivas, de las que el Estado asistencial hace uso más frecuentemente, como consecuencias agradables que el derecho promete a quien se acomode a cierto comportamiento. Las escasas alusiones a sanciones positivas en la teoría jurídica parecen observarse desde una pretensión de simetría (Betegón 1996, 355-6).

de 1974, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. De la Cuesta define la pena como “privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el legislador al culpable de la comisión de un delito y por medio de cuya amenaza se trata de disuadir a los ciudadanos de la realización de las conductas en cuestión” (1989, 69). Se trata de la imposición reactiva de un mal⁷⁶², de un dolor o castigo⁷⁶³, impuesto por y según la ley, y no por el sentir del lesionado (García-Pablos 1995, 64)⁷⁶⁴. Independientemente de su fundamento o justificación, la pena tiene una esencia o naturaleza retributiva -basándose en la culpabilidad y la proporcionalidad-, pero puede tener distintas funciones y darse excepciones (García-Pablos 1995, 67).

⁷⁶² Tal y como ya la definía Grocio en el capítulo XX del Libro II de su *De iure belli*.

⁷⁶³ Cfr. Silva (1992, 179). Para una definición conservadora del castigo penal como sufrimiento, considerando la retribución un elemento necesario para el mantenimiento del orden social, distinta de la venganza, vid. van den Haag (1975, 8; 10-2). Según este autor, la venganza se diferenciaría del castigo penal en que aquélla, aunque también responde a un hecho pasado, se ejercita espontáneamente por los afectados ante conductas de diversa gravedad y naturaleza. Cfr. Rabossi (1976, 66-7). Sobre el castigo como parte integrante de diversos campos de la vida social, caracterizado por suponer un daño intencional y justificado, decidido e impuesto por personas que se consideran con derecho a ello ante la ruptura voluntaria de una norma, véase Walker (1991, 1-3; 111). Aunque algunos autores entienden el castigo como medio de inducir al arrepentimiento (Duff 1996), aquél se diferencia del arrepentimiento y del remordimiento.

⁷⁶⁴ García-Pablos cita a P. Noll como representante, a principios de los sesenta, de la opinión de que la pena no constituye necesariamente un mal ya que su función represiva consiste realmente en un juicio de desaprobación (1995, 66, nota 46). Cfr. esta idea con las tesis de Braithwaite de justicia reintegrativa en la Parte Primera.

Por reparaciones⁷⁶⁵, siguiendo a Beristain, de la Cuesta entiende las “prestaciones de carácter indemnizatorio, en general, que la ley penal... impone... para compensar a la víctima y lograr, así el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad”. Aunque conceptualmente sean de naturaleza civil, la importancia de atender a la víctima y la conveniencia de regulación y estudio unitario de las respuestas al delito, hacen que este autor las mantenga en la definición del Derecho penal (1989, 73-4).

Sin embargo, para Mir Puig (1996, 14): “Las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil no podrán considerarse parte del Derecho penal...” ya que son de distinta naturaleza, sin que la responsabilidad civil sea necesariamente consecuencia de la infracción normativa, sino de la exigencia de restablecimiento de una situación patrimonial. La finalidad de la pena es evitar el delito, mientras que la responsabilidad civil se centra en el daño producido. En todo caso, Mir Puig, entiende que sería aconsejable “...permitir la sustitución de penas pecuniarias o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima”. Además: “puede resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito” (1996, 13-4). Por su parte, Bustos diferencia las penas y medidas de las sanciones civiles, en cuanto que las primeras se vinculan al autor y se rigen por el principio de responsabilidad; mientras que, las sanciones civiles, no exigen una vinculación tan estricta y se regulan por el principio del daño causado, teniendo un carácter privado (1994, 603-4).

⁷⁶⁵ Antón Oneca concibe la responsabilidad civil como sanciones reparadoras: “El daño a los intereses privados es causa de una sanción civil que tiene por fin repararlo”, aunque también el “resarcimiento coopera a la defensa del interés social, y tiene efectos de intimidación”. Sin embargo, se mostraba en contra de la tesis de los criminólogos positivistas de sustituir la pena por la indemnización a las víctimas, para aquellos delincuentes a los que no es preciso eliminar ni corregir (1986, 646-8).

En el art. 110 CP se indica que la responsabilidad civil derivada del delito incluye las obligaciones de restitución (art. 111), reparación del daño causado (art. 112) y/o indemnización de perjuicios (art. 113)⁷⁶⁶. El art. 114 valora el comportamiento de la víctima en relación con la cuantificación judicial del daño. Pueden distinguirse la responsabilidad directa (art. 116-7)⁷⁶⁷ y subsidiaria (art. 120 y 121). Respecto del modo y orden para hacer efectiva la responsabilidad civil, pueden verse los art. 125-6, en relación con los art. 1.156 y ss. del Código civil (Quintero 1996a, 534) -sobre todas estas cuestiones, véase *infra*, más detalladamente, el apartado 6. 2-.

En cuanto a las medidas penales (Beristain 1974), dependiendo de la teoría de la pena adoptada, resulta problemática su distinción (Bacigalupo 1994, 25-8; García Iturbe 1967). El NCP ha derogado expresamente la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y recoge la garantía del principio de legalidad, rechazándose las medidas predelictuales e indeterminadas en el tiempo (López Garrido y García Arán 1996, 42-3; 74-7; Sierra López 1996).

⁷⁶⁶ Quintero advierte de la dificultad de diferenciar los conceptos de reparación e indemnización (1996a, 530).

⁷⁶⁷ Donde, con cierta novedad por parte del NCP, se incluyen los aseguradores (art. 117), sin perjuicio del derecho de repetición (Quintero 1996a, 531).

Podría decirse que, en general, la reacción al delito es el castigo, un mal reactivo; otra cuestión sería preguntarse por su finalidad (sea la mera retribución o merecimiento, asociados a la idea de hacer justicia; la prevención de nuevos delitos; la resocialización del sujeto; el asentamiento de la confianza en el derecho...). En este sentido, a pesar de su rechazo, cabe reconocer una mínima coherencia a la postura retribucionista ya que la pena se configura en nuestro ordenamiento como un mal, un castigo que comporta hostilidad y resentimiento, lo que puede comprobarse en las tasas de reincidencia⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ Cfr. Fattah (1995, 2; 5-6; 9-10), quien se refiere a la quiebra del castigo basándose en ocho puntos que enfatizan la ineficacia, el antagonismo, el coste económico, humano y social, su dimensión colectiva, degradante, utilitaria, que mira al pasado y castiga también a la víctima. En opinión del que fuera fiscal y en la actualidad Profesor de Criminología en Vancouver, los objetivos primarios del derecho penal deberían ser restaurar la paz, curar la lesión y compensar el daño para conseguir la conciliación o el acercamiento de las partes, en una perspectiva mucho más realista de reparación que los fines metafísicos del Derecho penal. Por este motivo propugna el sistema restaurativo como positivo, constructivo y, en definitiva, más humano (“...la mediación y conciliación centran la atención en lo positivo de los seres humanos en vez de en sus instintos básicos como hace el castigo”). Un sistema que, como verdaderamente secular y atento a la víctima, reconoce próximo al civil, aunque actualmente: “Al contrario que el juez civil, que sólo tiene que establecer la responsabilidad y evaluar la cantidad de daños y perjuicios, el juez de un juzgado de lo penal tiene que calcular cuántos días, meses o años en la cárcel serían una expiación justa por un asalto sexual o físico, intento de asesinato, robo, etc.” Finalmente, este sistema reparativo no reconocerá su limitación por la entidad del delito, debe fomentar la formación de mediadores neutrales y debe cuidar de no convertirse en instrumento de ampliación de la red de control social.

La cuestión de los fines del derecho penal sigue siendo espinosa y, como bien indican Quintero y Pérez Sanzberro (1996), distinta de la de los fines de la pena. Silva destaca que los fines contrapuestos del derecho penal sobrepasan los de la pena, por lo que la expresión *teorías de la pena* no resulta exacta. Por otra parte, considera fundamental la cuestión de los fines del derecho penal, en cuanto que sobre ellos, como elementos valorativos, descansa la legitimación del sistema, que para Silva consiste en "...su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia -en sentido amplio- que se genera en una sociedad" (1992, 181). Para ello, el derecho penal se vale en parte de su formalización como garantía (principios de legalidad, proporcionalidad, humanidad e igualdad)⁷⁶⁹. Este autor asume la posición del "mal necesario", olvidando que, como suele decirse, los fines no pueden librarse de los medios empleados. En todo caso, de acuerdo con Silva: "En definitiva, la concreta configuración del sistema del Derecho penal se muestra como el producto de una relación dialéctica entre el interés en *eliminar la violencia social extrapenal* y el interés en *disminuir la propia violencia del sistema penal* (porque así lo disponen reales razones de utilidad o en atención a otras finalidades garantísticas asumidas). Esta tensión interna, que no se percibe como tal -o no, desde luego, en la misma medida- en los medios de control social informal ni probablemente tampoco en el ámbito del Derecho penal anterior a la modernidad, es, a mi juicio, el motor -dialéctico- fundamental del enorme progreso alcanzado en las ideas penales

⁷⁶⁹ En relación con las alternativas a la pena, "...la valoración de las consecuencias de la desformalización se ha convertido en una de las tareas más importantes para la ciencia contemporánea del Derecho penal. Porque... pueden conllevar en realidad -bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito- una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras, 'incontroladas')" (Silva 1992, 251; 293). Respecto de este fenómeno de ampliación de la red de control, indica que la solución residiría en dotar a las instancias no penales de un sistema de garantías próximo al penal, es decir, formalizarlos.

-y en su traducción legislativa y práctica- durante los dos últimos siglos” (1992, 186)⁷⁷⁰. Lo esencial del derecho penal moderno, para este autor, consiste no en el adjetivo “penal” sino en el sustantivo “derecho” que implica una serie de garantías formales. Lo característico reside en “la juridificación del fenómeno punitivo”, “...al Derecho penal surgido de la Ilustración le es inherente una tensión entre su aspecto ‘punitivo’ y su aspecto ‘jurídico’ que se manifiesta en un conflicto de fines: ‘preventivo’ por un lado; ‘garantístico’ por el otro” (*ibíd.* 190-1).

⁷⁷⁰ Las cursivas son del autor.

Silva distingue los fines de las funciones del derecho penal⁷⁷¹. Estas últimas se situarían en un nivel descriptivo y las define como “efectos sociales empíricos del Derecho penal, que han de quedar fuera de toda teoría de legitimación del mismo”. Son la función ético-social, simbólica o retórica y de satisfacción de las necesidades -desde la Psicología social⁷⁷²- y, sobre el delincuente, la función represiva y de prevención especial negativa (1992, 299). Este autor estima “convencionalmente positiva” la valoración “...del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del *ius puniendi* como única solución al “bellum omnium contra omnes” de los sistemas de venganza privada” (1992, 22)⁷⁷³. Por su parte, Carbonell Mateu sitúa dicha función en la tutela de los bienes jurídicos, íntimamente relacionados con los preceptos constitucionales (1995, 61-77).

⁷⁷¹ Cabe recordar a Kaiser cuando afirma: “Por lo tanto, la investigación de control social jurídico penal ha de conectar por un lado con el programa normativo, las finalidades de la pena y demás presupuestos jurídicos, y por otro desembocar, sin embargo, en un análisis empírico de funciones que también implique en él las consecuencias latentes no pretendidas. De esta forma, una crítica con apoyo empírico puede estar vinculada tanto al cumplimiento tradicional de la pena privativa de libertad, como a un derecho penal basado en el tratamiento o a una privatización de los conflictos jurídico penales” (1988, 114). Vid. Steinert (1978) y, sobre el sustrato antropológico de las teorías penales, Torío (1986).

⁷⁷² Para una distinción entre las llamadas función simbólica y promocional del derecho penal, consideradas patológicas, vid. García-Pablos (1995, 49-53). Zaffaroni ha utilizado una bella metáfora para referirse, en parte, a la función simbólica del derecho penal: de modo semejante a cómo el Hombre de Cro-Magnon pintaba en las paredes de la cueva los animales que esperaba cazar, el legislador actual dibuja en el Boletín Oficial del Estado, en el Código penal, los tipos indeseables que desea eliminar o apresar (1997). Cfr. López Calera (1996). Parsons indicaba cinco funciones: integrativa, interpretativa, legitimadora, sancionadora y jurisdiccional (1980). Gibbs critica las teorías sobre las funciones del derecho por su falta de verificabilidad y por su generalización a todas las culturas jurídicas (1992b, 96).

⁷⁷³ En el mismo sentido, pero apoyando la tesis de Ferrajoli, de la Cuesta (1989, 60). En idéntica dirección, pero en expresión desafortunadamente famosa en el ámbito anglosajón, Stephen llegó a decir que “el derecho penal se opone a la pasión de la venganza de la misma manera que el matrimonio al apetito sexual” (citado en Primoratz 1989, 150). Cfr. también Driebold, en cuanto al garantismo y la posibilidad de que la función actual del derecho penal sea desempeñada por otro tipo de controles (1990).

Mir Puig ha estudiado la función del derecho penal como dependiente de la función asignada a las penas y a las medidas de seguridad, aunque no se agota en ella, ya que no cabe olvidar las normas primarias o de prohibición (1996, 45; 65)⁷⁷⁴. Para Ferrajoli (1994), como ha puesto de relieve Silva, el derecho penal se justifica por el fin de prevenir los delitos y las reacciones informales más graves, es decir, por minimizar la violencia⁷⁷⁵. Desde la tradición ilustrada, propone un derecho penal mínimo garantista (1995)⁷⁷⁶, que puede relacionarse con las corrientes minimalistas anglosajonas de la justicia penal (Matthews 1989). Por su parte, Molina Blázquez reconoce que el fundamento de la pena es la retribución del mal causado, si se quiere ser coherente con la dignidad de la persona. La función de la pena y del derecho penal es, según esta autora, la prevención, es decir, la protección de los bienes jurídicos más importantes de los ataques más intolerables. Esta función puede conseguirse con penas cuyo fin sea retribuir, intimidar o rehabilitar al delincuente (1996, 15-6).

⁷⁷⁴ Sobre ello, vid. Fernández Albor (1977). En relación con la función del delito, que puede relacionarse con la teoría de la prevención integración, vid. Liska y Warner (1991), Morselli (1995), Baratta (1994) y Pérez Manzano (1990).

⁷⁷⁵ Cfr. Recalde (1995, 141; 147-8).

⁷⁷⁶ Las garantías penales y procesales constituyen, en opinión de Ferrajoli (1997, 8), la legitimación de la jurisdicción, debiéndose frenar la inflación penal o la legislación de emergencia, mediante la introducción en la Constitución de una reserva reforzada del Código penal. Asimismo, a su parecer, debe restaurarse el juicio "frente a la coartada de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate contradictorio". Cfr. García Pascual (1997). Sobre el derecho penal mínimo, en relación con la perspectiva de la víctima, vid. Bertoni (1992), en alusión a las propuestas de Baratta.

La fundamentación de la pena se relaciona con las teorías sobre las mismas⁷⁷⁷. Como indica Bacigalupo, las llamadas teorías de la pena, lo son sobre las condiciones que hacen legítima su aplicación, sin explicar su significado (1994, 18). En este sentido, Bustos subraya que no puede hablarse de fines de la pena, ya que ésta se basta a sí misma, sino de funciones que la legitiman (1994, 86). Sin perjuicio de discrepancias en este sentido, cabe argumentar que no existen teorías unitarias o monolíticas, ya que conviven diversas perspectivas. Teniendo en cuenta todo ello, se distinguirán tres teorías⁷⁷⁸: las absolutas, relativas y eclécticas.

1- Las teorías absolutas de justicia se basan en la retribución y sus máximos representantes fueron Kant y Hegel⁷⁷⁹. Kant critica la concepción utilitarista o de la prevención, señalando que el derecho penal constituye un imperativo categórico. Debe imperar la justicia, no se puede tratar al hombre, castigándolo, como medio para conseguir la máxima felicidad posible, olvidando que el castigo ha de ser justificado antes por sí mismo como mero mal. En la primera parte de *Die Metaphysik der Sitten* dice: "Sólo el derecho de retribución (*lex talionis*), pero bien entendido, ante los estrados de la

⁷⁷⁷ Sobre las manifestaciones y relaciones de las diversas teorías de la pena en el ACP, véase Zugaldía (1993, 108-36).

⁷⁷⁸ Véase, desde perspectivas dogmáticas, sociológicas y/o criminológicas, sobre las teorías y finalidades de la pena en general, Bean (1981), Savitz (1967), Pavarini (1993), García Rivas (1996, 30-42), Martínez Arrieta (1993b, 818-20), Polaino (1987), Muñoz Conde (1978), Cid Moliné (1994), Antón Oneca (1964), Landrove (1977), Octavio de Toledo (1981), Fortunati (1993), Zaffaroni (1989b), Bottke (1995) y Ashworth (1992b). Para una visión crítica sobre la función de la pena en los Estados latinoamericanos, vid. del Olmo (1995) y Salas Porras (1996). Además de analizar la noción de castigo a lo largo de la historia de la filosofía, Marí se centra en las tesis utilitaristas y retribucionistas (1983) -cfr. Laplanche (1983)-. Más tarde estudiará las ficciones de Bentham desde una perspectiva psicoanalítica (Marí y otros, 1994), ahondando en esa visión de la prohibición como elemento fundamental del sistema jurídico y su relación con el deseo (Marí 1995). Cfr. Fitzpatrick en su análisis del contrato social desde el concepto de tabú (1996). Desde otras teorías psicológicas, cfr. Marzoa (1995) y Clemente (1986).

⁷⁷⁹ Véanse Fernández Carrasquilla (1993), Hampton (1992) y Rahm (1991).

justicia (y no en tu juicio privado), puede indicar la cantidad y la calidad del castigo... No hay ningún sustituto para la satisfacción de la justicia.”⁷⁸⁰ El idealismo alemán no abandonó la noción del talión en su búsqueda de la pena justa, bajo la creencia en la libertad que permitió configurar la culpabilidad, adquiriendo un papel que permanece hoy entre los presupuestos de la pena y su determinación (Bacigalupo 1994, 55-6).

⁷⁸⁰ Texto recogido en Rabossi (1976, 102-3).

En su *Filosofía del Derecho*, Hegel afirma: “En el hecho de que la violencia se destruye en su concepto, reside la verdadera explicación del por qué la *violencia es anulada con la violencia*; por consiguiente, ella no sólo es condicionalmente jurídica, sino necesaria, es decir, como *segunda violencia*, que es una anulación de una primera violencia... La primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el Delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado... todo esto constituye la esfera del Derecho Penal.” Se trata de que la justicia pueda borrar la injusticia: “En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la *existencia* que tiene el delito, y qué se debe anular; aquélla es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté. En tanto que los conceptos sobre este punto no sean terminantemente reconocidos, debe dominar el desorden en la consideración de la pena... Por otra parte, respecto al modo de existencia de la justicia y la forma que *como pena* tiene en el Estado, no es la forma única y el Estado no es el presupuesto que condiciona la justicia en sí... el sentimiento universal de los pueblos y de los individuos sobre el delito es y ha sido que: *debe ser penado* y que *al delincuente le debe acaecer lo mismo que él ha efectuado*... La superación del delito en la esfera del Derecho Abstracto es principalmente *venganza*, justa, según el *contenido* en cuanto es *castigo* o *coacción*... Donde los delitos son perseguidos y castigados, no como “crimina publica” sino “privata” (como entre los Judíos y los Romanos, el hurto y la rapiña, y ahora entre los Ingleses en ciertos casos, etcétera), la pena tiene todavía algo de venganza. De la venganza privada es distinto el ejercicio o práctica de la venganza en los héroes, los caballeros andantes, etcétera,

que se introducen en el origen de los Estados” (1968, 104-5; 108-9; 111)⁷⁸¹. En definitiva, Hegel considera necesaria la búsqueda de una justicia punitiva, pero no vindicativa, es decir, emancipada del interés subjetivo.

⁷⁸¹ Las distintas cursivas son del autor citado.

Más desconocido, en un intento de superar la teoría de la retribución, es el desarrollo por C. Welcker de la teoría de la reparación del daño espiritual o inmaterial, según la cual, todo miembro de la sociedad tiene que resarcir el daño material e intelectual provocado al infringir la ley. El daño intelectual afecta no sólo al ofendido, sino a los demás ciudadanos y al propio ofensor. Con la corrección interna o externa y el “padecimiento sensible” del delincuente se restablece el respeto al ofendido y a la ley. El fin del castigo es racional y mira tanto al futuro, en cuanto que se repara un daño ideal, como al pasado, en lo relativo a la pena (Röder 1876, 213-234)⁷⁸². En relación con estas ideas, puede hablarse también de diversas tesis bajo la noción de reparación retributiva, en cuanto que justifican la pena en la necesidad de reparar el daño producido, recalando no sólo la violación al ordenamiento jurídico, sino los intereses de la víctima concreta (Cragg 1992). Así Holmgren argumenta que el castigo y la restitución pueden observarse como paradigmas relacionados y que la práctica del castigo legal se justifica estrictamente sobre la base de la obligación del delincuente de restituir las pérdidas infligidas incorrectamente a otros (1983). Por medio del castigo, los miembros de la comunidad obtienen una restitución exacta a esta pérdida por lo que están legitimados para instituir aquél. La autora se muestra convencida de que un análisis reparatorio del castigo captura e ilumina gran parte de la posición retributiva⁷⁸³. Por otra parte, Carval ha elaborado una teoría general de la pena privada que se aplicaría a violaciones contra el interés económico o moral y que tendría funciones expresivas, represivas y punitivas (1995). Aboga por una oficialización de la función

⁷⁸² Como curiosidad histórica, desde la perspectiva de la Criminología positivista en su relación con la corriente de los llamados espiritistas, véase la defensa de la retribución en Ortiz (1924).

⁷⁸³ Cfr. Clear sobre el concepto de daño en relación con los infractores, las víctimas y sus comunidades (1994).

de la pena privada de la responsabilidad civil, ya que ni la Constitución ni el CEDH se oponen a la atribución del poder de castigar al juez civil, mientras que se mantengan ciertos principios. Su tesis consiste en que la dimensión punitiva de la responsabilidad civil existe y puede resultar un instrumento represivo más útil que las sanciones penales y administrativas.

Volviendo a las tesis clásicas retribucionistas, como indica Quintero (1996a, 77), esta concepción supone la creencia en que existe un orden social racional que, habiendo sido atacado por el delito, puede ser restablecido mediante la pena. Esta creencia parece haberse mantenido principalmente en el Estado liberal. Según Mir Puig (1996, 46-7), las tesis de la retribución encuentran su fundamento en razones religiosas (cristianas), éticas (expresadas en la obra de Kant) y jurídicas (propuestas, entre otros, por Hegel). Ponen énfasis en la idea de una justicia absoluta de carácter divino, no en la idea de venganza, que creo es fundamental para entender que no están tan rechazadas como se afirma⁷⁸⁴. En todo caso, volviendo a recordar una idea ya mencionada, Mir Puig indica: “Que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución” (1996, 66). Ello se manifiesta, según este autor, en instituciones como la prescripción del delito o la pena, el indulto, el perdón del ofendido, que extinguen la responsabilidad penal; como los delitos privados o semiprivados, cuya persecución depende del agraviado; y como las condiciones objetivas de punibilidad o excusas absolutorias⁷⁸⁵ basadas en la oportunidad político-criminal (ibídem, 67). Igualmente, han de considerarse el art. 25. 2 de la Constitución y la legislación penitenciaria, aunque las STC de 21

⁷⁸⁴ Cfr. de la Cuesta (1989, 70).

⁷⁸⁵ Cfr. sobre la artificialidad de estas figuras, Ortego (1989, 541-2).

de enero de 1987 y de 4 de julio de 1991 indican que dicho artículo constitucional no condiciona la pena solamente a la resocialización⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ Sobre la adecuación de las alternativas, como la conciliación autor-víctima, al sistema constitucional, pero advirtiendo del riesgo de caer en una cierta privatización, vid. García Rivas (1996, 66; 107). Sobre proceso y privatización, en relación con los programas de reparación, vid. Jesionek (1992), Schneider y Bussmeyer (1986), Schneider (1988; 1989), Hassemer (1990), Schöch (1988), Sebba (1982), Millar (1988), Eser (1992), Hirsch (1990), Miles (1995), Council of Europe (1985), Joutsen (1987) y Heuni (1984).

Silva habla de la superación de la retribución por razones culturales o ideológicas que abandonan la idea de la realización de la justicia absoluta en favor de las tesis utilitaristas o consecuencialistas. En todo caso, este autor apunta la posibilidad de una teoría retributiva desde la racionalidad moderna, entendiendo la pena como compensación o supresión de la ventaja obtenida ilícitamente del que se beneficia de la sociedad sin contribuir a la misma (1992, 199-200-6; 224-6). Al mismo tiempo, señala la teoría de la prevención integración de Jakobs como “prevención a través de la retribución”⁷⁸⁷. Por otra parte, este autor indica que debe utilizarse prudentemente el término neorretribucionismo⁷⁸⁸. Subraya la existencia de planteamientos, que en mi opinión siguen apoyándose mínimamente en la retribución, como los de Ferrajoli, que legitiman el derecho penal en cuanto que protector del autor del delito frente a la venganza social. Son retributivos, a mi parecer, porque dicha protección se otorga, teóricamente, proporcionando una sanción más objetiva que evite reacciones informales, reconociendo así la violencia como motor de relaciones. No se trata de negar que esto pueda ser necesario, sino de reconocer que puede serlo. Como indica Bustos (1996, 6): “De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas.”

⁷⁸⁷ En opinión de Bustos (1996, 7), una política de prevención general positiva regresa al retribucionismo, pero sin los límites que éste impone, por lo que es aún más negativo, al tratar de subordinar la persona frente al Estado y al hablar de la violencia adecuada para someter o integrar.

⁷⁸⁸ Sobre el mismo y su énfasis en la noción de proporcionalidad, vid. Andrew von Hirsch (1993; 1995, 123; 138-9). Ya que el castigo está profundamente arraigado como institución, en opinión de von Hirsch, es difícil pensar en un cambio global hacia otro paradigma diferente (como el restaurativo) (1995, 123 y 138-9).

Finalmente, en la discusión parlamentaria del NCP⁷⁸⁹, el Grupo Popular destacó la finalidad retributiva para apoyar su exigencia del cumplimiento íntegro de las penas en determinados delitos, aunque ningún grupo defendió la cadena perpetua o la pena de muerte. En general, la pena de prisión en el NCP puede extenderse de seis meses a veinte años (art. 36), excepcionalmente hasta 25 o 30 años.

⁷⁸⁹ Cfr. López Garrido y García Arán (1996, 58) y Maciá y Roig (1996).

2-Las teorías relativas o de la prevención reconocen un fin utilitario a la pena en cuanto se previenen delitos futuros (Quintero 1996a, 78)⁷⁹⁰, lo que ya fue expresado por Protágoras (Bustos 1994, 71), recogido por Platón, y enunciado por Grocio, entre otros (Silva 1992, 179). A partir del siglo XVIII, Feuerbach, Filangieri y Bentham⁷⁹¹ se refirieron especialmente a la prevención general frente a la sociedad⁷⁹², insistiendo así en la utilidad de la pena. La intimidación supone una demostración de poder, de orden⁷⁹³. Siguiendo a Quintero (1996a, 79), estas teorías no son sino un modo jurídico de formular la idea de la ejemplaridad del castigo. En la Parte Segunda se mencionó la idea de que, antes de los primeros códigos, el momento álgido de la intimidación se encontraba en la ejecución de las penas, en la certeza del dolor producido. Con la Ilustración, la intimidación se produce con la

⁷⁹⁰ Para Andenaes (1968, 77; 93), el problema de la prevención general y especial, es decir, de los efectos de la amenaza de un castigo y de su aplicación concreta, reside en determinar las condiciones y grados de su existencia, concluyendo, según diversos estudios, que la personalidad y el entorno social poseen mayor significación que el castigo mismo. Sobre prevención general y derechos humanos, vid. Naucke (1979), Tittle (1980) y varios (1977).

⁷⁹¹ En el capítulo XIII de su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* dice lo siguiente en la primera nota a pie de página: "Un tipo de fin colateral, al cual el castigo tiene una tendencia natural a satisfacer, es el de suministrar placer o satisfacción a la parte ofendida, cuando la hay, y en general a las partes cuya aversión ha sido excitada por la ofensa, ya por razones de consideración personal, ya por simpatía o antipatía. Este propósito, en cuanto puede cumplirse graciosamente, es de carácter benéfico. Pero ningún castigo debe ser asignado meramente a este propósito porque (dejando a un lado sus efectos en cuanto al control) ningún placer que sea equivalente al dolor se produce jamás mediante el castigo. Sin embargo, el castigo asignado al otro propósito debe ser acomodado a él, en tanto pueda hacérselo sin costo. La satisfacción así suministrada a la parte ofendida bajo la forma de un placer disocial (*dissocial pleasure*), puede ser denominada satisfacción o compensación vindicativa..." Por otra parte, cuando en el capítulo XXVII hace referencia a la proporción entre castigos y ofensas, no se refiere al daño concreto producido (Rabossi 1976, 89-97).

⁷⁹² Para una valoración positiva del neoclasicismo, o *just deserts* en los EE.UU., que supone una crítica a la idea del tratamiento frente a las garantías formales, véase Silva (1992, 34-7).

⁷⁹³ Sobre prevención y psicoanálisis, véase Luzón (1982).

publicación de los códigos y de las sentencias -publicidad extendida después por los medios de comunicación-. Como indica Silva (1992, 196-7): “Al ponerse... el acento en el momento de la conminación abstracta se subraya un factor decididamente liberal.” Para Bustos, las teorías de la prevención, especialmente la general, implican una cosificación de la persona humana, una deshumanización del derecho penal, por cuanto sólo se tiene en cuenta el efecto intimidatorio respecto de la sociedad, bajo la noción de utilidad social. A la persona concreta se le sigue aplicando un mal, un castigo (1994, 76; 79).

La prevención *general negativa* se refiere especialmente a la coacción psicológica o disuasión que ejerce el código penal, de forma directa o indirecta, genérica o específica (Silva 1992, 223). En dicha intimidación intervienen la severidad, la certeza y la rapidez de la sanción, dependientes en todo caso de la percepción subjetiva⁷⁹⁴. Se basa en el utilitarismo racionalista y en el conductismo (en cuanto que el castigo supone un refuerzo negativo que conllevará la abstención del delito). Esto ha sido cuestionado por la Criminología positivista y sociológica (Alvira 1984, 11-2), junto con el mismo Derecho penal⁷⁹⁵. Concretamente, su legitimidad axiológica también se ha matizado por diversas posiciones dogmáticas⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ Cuestión distinta, como determinante de obediencia a la norma, es la internalización de la misma mediante los controles informales. Cfr. Silva (1992, 222-3). Sobre el valor de la prevención y su demostración por diversos estudios empíricos en el ámbito anglosajón, vid. Wilson (1983). En concreto, sobre la prevención general negativa, insistiendo en la importancia de estudios etnometodológicos, véanse Jensen y Erickson (1978), cuya investigación empírica con estudiantes indica que las consecuencias más temidas de cometer un delito se refieren a cómo afectaría su procesamiento a su imagen, su futuro y su relación con las personas conocidas, por encima de las privaciones o sufrimientos que pudiera acarrear. Desde esta perspectiva, véanse también los estudios de Bailey y Lott (1967), Erickson y Gibbs (1973), Mahoney (1974), Gray y Martin (1969), Teevan (1975), Zimring y Hawkins (1973) y Tullock (1974). Por otra parte, aunque esto sería aplicable a todas las teorías, no cabe olvidar que el estímulo aversivo o castigo se experimenta de distinto modo según el sujeto (García-Pablos 1996a, 266).

⁷⁹⁵ Me parece acertada la crítica de Pérez Sanzberro (1996, 433-4), quien subraya la

miopía de dicha teoría respecto de las distintas e interdependientes dimensiones del ser humano y respecto de la misma dimensión social del derecho penal.

⁷⁹⁶ Cfr. Silva (1992, 215-6; 359): “Está claro, con todo, que la motivación penal no es la más eficaz, pues no es la que incide más profundamente sobre el individuo.” Quintero recuerda que los mecanismos de motivación de los posibles infractores no son meramente racionales, ni sus valores pueden ser los mismos que los reflejados en los códigos (1996a, 79).

La prevención general *positiva*⁷⁹⁷, estabilizadora o integradora viene resaltando, fundamentalmente desde los años setenta, la labor de afirmación del derecho penal y, por tanto, del consenso social⁷⁹⁸. Uno de los representantes de esta corriente, además de Hans Welzel⁷⁹⁹, Armin Kaufmann⁸⁰⁰ y Haffke⁸⁰¹, es Jakobs, dentro de la teoría funcionalista de los sistemas (Morales en Quintero 1996a, 88-9)⁸⁰². Afirma Jakobs: “El hecho punible concluido no es objeto del Derecho penal por sí mismo, sino que lo es sólo en la medida en que es origen de un conflicto todavía presente al momento de la punición, y es este conflicto lo que debe ser superado. De lo que se trata, entonces, es de la superación del presente perturbado por el pasado... El Derecho penal no cura las heridas de la víctima infligidas por el autor, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que más bien hace que al mal del hecho sufrido por la víctima, le siga un nuevo mal: la pena como un mal para el autor... El Derecho penal tiene la misión de asegurar suficientemente

⁷⁹⁷ Que a pesar de este epíteto, como ya se ha indicado *supra*, no renuncia a ciertos presupuestos del retribucionismo. Cfr. Silva (1992, 227-9). Para una crítica a esta teoría, en relación con una revisión de las propuestas de reparación en el derecho penal, cfr. Tamarit (1993).

⁷⁹⁸ Dentro del énfasis en la idea del consenso en un Estado democrático, véase la interpretación de Mir Puig de la prevención general positiva limitadora (Silva 1992, 239-41).

⁷⁹⁹ Sobre las diferencias, relativas a los planteamientos de Welzel y Jakobs, véase Bustos (1996, 6-7).

⁸⁰⁰ Sobre las funciones que atribuye a la prevención general positiva, véase brevemente Mir Puig (1996, 51).

⁸⁰¹ Cfr. López Garrido y García Arán (1996, 31-2).

⁸⁰² En estas páginas, Morales recoge distintas críticas formuladas contra la posición de Jakobs; para sus propias críticas, véanse las páginas 90-1. Para Morales: “...¿Quién selecciona los bienes jurídicos? ¿Tiene acceso a esta tarea la mayoría o sus representantes? ...son las verdaderas claves de respuesta sobre los fines del Derecho penal, y no en tan tamaña medida el problema de la pena, que a quien de verdad preocupa es al delincuente que la sufre” (91).

la vigencia estable de normas centrales, imprescindible para la existencia de una sociedad” (Jakobs 1994, 138).

Recientemente, en una traducción al castellano de su obra, Jakobs ha tenido la oportunidad de explicar su teoría del funcionalismo jurídico-penal, con inspiración en la teoría de los sistemas de Luhmann (1985)⁸⁰³, cuyos fundamentos, en mi opinión, no siempre han sido entendidos por sus críticos⁸⁰⁴. Su teoría trata de explicar la realidad desde un prisma no subjetivo, aunque no descarta que el individuo sea el objeto central de la comunicación, diferenciando la comunicación personal de la instrumental. Precisamente, el Derecho penal constituye una “tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva”. En cuanto el delito es un conflicto social, debe tenerse en cuenta su sociabilidad concreta. Para Jakobs, y en una concepción relacionada con la de Hegel, la pena constituye la respuesta al quebrantamiento de la norma, dentro de un proceso de comunicación, que tiende a confirmar la identidad normativa de la sociedad. En este sentido, argumenta que ningún sistema puede renunciar a su fuerza de autoconservación, por lo que si el derecho penal se retira hacia medidas jurídico-civiles, ello supone una crisis del *ius puniendi* y de lo público (1996, 11; 16; 22; 37; 196; 29-30; 67; 81-2).

De acuerdo con Silva, la relación que establecen las distintas corrientes que defienden la prevención general positiva, entre el derecho penal y los demás controles sociales -como fuentes todos de socialización-, es peligrosa en cuanto que olvida la imprescindible formalización para el reconocimiento de una serie de garantías (1992, 229-30, nota 206; 233-4), que

⁸⁰³ Sobre esta véanse las críticas de Vives Antón (1996a, 168-71; 433-6), Resta (1994), Jaen (1995), Cuenca (1994) y Giménez Alcover (1993).

⁸⁰⁴ Vid. Baratta (1985); en relación con la cárcel, Scheerer (1995); y con la teoría de la acción, Borja Jiménez (1993-4).

pueden verse afectadas por la estigmatización de la desviación y la necesidad psicológica de un chivo expiatorio. Además, esta concepción descansa sobre una visión de un Estado con características autoritarias o paternalistas, con la función de educar las conciencias. Según López Garrido y García Arán (1996, 33; 58), el NCP ha rechazado esta tendencia neorretribucionista. Conforme a estos autores, en la elección de la reacción penal, se da predominio a la finalidad preventiva especial de la pena sobre la prevención general y la retribución, aunque subsiste el límite preventivo general considerado irrenunciable. La excepción a esta afirmación se encuentra en el art. 78 que regula el cumplimiento efectivo de la pena⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ Cfr. López Garrido y García Arán (1996, 67-9). García Albero califica el art. 78 de regla "totalmente simbólica e innecesaria". Para este autor: "En definitiva, la introducción de un elemento que sólo admite una lectura en clave preventivo especial para dar vida a una regla que responde estricta y únicamente a finalidades de prevención general positiva, esto es, a la satisfacción de necesidades de estabilización psicosocial (neorretribucionismo), acaba comportando que el precepto no resulte útil a ninguna de las dos finalidades" (en Quintero Olivares 1996b, 433-4).

De cualquier forma, pueden destacarse otras posiciones que entienden que la teoría de la prevención positiva abre posibilidades de entender que, tras un delito, la pena no resulta inevitable. Para Pérez Sanzberro (1996, 453), destacando la reparación como responsabilización del autor y satisfacción a la víctima: “La cuestión estriba en determinar hasta qué punto caben modalidades de tratamiento del delito que no impliquen el recurso a la coacción directa por medio de una pena, sin que por ello el mensaje normativo pierda su vigencia, y asimismo, hasta qué punto la sociedad estaría dispuesta a asumir o considerar aceptable una forma de respuesta al delito que no incluya la punición, en tanto sea idónea para devolver la tranquilidad y confianza tras la comisión del delito.” Esta autora cita la importancia que Roxin ha otorgado a la prevención integradora positiva en el sentido de la restauración de la paz jurídica⁸⁰⁶ o pacificación, a la que se alude también en el Proyecto Alternativo Alemán (Pérez Sanzberro 1996, 455-60).

Adicionalmente, la *prevención especial* o individual se dirige a la persona del infractor en el momento de la ejecución de la pena, siendo deudora de la escuela positiva italiana y de su énfasis en la peligrosidad⁸⁰⁷ y en las medidas, reinterpretadas por posteriores escuelas eclécticas, entre las que destacan la de von Liszt y Ancel (Bustos 1994, 76-7). La prevención especial *positiva* se refiere a la idea de corrección⁸⁰⁸, recogida en nuestro país por el correccionalismo. Lemert aludió a la dualidad represión-rehabilitación

⁸⁰⁶ Término que, como recuerda Pérez Sanzberro (1996, 461), procede de los términos paz de Dios, paz del *Land*, de los siglos XI-XV.

⁸⁰⁷ Vid. Romeo Casabona (1986).

⁸⁰⁸ Potenciándose las medidas de seguridad y las alternativas. Sobre la distinción de las funciones según se trate de medidas terapéuticas, educativas o asegurativas, y sobre la regulación de las medidas de seguridad en el NCP, véase Mir Puig (1996, 53-5; 781-88). Para una crítica a la pretensión resocializadora, Silva (1992, 29-33). Sobre la idea de rehabilitación, Bona i Puigvert (1993).

inherente en todo control social (1972, 75-6). En mi opinión, en la resocialización no hay “bien” de la sociedad por “mal” del delincuente. Tampoco puede decirse que el fin de la pena sea en nuestro derecho la resocialización, como ya apuntaba Montes en 1903. Lo que sí puede admitirse, con los límites que muestra la práctica y la norma, es que la *aplicación* de la pena se *orientará* -según el verbo utilizado en el art. 25 de nuestra Constitución- a la resocialización.

La prevención *especial negativa* se centra en la idea de inocuización o intimidación, según expuso von Liszt. A este respecto, cabe señalar que con el arresto de fin de semana, según algunos autores, se pretende un efecto de *shock* o de aviso, salvaguardando en principio la integración social (López Garrido y García Arán 1996, 60), aunque el fin de semana resulta vital para la vida en familia, sin perjuicio de que puedan cumplirse en días distintos de los viernes, sábados y domingos, y en depósitos municipales.

3- Dentro de las teorías eclécticas, pueden distinguirse posiciones conservadoras y progresistas (Mir Puig 1996, 56-7). Cabe mencionar la teoría de la diferenciación de Schmidhäuser que, entre otras cuestiones, distingue el sentido de la pena para los distintos sujetos involucrados en ella. Para este autor, la sociedad puede ver en la pena ejecutada el sentido de reconciliación que posibilite la aceptación del penado. Por su parte, Roxin ha defendido su teoría dialéctica de la unión (Mir Puig 1996, 59-60): la conminación penal tiene el fin de la prevención general, la imposición de la pena supone una cierta retribución⁸⁰⁹, junto con la insistencia en la

⁸⁰⁹ Sobre el abandono de la idea de retribución en las últimas obras de Roxin, cfr. Bustos (1994, 85-6).

prevención general, y la ejecución de la pena se destina a la resocialización⁸¹⁰.

Según Quintero (1996a, 84), las teorías mixtas siguen reconociendo que la retribución, a través de la culpabilidad y/o proporcionalidad, supone un límite al fin de la prevención. Para este autor, cualquier teoría debe entender la pena como acto de fuerza, pudiendo entonces replantearse su sentido en un Estado Social y Democrático de Derecho (1996, 86).

Para una propuesta de resocialización como comunicación, interacción o diálogo entre el condenado y el Estado, debe tenerse en cuenta la teoría de Calliess (1974). De acuerdo con este autor, dentro de un sistema normativo dialogal o de expectativas enmarcado en otros sistemas sociales, la pena regula la red o interacción comunicativa entre el yo (el infractor), el otro (la víctima) y el tercero (el Estado). Este último reacciona con una sanción que debe facilitar la participación social (Bustos 1994, 55-6; 84). Se trata de resaltar el carácter tridimensional e intersubjetivo de la norma y de alejarse de un sistema de sanciones basado en el hipotético condicional (García-Pablos 1995, 181-6).

⁸¹⁰ Sobre la diferencia entre punibilidad, punición y pena, vid. Rodríguez Manzanera (1989). Cfr. el intento de John Rawls (1955) de conciliar las teorías preventivas y retributivas, entendiendo que las primeras se refieren a la institucionalización del castigo.

Finalmente, a modo de recapitulación de este apartado, puede subrayarse que, en relación con los fines de la pena, pero dentro de un lenguaje criminológico, García-Pablos (1996b, 269-328) ha presentado tres modelos o paradigmas de respuesta al delito según predomine un objetivo u otro, relacionados con los estilos de control descritos por Black: disuasorio -que pone el énfasis en la prevención-, resocializador -que incide en la reinserción del infractor- e integrador -que pretende atender a la reparación del daño y a la pacificación de las relaciones sociales-.

2. 2 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y SU VINCULACIÓN A LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONCRETO

Bustos ha analizado la política criminal propia de un Estado de Derecho social y democrático, entendiendo ésta como el poder de definición de los procesos criminales en un Estado basado en la igualdad y la libertad (1996, 4; 8-9). Se trata de un Estado que reconoce que existen desigualdades y diferencias culturales, pero reivindica la libertad de las personas y su participación⁸¹¹, aun más: "...si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática. De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (*extrema ratio*) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante."

⁸¹¹ En el mismo sentido, en relación con la mediación, véase Pérez Sanzberro (1996, 420).

Conforme a Bustos, en el Estado democrático actual se trata de "...establecer *ahora* vías alternativas al sujeto para la resolución de sus *actuales conflictos sociales*, lo que es mucho más que un problema aritmético o de probabilidades (es un problema humano)..." (1994, 89-91)⁸¹². Este autor propone un derecho penal de alternativas para el sujeto, es decir, una búsqueda de su reducción, conservando una serie de garantías: "Si el derecho penal entra a solucionar un conflicto, de partida implica alternativas, en cuanto señala cuál es la opción o alternativa que no se acepta por el sistema (en ese sentido previene de modo general) y al mismo tiempo deja abierta cualquier otra alternativa a las partes en el conflicto... Es por eso que un derecho penal de alternativas ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos y en ese sentido ha de propender a posibilitar un encuentro entre autor y víctima, de modo que se produzca una reconciliación entre ellos, lo cual requiere como base, en gran medida, una gestión reparativa del autor a la víctima (aunque sea sólo simbólica). De este modo la reparación no sólo es algo que surge del hecho delictivo, sino que es un elemento sustancial de la cuestión criminal, que conduciendo a la reconciliación puede paralizar la intervención del Estado (conforme al principio de que ella es sólo *extrema ratio*)." El análisis del sujeto responsable implica, para este autor, considerarle "como persona que da respuestas". La exigibilidad social sería el "criterio político criminal interactivo fundante de la responsabilidad del sujeto", se trata de averiguar qué puede demandar el sistema a una persona determinada como respuesta al conflicto social.

Por su parte, como ya se ha indicado, Mir Puig se ha referido en concreto, dentro de la defensa de la prevención general positiva limitadora

⁸¹² Cursivas del autor.

o restrictiva⁸¹³, a la función del derecho penal en nuestro Estado social y democrático de Derecho ya que la pena: “En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado” (1996, 63). Fermín Morales apunta que el concepto de Estado Social y democrático de Derecho no es neutro. Se trata, por lo demás, de un concepto no unívoco, relativamente en crisis⁸¹⁴ y que se enfrenta al surgimiento de sustitutivos penales, en donde se reduce la idea tradicional de prevención de la pena (en Quintero 1996a, 91-2). Para el autor citado: “En la actualidad es innegable el papel que ha venido asumiendo el Derecho penal centrado en la resolución de conflictos y en particular de reparaciones similares incluso a las propias del derecho privado, función que se manifiesta en la práctica porcentualmente en un gran número de casos. En este sentido, se echa en falta una ‘teoría penal de la reparación’, carencia que sólo en los últimos tiempos ha comenzado a ser paliada. Bueno sería por tanto, reconsiderar la función reparadora del Derecho penal, de sublimación de instintos de venganza y de satisfacción del perjuicio causado por el delito” (en Quintero 1996a, 93).

⁸¹³ Sobre distintas consideraciones críticas a la misma, véanse Bustos (1994, 83-4) y Silva (1992, 238-41). Sobre la repercusión de nuestro Estado constitucional en el derecho penal, cfr. Bacigalupo (1994, 29-43).

⁸¹⁴ “La teorización del ‘Estado mínimo’, la crítica del burocratismo, la crítica de la sociedad de masas, etc. no implican necesariamente una reformulación de la ideología neoliberal; por el contrario son exponente de los intentos que en el seno de las ciencias sociales se verifican últimamente por profundizar en el desarrollo de las garantías del individuo (neocontractualismo)” (Morales, en Quintero 1996a, 91-2).

Sala Sánchez afirma que son cuatro los principios generales en que se manifiesta el Estado de Derecho: principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y *ultima ratio*. Como Estado Social, tienen importancia los principios de ofensividad de los bienes jurídicos, de reinserción social y de protección a la víctima. Como Estado democrático, considera los principios de igualdad y participación ciudadana en la elaboración y aplicación de las normas (1996). Estos principios del Derecho penal deben ser aplicables a los distintos operadores jurídicos y ser tenidos en cuenta como criterios de evaluación. Asimismo, deben aplicarse, en su caso, a las alternativas; particularmente para evitar el efecto de *net widening* es preciso tener en cuenta el principio de mínima intervención⁸¹⁵. Esta preocupación está en el origen de las Reglas de Tokio de las Naciones Unidas y de las Reglas mínimas de sanciones y medidas en la comunidad del Consejo de Europa.

Como principios del Derecho penal, formulados como límites del *ius puniendi*, M.^a Dolores Fernández Rodríguez -indicando que existen tantas clasificaciones como obras sobre el tema⁸¹⁶ - destaca los siguientes: principio de legalidad, de exclusiva protección de los bienes jurídicos, de intervención mínima, *ultima ratio* o carácter fragmentario, oportunidad, proporcionalidad, culpabilidad y humanidad (1994, 87-90). Mir Puig distingue los principios según sean derivación del concepto de Estado de Derecho, social y democrático (1996, 74). Por su parte, Bustos habla de los límites materiales y formales del *ius puniendi* (1994, 95). Carbonell Mateu destaca el principio de igualdad (1995, 101-2). A continuación, analizaré los siguientes siguiendo la línea marcada por Fernández Rodríguez (1994).

⁸¹⁵ Cfr. también sobre el principio de culpabilidad y proporcionalidad, Huber (1994, 173-4).

⁸¹⁶ Vid. Martos Núñez (1991, 217). Estos principios son reducibles, según dicha autora siguiendo a Muñoz Conde, al principio de intervención mínima legalizada (Fernández Rodríguez 1994, 89).

-El principio de legalidad (art. 9. 3, 24, 25.1, 81, 149.6 CE; art. 1.1, 2, 3 y 4 CP), formulado en el aforismo latino por Feuerbach *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ha sido calificado como principio de principios y contenedor del germen de la culpabilidad (Vives 1996c, 41). Se distingue dentro del mismo las garantías criminal, penal, jurisdiccional -art. 3. 1 CP- y de ejecución -art. 3. 2-⁸¹⁷, mediante leyes previas, escritas y estrictas (Mir Puig 1996, 76-8). El principio de legalidad proporciona, según Silva (1992, 252-3), una garantía de la seguridad jurídica y de representación democrática⁸¹⁸. Este principio puede entrar en contradicción con "...las exigencias de la prevención (que) pueden requerir un Derecho penal que posibilite intervenciones sobre el delincuente no previstas hasta sus últimos detalles por el legislador, un Derecho penal capaz de adaptarse al cambio social, unos tipos que permitan practicar una concepción individualizadora de la justicia, pretendidamente abierta a considerar en profundidad las peculiaridades del caso concreto" (*ibíd.*, 258).

-El principio de publicidad constituye una característica técnica del Derecho penal. De acuerdo con Quintero (1996a, 70-2), el derecho penal tutela intereses de naturaleza privada -relación entre autor y sujeto pasivo-, dándoles una protección pública: "la pena es la retribución que el Estado en nombre de la comunidad -al menos en puridad de principios- impone al que ha ofendido un interés del Estado, de un particular, o de la comunidad misma, que por considerarse necesario su respeto a la vida colectiva, recibe la

⁸¹⁷ Según el art. 3. 2, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita legal y reglamentariamente, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

⁸¹⁸ En todo caso, no puede olvidarse que: "...el Derecho es sólo un lenguaje: el lenguaje de la seguridad jurídica, de la certeza, y de la igualdad. El Derecho arbitra así las soluciones, las instrumentaliza y da forma. Pero no es la solución misma. Por decirlo de otro modo: el Derecho es la melodía, pero no la partitura, la forma, pero no el contenido" (García-Pablos 1996a, 257).

protección del Ordenamiento penal, protección que en ocasiones se le dispensa a ese bien jurídico aun cuando su inmediato titular pueda no tener interés en su defensa.” La pena es pública al no pretender la compensación del particular, ni la restauración de la situación anterior al delito, “...sino sólo la retribución por la ofensa a un bien jurídico al que se le dispensa pública protección.” En este sentido, Quintero indica que la existencia de delitos privados o la renuncia a la pena, en caso de reparación del perjuicio o el perdón del ofendido, no merman dicha publicidad -la renuncia sólo implica que se ha producido una neutralización del injusto-. En la fase de la ejecución de la pena, la existencia de la prescripción o de indultos tampoco aminoran dicha publicidad, en favor de un pretendido derecho del Estado, ya que, en realidad, se trata de una potestad.

-Respecto del principio de utilidad de la intervención penal, dice Mir Puig (1996, 88): “Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.” Esta cuestión debe medirse, según el autor citado, por el número de delitos evitados por existir una pena -cuantificación epistemológicamente imposible-. Además, se refiere a “experiencias históricas y presentes” donde aumenta la delincuencia al disminuir la aplicación del derecho penal, poniendo, como principales ejemplos, situaciones de caos político. Cabría pensar qué ocurriría en contextos más normalizados.

-El principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos está relacionado con el movimiento despenalizador de mediados de los sesenta. El presupuesto de intervención penal debe ser una grave amenaza de lesión o de peligro para los bienes jurídicos más importantes⁸¹⁹ y necesitados de protección penal.

⁸¹⁹ Para lo cual, la Constitución constituye un marco de referencia (Fernández

Mir Puig define los bienes jurídicos como “los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección de la sociedad” (1996, 91). Si, de hecho, la merecen llegarán a ser bienes *jurídico-penales*. El concepto de bien jurídico nació en este sentido a mediados del siglo XIX, por utilización de Birnbaum, significando el objeto de protección elegido por el legislador -creado por él, según Binding y Welzel-. Para von Liszt, y posteriormente los neokantianos, es la realidad social la que determinará qué objetos merecen protección, convirtiéndose en bienes jurídicos cuando los recoja el derecho positivo. En todo caso, se advierte que el concepto no presenta límites claros al legislador y la historia de su construcción muestra su “inocuidad político-criminal” (García-Pablos 1995, 268-9).

Rodríguez 1994, 97-8).

Ya se ha indicado que, posteriormente a Birnbaum, Binding se refirió al bien jurídico como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas”. Por su parte Franz von Liszt definía los bienes jurídicos como “intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”. Los representantes de la Escuela nazi de Kiel realizarían una importante crítica contra el concepto de bien jurídico que entendían contrario a la emanación del derecho del espíritu del pueblo. El delito sería entendido por ellos como lesión del deber (Bustos 1994, 105-6). Más tarde, Welzel pensaría en el bien jurídico como “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”⁸²⁰. El derecho penal protege los deberes ético-sociales que recoge la norma. En los más recientes planteamientos sobre el bien jurídico, Bustos distingue entre las tendencias jurídico-constitucionales y las sociológicas o sociales. Dentro de estas últimas incluye a Calliess para quien los bienes jurídicos no constituyen sustancialidades, valores o bienes cosificados, sino participación en la sociedad (*ibíd.*, 109).

Conforme a Silva: “La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)” (1992, 271; 289). En todo caso, la determinación de cuáles son los bienes jurídico-penales depende de “las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinados.” La penalización se une al merecimiento

⁸²⁰ Citados en Bustos (1994, 102-3; 106).

y/o necesidad de la pena. En un intento de mayor concreción, Bustos argumenta que los bienes jurídicos son siempre personales: “El bien jurídico es por tanto no sólo un concepto *fundamentador de la intervención estatal, sino al mismo tiempo garantizador del ciudadano y además en definitiva deslegitimador de esa propia intervención, es un concepto dialéctico en sí... el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica...* es un concepto final, político jurídico (penal y criminal), porque expresa la lucha por la democracia y, por tanto, la lucha por un sistema jurídico-penal democrático, en el fondo la lucha por su continua superación, por eso es un concepto crítico del sistema social y del sistema jurídico-penal (deslegitimador)”⁸²¹ (1994, 113-4).

En conexión con ello, el NCP parece ordenar la protección de los bienes jurídicos según su importancia, destacando los bienes individuales por delante de los colectivos (inclusive los de titularidad estatal) (López Garrido y García Arán 1996, 85).

⁸²¹ Cursivas del autor.

-De forma relacionada puede aludirse a los principios de *intervención mínima*⁸²², accesoriidad, subsidiariedad⁸²³, *ultima ratio*⁸²⁴ o carácter fragmentario del derecho penal. Sin perjuicio de su distinción, estas expresiones vienen a indicar que debe huirse del derecho penal reservándolo como último recurso, dando preferencia a otros menos lesivos. Según Bacigalupo, este principio no puede entenderse de manera autónoma, respecto de los que constituyen garantías constitucionales (1994, 32) y, como indica Fernández Rodríguez (1994, 99), debe considerarse a la hora de la tipificación del hecho y la determinación de su pena o respuesta. Carbonell Mateu alude al principio de prohibición de exceso como garantía de la máxima libertad posible. Dicho principio tendría dos vertientes reflejadas, una, en el llamado derecho penal mínimo o de intervención mínima -y con los caracteres de fragmentariedad y subsidiariedad-, y otra, en los principios de adecuación, necesidad, proporcionalidad, ofensividad y culpabilidad (1995, 197-222).

Mir Puig concibe el principio de subsidiariedad dentro de un concepto de economía social que busca el mayor bien con el menor costo: “El principio de la ‘máxima utilidad posible’ para las posibles víctimas debe combinarse con el de ‘mínimo sufrimiento necesario’ para los delincuentes” (1996, 89). Ese menor costo puede lograrse con sanciones civiles, administrativas, o de otro tipo. Conforme a Bustos (1994, 96-7), el principio de última -o extrema-

⁸²² Véanse Morillas Cueva (1983), Martos (1987) y Lüderssen, Nestler-Tremel y Weigend (1990).

⁸²³ Cfr. su polémico empleo como principio político de descentralización y proximidad, especialmente en el Tratado de Maastricht.

⁸²⁴ Manifiesto en el NCP, por ejemplo, en la destipificación de los desacatos o de los delitos complejos de robo con violencia o intimidación y en la reducción del ámbito punible del daño imprudente (Sala 1996, 22). Respecto del NCP, Rodríguez Ramos (1996, 10) afirma que, a pesar de su problematización en la Exposición de Motivos, “...la realidad tanto cuantitativa (número de artículos del nuevo Código) cuanto cualitativa es que se ha expandido elefantíasicamente el ámbito de lo penal...” Se criminaliza más de lo que se descriminaliza. En una opinión diversa, cfr. Córdoba Roda (1996).

ratio, junto con el de proporcionalidad y el carácter fragmentario, resulta de la proyección del principio de necesidad de la intervención⁸²⁵.

⁸²⁵ Cfr. Zugaldía (1993, 236-40).

Arthur Kaufmann se refiere a los antecedentes de la doctrina católica y, en definitiva, al origen en el pensamiento filosófico político, del principio de subsidiariedad en cuanto que supone tratar -sin una respuesta satisfactoria- de la relación cambiante entre individuo, sociedad y Estado. Esta relación se encuentra en el nacimiento del derecho penal moderno del Estado liberal y más tarde social (1974, 89-95; 99-101; 103; 106). Kaufmann, citando a Heinrich Henkel, estima que el infractor tiene una obligación de “reparación social” respecto de la sociedad, mientras que ésta carece de una obligación absoluta de penar. La concepción del derecho penal mínimo encuentra su origen, según Silva (1992, 38), en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán y, en general, en la ideología liberal. Ya se ha mencionado que, para Ferrajoli, el derecho penal ha de ser el mínimo necesario para evitar la violencia social informal⁸²⁶. De acuerdo con Silva (1992, 38-9; 248), la teoría de Ferrajoli requiere concreciones que vienen a demostrar la tensión entre seguridad y libertad. Según este autor, el principio de mínima intervención y las investigaciones empíricas permitirían una disminución de las sanciones y una introducción de alternativas a la pena, sin afectar a la prevención general.

-El principio de proporcionalidad de la gravedad de la pena y el hecho que la motiva se refiere al merecimiento de la reacción según el daño producido. En opinión de Silva, los principios garantísticos materiales de proporcionalidad, humanidad e igualdad, han de concretarse “...mediante una reflexión filosófico-jurídica atenta al sentido de tales criterios en el contexto de nuestra cultura jurídica” (1992, 259), teniendo en cuenta fundamentalmente la Constitución.

⁸²⁶ En su relación con la pena privativa de libertad, vid. Mosconi (1995c), especialmente sobre sus diferencias con el planteamiento abolicionista, véanse las páginas 135-9.

En relación con este principio, el NCP distingue como infracciones penales los delitos graves, menos graves y faltas, a los cuales corresponderán distintas penas, así como diversos órganos y procedimientos para su determinación (art. 33 CP; 14, 779 LECrim y 1. 2 LOTJ). Respecto de la determinación de la pena, cabe destacar la simplificación de la llamada “aritmética penal” o “parte artística del Código” (López Garrido y García Arán 1996, 65).

-El principio de culpabilidad o responsabilidad jurídica comprende los de personalidad, responsabilidad por el hecho, dolo o culpa y de imputación personal -art. 5 CP- (Mir Puig 1996, 97-9). La culpabilidad constituye para Silva “el producto de la síntesis de fines de signo diverso del Derecho penal” (1992, 294). Quintero Olivares expresa la paradoja de este principio, en cuanto que su crisis es permanente, pese a su importancia respecto de la individualización de la responsabilidad y de la fundamentación y duración de la pena. En todo caso: “La culpabilidad penal no puede convertirse en un mero sentimiento ético o psicológico” (1996a, 58; 311)⁸²⁷.

⁸²⁷ Para una distinción de la teoría del delito y del sujeto responsable (como problema de exigibilidad), véase Hormazábal (1997, 58). Sobre el rechazo del concepto de responsabilidad asociado a una sanción negativa, cfr. Pincione (1996)

Los procesos de imputación, como explica Sack, no se dan únicamente en las instancias de control formal, sino que "...la imputación de propiedades y procesos intencionales representa una característica general de los procesos interactivos y comunicativos entre hombres" (en Bustos 1994, 478)⁸²⁸. Para Bustos, se trata de reconocer que el hombre es sujeto y actor de relaciones sociales concretas. Tomando conciencia de ello, culpabilidad es responsabilidad, exigibilidad: "*El hombre responde entonces por su comportamiento; por la conciencia de él, ése es el fundamento y límite de la reacción social que se ejerza sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por eso también responde la sociedad toda*"⁸²⁹ (1994, 479).

-El principio de humanidad influyó en la abolición de la pena de muerte en algunos países y hoy podría influir en la abolición progresiva de la prisión⁸³⁰. Fernández Rodríguez se ha referido a la sentencia número 65 del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 1986, la cual entiende que la calificación de una pena como inhumana o degradante "depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial necesidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena"(1994, 110-1).

Mir Puig concibe el principio de humanidad de las penas como origen del derecho penal moderno, tanto respecto del tipo de penas como de las condiciones de su cumplimiento (1996, 94). Igualmente, este autor incluye como principio autónomo derivado de un Estado democrático, el de

⁸²⁸ Vid. Zaffaroni (1989a, 274). Cfr., sobre las sociedades del riesgo, Beck (1992); en el ámbito penal, vid. Pérez del Valle (1996).

⁸²⁹ Cursivas del autor.

⁸³⁰ Cfr. en relación con los derechos humanos, Naciones Unidas (1960).

resocialización⁸³¹, el cual entiende vinculado a la idea de participación y no separación de la sociedad. Debe constituir "...un intento de *ampliar* las posibilidades de participación en la vida social, una *oferta de alternativas* al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la *libre aceptación* por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero *objeto* de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un *sujeto* no privado de su dignidad con el cual se dialoga" (Mir Puig 1996, 101)⁸³².

⁸³¹ Sobre la importancia del principio de resocialización como principio *jurídico*, véase de la Cuesta (1989, 71).

⁸³² Cursivas del autor.

Conforme a Quintero (1996a, 61): "...la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científico-teórica." En todo caso, este autor advierte la contradicción del Estado social y democrático de Derecho en cuanto que la persona es contemplada como entidad ética no gregaria de los valores del Estado, pero se dice que el fin de la pena es la resocialización, siendo esta una autoafirmación -o autoconstatación, según Bustos- de los valores del Estado. Bustos alude al principio de la dignidad de la persona que supone su reconocimiento, como un fin en sí mismo, de su autonomía ética y se explica como fundamento y principio del derecho penal (1994, 98-9).

Finalmente, si el Derecho penal aspira a la justicia y humanidad, no puede olvidar el papel de la víctima en relación con la comisión del hecho y sus necesidades de reparación y ayuda, lo cual -como se verá más adelante- no ha sido resuelto en el NCP (de la Cuesta y Varona 1996, 228).

3. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL Y PROYECTOS DE MEDIACIÓN

3. 1 LA MEDIACIÓN COMO PROCESO DISTINTO DEL ENJUICIAMIENTO

Este capítulo constituye una continuación del anterior, específicamente en el área procesal penal. Elena Larrauri afirma que admitir la mediación-reparación conlleva meditar sobre los principios de igualdad, proporcionalidad y oportunidad; y discutir la participación de la colectividad en los delitos que afectan a bienes individuales y colectivos (1997, 188).

La potestad jurisdiccional supone juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117. 3 CE), según competencia atribuida por la ley (art. 122. 1 CE y 9. 1 LOPJ). Conforme a Pérez Royo (1997, 13), el poder judicial está legitimado democráticamente por el sometimiento del juez a la ley (art. 117. 1 CE), ya que al dictar una sentencia no impone su voluntad, sino la voluntad de los ciudadanos, a través de sus representantes, objetivada en la norma legal⁸³³, lo que explica que las sentencias deban ser siempre motivadas (art. 120. 3 CE). Por el momento, el conjunto de los mediadores que actúan en la esfera penal, aunque es evidente que tienen un cierto poder, no constituyen,

⁸³³ En lo que denomina la “cadena de legitimación democrática del Estado definida en la Constitución”. Sin perjuicio de esta apreciación teórica, el estudio de Calvo García concluye que: “...la autonomía de lo jurídico y la neutralidad u objetividad en la aplicación del derecho no han podido demostrarse fehacientemente, lo único que se entrevé con claridad son sus fines ideológicos y políticos en orden a legitimar las decisiones de agentes técnicos (funcionarios y jueces) que carecen de una legitimidad democrática plena.” Asimismo: “Las transformaciones del derecho y la pérdida de autonomía de lo jurídico están suponiendo la incorporación de nuevos expertos con competencia en los espacios de no derecho de la decisión jurídica” (1994, 249; 259).

obviamente, un poder del Estado que requiera legitimación democrática (art. 1. 2 CE).

Dentro de una concepción objetiva de la jurisdicción -con un origen histórico concreto-, Carnelutti centró su concepto de Derecho procesal en la noción de *litis* o litigio como conflicto de intereses. Esta noción también la aplicó al Derecho penal, aunque reconoció que entre el Ministerio público y el acusado sólo existía controversia o contraste de opiniones en torno al interés del imputado (Montero 1976, 66). El proceso tendría para Carnelutti la finalidad de la composición justa o con arreglo a la norma del litigio: “Nada de paz sin justicia, porque el proceso no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el Derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto: *supra partes*, no *intra partes*, a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés” (Montero Aroca 1976, 59-60; 65-6)⁸³⁴.

Para Alcalá-Zamora el litigio es un “conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, igualmente jurídica, mediante autodefensa, autocomposición o proceso” (Montero Aroca 1976, 87; 89; 95)⁸³⁵. La autotutela o autodefensa supone una acción directa unilateral que será prohibida con la intervención estatal, evitando el ejercicio arbitrario del propio derecho⁸³⁶. La autocomposición supone la solución del conflicto por los propios interesados. Este término procede de Carnelutti. Alcalá-Zamora critica que, ante la carestía y lentitud del proceso judicial, o las malas artes de una de las personas en litigio, se pueda contribuir a que se produzca

⁸³⁴ Cfr. el concepto de justicia procedimental de Thibaut y Walker (1975), desde la perspectiva psicológica, y vid. en conexión con la mediación reparadora Messmer (1997).

⁸³⁵ Véase Fairen Guillén (1990) y cfr. Black (1993).

⁸³⁶ Sobre esta prohibición en España y otros países, vid. Montero Aroca (1976, 90).

una autocomposición, que él entiende como rendición. Finalmente, tendríamos la heterocomposición, según Guasp, como intervención espontánea -mediación o buenos oficios- o provocada -si las partes llaman a un tercero (conciliación sin compromiso de aceptar la solución y arbitraje⁸³⁷)-. Para Montero Aroca, la mediación y la conciliación -que terminarían en transacción, renuncia o allanamiento- constituyen realmente autocomposiciones ya que el tercero es *inter* y no *supra* partes. Por el contrario, la heterocomposición supondría la solución del conflicto por un tercero que impone su decisión a las partes, quedando obligadas jurídicamente, por lo que el tercero estaría *supra* partes -siendo un árbitro o juez-. El árbitro está investido de *auctoritas* para un único ejercicio, según se regule su actuación. El juez está establecido por el Estado para solucionar todos los conflictos, investido de *auctoritas* y *potestas*, centrando el proceso en la pretensión jurídica y no en el conflicto.

⁸³⁷ El arbitraje ha sido definido por Hartung, en relación con el desarrollo de esta institución en Alemania, como un vínculo entre el derecho y el pueblo (Serve 1971, vii).

El juez tiene jurisdicción para resolver sobre intereses calificados de jurídicos, mientras que el mediador cuenta con una cierta autoridad para facilitar la resolución de conflictos de diversa naturaleza. En cuanto al objeto, según Pedraz (1995, 12; 16-7; 42-4), el proceso jurisdiccional es la única articulación de los imperativos jurídico-fundamentales de desarrollo de la tutela judicial, sin embargo, sus “equivalentes” -en palabras de Carnelutti- deben respetar principios como la audiencia, la contradicción y la igualdad de las partes⁸³⁸. Trasladando las diferencias entre arbitraje y proceso a la mediación relacionada con el sistema de justicia, pueden indicarse las cinco siguientes: 1. Limitación del objeto de la mediación⁸³⁹; 2. Voluntariedad de acceso a la mediación; 3. Elección directa o indirecta del mediador por las partes; 4. Consentimiento de las partes como base del acuerdo; 5. Neutralidad del mediador frente a la independencia del juez que se somete a la ley.

La mediación tiene sus propios principios y técnicas, incluyendo una estructuración en fases⁸⁴⁰. En la actualidad, estos principios se están estudiando desde el campo de la Psicología y el Trabajo social. En relación

⁸³⁸ Estos principios se recogen, por ejemplo, en el art. 21 LA y 10. 1 RD 636/1993, de 3 de mayo, regulador del sistema arbitral de consumo.

⁸³⁹ En el arbitraje, esta limitación se refiere a las llamadas materias de libre disposición o que caen dentro del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1 LA), para cuya determinación han de considerarse los art. 1.814, 6. 2 y 6. 3 CC.

⁸⁴⁰ En general, pueden indicarse tres: una etapa previa de contacto con las partes para asegurar su voluntariedad, información sobre el proceso y sus efectos, acuerdo sobre la fecha y lugar de encuentro; un encuentro para la mediación a través del mediador; y una supervisión del acuerdo (Galaway y Hudson 1996, 4-9). Para una comparación que señala las similitudes entre las fases de la negociación, según fueron desarrolladas a comienzos de los ochenta por los juristas de Harvard Fisher y Ury, y de la mediación, vid. Hehn (1996, 9-21). Véanse además Folger y Jones (1994), Baruch y Folger (1994), Lederach (1996), Goldberg, Green y Sander (1985), Sparvieri (1995), Eybisch (1995), Witte (1994), Fisher, Ury y Patton (1996), Ury (1997), Gottheil y Schiffrin (1996); especialmente en relación con el Derecho penal, cfr. Boisvert y Benyekhlef (1990), Jarrosson (1997), Vidmar (1993) y Chiavario (1997).

con ello, Pont y Sauch han desarrollado un esquema sobre las aportaciones de la Psicología dinámica y sistémica a la mediación en el ámbito penal (1996). En concreto, basándose en sus experiencias prácticas, señalan una serie de beneficios derivados de la utilización de la técnica psicoanalítica, en conexión con la psicoterapia. Las autoras se refieren a la mediación psicodinámica como el reconocimiento de que el problema, que cada individuo manifiesta, no posee únicamente causas externas, sino que también influyen elementos subjetivos y todo ello ha de integrarse en el proceso de mediación. Aluden asimismo a la importancia del metacontexto, referido a las actividades de jueces, abogados, policías, familiares, etc. Estos profesionales tienen valores diversos, que se manifiestan, por ejemplo, en la tensión entre voluntariedad y coerción, ayuda y control.

Morash introdujo la variable “empatía”, relativa a los patrones de pensamiento egocéntrico, que se observaban en los delincuentes (1983). Algunos estudios empíricos⁸⁴¹ concluyen que los delincuentes son menos empáticos, especialmente en el plano afectivo -quizá puede relacionarse con las técnicas de neutralización de Sykes y Matza-, lo que se acentúa si son agresivos y con dificultades de adaptación en su propia subcultura. En todo caso, la definición de empatía es problemática. La mayoría de los autores se refieren a la capacidad de los sujetos de ponerse en el lugar de otros, tanto a nivel cognitivo (percibiendo y comprendiendo lo que le sucede al otro) como afectivo (experimentando emociones del otro) (Luengo 1993). Por su parte, Jean Pinatel destaca, como uno de los cuatro rasgos propios de la “personalidad criminal”, la indiferencia afectiva, especialmente con la víctima. Finalmente, cabe recordar que la capacidad de intentar comprender o entender no implica la ambición mayor de perdonar⁸⁴².

⁸⁴¹ Cfr. Mirón, Otero y Luengo (1987).

⁸⁴² Aunque quizá puede recordarse la frase *Tout comprendre, c'est tout pardonner*.

Una vez señalado que el proceso de mediación se describe de forma diversa en el lenguaje jurídico y psicológico, cabe recordar, volviendo al proceso penal, que éste pretende dirimir un conflicto que define en ese momento como conflicto entre acusado, víctima y sociedad, ante la “imposibilidad de resolver el problema que plantea una situación de hecho, con trascendencia jurídica, insegura y perjudicial para los intereses públicos y privados que deben ser satisfechos jurídicamente por medio de la aplicación coercitiva e imparcial de la ley” (Gimeno y otros 1991, 33)⁸⁴³.

⁸⁴³ El procesalista J. Guasp ha mantenido la naturaleza privada del derecho penal, ya que el Estado debe someterse a la ley, producto de la voluntad de los individuos, y porque se da una igualdad de partes acusadora y acusada en el proceso penal. Sobre esta argumentación y sus críticas, véase García-Pablos (1995, 11). Cfr. Guasp (1997).

En todo caso, no hay que olvidar el aspecto dramático o de ritual inherente a todo proceso penal. Precisamente, en relación con la sobrecarga de rituales jurídicos, la carencia de conocimientos técnicos justifica la obligación de todas las partes, exceptuando al MF, de intervenir en el proceso asistidas por un abogado y representadas por un procurador, salvo en el juicio de faltas⁸⁴⁴. Ahondando en este sentido, Tamarit alude al poder de representación simbólica de la distribución temporal y espacial en el proceso penal formal y del valor del lenguaje jurídico. Estas formalidades expresan, particularmente, el conflicto entre el acusado y la sociedad, y podrían verse marginadas por los programas de mediación (1993, 147)⁸⁴⁵. Por otra parte, según indica Maier, el enjuiciamiento penal del siglo XX sigue siendo heredero del XIX como método regulado para averiguar la verdad histórica acerca de un hecho humano hipotético que constituye su objeto⁸⁴⁶. Manuela Carmena afirma que el proceso penal se construye sobre la presunción de inocencia del infractor que conlleva una presunción de falsedad de lo denunciado por la víctima, por lo que conviene recordar que el proceso debería ser un diálogo, que intentara integrar las distintas verdades (1997). Para Bueno Arús tendría que reconocerse en él la relación trilateral existente (1994b, 374).

⁸⁴⁴ Sin perjuicio de los escasos supuestos de autodefensa o intervención directa y personal que, para el imputado en el proceso, reconoce la LECrim. Véanse Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 359).

⁸⁴⁵ Cfr. Garapon (1985) y su relación con la teoría de la prevención general positiva.

⁸⁴⁶ Entre las corrientes actuales del proceso penal, destaca la promoción del interés de la víctima y del principio de oportunidad (1996). Sobre la búsqueda de la verdad objetiva en el proceso, vid. Neuman (1994, 230-9).

El proceso penal pretende lograr varias funciones, entre las que se encuentran de manera relacionada: la de actuación del derecho de penar⁸⁴⁷, la de protección del derecho a la libertad del sospechoso, la de respeto de los derechos de la víctima (especialmente en lo que respecta a su reparación) y la de rehabilitación del imputado a través de medidas de control judicial alternativas a la prisión provisional⁸⁴⁸, de sobreseimiento bajo condición y de aplicación del principio de oportunidad (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 25-7). El proceso penal cumple, según la doctrina procesal, un objeto principal que es la pretensión punitiva y un objeto eventual consistente en la pretensión civil. Siguiendo en este tema a Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 208-233; 250; 272), la pretensión civil, disponible⁸⁴⁹, es la solicitud en un procedimiento penal en curso de la "condena" a la responsabilidad civil del acusado o responsable civil, según se demuestre el daño por la comisión de un delito. Por su parte, la pretensión punitiva consiste en una solicitud al juez de condena al acusado por haber cometido un delito. No se pueden

⁸⁴⁷ El Estado no realiza su derecho, sino "el" Derecho intransmisible, indelegable e indivisible (García-Pablos 1995, 223; 228-9), aunque Zugaldía (1993) advierte un fenómeno reciente de privatización donde incluye la mediación extrajudicial y la intervención de asistentes sociales, comunidades vecinales y organizaciones no gubernamentales -e incluso de ciertas actividades de empresas privadas- en la ejecución de la pena y en la prevención del delito.

⁸⁴⁸ Se está tramitando en el Congreso de los Diputados una proposición de ley orgánica, presentada por el PNV, reguladora de la tutela cautelar penal, limitando el poder de los jueces de instrucción. De acuerdo con ella, para decretar la prisión u otra medida cautelar, la propuesta debe fundamentarse en la protección de la seguridad pública frente al riesgo de la comisión de delitos, la protección de la víctima, del imputado y de sus familias frente al riesgo de agresiones, o la garantía de que el proceso penal se desarrolle eficazmente. Otras medidas cautelares previstas son el control judicial periódico, la fianza, la prohibición de abandonar el territorio, el decomiso, la prohibición de comunicación con ciertas personas y el arresto domiciliario.

⁸⁴⁹ Sobre los paralelismos con la regulación griega, véase Alexiadis (1992). Sobre el proceso civil posterior a las resoluciones penales sin pronunciamiento civil, vid. Catalá (1993). Como contraste, en la mayoría de los estados de EE.UU. la sentencia penal no resulta vinculante para la reclamación civil, como se ha destacado recientemente en el caso O. J. Simpson, vid. Abramson (1996).

realizar pretensiones declarativas ni constitutivas como en el proceso civil. El derecho que se declara en la sentencia es el derecho estatal de imponer penas. Mediante la denuncia o la querrela⁸⁵⁰, los ciudadanos o los perjudicados -e incluso el MF- sólo ejercen el derecho de acusar, es decir, de iniciar el proceso acusando a una persona de la comisión de un delito. Con el razonamiento de que el derecho de penar no es de las partes acusadoras, en términos generales, se excluye a éstas de su ejecución. En opinión de los autores citados, tampoco el condenado es sujeto de la ejecución, sino objeto.

3. 2 EL PROCESO Y LA VICTIMACIÓN SECUNDARIA

⁸⁵⁰ La denuncia supone una declaración de conocimiento de un hecho que se piensa delictivo (y/o una voluntad de persecución), transmitida al juez, MF o policía judicial. La LECrim recoge la obligación de denuncia para el testigo directo (art. 259 LECrim; 262. 2º LECrim y 408 NCP) -con las excepciones de los art. 260 y 261 LECrim y del secreto profesional según los art. 24. 2. II; 20. 1 d CE y 263 LECrim-, alude al deber cívico del testigo indirecto (art. 118) y a la no obligación de denuncia por parte del ofendido (art. 273 LECrim). Sólo en el caso de denuncia falsa o sobre un hecho que no revista el carácter de delito, se puede no admitir (art. 269 LECrim). Si es el fiscal quien recibe la denuncia puede decretar su archivo, cuando considere que no existe fundamento para ejercitar acción alguna, notificándolo al denunciante (art. 5 EOMF) (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 280-302). La querrela supone, sin embargo, un acto de ejercicio de la acción penal (art. 100 y ss. y 270 LECrim), asumiéndose el papel de parte acusadora en el procedimiento. La desestimación por no constituir delito (art. 313) debe motivarse y notificarse. Recordando de alguna manera el proceso inquisitivo en nuestro proceso acusatorio mixto, el art. 308 LECrim permite la iniciación de oficio por los jueces. La mayoría de los sistemas europeos son mixtos (Tulkens 1995, 8-9). Cfr. Díaz Cabiale (1996) y Ruiz Vadillo (1994).

Como indica Bustos (1993, 45), en el proceso penal es posible distinguir medidas que implican la protección de las víctimas de aquellas que persiguen la entrada de alternativas al procedimiento. El proceso penal produce efectos no deseados para el infractor⁸⁵¹ y para la víctima. En todo caso, algunos autores han indicado que puede haberse exagerado la victimación primaria y secundaria en lo que respecta a las víctimas, sin perjuicio de que persistan situaciones graves que por diversas razones continúan sin ser atendidas. Los efectos materiales y emocionales de los delitos más habituales -aunque recaigan general y repetidamente sobre los más desfavorecidos- no suelen ser serios, lo que -junto con una insatisfacción respecto de la actuación de las agencias de control formal- puede explicar las bajas tasas de denuncia y la proporción de personas que dicen no necesitar ayuda externa, según la Encuesta sobre el Delito Británica de 1994, la Encuesta Internacional sobre el Delito de 1989, incluyendo datos sobre España, y otros estudios en el ámbito anglosajón, que deberían ser verificados en nuestro entorno. En todo caso, las percepciones sobre el delito de la población en general -y de determinados colectivos en particular, como ancianos y mujeres- muestran un incremento en el miedo al mismo. Según las investigaciones aludidas, las víctimas esperan fundamentalmente tres cosas para valorar la satisfacción con el trato recibido por la policía: la recepción de información continuada sobre su caso; el reconocimiento de que han sufrido un daño; y el contacto directo con la policía en el momento de la denuncia. En lo que se refiere a los tribunales, donde disminuye el número de víctimas que llegan hasta ellos, se valora que no haya retrasos, que se ayude a comprender el procedimiento, que no estén

⁸⁵¹ Sobre la posible victimación del encausado o imputado durante el proceso, cabe pensar en los efectos estigmatizadores que el auto del TS de 15 de noviembre de 1996, entre otras resoluciones, reconoce a la imputación judicial. En general, el proceso se disecciona en diversas fases sucesivas -con excepción del juicio de faltas-: de instrucción, fase intermedia y de enjuiciamiento o juicio oral.

físicamente cerca del acusado, y que se les dé apoyo en sus declaraciones. En cuanto a la ejecución, las víctimas se muestran menos punitivas que la población en general, les agrada la idea de reparación, que definen en ocasiones como una mera disculpa (Mayhew 1996)⁸⁵².

⁸⁵² Sobre la humanización del proceso y el respeto de los derechos humanos, incluyendo el sistema de sanciones, vid. Jung (1992), Mendoza (1994), Martínez Rincones (1992), las Reglas Mínimas del proceso penal de Mallorca, *Association Internationale de Droit Penal* (1993), Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia, Carnelutti (1959), Strier (1994), Maciá y Roig (1996), Delmas-Marty (1995), Maier (1996), Eduardo López (1995) y Bastit (1992). Sobre la situación procesal de la víctima en nuestro derecho, véanse Gutiérrez-Alvi (1990), García-Pablos (1989), Lanzarote (1994), Cadenas (1996), Tubau, Ramos y Gaspar (1993), Hernández (1993), Martínez Arrieta (1993b) y Varela Castro (1993). Respecto de los servicios de apoyo y los programas de intervención psico-social en España, vid. Sánchez y Soria (1993), Peleato, Ramos y Gutiérrez (1993), Soria (1993, 157-82), Monterde (1993) y González Vidosa y Stangeland (1996).

Respecto de los derechos de la víctima y el acusado, en el proceso no se verifica la teoría de los vasos comunicantes (Guillén Vidal 1996). La víctima no puede ser considerada como un elemento perturbador en el proceso penal, ya que no sólo debe ser “portera”, sino dueña del mismo y no sólo en delitos privados. Según Vidal, en nuestro país, el descubrimiento de la víctima ha sido un éxito relativo, en comparación con el éxito “apabullante” en otros países. Las Oficinas de Ayuda a la Víctima deberían incluir en su estructura relaciones con la Fiscalía y la policía judicial. De esta manera, en el proceso penal la víctima tiene que contar con el derecho a una información puntual (englobando todas las fases del proceso), inteligible y completa. La STC, de 22 de marzo de 1993, indica que este derecho de información es precedente para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. El art. 109 LECrim pretende, con el ofrecimiento de acciones, informar al perjudicado de su derecho a constituirse en parte acusadora o actora civil y recoger su opinión sobre el ejercicio de las acciones civiles. La Ley 7/1988 reguladora del procedimiento abreviado, ratifica una práctica judicial anterior, según la cual la información a la víctima debe producirse en la primera comparecencia (destacando el papel de la policía judicial), donde debe incluirse según Guillén una remisión al Servicio de Asistencia a las Víctimas (art. 789. 4).

Una interesante definición de la víctima dentro del derecho penal búlgaro es la de ser partícipe de relaciones sociales, que han sido directamente afectadas por el delito (Tchankova 1996). En nuestro derecho procesal se habla de “partes activas o acusadoras” como acusador particular, privado o actor civil. Se utilizan los mismos términos por la doctrina procesalista, que se refiere al imputado como parte pasiva respecto del objeto penal del proceso (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 180; 162-3; 173-7). El acusador particular es la persona, física o jurídica, ofendida o agraviada por el delito, que se constituye en parte activa en el proceso penal -sin

necesidad de fianza- “instando el castigo del responsable criminal, con lo que su papel en el proceso parece estar teñido de una especie de sentimiento de venganza”. Cabe destacar los procesos en que el Estado se considera perjudicado, mostrándose como parte el Abogado del Estado, previa autorización.

El acusador privado es la parte acusadora necesaria para perseguir delitos privados mediante querrela, quedando excluida la actuación del MF. Se exige un previo intento de conciliación como condición de procedibilidad. El proceso por este tipo de delitos llega a su fin si el acusador privado renuncia a la acción (art. 106. II LECrim), abandona la querrela (art. 275 y 276 LECrim) o perdona. La acción penal queda también extinguida si se ha ejercitado la acción civil por tales hechos (art. 112. II LECrim).

El actor civil es el perjudicado por delito público o semipúblico que se constituye en parte procesal con el objeto de obtener la tutela de su derecho a la restitución, reparación y/o indemnización (art. 110 LECrim). En los procesos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el instructor puede señalar una pensión provisional para atender a la víctima y a las personas a su cargo (art. 785. 8º d LECrim).

En lo que se refiere a los operadores jurídicos del proceso penal, señalaré a continuación algunas consideraciones sobre la policía, el Ministerio Fiscal y la judicatura. Respecto del papel de la policía⁸⁵³, además de lo que se determina en la LOFCS, según el art. 15. 2 Ley 15/1995, sus funcionarios deben recoger en los atestados información sobre la identificación de las víctimas, especificando los daños personales e informando a éstas del curso de las investigaciones. Los jueces, fiscales

⁸⁵³ La Comisión Nacional Coordinadora de Policía Judicial, encargada de unificar criterios y armonizar las actuaciones de investigación de la criminalidad, ha dado recientemente unas directrices sobre el modelo de acta de información de los derechos al perjudicado u ofendido (El País, 25 de abril de 1997, p. 24; Ceres 1995, 4).

y policías deben tener en cuenta el art. 15. 3 de la Ley 35/1995, según el cual, las declaraciones de las víctimas deberán hacerse con respeto a su situación personal, sus derechos y su dignidad.

Por su parte, el Ministerio fiscal, según el art. 781, debe velar por los derechos de las víctimas, refiriéndose el art. 15. 5 de la Ley 35/1995 a la protección a la víctima de toda publicidad no deseada. Desde hace unos años, las distintas fiscalías vienen resaltando su papel de protección de los intereses de las víctimas⁸⁵⁴. Igualmente, en el acto solemne de apertura del año judicial de 1996, el entonces Fiscal General del Estado, Ortiz Úrculo, proclamó que aquéllas “hallarán en el fiscal un defensor que, con el máximo celo, preparación y eficacia, promoverá la acción de la justicia en su favor” (El País, 24-9-1996, p. 20)⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ Vid., por ejemplo, Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián (1992). Sobre el papel del Ministerio Fiscal desde un punto de vista criminológico, cfr. Figueiredo Dias (1996) y las referencias a su función en relación con los cambios actuales en Shikita (1996). Ruiz Vadillo insiste en llevar a cabo reformas que otorguen un mayor papel a los fiscales, junto con su mayor independencia del Ejecutivo (1997, 2). Cfr., desde un punto de vista comparado, Fionda (1995).

⁸⁵⁵ Véase la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre “El Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto de sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como *notitia criminis*”.

El Ministerio Fiscal constituye una de las partes acusadoras en el proceso penal como expresión de las condiciones del *ius puniendi*. Es un órgano estatal con la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados. Además, debe velar por la independencia de los tribunales y procurar ante ellos la satisfacción de interés social (art. 124 CE). El art. 108 LECrim recoge la obligación del fiscal de ejercitar conjuntamente la acción civil y penal⁸⁵⁶, independientemente de que haya acusador particular⁸⁵⁷. Ahora bien, “si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”; lo mismo ocurrirá si se hace una reserva de la acción para ejercitarla en el proceso civil (art. 112 LECrim). El ejercicio de la acción penal resulta para el MF un derecho-deber (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 61).

Dentro de la regulación del procedimiento abreviado, el art. 781 LECrim consagra la función de protección de las garantías del imputado y de los

⁸⁵⁶ Para un análisis de la regulación en Costa Rica, donde también existe en este sentido una unidad de jurisdicción, cfr. Cubero Pérez (1996), quien concluye que el ejercicio de la acción civil delegada por parte del Ministerio Público se encuentra en tensión con la función requirente de dicho órgano, es decir, la promoción de la acción penal, no pareciendo el ente más adecuado para garantizar plenamente los derechos de resarcimiento del particular. En este sentido, el art. 39 del nuevo Código Procesal Penal costarricense, en vigor a partir de 1998, indica que: “La acción civil deberá ser ejercida por un abogado de una oficina especializada en la defensa civil de las víctimas, adscrita al Ministerio Público.” El autor entiende que debería haberse previsto que esta oficina tuviera funciones más amplias, incluso fuera del proceso penal. En otros países, como Alemania, desde los años cuarenta se admite el denominado procedimiento de adhesión recogido en la ley de procedimiento penal y modificado por la Ley de protección a la víctima de 1986. Se permite el ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal, pero sólo si el juez lo estima conveniente y, en todo caso, se debe acudir a la vía civil para su ejecución. Sobre las posibilidades de promover el procedimiento de adhesión en favor de los intereses de la víctima, véase Rössner (1996). En general, respecto de la relación entre los programas *TOA* y el derecho civil, vid. Delattre y Niederhöfer (1995).

⁸⁵⁷ Véase también el art. 3. 4 de su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. Asimismo, se insiste en que el Ministerio Fiscal deberá impulsar y simplificar la tramitación sin afectar el derecho de defensa de las partes y el principio de contradicción.

El Ministerio Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando un hecho denunciado no revista los caracteres de delito, comunicándose al ofendido o perjudicado, quien puede reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción (art. 785 bis LECrim y 5 EOMF). Si el procedimiento continúa, el fiscal podrá solicitar en su caso el sobreseimiento. Dentro de la denominada fase intermedia, según el art. 790. 1 LECrim, el juez ordenará el traslado de las diligencias al MF y a las acusaciones personadas para que soliciten la apertura de juicio oral o el sobreseimiento, que puede ser libre (art. 637 LECrim) o provisional⁸⁵⁸, si se carece de base fáctica suficiente para acreditar el delito o la participación del presunto autor (art. 637 y 641 LECrim)⁸⁵⁹. Si el ofendido solicita la apertura, sólo podrá dictarse sobreseimiento libre ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de responsabilidad penal del presunto autor⁸⁶⁰.

En cuanto al ejercicio de las acciones civil y penal por el MF, cabe aludir a la diferenciación entre delitos públicos, privados y semipúblicos. El incremento de los delitos semipúblicos por el NCP se contempla como una medida material destinada a la celeridad de la justicia penal (Gimeno, Moreno

⁸⁵⁸ El archivo de las actuaciones en el procedimiento abreviado (art. 789. 5 LECrim) significaría una suspensión del mismo, equiparable al sobreseimiento provisional (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 598).

⁸⁵⁹ Un supuesto distinto es el de retirada de la acusación, prevista en el art. 51 LOTJ.

⁸⁶⁰ Según Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 595), un 50% de los sobreseimientos se producen por la vía del art. 641. 2º, al no haber descubierto la policía al presunto autor, por lo que sugieren una mejor coordinación de ésta con el Ministerio Fiscal, para que éste solicite el archivo desde el inicio de la instrucción en casos de imposible descubrimiento.

y Cortés 1996, 34)⁸⁶¹. De acuerdo con el NCP, son delitos semipúblicos los de reproducción asistida no consentida (art. 162. 2); el descubrimiento y revelación de secretos (art. 201); la calumnia o injuria contra funcionario, autoridad o agente sobre el ejercicio de sus cargos (art. 215. 1); el abandono de familia e impago de alimentos (art. 228); los daños por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones de pesetas (art. 267); los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, el mercado y los consumidores (art. 287); los delitos societarios (art. 296); las faltas de amenazas, lesiones por imprudencia o muerte por imprudencia leve (art. 620 y 621); y la falta de alteración de linderos de utilidad inestimable o que no exceda de cincuenta mil pesetas (art. 624). En estos casos, el MF sólo puede iniciar el procedimiento, siempre que el ofendido sea menor de edad, incapaz o se encuentra desvalido; fuera de esto, deberá continuarlo si el juez rechaza el perdón del representante legal del menor o incapacitado (art. 130. 4º).

⁸⁶¹ Esto completa de alguna forma, según dichos autores, la descriminalización de ciertas infracciones leves, por la Ley 3/1989, que convirtió determinados delitos y faltas culposos con resultado de daños en ilícitos administrativos de competencia de la ley de seguridad vial.

En principio, los delitos de agresiones sexuales, acoso o abuso sexuales (art. 178-184) necesitan la previa denuncia de la víctima o representante legal, o del MF si se trata de un menor, incapaz o desvalido, pero el MF puede iniciar el procedimiento mediante querrela ponderando los legítimos intereses en potencia, independientemente de la voluntad del ofendido (art. 191). En los delitos de acusación o denuncia falsas, se puede iniciar el procedimiento por orden del juez que haya conocido la infracción o por denuncia del ofendido (art. 456. 2). En los delitos semipúblicos de descubrimiento y revelación de secretos, calumnia o injuria contra funcionarios, autoridades o agentes sobre hechos relativos a su cargo, daños por imprudencia grave de cuantía superior a diez millones, faltas de amenazas, de lesiones por imprudencia o muerte por imprudencia leves y alteración de términos o linderos, se prevé expresamente que el abandono de querrela, por renuncia a la acción o perdón, extinga la responsabilidad penal (art. 130. 4º NCP; 274. II y 276 LECrim) (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 165-6; 175)⁸⁶². Los delitos privados en los que no puede intervenir el MF son los perseguibles únicamente a instancia de parte mediante querrela y, de acuerdo con el NCP, se sitúan dentro de esta categoría la calumnia e injuria contra particulares (art. 215 NCP y 104. 1 LECrim).

⁸⁶² Sobre distintos aspectos del perdón en general, vid. Sebba (1977).

De lege ferenda, en los delitos semipúblicos, en los que se exige un requisito de perseguibilidad (denuncia o querrela de la víctima), antes de que se diera podría procederse a una conciliación/reparación, que, en todo caso, constituye actualmente un trámite en delitos de injurias y calumnias a particulares, posibilidad que podría extenderse durante todo el procedimiento e incluso después de la sentencia (Juan 1996, 2). El intento de conciliación, acreditado mediante una certificación, previo a la interposición de una querrela (art. 278 y 804 LECrim) por injuria o calumnia a particulares, se concibe como presupuesto de procedibilidad⁸⁶³. Pérez Sanzberro propone que opere informalmente para todos los delitos perseguibles a instancia de parte (1996, 47)⁸⁶⁴. Para Bustos (1994, 117), el bien jurídico ha de ser considerado por el juez como manifestación de un conflicto de intereses entre personas concretas, lo que implica un proceso de partes, reconociendo “la calidad de personas a la víctima y al victimario y al mismo tiempo (de) que se trata de un conflicto. Es por eso que dentro del proceso penal ha de considerarse *de lege ferenda* como forma de mediación la conciliación de las partes en la cual el juez sólo tiene la posición de un juez de garantías. Tal conciliación en lo posible ha de llevarse a cabo en una primera audiencia una vez finalizada la investigación preparatoria.” Este

⁸⁶³ Sobre ello véanse Asua Batarrita (1989a) y Morales Prats (1988).

⁸⁶⁴ Podría compararse esta conciliación con la que se prevé previamente al ejercicio de la acción privada en el parágrafo 380 StGB relativo a determinadas injurias, pero también a delitos de allanamiento de morada, violación del secreto postal, ciertas lesiones, amenazas y daños en las cosas. Inicialmente este procedimiento sólo se daba en delitos leves contra el honor y malos tratos y sólo era obligatorio si en esos lugares existía la institución del árbitro (*Schiedsman*), que surgió a comienzos del siglo XIX, regulándose en 1821 respecto de asuntos civiles, aunque después tratarían principalmente de asuntos penales. A pesar de su éxito y actividad, a mediados de este siglo decaerían ya que los supuestos siguen siendo de escasa entidad, en un contexto de disminución de los contactos con la vecindad y aumento del coste de la acción privada. En todo caso, determinados autores, como Rieß y Frehsee, han propuesto su reactivación aplicándolo a delitos menos graves, en donde el fiscal podría remitir el caso y archivarlo si se produce la conciliación (Pérez Sanzberro 1996, 172-9).

reconocimiento de la calidad de personas implicará la evitación de la victimación secundaria y de la estigmatización.

El art. 106 LECrim indica que sólo se extinguen por renuncia del ofendido las acciones penales por delito o falta que sean sólo perseguibles a instancia de parte y las civiles, independientemente del delito o falta de que se trate, aunque debe considerarse la existencia de otras personas interesadas (art. 107). La STS 12-2-1886 resaltó que la acción penal no se extingue por avenencia en acto de conciliación.

En general, para entrar en un procedimiento ya incoado, el art. 109 recoge el ofrecimiento de acciones, haciéndolo el art. 783 para el procedimiento abreviado⁸⁶⁵. En este último caso, el ofendido o perjudicado puede mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Cuando se recibe la declaración del ofendido, se le debe instruir de su derecho a ser parte en el proceso y a renunciar a la responsabilidad civil y, en todo caso, el juez debe procurar instruir de estos derechos al ofendido ausente (art. 109). Como rasgo propio de nuestro derecho, aunque siguiendo el criterio del Código Procesal Penal napoleónico, se permite acumular la acción civil a la penal; los perjudicados que no hayan renunciado de forma expresa o determinante a la acción civil pueden mostrarse como parte, antes de la calificación del delito, para ejercer las acciones civiles y/o penales. Además el ofendido o perjudicado tiene derecho a que se le nombre de oficio abogado y procurador para su defensa y representación, si carece de recursos económicos⁸⁶⁶. La Exposición de Motivos de la Ley de Asistencia Jurídica

⁸⁶⁵ En el procedimiento abreviado se tiene una especial consideración a la víctima en los art. 786. 2º d (citación de la policía judicial al ofendido para que comparezca inmediatamente ante el juez); 785 bis. 1 (notificación del MF del archivo de la investigación); y 789. 4 III (instrucción sobre los derechos, según el art. 109 LECrim, por parte de la policía judicial) (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 174).

⁸⁶⁶ Según el art. 119 LECrim, derogado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, las víctimas tenían derecho a la asistencia de un abogado y procurador

Gratuita 1/1996 se remarca ésta “añade nuevas prestaciones tales como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso -lo cual ha de evitar en numerosas ocasiones litigios artificiales tan costosos en todos los sentidos para la Justicia-”. Su art. 6. 1 dice expresamente que el contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita comprende: “Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión”. Aquí podrían incluirse las posibilidades de mediación.

Asimismo, la Ley 35/1995 recoge la obligación de todas las autoridades y funcionarios intervinientes en el proceso penal de informar a las víctimas de la posibilidad de solicitar ayudas públicas (art. 15) y de informarles del curso del proceso penal. En el NCP no se recogió el art. 95 incorporado por el Senado que decía: “Se comunicará en todo caso a la víctima o a sus representantes legales toda decisión relativa a la pena impuesta a los responsables del delito o a la sustitución de ésta por otras medidas”, para que pudieran alegar lo pertinente o interponer recursos. Finalmente se consideró que su naturaleza era más procesal que sustantivo-penal (Sala 1996, 31).

En todo caso, la víctima tiene también un interés respecto de la ejecución de la pena, lo que queda reflejado en su audiencia obligatoria para la remisión de la pena (art. 86), también prevista como novedad en el NCP para la sustitución en el art. 88⁸⁶⁷.

de oficio, pero en la interpretación práctica de los Colegios de estos profesionales, se estimaba que ya encontraban su representación en el Ministerio Fiscal (Herrera 1996, 274). Sobre la Ley y el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita (aprobado por Real Decreto, en el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 1996), vid. Cid Cebrián (1995).

⁸⁶⁷ Vid. también el art. 81. 3ª.

De forma más concreta, entre los escasos preceptos que la LECrim y otras normas dedican a las víctimas, se distinguen algunos artículos dirigidos a los jueces⁸⁶⁸. El art. 13 LECrim indica que, dentro de las primeras diligencias se encuentran “las de dar protección a los perjudicados”, lo cual resulta esencial para fundamentar las llamadas medidas precautorias (de Jorge 1996). El art. 366 se refiere a la suspensión de las diligencias de averiguación del delito y del autor hasta dar el auxilio adecuado a los agraviados. El art. 15. 1 de la Ley 35/1995 obliga a informar a la víctima sobre la reparación del daño en el proceso, la fecha y lugar del juicio, y notificar personalmente la resolución que ponga fin al proceso⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ Véanse también los art. 292-7 LOPJ sobre el error judicial.

⁸⁶⁹ Elías Neuman se refiere al art. 41 del Código penal argentino, en cuyo apartado dos, parte final, haciendo alusión a momentos anteriores a la sentencia, dice: “El juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho.” Neuman indica más adelante que, junto con la mecanización de las visitas al infractor: “...nunca se recibe a la víctima para la visita *de visu* en los tribunales del país, con juicio escritural. Se registran algunas escasísimas excepciones con respecto a ciertos delitos contra la libertad sexual” (1994, 238). Sobre la propuesta de un intento de conciliación para todo procedimiento de acción privada en el Proyecto de Código de Procedimiento de la Nación de Argentina, vid. Eser (1992, 32-3).

En la fase de instrucción, puede mencionarse el art. 335: “Siendo habida la persona o cosa objeto de delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias y, especialmente, todas las que tuviesen relación con el hecho punible.” De esta manera, la víctima puede comprenderse también en el término “cuerpo del delito” u objeto del mismo. Después, en el procedimiento, la víctima se ve aludida bajo términos como acusador, querellante, denunciante, ofendido y/o perjudicado. El art. 761 LECrim confunde el concepto de ofendido con el de perjudicado, aunque, en todo caso, ambos gozan de los mismos derechos a la hora de mostrarse parte (art. 783. 2 LECrim).

Téngase en cuenta que la ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, puede afectar a las víctimas en cuanto testigos⁸⁷⁰. Trata de conciliar el interés del Estado, en la declaración de los testigos y peritos -protegiendo sus derechos fundamentales, incluyendo los de sus familiares-, con el derecho a un proceso con todas las garantías (Fernández Espinar 1995; Fuentes 1996)⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ Sobre una opinión favorable a la asimilación del acusador/ofendido como testigo, véanse Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 400).

⁸⁷¹ Para un análisis psicológico de la figura del testigo, vid. Romero (1991).

Como propuestas innovadoras a la actuación de los jueces -recordando las aludidas anteriormente-, Ceres Montés pide una reforma del proceso penal para que se procure una previa “conciliación propiciada por el Estado, representado por el juez, que se materializaría en un proceso penal de corte conciliador, o sea, se postula el cambio cualitativo de ese binomio Estado-imputado para pasar a un proceso entre víctima e imputado en el que la posición del juez... es... arbitrar un proceso en el que ambos, en situación de igualdad, actúen sus derechos...” Se ha de considerar a la víctima como un sujeto activo del proceso, estimulando la conciliación, transacción o autocomposición, teniendo como modelos los art. 15. 6ª y 16 de la LO 4/92 (1995, 2). Por su parte, Manuela Carmena ha propuesto la petición de informes de corte criminológico⁸⁷², basados en contactos personales, por parte del juez, de manera que se detalle cómo se vive por el agresor el daño causado a la víctima, su explicación del cómo y el porqué del delito, los datos familiares y una propuesta de cómo reconstruir o pasar de la infracción a algo más positivo, a lo cual podría ayudar, en mayor medida, un tutor o responsable del proceso de reinserción. En todo caso, deben distinguirse dos facetas radicalmente distintas: la del enjuiciamiento, fallo y condena, centrada en el hecho; y la de la ejecución de la sentencia, centrada en la persona. Si las grandes teorías de la prevención general y especial se relacionan con lo aleccionador -en el sentido pedagógico y no punitivo-, es evidente la importancia de la comunicación entre el juez y el infractor (1997).

3. 3 PROCESO PENAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

⁸⁷² Sobre el objeto, forma y metodología de los informes, así como la situación de los peritos, véanse los art. 456 ss. LECrim.

El art. 24 CE dice: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia./ La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”⁸⁷³.

Los derechos del art. 24 se consideran fundamentales y cuentan con las garantías constitucionales inherentes a los mismos. En definitiva, el art. 24. 2 recoge el derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. Entre esas garantías cabe resaltar el principio de legalidad (concretado en los art. 100, 105 y 271 LECrim), de presunción de inocencia, de no declarar contra sí mismo, así como de igualdad (art. 1 y 14 CE) (Rodríguez Raimúndez 1995).

⁸⁷³ Cfr. Santana (1994, 123-36). Sobre la determinación, a finales de los setenta en EE.UU., de la no violación de los principios constitucionales de igualdad de protección y el derecho a un proceso debido, inclusive el derecho a la asistencia de un abogado, respecto de los procedimientos de justicia alternativa, véase Sebba (1996a, 298).

El derecho a la tutela judicial constituiría el derecho a la acción en sentido abstracto⁸⁷⁴. El ejercicio de acciones por particulares forma parte del derecho a la tutela judicial (STC 29-11-83), aunque ello no implica necesariamente un derecho a la apertura y sustanciación del proceso penal, pero sí a la notificación de la decisión judicial respecto de la pretensión de ser parte, como de la irrelevancia penal de los hechos (STC 3-11-87). Igualmente, se incluye el derecho a ser citado para comparecer en el juicio oral (STC 113/93)⁸⁷⁵, a recurrir y al cumplimiento del fallo (STS 18-4-95). En opinión de Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 79), el derecho a los recursos o a la ejecución deberían entenderse, en contra de la jurisprudencia, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, donde también se encuentran el derecho a la igualdad de “armas” y el principio acusatorio. El derecho a la acción penal debe ejercitarse mediante la interposición de querrela, ya que la mera denuncia no asegura una verdadera participación, aunque en principio el perjudicado u ofendido puede ser parte en la causa sin necesidad de presentar querrela.

Una muestra de la vigencia del principio acusatorio⁸⁷⁶ se encuentra en que la petición del fiscal de sobreseimiento libre o provisional, sin comparecencia en la causa de un querellante particular que sostenga la acción, hace que el tribunal deba acordarlo (art. 642 LECrim)⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ Vid. Figueruelo (1990), González Pérez (1989) y, sobre la tutela judicial cautelar, Ortells y Calderón (1996).

⁸⁷⁵ Si se omite la citación del procesado, del responsable civil, de la parte acusadora o del actor civil, a no ser que estas partes hubiesen comparecido a tiempo, puede interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 850. 2º LECrim).

⁸⁷⁶ Sobre el principio acusatorio en la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, véase Ruiz Vadillo (1994); sobre el principio acusatorio y el derecho de defensa, cfr. Asencio (1991).

⁸⁷⁷ Sin perjuicio del art. 644 LECrim, cuya constitucionalidad es puesta en duda por algunos autores, en cuanto que podría violar el principio de imparcialidad.

El derecho de defensa, según Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 68-9), constituye el auténtico derecho fundamental del art. 24 y por él entienden: “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.” El derecho de defensa se integra con otros de carácter instrumental, pero también fundamental, como el de presunción de inocencia y el derecho a no confesarse culpable, siendo el catálogo más completo el contenido en el art. 520. 2 LECrim. Refiriéndose al caso francés, en concreto a la práctica de la mediación por algunas asociaciones, San Martín (1996, 781) concluye que debe garantizarse el derecho de defensa sin ambigüedades, es decir, el autor ha de ser informado de sus derechos, inclusive el de poder elegir un abogado que le asesore en su decisión y a lo largo de la mediación, incluyendo el nombramiento de oficio, si es necesario. La presunción de inocencia implica que no se pueda ser condenado sin prueba de culpabilidad. Al mismo tiempo existe el derecho a no declarar contra sí mismo. En los programas de mediación para la reparación no se violan estos derechos en cuanto que se exige la voluntariedad del infractor⁸⁷⁸. Ahora bien, junto con Tamarit, nos preguntamos si es posible dicha voluntariedad en un “proceso ontológicamente conflictual y contradictorio”, asumiendo el condenado la sanción de lo que Tamarit llama un “Derecho penal a la carta”. Según el autor citado: “El Derecho penal, con todo su potencial simbólico,

⁸⁷⁸ Como se venía requiriendo en relación con la participación en programas alternativos para alcohólicos y drogodependientes, sobre los mismos vid. Sánchez-Carbonell, Valls y Alvarós (1996), Gobierno Vasco (1994) y Pozo Delgado (1986).

expresa de esta manera el punto más alto del refinamiento punitivo, la autopenalización...” (1993, 145). Sin embargo, es posible contemplar el consentimiento, no como autorresponsabilización, sino como autonomía (Bustos 1993, 30). Además, la exigencia de voluntariedad y confidencialidad para el proceso de la mediación salvan posibles choques con el principio de presunción de inocencia.

En relación con los principios de inmediatez, oralidad y contradicción, cabe aludir al careo -por sus diferencias radicales con la confrontación propuesta en la mediación entre víctima y autor-. El careo supone colocar frente a frente a dos o más personas. Puede practicarse durante la instrucción como diligencia de investigación, pero fundamentalmente constituye un medio de prueba subsidiario, destinado a la confrontación de las declaraciones de los testigos o de los imputados entre sí, o de aquéllos contra éstos, dirigida al descubrimiento de la verdad de algún hecho relevante para el proceso (art. 451-455 y 713 LECrim).

En cuanto al principio de legalidad, el art. 100 LECrim afirma que de todo delito o falta “nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.” Como ya se ha indicado, el fiscal deberá ejercitar la acción penal, haya o no acusador particular, también en los delitos semipúblicos tras denuncia del interesado, o en todo caso, en aquellos que recaigan sobre personas desvalidas, según el NCP (art. 105 LECrim).

Teniendo en cuenta el proceso de mediación, el principio de igualdad debería asegurarse potenciando la creación de centros de mediación que hagan factible la opción, para víctima y autor, entre el juicio o la mediación. Fuera de ello, observo más problemas en los posibles incumplimientos del acuerdo de la mediación y su compatibilidad con la responsabilidad civil.

Por otra parte, el principio de legalidad no tendría que verse como opuesto o antitético al de oportunidad⁸⁷⁹, sino más bien como complementario. Tampoco tiene que observarse estrictamente como un mal necesario (Armenta 1997, 24), pudiendo tener valor en sí mismo. La posibilidad de ejercitar el principio de oportunidad vendría determinada previamente en la norma, sin perjuicio de apreciaciones en cada caso, lo cual no tendría que suponer necesariamente una violación del principio de igualdad. En opinión de Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 65-6), el principio de oportunidad se basa en su utilidad pública o interés social por la escasa lesión social o la falta de interés en la persecución penal, por suponer un estímulo a la pronta reparación a la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de prisión, obtener la rehabilitación del infractor mediante su sometimiento voluntario a un programa y/o obtener la reinserción social de presuntos terroristas e información sobre la banda. Bustos distingue los límites materiales y formales en la aplicación del *ius puniendi*. Dentro de los primeros sitúa el principio de necesidad de pena que conlleva el principio de oportunidad expresando que "...si el ejercicio de la acción penal no es oportuno es porque la resolución del conflicto no requiere de este medio de control, y hay otras vías que efectivamente pueden dar una solución al conflicto o bien éste ya no existe o tiene escasa significación social, puede renunciarse a la acción penal" (1994, 115).

⁸⁷⁹ Expresión de Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 64). Sobre el principio de oportunidad en general, véanse Santana (1994), Armenta (1991; 1995), Puech (1988), Roldán Barbero (1992), Felstiner y Drew (1978), Torp (1927), Hassemer (1995), Fernández Rodríguez (1994), Werner (1984), Lanzarote (1994) y Weigend (1997).

Santana sitúa el principio de oportunidad⁸⁸⁰ partiendo de la crisis de la administración de justicia penal y de las reformas que, desde hace tiempo, pretenden incrementar la confianza en el derecho y la justicia mediante su agilización. De alguna manera, tiene en cuenta el principio de economía procesal. En la actualidad, son numerosos los países de nuestro entorno que han aceptado este principio, en distinta intensidad y formas, así EE.UU., Gran Bretaña, Alemania, Francia, Portugal⁸⁸¹, etc. En nuestro país, el principio de oportunidad se refleja fundamentalmente en el procedimiento de menores y en una serie de artículos concretos de nuestra legislación. En todo caso, cabe una interpretación amplia de la expresión del art. 105 LECrim sobre la obligación de las acciones penales por el Ministerio Fiscal, siempre que las “consideren procedentes”.

Tomando la definición de Gimeno Sendra, este principio significa la “facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.” Por su parte, Santana -siguiendo parcialmente a Armenta Deu- lo entiende en sentido estricto como un principio procesal excepcional que atañe sólo al Ministerio Fiscal⁸⁸² en cuanto que éste puede decidir sobre el ejercicio de la acción penal y la negociación del delito y/o de la pena (1994, 105-9).

⁸⁸⁰ Que algunos autores llaman de selección reglada o de legalidad adulterada (Santana 1994, 107).

⁸⁸¹ Donde, de manera similar a la legislación procesal penal alemana, se permite desde 1987 la posibilidad de sobreseimiento por el tribunal, previa petición del fiscal, siendo la reparación de los daños una obligación determinante de dicha decisión (San Martín 1996, 691-2).

⁸⁸² La autora excluye las técnicas de individualización penal, la oportunidad judicial y preprocesal o policial. Cfr. sobre la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad o utilidad en la aplicación del derecho penal, respecto del fiscal, en casos de chantaje en el proyecto de Código penal de 1992 y 1994, Fernández Rodríguez (1994, 101-2).

Para Santana, las pretensiones en nuestro país de introducción de un principio de “legalidad adulterada” se realiza, tras el fracaso del mismo en el derecho comparado, incluyendo el estadounidense, donde nació. Santana rebate sus supuestas ventajas, enunciadas por Gimeno Sendra, y que son, fundamentalmente dos: servir de filtro en supuestos de bagatela y evitar las penas cortas de prisión, ofreciendo la posibilidad de someterse a un procedimiento de readaptación y estimulando la pronta reparación a la víctima. Sin embargo, en opinión que comparto, para Maier, el principio de oportunidad representa un intento válido del derecho de seleccionar la persecución de los hechos punibles, según las metas políticas que persigue el ejercicio racional del poder penal por el Estado.

La conformidad puede contemplarse como expresión del principio de oportunidad⁸⁸³, criticado por algunos autores en cuanto que posibilite la vulneración de los derechos del imputado. Según la STS de 30 de septiembre de 1991: “el principio acusatorio traspasa el diseño del procedimiento abreviado, y lo aproxima, guste o no, a las pautas que lo acercan al proceso jurídico privado. La conformidad de las partes puede ser... consecuencia de una transacción entre el acusado y la acusación, que desemboca en una solución intermedia, aceptable para ambos.” A pesar de esta afirmación, la mayoría de los procesalistas entienden que no puede concebirse la conformidad como transacción o convenio. De cualquier forma, constituye una práctica creciente, de manera que las sentencias de conformidad, en 1993,

⁸⁸³ Otras expresiones de dicho principio, que pueden encontrarse en el NCP, son la existencia de delitos semipúblicos y privados, así como la posibilidad de perdón del ofendido; la necesidad de querrela o denuncia del MF, abogado del Estado, de la SS, de la CA o Corporación Local en los art. 305. 4, 307. 3 y 308. 4; de licencia del juez en el art. 215. 2; la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad; el indulto; y el art. 579 en casos de terrorismo (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 67-8). Sobre la conformidad en derecho comparado, véase Martín Ostos (1996, 4-6) y, concretamente respecto de Portugal e Italia, Rodríguez García (1997). Cfr. Weigend (1990).

representaron más de un 20% de las dictadas en los Juzgados de lo Penal, llegando en algunos al 50% (Rodríguez García 1997).

Encontramos la regulación de la conformidad en los art. 655 y 694 (proceso común ordinario, para pena que no exceda de seis años⁸⁸⁴, según la Circular 2/96 de la FGE); 793.3 LECrim (proceso abreviado, para toda pena -9 años-); y art. 50 LO 5/1995 (proceso ante el Jurado, para pena que no exceda de seis años). Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 328-330) definen la conformidad como “un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio ‘puro’ de oportunidad, por el que, mediante allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.” No se puede alegar violación de la presunción de inocencia, aplicando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, una vez reconocido el hecho.

⁸⁸⁴ La mayoría de la doctrina procesalista entiende esta limitación aplicable al procedimiento abreviado.

Se trata de aceptar una calificación -afectando también a la responsabilidad civil (art. 695 y 700)-, mutuamente determinada por el letrado defensor, su defendido, y el fiscal, que puede recordar al allanamiento civil. Supone acelerar el proceso, evitando el juicio oral. Asimismo, en la práctica, el acusado puede estar interesado en reparar a la víctima para que no comparezca en el proceso solicitando una pena superior. La Circular 1/1989 de la Fiscalía del TS, en aplicación de la LO 7/1988, recordaba al MF en el momento de redactar el escrito de acusación, que el proceso tiene, además del fin de actuación del *ius puniendi*, el de reparación a la víctima y resocialización del acusado, por lo que pueden buscarse fórmulas de consenso entre acusación y defensa para la solución del conflicto (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 330-1).

En cuanto al número de acusados, la conformidad puede ser total o parcial y, respecto de su extensión a la pretensión penal y civil, absoluta o limitada. Es limitada si se refiere sólo a la pretensión penal, por lo que el juicio oral se abrirá para debatir la cuestión civil (art. 655. 5 y 695). Sobre el momento en que se realice, podría distinguirse la conformidad al escrito de acusación (art. 655 con la variante del art. 791. 3); al inicio del juicio oral en el interrogatorio del acusado (arts. 689. 2 y 792. 3); y ante el Tribunal del Jurado en el escrito de conclusiones definitivas (art. 50 LOTJ). También se distingue entre la conformidad como mero allanamiento del art. 793. 2. 1 y la conformidad como allanamiento-confesión de los arts. 793. 3 y 794. 2, en la que el juez no está vinculado y puede atenuar la pena, absolver o aplicar la remisión condicional, si las partes expresan su decisión de no recurrir (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 331-3).

En todo caso, como puede apreciarse e indica Gimeno Sendra (1996, 3)⁸⁸⁵, es necesaria una nueva regulación de la conformidad que unifique y dé

⁸⁸⁵ Sobre la regulación de la conformidad tras el NCP, véanse Gómez Colomer (1996b,

coherencia al sistema, además de acercarla a la conformidad bajo condición de prestaciones actuales o futuras (ej.: de reparación a la víctima o a la sociedad), que se dispondrían en la instrucción o en el juicio oral, previa su separación en dos fases e introducción de un informe social (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 39; 67)⁸⁸⁶. Por otra parte, su configuración actual hace que se produzca demasiado tarde, sin llegar a evitar la finalización de la fase instructora. De cualquier forma, como indica Tamarit (1993, 70), no constituye una medida orientada a la satisfacción de la ofensa.

7-8) y Diego Díez (1996); en general, sobre Constitución y proceso penal (Gómez Colomer 1996a). Véanse también Barona (1994; 1996) y Puente (1994).

⁸⁸⁶ Aunque la STS, de 1 de marzo de 1988, indicaba que la conformidad debe ser absoluta o no supeditada a condición, plazo o limitación.

Sobre el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, siguiendo a Garberí (1996, 16; 19-20), no asiste a todos los ciudadanos en general, sino sólo a los que hayan adquirido la condición formal de parte procesal en el contexto de un proceso jurisdiccional. Así se excluye su aplicación respecto del arbitraje. En los AATC 41 y 259/1993 se explica cómo los recurrentes renunciaron al juez legal en el momento de concluir el compromiso de arbitraje⁸⁸⁷. Por otra parte, la STC de 23 de noviembre de 1995 declaró la inconstitucionalidad del art. 38. 2 I, inclusive el inciso primero del párrafo segundo de dicho artículo, de la Ley 16/1987 de Ordenación de los transportes terrestres, que establecía el arbitraje institucional obligatorio, lo cual se estimó en violación del derecho a la tutela judicial (Pedraz 1994, 14). Asimismo, el derecho a un juez imparcial se apoya en la noción de éste como órgano *supra* partes, estando sólo condicionado a la ley. Este derecho se entiende dentro de la garantía genérica del art. 24. 1 CE (derecho a un proceso público con todas las garantías) (Rodríguez Fernández 1996).

El derecho a un juicio público supone la posibilidad de asistencia física de las partes y de cualquier persona al mismo, aunque se distingue la fase de instrucción y la de juicio oral (art. 680 LECrim). Se recoge en el art. 24. 2 y 120. 1 CE, con las limitaciones de los art. 14. 1 PIDCP y 6. 1 CEDH y los requisitos del art. 232. 2 LOPJ. Dentro del derecho autónomo a un proceso sin dilaciones indebidas, se debe entender por dilación el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos sin razones justificadas (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 107-9). La posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, en causas por delitos no graves,

⁸⁸⁷ Cfr. la advertencia en contra de la desformalización y la deslegalización de la justicia, en cuanto que pueden violar el derecho al juez natural como mejor protector de los derechos humanos, formulada en el VII^o Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983) (Krapac 1995, 8, nota 26).

se introdujo por la LO 7/88, de 28 de diciembre, que modificó la LECrim. El objetivo, según declara el Preámbulo de la misma, consistía en evitar dilaciones inútiles en perjuicio de las víctimas, siguiendo la Resolución 75 (11) y la Recomendación 87 (18) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Personalmente creo que, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales, puede formularse la existencia de un principio de participación en el proceso, que no siendo derecho fundamental, sí se deriva del Estado democrático. En relación con él, Elena Larrauri pide una “redistribución del poder de castigar, limitando el alcance del estado y dando una mayor participación”, en un sistema penal regido hasta hoy “por unos principios jerárquicos universales, y unas reglas de procedimiento abstractas”, que dejan “poco espacio para las vicisitudes de las personas de carne y hueso”. Las alternativas que pueden promocionarse en este sentido no se centran en “el derecho a”, sino en el compromiso y la comunicación, “atendiendo a las personas concretas involucradas, a sus deseos y sus necesidades” (1993).

Legalmente, la participación se refleja, hoy por hoy, en la posibilidad de la acción popular en los delitos públicos (art. 110, 270 LECrim y 19 LOPJ), en cierta forma como reminiscencia del Derecho romano (Drapkin 1989, 238), recogida en el art. 125 junto con el jurado. La acción popular puede ejercerse por cualquier ciudadano español mediante querrela, previa fianza, independientemente de haber sido agraviado u ofendido por el delito. Con ella parece que se pretende una colaboración de los ciudadanos en la persecución de los delitos, realizando un interés público y general (art. 101 LECrim⁸⁸⁸) y tendría especial sentido en delitos con víctimas difusas o colectivas (Tamarit 1993, 70), pudiéndose admitir para su ejercicio tanto a personas físicas como jurídicas, a pesar del término “ciudadanos” (STC 14-12-92; STS

⁸⁸⁸ Con las limitaciones del art. 103 LECrim por razones de parentesco.

4-3-95)⁸⁸⁹. En todo caso, se plantean problemas respecto de la concepción de la acción popular y la intervención del Ministerio Fiscal (FGE 1996, 718-21). Además, la acción popular dificulta el ejercicio del principio de oportunidad.

⁸⁸⁹ Cfr. asimismo el art. 7. 3 LOPJ. Sobre la victimación producida por el crimen organizado, vid. Rodrigues Duarte (1996).

En relación con la participación puede entenderse también la reincorporación del tribunal del jurado (Escusol 1996; Ramos Rubio 1996). En la discusión sobre la elaboración de la LOTJ y sobre su actual proceso de reforma, uno de los puntos centrales consistía y consiste en la argumentación, por parte de algunos sectores doctrinales y políticos, de que el derecho sólo puede formularse, interpretarse y aplicarse de manera profesional y objetiva, lo que en opinión de Moreno Catena daba a entender algo preocupante: “que las instituciones jurídicas son neutrales, y por esta razón se llega a negar con vehemencia la carga ideológica que inevitablemente contiene todo planteamiento jurídico” (1995, 11). Se olvida así, continuando con la argumentación del autor citado, que el funcionamiento de la administración de justicia se convierte en un rito iniciático al que los ciudadanos se ven sometidos, pero en el que no pueden participar. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LOTJ indica que no se trata de instaurar una “Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces”. Se afirma, además, que el jurado “reaparece con una renovada carga de sugerencias y matices capaces de dar sentido y proyección a la realidad social, hoy suficientemente contrastada, que demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia”⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ Dentro de la LOTJ, pueden destacarse además otras cuestiones a las que ya se ha aludido anteriormente para el resto de procesos. El art. 25. 2 se refiere a la citación para ser oídos los ofendidos o perjudicados, no personados, pudiendo solicitar asistencia jurídica gratuita. Según el art. 40.3, pfo. 3º, el actor civil y los terceros responsables civiles no pueden recusar sin causa, como lo pueden hacer las partes, precepto que se relaciona con el art. 68, el cual indica que la responsabilidad civil compete al Magistrado-Presidente. Por otra parte, según los art. 58 y 60 el jurado, con un mínimo de cinco votos favorables, se pronunciará sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional y la petición de indulto en la propia sentencia. Tendrán que exponer también en el veredicto los hechos que consideren causa de exención de responsabilidad o de modificación de la responsabilidad. Véanse de Paúl (1995), Arnaldo Alcubilla y otros (1996), Martín Espino (1996), Gimeno Sendra y Garberí Llobregat (1996); sobre la fase de instrucción Ramos (1996), Pérez-Cruz (1992) y Ganzenmüller, Frigola y Escudero (1996).

Finalmente me detendré en la relación entre los anteriormente aludidos principios constitucionales de prohibición de dilaciones indebidas y de respeto de garantías de defensa (estos dos principios afectan a ambas partes) y los juicios rápidos, inmediatos o de procedimiento abreviadísimo⁸⁹¹. Siguiendo a Saavedra (1994), los llamados juicios rápidos constituyen una forma concreta de tramitación y señalamiento de la vista oral dentro del procedimiento abreviado, por lo que no son estrictamente un procedimiento especial. Los acontecimientos de la Exposición de Sevilla y las Olimpiadas de Barcelona, que preveían un número importante de personas –especialmente extranjeras–, en el año 1992, motivaron un Plan de Agilización de la Justicia Penal por parte del CGPJ que daría lugar a la reforma de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal 10/92, de 30 de abril, modificando el art. 790 LECrim. La Exposición de Motivos de la LO 10/1992 atribuía el progresivo aumento de la litigiosidad a la toma de conciencia por la ciudadanía de sus derechos democráticos. Su objetivo residía en aprovechar los recursos existentes para impartir justicia de forma más rápida y eficaz, “de forma que se abra un margen al desarrollo de una política de la represión penal que pretenda reforzar la confianza en el Derecho y la Justicia.”

Con esta reforma, el juez puede dar traslado de las actuaciones al fiscal y a las partes acusadoras, incluso en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción, y el fiscal podrá presentar inmediatamente su escrito de

⁸⁹¹ Sobre las críticas hacia una justicia rápida, casi sin procedimiento, equivalente a la “justicia del cadí o el juicio salomónico” o la “justicia grosera de los pueblos bárbaros”, véase Pedraz (1995, 25-6). Sobre el procedimiento abreviado y los juicios rápidos, vid. Pozo Villegas (1996) y Maciá (1994). En derecho comparado, vid. Pradel (1995) y el número cinco de la revista *Archives de Politique Criminelle*, de 1982. Véase también Gimeno Sendra (1987). De acuerdo con la Memoria Anual de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián, en 1996 se celebraron 118 procedimientos de juicios rápidos, impulsados por la fiscalía, lo que supone el 5% del total de sentencias dictadas. Estos juicios comenzaron a celebrarse de forma regular en este territorio en 1995, afectando principalmente a delitos contra la seguridad del tráfico y desórdenes públicos. El Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el CGPJ, el 8 de septiembre de 1997, propone la potenciación de estos juicios.

acusación y solicitud de inmediata apertura del juicio oral y simultánea citación para su celebración, “en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento de su puesta a disposición judicial” (art. 790. 1, pfo. 3º). Entonces el juez, si estima justificada la solicitud del fiscal, recabará la presentación, en plazo no superior a tres días, del escrito de acusación particular que falte, mandará convocar al acusado y demás partes personadas para la celebración del juicio oral, en el día que señale, con un plazo mínimo de diez días, practicará las citaciones propuestas por las acusaciones y dará traslado a las defensas y responsables civiles de los escritos de acusación, para que comparezcan ante el órgano juzgador y formulen sus escritos. El art. 790. 6 regula la conformidad, siendo aplicable también al procedimiento abreviadísimo.

En 1993, se celebraron en Barcelona 2.481 juicios rápidos, la mayoría por delitos contra la propiedad, y 936 en Sevilla -entre abril de 1992 y 1993-. A partir del 15 de febrero de 1994 se celebran también en Madrid y esporádicamente en otras ciudades -como San Sebastián-, en todo caso, requiriéndose una provisión de medios (Saavedra 1994, 342). La novedad fundamental de los juicios rápidos consiste en que el Juzgado de Instrucción -en la práctica el Juzgado de Guardia-, para determinado tipo de delitos, puede fijar los señalamientos de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias. Se indica como ventaja de los mismos, el hecho de que las víctimas y testigos puedan recordar los hechos más fácilmente, lo que explicaría un mayor número de condenas (Saavedra 1994, 354). En todo caso, por las propias características en que se desarrollan los juicios rápidos, no constituyen una solución en el logro de un sistema más eficaz. Algunos autores plantean que se celebren los juicios rápidos y de faltas en el Juzgado de Guardia, lo cual

encajaría mejor en supuestos de conformidad (art. 790 LECrim último inciso) (Saavedra 1994, 358).

En definitiva, cabe aludir a la necesidad de reforma de la Administración de Justicia. Se necesita un nuevo Código Procesal Penal que, en opinión de Gimeno, Moreno y Cortés (1996, 36-9), se insertaría dentro de una modificación global con medidas materiales, orgánicas y procesales. Es precisa la reforma de la LECrim respecto del NCP⁸⁹². En esta dirección, se ha propuesto su mejora de calidad en relación con el concepto de servicio público, ya que los jueces cumplen "...la misión de dar respuesta a la conflictividad que genera una miríada de relaciones personales y colectivas", sujetos a la legalidad, sin olvidar la eficacia (Alonso 1996). El 8 de septiembre de 1997 el Consejo General del Poder Judicial ha aprobado el llamado Libro Blanco de Justicia. Constituye un diagnóstico sobre la justicia, habiendo consultado previamente a instituciones judiciales y sociales. Dentro de una concepción de servicio público, se trata de fomentar reformas procesales que eviten procesos caros y lentos, aprovechando una buena organización humana, ayudada de la tecnología⁸⁹³, y que respete las garantías. Según una investigación sociológica encargada al respecto, más del 80% de los encuestados estaba de acuerdo con la afirmación de que "las decisiones de los tribunales son tan lentas que más vale evitar meterse en pleitos legales" (El País, 10 de septiembre de 1997, p. 18).

⁸⁹² En este sentido, vid. Gimeno Sendra (1996).

⁸⁹³ Sobre la infrautilización de la tecnología en la Administración de Justicia, cfr. la opinión de Elorza (1997).

4. EXPERIENCIAS DE DIVERSOS PAÍSES. COMPARACIÓN DE LOS MODELOS DE MEDIACIÓN SEGÚN LOS CRITERIOS DE “CENTRALISMO JURÍDICO” E “IDEOLOGÍA”

En los capítulos tercero y cuarto hemos observado cómo la mediación reparadora debe emplazarse en los fines y garantías del derecho (penal y procesal) vigente, más o menos homogéneo en sus características principales en los distintos sistemas occidentales. Concretamente, tras analizar el marco positivo español, en el que se ubican las propuestas de introducción de la mediación, paso a cotejar diversos modelos en derecho comparado. El interés en realizar esta comparación reside en que los distintos proyectos son analizables por su enfrentamiento con otros similares, poniendo de relieve potencialidades y desviaciones dependientes del contexto en el que surgen. El interés es mayor si, después, podemos establecer paralelismos con los proyectos existentes en nuestro contexto, como se hará en el capítulo siguiente.

En general, existen modelos muy diversos⁸⁹⁴. Aquí sólo tendré en cuenta una representación de los mismos, primando la diversidad por encima de un análisis más exhaustivo. Se presentarán los Programas de mediación/reparación/conciliación víctima-autor en EE.UU., Canadá y Gran Bretaña; las Conferencias de grupo familiar de Nueva Zelanda y Australia, extendidas a todo el ámbito anglosajón⁸⁹⁵, el proyecto de Mediación para la

⁸⁹⁴ Véanse en general sobre el tema de la reparación en el derecho comparado, Dünkel, Eser y Walther (1996), *Infancia y Sociedad* (1993), Giménez-Salinas, Jung y otros (1995) y Bonafé-Schmitt y Le Roy (1996).

⁸⁹⁵ Cfr. Klein, Alexander y Parsons (1977) en relación con la prevención primaria. Vid. Maxwell y Morris (1993), Hudson y otros (1996) y Hazlehurst (1995a y b).

Reparación en Lovaina (Bélgica), la mediación penal en Francia, la mediación comunitaria en Noruega y los proyectos de arreglo o conciliación víctima-autor en Alemania. Además, se aludirá a Finlandia, Austria, Holanda, Italia, Brasil, Japón y Sudáfrica. Los Estados citados serían agrupables por contextos culturales (anglosajón, escandinavo, germano, mediterráneo, oriental, latinoamericano, etcétera), aunque cada modelo posee sus particularidades, lo que justifica un reducido estudio país por país.

Sin embargo, esta diversidad tiene en común el énfasis en un acuerdo negociado como tratamiento constructivo ante los conflictos. Las preguntas básicas -qué mediar, para qué, entre quiénes y cómo- pueden aglutinarse, como criterios más elaborados de distinción de los proyectos, en los conceptos de *centralismo jurídico* e *ideología*, presentados por Harrington y Merry (1988), que utilizaré en este apartado al resultar significativos respecto de los objetivos propuestos en el mismo⁸⁹⁶. Para estas autoras la construcción de la ideología de la mediación se basa en varios recursos simbólicos o retóricos sobre sus ventajas. El centralismo jurídico se refiere al poder simbólico y coercitivo del Estado, lo que conlleva una predisposición a pensar que toda regulación está enraizada en el derecho estatal. De alguna forma, se opone al concepto de pluralismo jurídico que emplearé como instrumento analítico en la Parte Cuarta. Merry y Harrington estudian la vinculación de la mediación con la justicia formal en cuatro aspectos:

-previsión de un marco jurídico que incluye los límites objetivos y subjetivos de los casos a mediar.

-conexión con los tribunales (envío del caso a los mediadores y supervisión del acuerdo).

⁸⁹⁶ Véase su elaboración en el trabajo empírico de Hallett (1994). Sobre el concepto de centralismo jurídico, en relación con la "mediación penal" en Francia, vid. Rojare-Guy (1996, 17-8), quien utiliza la definición de centralismo de Cohen-Tanugi (1985, 5).

- situación del mediador (elección, formación, dependencia, etc.)
- financiación del proyecto.

Conjuntamente, en los esquemas de mediación, cabe pensar en tres objetivos declarados que denominan ideología⁸⁹⁷:

-crecimiento personal, en cuanto a la asunción de la responsabilidad y la atenuación de la victimación secundaria. Se enfatiza el poder que otorga el proceso de comunicación a las propias partes y la elevación de autoestima en un acuerdo que supone dar y recibir mutuamente.

-transformación social, referida a la pacificación, participación de la comunidad y la sociedad en general.

⁸⁹⁷ Sobre la importancia del concepto de ideología en el análisis del derecho, vid. Hunt (1985).

-prestación de unos servicios menos costosos (en tiempo, dinero y personal), más eficaces y/o satisfactorios para las partes implicadas.

A continuación pasaré a analizar el funcionamiento de diversos proyectos, siguiendo el esquema anterior, para finalizar con unas conclusiones generales relativas a todos ellos.

4. 1 FUNCIONAMIENTO DE CADA PROYECTO

4. 1. 1 Relación con la justicia formal o centralismo jurídico

4. 1. 1. 1 Marco jurídico (límites)

Los proyectos estadounidenses de reconciliación/reparación víctima-autor, *Victim Offender Reconciliation/Reparation Programs (VORP)*, fueron pioneros en el desarrollo de estas experiencias, aunque las mismas comenzaron en 1974 en Ontario (Canadá) con el llamado *experimento Kitchener*. En él intervino un oficial de probación vinculado al movimiento menonita (Peachey 1989; Woolpert 1996; Chupp 1989; Umbreit 1994; Tamarit 1993, 21-8; Chown y Parham 1995). Estos proyectos se pensaron para menores y se han extendido a los adultos. Al no existir en sus orígenes un marco legal expreso, se han desarrollado marginalmente y con mucha variedad, apoyándose en el principio de oportunidad⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ Sobre las distintas previsiones legales en las diversas jurisdicciones estatales, véase Trenzcek (1996, 26-7). Para la comparación de la regulación de la reparación, especialmente de las *restitution orders* (McDonald 1976), en relación con Alemania, vid. también Trenzcek (1996), quien indica -teniendo en cuenta la distinta metodología jurídica- cómo en EE.UU. no existe una elaboración dogmática-penal tan profunda como en aquella. La restitución en EE.UU. tiene una naturaleza jurídica doble: civil y penal. Se trata de una sanción propia, aunque no en el sentido de tercera vía propuesta por Roxin, sino de una pena reparativa de los efectos materiales. Cfr. Weitekamp (1992) y Hertle (1994). Larrauri alude

a la eficacia de estas órdenes en casos de delitos ecológicos (1997, 191).

En su forma clásica funcionan en cooperación con los tribunales, aunque suelen llevarse a cabo por organizaciones no lucrativas, que reciben el caso de aquéllos o del servicio de probación. Mediante una mediación, que lleva a cabo un voluntario formado, se llega a un acuerdo de reparación escrito que, junto con un informe, se remite al tribunal o agencia que envió el caso. Si pasa a formar parte de la condena, debe recibir la aprobación del tribunal, convirtiéndose entonces en una condición de la probación. El acuerdo es controlado por un voluntario del programa *VORP* (Galaway 1989a). Los casos que suelen tratarse de este modo son principalmente delitos contra la propiedad, aunque de forma creciente se media también en supuestos de violencia, incluyendo violaciones y homicidios, que requieren procedimientos especiales y, en ocasiones, no tendrán ninguna repercusión en la sentencia (Zehr 1996, 4). Estos proyectos han sido criticados por su insuficiente planificación y aplicación asistemática (Pérez Sanzberro 1996, 24-7). Sin embargo, encuentro positivos su dinamismo, diversidad y flexibilidad, especialmente porque en un 90% se trata de casos menores.

Respecto de la cuestión de los límites objetivos, a modo de ejemplo, en Anchorage (Arkansas) existe un programa de mediación que trata de casos graves cometidos por menores –internados en el Centro Estatal Juvenil McLaughlin– como el asesinato o su intento y robos con violencia o intimidación. Normalmente, se deja pasar un lapso de tiempo de un año entre el delito y la mediación, cuando se pone de relieve la importancia de la expresión de las emociones, por encima de la restitución (Flaten 1996).

La discusión continúa en la actualidad, siendo EE.UU. un país de contrastes⁸⁹⁹. En este sentido, resulta interesante la estrategia seguida en

⁸⁹⁹ Pude pensarse en la dureza de la nueva ley federal para menores, aprobada por la Casa de Representantes en mayo de 1997. Sobre la discusión de un cambio de paradigma en relación con la justicia de menores, véase Bazemore (1996), quien junto con otros autores proponen una perspectiva equilibrada (*Balanced and Restorative Approach* es el título de un proyecto federal de investigación-acción financiado por la Oficina de Justicia Juvenil),

Minesota, donde se pretende crear una cultura propicia a la justicia restaurativa. En noviembre de 1993, el Departamento de Ejecución de Penas de Minesota (*Minnesota Department of Corrections*) estableció un puesto a tiempo completo para promover la justicia restaurativa y asistir a las instancias interesadas en llevar a cabo proyectos en este sentido, según las propuestas de Zehr (1990). Se trataba de involucrar al personal de los tribunales, de las prisiones, de los servicios de ayuda a las víctimas, de la fiscalía, de la policía, a educadores, religiosos, ciudadanos y políticos, del ámbito estatal y local, en la creencia de que debe ser un impulso procedente desde abajo y no desde el gobierno. Ello explica, que, aparte de la formación y de la exigencia de determinados conocimientos para algunos puestos relacionados con la justicia penal, se hayan interesado en el proyecto colegios y centros de la comunidad (Pranis 1996).

Tampoco puede olvidarse que EE.UU. fue pionero del movimiento *Alternative Dispute Resolution (ADR)* o de Resolución Alternativa de Disputas y fue en San Francisco donde comenzó a desarrollarse, en 1977, la mediación comunitaria con las Juntas de la Comunidad, fundadas por el profesor de Derecho penal Raymond Shonholtz, en un intento de favorecer la comunicación entre los ciudadanos, así como su participación, y de aplicar estrategias de prevención comunitaria; fomentando, además, respuestas rápidas y de fácil acceso a la justicia (Bonafé-Schmitt 1993; Blad 1996). Asimismo cabe recordar otros programas experimentales desarrollados en los setenta, como el Tribunal

que tenga en cuenta a los infractores, las víctimas y la comunidad. Esta perspectiva ya ha sido aceptada en la legislación de catorce estados de EE.UU. En concreto, los programas de prevención, tienen en cuenta el nuevo movimiento de gestión de calidad total, según el cual el cliente es receptor de servicios, objetivo de intervención y copartícipe en la toma y ejecución de decisiones (Bazemore y Day 1996). Sobre los programas de prevención en dicho país, dirigidos a formar mediadores entre los propios jóvenes en colegios o centros de internamiento para infractores y a educar en la resolución constructiva de los conflictos, así como su relación con los programas de mediación comunitaria, véanse Crawford y Bodine (1996). Sobre la mediación en la escuela, vid. en general, Hicks (1993).

Urbano de Dorchester (*Dorchester Urban Court*), los centros de justicia de barrio (*Neighborhood Justice Centers*) –en 1990 existían más de 350– o el Centro de Resolución de Disputas de Brooklyn (*Brooklyn Dispute Resolution Center*) (Sebba 1996a, 277)⁹⁰⁰.

En **Canadá** se da igualmente una gran diversidad de proyectos, que se catalogarían propiamente como *VORPs* o como programas de mediación *judicial*⁹⁰¹, siendo generalmente organizaciones privadas las que los desarrollan, tanto en el campo de los adultos como en el de los menores (Umbreit 1996; Pate 1990; Griffiths y Patenaude 1990). La Ley de Jóvenes Infractores permite que los casos leves sean apartados del sistema formal en favor de disculpas, restitución, trabajo voluntario y mediación.

⁹⁰⁰ Sobre la evolución de la Junta de San Francisco y su relación con diversas instituciones y asociaciones, vid. Merry y Milner (1993, 11-5; 20-8). En conexión con ello, puede verse en castellano Gottheil y Schiffrin (1996), Grover, Grosch y Olczak (1996) y Singer (1996).

⁹⁰¹ De 1991 a 1993, los programas de Calgary, Langley, Ottawa y Winnipeg recibieron 4. 445 casos para mediar, fundamentalmente entre adultos, celebrándose sesiones de mediación en un 39% de los casos, llegándose a acuerdos negociados en un 93% de los mismos y con índices de satisfacción de los participantes muy altos (Umbreit 1996, 379). La Comisión del Parlamento canadiense sobre Justicia y el Fiscal General emitieron en agosto de 1988 un informe titulado “Responsabilizándose” mencionando la propuesta del concepto de justicia restaurativa en cuanto que reconocía la importancia de la víctima, del infractor y la comunidad, recomendando cambios legislativos que facilitaran los programas *VORP* (Zehr 1990, 168-9).

Adicionalmente cabe indicar que, en países como el Reino Unido, Estados Unidos y Canadá, se han desarrollado *VORPs* en el contexto penitenciario. La idea es potenciar encuentros voluntarios entre infractores y víctimas -la mayoría subrogadas o vicarias-, mediados por un voluntario formado de la comunidad, con el objetivo de responsabilizar y pacificar las relaciones, sin centrarse en posibles beneficios penitenciarios o en la libertad condicional⁹⁰². Los programas fueron iniciados por abogados, personal de prisiones, grupos de apoyo a las víctimas, de reforma criminal y/o por los propios internos, contactando con las autoridades pertinentes, y han sido evaluados muy positivamente por todas las partes implicadas (Immarigeon 1996)⁹⁰³.

⁹⁰² En otros países, existen programas de ejecución de la condena de prisión orientados hacia la víctima, así en la prisión Saxenriet en Suiza. Como ejemplo de mediaciones en el contexto penitenciario, pero de naturaleza radicalmente distinta, pueden citarse aquellas que se realizan por un mediador externo al mismo, que pretende mejorar las condiciones de resolución de los conflictos que se suscitan diariamente entre los internos, los funcionarios y otros profesionales que trabajan en prisión. Cfr., especialmente en relación con los conflictos interétnicos en EE.UU., Salem (1996). Asimismo, cabe mencionar en nuestro país, los cursos de resolución de conflictos -ya que debido al contexto estructural no puede hablarse realmente de mediación- dirigidos a funcionarios e internos, impartidos por un grupo perteneciente a la ONG Gernika Gogoratuz en la prisión de Martutene en 1996. Puede pensarse en algunos proyectos realizados en otros países por asociaciones de mujeres violadas que participan en el tratamiento de algunos violadores, cfr. el estudio de Encarna Roig, Soledad Galiana Carmona y Helena de Marianas Ribary (1996).

⁹⁰³ Además, se dan otro tipo de programas que pretenden potenciar la responsabilidad moral y la cooperación social, discutiendo estos temas y llegando a diversas conclusiones sobre la participación en democracia, aunque en principio no involucran a las víctimas, cfr. el proyecto de la *Just Community Unit* en la Niantic State Correctional Facility. Véase también en el ámbito alemán Frehsee (1994, 58-9), quien relaciona el régimen penitenciario con la víctima. Para un ejemplo de encuentros informales con personas en prisión, en un caso de homicidio, véase en dicho ámbito Beristain (1997b, 7).

En el **Reino Unido** las propuestas de la justicia restaurativa, bajo términos como justicia positiva o relacional, han encontrado aceptación en distintos ámbitos, inclusive en el político. El Partido Verde recoge en su programa sobre prevención y tratamiento de la delincuencia el concepto de “justicia verde” basada en principios restaurativos (Wright 1996b, 165). Los proyectos *VORP* se iniciaron bajo impulso de los servicios de probación⁹⁰⁴ en los años ochenta –en 1986 el gobierno financió cuatro proyectos piloto–. Al igual que en el modelo anterior, empezaron sin legislación, inexistente en la actualidad, apoyándose en el principio de oportunidad y dirigiéndose algunos de los proyectos específicamente a comportamientos graves⁹⁰⁵. En todo caso, se puede observar una evolución desde el énfasis en la reparación no mediada (que enlaza con las *compensation orders*) a la reparación mediada (Ashworth 1994; Zedner 1996). A pesar de que, actualmente, el apoyo a los programas de mediación y reparación, por parte del Ministerio del Interior, se ha reducido, existen disposiciones que integran en cierto modo el sentido de la reparación, aunque conviven con las tendencias retributivas, desde la Ley de la Justicia Penal de 1993, producto de un gobierno conservador.

Los estándares nacionales para la supervisión de los delincuentes en la comunidad, de 1995, requieren que los oficiales de *probación* escriban informes anteriores a las sentencias para evaluar el impacto del delito en la víctima, teniendo en cuenta las declaraciones de la misma u otras cuestiones manifestadas en la fase de instrucción. Conjuntamente, se evalúa la actitud del delincuente hacia su víctima y su disposición a la reparación. En el

⁹⁰⁴ Es en Escocia donde el fiscal tiene mayor relevancia en estos procesos. En Inglaterra y Gales pueden encontrarse programas que se realizan por la policía, los servicios de probación, y también por otras instancias tras la condena o tras abandonar la prisión. Cfr. Warner (1992) y, sobre la probación en el Reino Unido, vid. Haines (1994).

⁹⁰⁵ En el caso del proyecto de Leeds, no existen, en principio, límites en cuanto que se estima que deben primar las percepciones de las partes sobre lo que constituye un caso adecuado (Wynne 1996, 456-7).

espíritu de estos estándares, se encuentra la posibilidad de mentalizar a la comunidad, para que confíe en la supervisión, como método eficaz de castigo. Se intenta convertir al infractor en un miembro responsable de la comunidad. En las órdenes de supervisión para los jóvenes (de 10 a 17 años), se procura que el menor sea consciente del impacto de sus actos en la víctima. Las órdenes de vigilancia pueden incluir trabajo reparador. En algunas localidades, las organizaciones de apoyo a las víctimas colaboran en la planificación del trabajo al servicio de la comunidad para adultos y menores.

La Carta de la Víctima de 1990, del Ministerio de Interior, requiere que el Servicio de Probación contacte con la víctima o sus familiares antes de la *libertad condicional* o *definitiva* del interno condenado a cadena perpetua o por delitos sexuales o violentos (Home Office 1990; 1996). En el área de West Yorkshire, es un mediador de la Unidad de Mediación y Reparación de Leeds quien se encarga de este contacto y recoge las preocupaciones de las víctimas y, en ocasiones, los deseos de contactar con el infractor para mantener una conversación.

En un documento de 1995 sobre propuestas relativas al *castigo en la comunidad*, el Ministerio de Interior insistía en el elemento reparativo de las mismas, pero con un tinte retribucionista ya que, incidiendo en la restricción de libertad y la prevención de la reincidencia, pedía la eliminación del requisito del consentimiento del infractor. No se mencionaba la mediación entre víctima e infractor, pero ello no implicaba que no pudiera darse. En todo caso, tanto desde las demandas del Ministerio como desde la discusión interna del Servicio de Probación, éste está evolucionando hacia la inclusión de ciertos aspectos de un paradigma restaurativo, es decir, que considera la relación entre “la pareja del delito” (Harding 1996).

Las **Conferencias de Grupo Familiar (FGC)**⁹⁰⁶ se han extendido desde Nueva Zelanda hasta diversos países del ámbito anglosajón como son Canadá, EE.UU.⁹⁰⁷, Reino Unido y Australia⁹⁰⁸ -manifestando también su interés Singapur, Sudáfrica, Filipinas e Israel-. Con experiencias anteriores e influencia de la comunidad Maorí. Estas conferencias o reuniones se basan en la Ley neozelandesa de 1989 de protección y reforma de menores. En Nueva Zelanda, todos los casos de menores, excepto para delitos de homicidio, se desvían por la policía o el tribunal a una conferencia de este tipo, donde un coordinador de la justicia juvenil -empleado por el sistema de servicios sociales, no de justicia- facilita un encuentro en el que participan una serie de personas, relacionadas con la víctima y el infractor, debiendo llegar a una recomendación consensuada sobre qué hacer (Zehr 1996, 3-4). Los jueces supervisan los casos. En la actualidad existen planes de extenderlas a los adultos a través de una institución propuesta por McElrea: las *community group conferences* o conferencias de grupo comunitario (1996). De hecho y con influencia de la teoría de Braithwaite, en Australia ya se aplican estas conferencias a adultos, teniendo un papel fundamental la policía, aunque también los centros de justicia comunitaria y los tribunales (Wright 1996b,

⁹⁰⁶ Aquí utilizo la traducción literal de "conferencia" como equivalente a grupo o reunión. Además, la primera acepción que encontramos en la vigésimo primera edición del Diccionario de la Real Academia, referente al término "conferencia" es: "plática entre dos o más personas para tratar de algún punto o negocio."

⁹⁰⁷ Algunas de las personas involucradas en el proyecto australiano de Wagga Wagga han establecido contactos y han influido en la ONG de Pensilvania "Justicia Real", la cual ha redactado un manual de entrenamiento.

⁹⁰⁸ Sobre programas *VORP* en Australia y Nueva Zelanda, véase también *Socio-Legal Bulletin* (1994). Se encuentra en prensa el volumen dos de *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, que tratará, entre otras cuestiones, de los efectos de la reparación en los sistemas penales australiano y estadounidense.

174-80)⁹⁰⁹. Basándose en un estudio consistente en la observación de nueve conferencias en este país, poniendo especial acento en el sentimiento de vergüenza⁹¹⁰ -como determinante de la diferencia entre conciliación (vínculos sociales) y conflicto-, Retzinger y Scheff confirman las potencialidades de estos grupos (1996). Entienden que actúan beneficiosamente respecto del crecimiento personal y la construcción de la comunidad, pudiéndose extender a otros ámbitos fuera de lo penal, siempre y cuando los facilitadores⁹¹¹ reciban una formación continua, ya que deben cambiar sus valores porque esta práctica contradice, en gran medida, la cultura actual.

Aparte de la regulación de las FGC, **Nueva Zelanda** fue uno de los primeros países en introducir las penas de reparación o compensación en la Ley de Justicia Penal de 1985 (Galaway 1992). Las penas de compensación se aplicaban, en un principio, sólo a los delitos contra la propiedad, aunque en 1987 se reformó la ley para permitir que se aplicasen a casos en los que la víctima sufriese daños emocionales⁹¹². Sin embargo, una investigación de 1991 indicó que estas posibilidades se empleaban de manera escasa y con poco éxito ante la insolvencia del infractor o la falta de preparación de los oficiales de probación, lo que influía en los escasos encuentros víctima-infractor, a pesar

⁹⁰⁹ Normalmente, un policía que ha sido formado para ello actúa como facilitador (Haley 1996, 367). En Australia, a diferencia de Nueva Zelanda, no existe una base legal.

⁹¹⁰ En un sentido más amplio y relacional que lo que literalmente significaría el término inglés *shame*, incluyendo aspectos positivos, como los que pueden encontrarse en las palabras equivalentes en las culturas tradicionales (1996, 318-21).

⁹¹¹ En este tipo de conferencias los mediadores se denominan "facilitators".

⁹¹² Por otra parte, la Ley de Víctimas de Delitos de ese mismo año contenía una serie de medidas para proteger a la víctima, fundamentalmente en los tribunales; recogía los *victim impact statements* y la consideración de sus necesidades al establecer las condiciones de libertad bajo fianza. En el mismo sentido, pero centrándose en los niños víctimas de abusos sexuales, la reforma de 1989, relativa a las pruebas en el proceso, permitió el uso de videos en las declaraciones. La Ley de Seguros de Compensación y Rehabilitación de Accidentes de 1992 posibilitó la compensación a las víctimas de abusos físicos y sexuales (Jervis 1996, 418). Véase también en Gramckow la posibilidad de la llamada *community prosecution* (1995).

de que existían -y existen- instrucciones departamentales que los fomentaban en el sentido de la justicia restaurativa. En el caso de una pena de reparación, previamente a su imposición, el juez puede encargar un informe al oficial de probación, quien tratará de llegar a un acuerdo entre el infractor y la víctima -desarrollando el oficial, en su caso, el papel de mediador-, comunicándolo después al juez. Finalmente, una reforma de la ley en 1993 permite a los tribunales que, al imponer la pena, tengan en cuenta las ofertas de compensación a la víctima en dinero o servicios, pero sin necesidad de un informe previo del oficial de probación, siempre que la compensación sea inferior a 500 dólares neozelandeses. Esto ha supuesto un aumento en la imposición de estas penas sin intento de mediación por parte del oficial (Jervis 1996).

Asimismo, el Departamento de Justicia de Nueva Zelanda encargó una investigación sobre la opinión pública relativa a la justicia restaurativa⁹¹³, publicada en 1995. Se llevaron a cabo grupos de discusión en distintas zonas del país y de distintas etnias⁹¹⁴, concluyendo que un cambio del sistema penal en esa dirección resultaría positivo, abarcando todo tipo de delitos, siempre y cuando la víctima estuviera de acuerdo. El apoyo del público hacia la justicia restaurativa estaría sujeto, en última instancia, a la garantía de seguridad pública y de rehabilitación del infractor (Lee 1996).

Pasando al proyecto de **mediación para la reparación de Lovaina (Bélgica)**, iniciado el 1.º de enero de 1993 y extendido hasta final de 1997⁹¹⁵,

⁹¹³ Vid. los resultados de dos grupos de discusión con estudiantes de la Facultad de Derecho de San Sebastián (Varona 1996b). Cfr. con los cuestionarios contestados por estudiantes en Las Palmas, en Sánchez Cruz (1995).

⁹¹⁴ Algunos grupos de Maoríes manifestaron su rechazo, en cuanto que se seguiría manteniendo el sistema europeo de justicia (Lee 1996, 343).

⁹¹⁵ El proyecto continuará en el futuro ya que el Ministerio de Justicia ha pedido que se realice en otros cuatro distritos.

éste se acogía al principio de oportunidad, careciendo de marco jurídico. El proyecto de Lovaina supone un modelo de investigación-acción, con coparticipación de los servicios de asistencia a los infractores y a las víctimas, de los fiscales, de los jueces y de la sección de investigación victimológica de la Universidad. Para evitar la crítica dirigida a los *VORP*, en cuanto que sólo tratan casos menores con el peligro de ampliación de la red de control social, el programa se centró en daños personales por parte de infractores adultos -funcionan programas distintos con menores, que se relacionan con el trabajo al servicio de la comunidad (Walgrave 1994)⁹¹⁶-.

En Bélgica, tras el informe policial, existen cuatro vías: archivo del fiscal; transacción penal; -con la ley de 1994- mediación penal; o bien, continuación de la investigación. En este último supuesto puede comenzar el programa de Lovaina. El juez instructor puede trasladar el caso al servicio de mediación, donde el mediador no depende de la oficina del fiscal, sino de los servicios municipales de Lovaina. El mediador contactará con la víctima y el infractor y se realizará un proceso de mediación directa o indirecta. Haya acuerdo o no, el caso llegará al tribunal de justicia.

⁹¹⁶ Téngase en cuenta la Red internacional de justicia restaurativa para menores y la conferencia internacional sobre este tema, celebrada en Lovaina en mayo de 1997 (cuyas actas se publicarán próximamente, editadas por Lode Walgrave y Gordon Bazemore, en *Criminal Justice Press*).

Aparte de este programa innovador, teniendo como precedente principalmente el proyecto experimental desarrollado en la corte de apelación de Gante, desde el primero de octubre de 1991⁹¹⁷, existe ya en Bélgica un marco jurídico para la mediación en el campo penal con la **ley de 10 de febrero de 1994**⁹¹⁸ -configurando un nuevo art. 216 del Código de Instrucción Penal-. Además de consagrar el trabajo al servicio de la comunidad, como condición a imponer por el fiscal o como pena decidida por el juez⁹¹⁹, se crea dentro de la oficina del fiscal una sección donde tienen cabida mediadores. En realidad, la ley introduce sanciones alternativas tradicionales bajo la denominación de mediación. A partir de este momento, el fiscal no tendrá sólo en cuenta el llamado interés general, sino también el de la víctima concreta. Dentro del margen del principio de oportunidad -valorando una intervención rápida, el reconocimiento de los hechos, el consentimiento del autor y la voluntad de la víctima, que pueda transigir, así como la escasa complejidad de su perjuicio-, el fiscal puede renunciar a la acción pública a cambio de una serie de medidas que pueden ser acumulables: mediación autor-víctima, seguimiento de un programa médico o terapéutico, trabajo en interés de la comunidad y seguimiento de un programa de formación determinada⁹²⁰. Los

⁹¹⁷ Es también a comienzos de los noventa, cuando dentro del campo de la prevención de la criminalidad urbana, se desarrollan por el Ministerio de Interior los llamados "contratos de seguridad" y los "contratos de prevención", respondiendo a las demandas locales de seguridad de los ciudadanos (Dewulf et al. 1996, 5).

⁹¹⁸ En vigor desde el 1 de noviembre de 1994. Cfr. De Nauw (1997), Bosly (1997), Hanozin *et al.* (1997).

⁹¹⁹ Vid. Dewulf y otros (1996, 15-7) y para un comentario criminológico, Houchon (1997).

⁹²⁰ Respecto de la mediación y el trabajo al servicio de la comunidad, en su debate criminológico en Bélgica, véase Mary (1996). Todas las medidas se entienden dentro del concepto de reparación en sentido amplio y, según las primeras evaluaciones, parece predominar la mediación que se quiere potenciar dentro del concepto de justicia restaurativa.

requisitos legales previos son: que la acción pública no haya sido entablada ya por la víctima o el tribunal, que el infractor sea mayor de edad y que la infracción no sea punible con una pena de prisión de más de dos años. La mediación autor-víctima se propondrá siempre que exista una víctima identificada y se realiza por un asistente en mediación. Si se llega a un acuerdo -consistente en una indemnización financiera, explicaciones recíprocas, excusas, realización de una determinada actividad, elaboración de normas de convivencia o compromisos concretos-, éste será ratificado y redactado en presencia de las partes por el fiscal. El infractor y la víctima pueden ser asistidos por un abogado, que también puede representar a la víctima, si ésta no quiere o no puede acudir. El asistente de la mediación controla el cumplimiento del acuerdo.

El programa médico o terapéutico puede proponerse cuando el propio autor invoca como causa de la infracción una enfermedad o dependencia⁹²¹, determinando el asistente médico con el individuo el tipo de tratamiento o terapia adecuada, en la que la víctima no tiene ninguna participación. El acuerdo de sometimiento y su duración -que no podrá superar los seis meses- será ratificado en presencia del autor por el fiscal. El infractor puede ser asistido por un abogado y debe proporcionar pruebas periódicamente de que se está sometiendo al tratamiento.

El trabajo en interés de la comunidad se propone previa información del asistente de mediación, para determinar si aquél es oportuno. El fiscal

El número de infractores orientados hacia los servicios de mediación parece incrementarse en 1995 y 1996, aunque los hechos tienden a ser leves -como, por otra parte, limita la propia ley-. En todo caso, se propone adoptar, "nuevos medios de extinción de la acción pública por el cumplimiento del infractor de actos indicados por el ministerio público", para señalar el conjunto de medidas que pueden imponerse, ya que el tratamiento terapéutico, la formación o el trabajo en interés general no son propiamente mediación (Dewulf et al. 1996, 75-9).

⁹²¹ Para los problemas de interpretación que se presentan en la amplia aplicación que se está dando en el caso de drogodependencia, vid. Dewulf et al. (1996, 78-9).

ratificará, en presencia del autor -y, si éste lo desea, de su abogado-, su consentimiento y le invitará a ejecutar el trabajo. Éste no puede superar las 120 horas dentro de una duración máxima de seis meses. El desarrollo de la ejecución del trabajo y su supervisión se encomienda a la Comisión de probación. Este procedimiento se sigue también en caso de que el autor se someta a una formación determinada, aunque entonces el control lo realiza el asistente de la mediación.

En cualquiera de las cuatro medidas, si se llevan a cabo con éxito, el fiscal archivará definitivamente la acción pública. Si la víctima desea reclamar indemnizaciones suplementarias, puede hacerlo ante la jurisdicción civil, en cuyo caso se presumirá irrefragablemente la falta civil del infractor⁹²². La víctima o los terceros subrogados en sus derechos, que no participen en la mediación, pueden introducir una acción civil, en cuyo caso también se presume la falta civil del infractor (Dewulf et al. 1996, 1-9; 24).

⁹²² Sobre las posibles incompatibilidades entre la reparación mediada y las obligaciones de los seguros, véanse van Garsse, Aertsen y Peters (1995). Cfr. Arnold (1995) y Lemaître (1995).

En los Países Bajos, el primer proyecto de ayuda a las víctimas, establecido en 1975 por *Humanitas* -una organización de probación y de asistencia tras la condena-, incluía técnicas de resolución de los conflictos en un proceso de ayuda para enfrentarse a la victimación. Sin embargo, a finales de los años setenta se apreció un giro hacia los intereses meramente de restitución de la víctima. En 1986 se introdujeron instrucciones para la fiscalía y la policía sobre la importancia de contactar con los esquemas de ayuda a las víctimas y de la restitución, en el caso de víctimas de delitos sexuales violentos, instrucciones que al año siguiente se extendieron a todos los delitos graves (Wemmers 1994).

Igualmente, en 1995, se dieron instrucciones en dichos organismos, para todo tipo de delitos, recalcando el valor pedagógico de la restitución y se reformó la legislación para posibilitar la restitución dentro de un proceso penal, de manera que tanto la policía como la fiscalía deben intentar que se acuerde la restitución, en la fase más temprana posible del proceso. Si dicho acuerdo se produce antes de iniciarlo, el fiscal puede archivar el caso, bajo ciertas condiciones. Dentro del proceso penal, la restitución puede constituir una condición especial que deba cumplirse para evitar la ejecución de la pena; asimismo, se permite que la víctima presente su acción civil para ser resuelta junto con la penal, siempre que no se trate de casos complejos y con una serie de limitaciones. Finalmente, la reforma de 1995 ha recogido las órdenes de restitución como una nueva sanción, que puede imponerse junto con otra⁹²³. El infractor debe pagar al Estado y éste lo remitirá directamente a la víctima (Malsch y Kleijne 1995, 5). En todo caso, se trata de una medida y no de una pena. Los autores citados consideran los cambios legislativos

⁹²³ Para una distinción del papel de la reparación en los Países Bajos, en las fases de investigación y juicio, así como fuera del sistema penal y en relación con el procedimiento civil, véanse Groenhuijsen y van der Landen (1996).

y la práctica de los diversos proyectos como un desarrollo gradual en la dirección del modelo de la justicia restaurativa⁹²⁴.

⁹²⁴ Véase la situación anterior en Groenhuijsen (1993).

Aparte de esta legislación, existen una serie de proyectos orientados hacia una reparación en un sentido más amplio. Es el caso de la llamada mediación protectora (*protective mediation*), donde se combina un acuerdo de reparación con una sanción condicional. Como ya he aludido, está también el proyecto de *Humanitas*, dentro de lo que se considera una restitución creativa. En 1989 dicha organización presentó una propuesta al Ministerio de Justicia con una filosofía abolicionista. El Ministerio, previa aceptación de una evaluación externa, concedió la financiación durante un año, contratando a tres personas. Se trataba de que las partes, a través de abogados que proporcionaba gratuitamente la organización⁹²⁵, pudieran llegar a un acuerdo consistente en dinero, disculpas, acciones, etc. La firma del acuerdo suponía un documento jurídico que la víctima podía utilizar en la vía civil. La organización disponía de un fondo de garantía, en caso de que algunas víctimas no fueran reparadas, pasando aquélla a tener el derecho de reclamar frente a los infractores. El proyecto organizó también la posibilidad de un trabajo remunerado para que el infractor pudiera pagar la reparación. Se llegó a un acuerdo previo con la fiscalía de la ciudad de Amsterdam, para que, si se alcanzaba un acuerdo, se archivase el expediente. No existían límites en cuanto al tipo de supuestos (Wemmers 1996b).

Se aprecia, en todo caso, que la legislación holandesa y los proyectos más creativos se centran principalmente en la compensación monetaria. Otros proyectos experimentales también fomentan el acuerdo negociado de la reparación, renunciando mediante un contrato de transacción, regulado por el derecho civil, por lo que se pone fin al proceso penal (Malsch y Kleijne 1995, 5; 11). Realmente, aquí estamos ante una negociación entre abogados, donde no se da una confrontación directa entre las partes.

⁹²⁵ Algunos autores proponen que los abogados sean sustituidos por verdaderos mediadores (Wemmers 1996b, 443).

Además, existen proyectos educativos que combinan una actividad de trabajo para menores. El aspecto educativo se concreta en cinco sesiones de dos horas cada una, donde se informa a los menores infractores sobre la situación de las víctimas y el proceso de victimación. Están financiados por el Ministerio de Justicia, funcionando en cada distrito judicial (van der Laan 1993, 4; Groenhuijsen 1994, 310-13). También en los Países Bajos se ha desarrollado el proyecto de *diversion* Halt (traducido como alternativa), para menores infractores entre 12 y 18 años, que hayan cometido actos vandálicos o pequeños robos y sean detenidos por la policía. Esos jóvenes pueden evitar el proceso penal con servicios específicos en beneficio de la comunidad, bajo la guía de un miembro del personal de Halt -cuya primera oficina comenzó a funcionar de forma experimental en 1981 en Rotterdam, existiendo hoy 70-. Se trata de imponer una sanción educativa que fomente su responsabilización, desarrollando un trabajo relacionado con la infracción cometida (p. ej.: limpiando grafitis). Además un miembro de la organización intenta que se realice un pago como compensación a la víctima. En ocasiones, el infractor se disculpa ante la víctima en un encuentro personal, celebrado en dichas oficinas (Zandbergen 1996, 96).

Van Swaaningen y Zaitch han comparado la existencia del principio de legalidad en la cultura e historia jurídicas de España y Holanda⁹²⁶. Concluyen que: “Un sistema orientado por la estricta legalidad, que ‘ata’ cualquier interpretación de una realidad concreta a regulaciones claras y codificadas, evidencia básicamente una desconfianza en el estado y el poder judicial. Un sistema guiado por el principio de oportunidad muestra en cambio una confianza básica en las fuerzas democráticas de la sociedad y el estado” (1996, 238). El principio de oportunidad en Holanda permite una gran flexibilidad,

⁹²⁶ De esta última destacan la “tolerancia”, aunque con una interpretación que matiza las tradicionales. Cfr. Blankenburg y Bruinsma (1991).

descentralización e informalidad⁹²⁷, que se apoya en una extensa red de servicios sociales (más de ocho mil, sólo en el ámbito jurídico), actuando como control social⁹²⁸. Aunque en la actualidad se experimentan recortes debido a la crisis del Estado de Bienestar (1996, 238 y 254).

⁹²⁷ Como señalan los autores existen, en todo caso, unas directrices escritas y públicas (*beleid*), con carácter cuasi-legal (1996, 240).

⁹²⁸ Al mismo tiempo, y a diferencia de España, sólo el fiscal puede ejercer la acción penal, quizá para apoyar esa política de intervención penal mínima.

En **Francia** se iniciaron también proyectos en los ochenta sin legislación previa (Bonafé-Schmitt 1989; 1992; 1995)⁹²⁹. Algunos autores entienden la “mediación penal” como expresión de una justicia no violenta y próxima, como una forma de “participación de la sociedad civil en una política criminal participativa de tipo solidario” (Rojare-Guy 1996, 3; 45-50). La práctica se promovió por el Instituto Nacional de Asistencia a las Víctimas y de la Mediación. En 1992, el Ministerio emitió unas notas informativas y un Decreto sobre retribución de los mediadores. En 1993 se amplió el art. 41 del Código de Procedimiento Penal posibilitando el archivo, por parte del fiscal, en caso de una reparación mediada sin restricción por la gravedad del hecho, aunque en la práctica suelen ser casos poco graves⁹³⁰. En cuanto a los límites, resulta curioso -en contraste con otros países-, que haya habido un mayor desarrollo en el campo de los adultos, criticándose en el de menores la mediación que realiza el propio juez. Además, la legislación alude a la reparación, pero no expresamente a la mediación (Vaillant 1994; San Martín 1996; Lazerges 1997). Hoy existen 150 servicios de ayuda a las víctimas, asociaciones y oficinas municipales, repartidos en todo el territorio, que apoyan 500 servicios permanentes, reciben 90.000 víctimas y realizan 10.000 mediaciones cada año (Picca 1997).

⁹²⁹ Actualmente existe un gran interés en la llamada mediación escolar, como forma de prevención del delito, ante la crisis del colegio y otros controles informales como medios de socialización y lugares de adquisición de conocimientos. Se trata de introducir en estos ámbitos la mediación para favorecer la socialización. Bonafé-Schmitt está desarrollando un proyecto en el ámbito de los liceos (10-14 años) con profesores, padres y alumnos que actúan como mediadores para responder de forma inmediata a problemas de violencia, vandalismo o absentismo, favoreciendo el paso de reglas impuestas a reglas negociadas, en instituciones de carácter total como son, en cierta medida, los colegios (1996). Sobre la mediación en general en Francia vid. Duriez (1997) y penal Cario (1996) y Medjaoui (1996).

⁹³⁰ El art. 41 del Código de Procedimiento Penal establece: “El Fiscal, con carácter previo a la decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes puede decidir recurrir a una reparación si resulta que esta medida puede asegurar la reparación del daño causado a la víctima y poner fin al problema resultante de la infracción y contribuir a la reinserción del autor de la infracción.”

Uno de los mayores especialistas sobre la llamada mediación penal en Francia, Faget (1995, 120-2)⁹³¹, alude al proceso de descentralización, especialmente con la formación de los consejos comunales de prevención de la delincuencia, los cuales desarrollan acciones de asistencia a las víctimas, apoyo a las alternativas a la cárcel -como el trabajo al servicio de la comunidad, acciones experimentales de conciliación y reparación, etc.-, que se complementan con otras actividades de política social y cultural más amplia. En todo caso, esta descentralización de la acción social no puede evitar, según Faget, un cierto autoritarismo, reproduciendo a su escala la “omnipotencia del Estado central” y el distanciamiento respecto de los representantes de la sociedad civil. El aspecto positivo reside en la posibilidad de ofrecer un lugar de comunicación para la autorregulación de los conflictos de determinados colectivos.

⁹³¹ En breve aparecerá su último libro crítico sobre el tema.

En **Italia** rige también el principio de legalidad por lo que los proyectos de mediación, fundamentalmente con menores, han sido introducidos muy recientemente⁹³², habiéndose interesado las Asociaciones de Jueces de Menores, italiana e internacional. En la jurisdicción de menores el juez puede suspender el proceso con base en un proyecto de intervención elaborado por los servicios sociales. El art. 28 de las disposiciones sobre el proceso penal de menores de 1988 dice expresamente: “el juez puede impartir prescripciones con el fin de arreglar las consecuencias del delito y promover la conciliación del menor con la persona ofendida por el delito” (Bouchard 1995). Así mismo, según el art. 9, el juez o fiscal, durante las indagaciones preliminares, pueden pedir información sobre la posibilidad de reparación. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal permite en su art. 564 que el fiscal, para los delitos perseguibles por querrela -que incluyen daños y lesiones leves- pueda, incluso antes de las investigaciones preliminares, citar a querellante y querrelado adultos para verificar si el primero está dispuesto a retirar la querrela y el segundo a aceptarlo (Malagnino 1996, 7-9; 13-4).

Respecto de las posibilidades con menores, a pesar de no encontrar en principio límites, la puesta en práctica de las mediaciones tan sólo se ha realizado esporádicamente. Sin embargo, recientemente la Oficina Central de Justicia de Menores está promoviendo su experimentación en todo el territorio italiano. A ello ha contribuido el impulso de la Asociación para la Gestión Pacífica de los Conflictos, creando el Centro Italiano para la Promoción de la Mediación en Milán, en marzo de 1995, con la ayuda de criminólogos, sociólogos, trabajadores sociales y jueces⁹³³. Se trata de un organismo privado

⁹³² Véanse en general, Kötz y Ottenhof (1983), García Pérez (1989), Amodio y otros (1975), Saponaro (1991), varios (1985), *Marginalità e Società* (1994). Distinta consideración merecerían los casos de corrupción donde se admite la reparación (cfr. El País, de 31 de octubre de 1996, y de 11 de enero de 1997). Cfr. Bricola (1993).

⁹³³ También en Milán se ha creado recientemente el Centro de Mediación Sistémica

que comenzó siendo financiado por sus propios miembros con el fin de promover la mediación en la cultura jurídica y social. Su proyecto consiste en expandirse en una red de agencias locales federadas, que ya existen en Bari, Turín y Bolonia. Precisamente en Turín colaboran en el centro de mediación del Tribunal de Menores. Además, realizan seminarios sobre la mediación en diversos campos, abarcando la justicia de menores, la mediación social y la mediación en las cárceles; forman mediadores; publican obras; disponen de un centro de documentación; y presentan proyectos para colaborar con las autoridades. Están cooperando con el Gobierno de la Provincia Emilia Romagna en el programa de seguridad urbana⁹³⁴ y con el Foro de Ciudades Seguras de la Unión Europea⁹³⁵. Ello se inscribe dentro de una recuperación de los barrios marginales, utilizando la gestión de los conflictos como una nueva estrategia para la gobernación del territorio, en la que la UE está realizando una fuerte inversión.

Gregory Bateson, tras una serie de experiencias durante veinte años, principalmente en el campo escolar (Maltempo 1996). Este centro se integra dentro de la Asociación Internacional de Mediación Sistémica. Sus objetivos consisten en contribuir a la información y formación sobre la mediación. Parten de que todo individuo conlleva elementos que pueden desencadenar conflictos, pero es también portador de recursos, lo cual debe entenderse en el marco cambiante del Estado de bienestar a la comunidad del bienestar, del cuidado, que enfatiza la mutualidad y el reconocimiento de saberes diversos, no sólo técnicos, sino también subjetivos (Colombo 1996).

⁹³⁴ Cfr. Mosconi (1995a) y *Crime and Social Order* (1995, n. 1).

⁹³⁵ Para una reflexión sobre el significado de la mediación, vid. Giulini, Ceretti y Garbarino (1995) y Ponti (1995).

Acercándonos ahora al ámbito escandinavo, en **Noruega** se ha desarrollado la mediación comunitaria o social, existente también en EEUU, Reino Unido, Canadá, etc.⁹³⁶. Reconociendo la influencia de Christie y Schonholz, se admite en general la buena aceptación política, intelectual y profesional de los primeros experimentos, que actuaron fundamentalmente como prevención en el campo juvenil. Los proyectos comenzaron en 1981. En 1989 existían 81 consejos o juntas de conflicto, que recibieron 268 casos.

Fruto del apoyo social a estos proyectos fue la promulgación de una ley, en 1991, sobre juntas municipales de mediación, desarrollada en un reglamento al año siguiente, cuando también entró en vigor la ley (Falck 1992), haciendo obligatoria la creación de dichas juntas. Se requiere el consentimiento de ambas partes y la mediación opera como elemento de *diversion*. Su funcionamiento se restringe a casos menores (principalmente delitos contra la propiedad), aunque sin limitación de edad -que sí existió, hasta los 18 años, en la fase experimental previa-. Si el hecho incluye a una persona con menos de dieciocho años, se exige el consentimiento de los padres o guardadores. Las partes han de encontrarse personalmente, pudiendo ser asistidas en ese encuentro por una persona que no sea un abogado⁹³⁷.

⁹³⁶ En contraste con otros países escandinavos, en Suecia los proyectos de mediación fuera de la justicia oficial son escasos y no existe una discusión tan amplia como en otros relativa a los adultos. Zila señala tres proyectos de mediación con jóvenes (1996). En primer lugar, se encuentra el realizado en Sundbyberg, bajo iniciativa de una asociación de voluntarios para luchar contra el consumo de alcohol durante la conducción de vehículos, junto con la administración local, la policía y la fiscalía. Se formaron una serie de mediadores, comenzando su trabajo a mediados de los años ochenta, sin regulación legal, restringiéndose a delitos menores. No tuvo demasiado éxito por su falta de actividad, entre otras razones. Conjuntamente, Zila alude a los proyectos de Hudikswall, en colaboración con la policía y la oficina social local, iniciado en 1987, para un caso de daños cometido por menores, y de Upplands Väsby, comenzado por la policía, siguiendo el modelo de Hudikswall, en 1990.

⁹³⁷ Véase Larrauri para una comparación entre lo que denomina el modelo anglosajón (la reparación como pena impuesta judicialmente) y el modelo noruego (la reparación como resultado de procesos de mediación entre autor y víctima) (1997, 183-8).

En **Finlandia** existen actualmente 180 servicios de mediación para jóvenes y adultos organizados en la esfera municipal, aunque cuentan con la colaboración de algunas organizaciones privadas y la Cruz Roja. Se mantienen fuera del sistema oficial, pero con su visto bueno y apoyo comunitario. El primer proyecto experimental, influido por los existentes en Noruega, diseñado como investigación aplicada y promovido por el Ministerio de Justicia, comenzó en 1983 en Vantaa, sirviendo como modelo para los posteriores. En el período de 1984-85 se dieron una serie de directrices sobre los casos idóneos, principalmente los leves (Grönfors 1989, 121)⁹³⁸. Los servicios de mediación se formaron como parte de los centros sociales locales y trataron de delitos privados (Falck 1991). Tras las reformas en el derecho penal y procesal penal de 1991, se ampliaron los delitos privados y se permitió un mayor margen en el principio de oportunidad, tanto para fiscales como para jueces, pudiéndose archivar el caso si el infractor había participado o había intentado participar en un programa de mediación (Iivari 1992, 145). En 1993 funcionaban programas en 110 poblaciones (de un total de 460), tratando en ese año unos 5.000 conflictos.

⁹³⁸ En general, vid. Järvinen (1993), Iivari (1991), de Haan (1989), Lahti (1978), Rolston y Tomlinson (1989), Ondarza (1996), Junger-Tas (1994), Eser (1992), Takala (1993), Albrecht y Backers (1989) y Joutsen (1982).

En **Alemania** la legislación se vio influida por las experiencias prácticas anteriores⁹³⁹, que a su vez tuvieron en cuenta las norteamericanas (Messmer 1992; Hartmann 1992; Dünkel y Rössner 1989)⁹⁴⁰. Pérez Sanzberro ha

⁹³⁹ Como *Die Waage* en Colonia, impulsada por la juez de menores Ruth Herz. Guadalupe Pérez Sanzberro distingue cuatro modelos de implantación de los proyectos de conciliación autor-víctima en Braunschweig, Reutlingen, Colonia y Múnich/Landshut. En todo caso, en todos ellos se da una dependencia de organismos jurisdiccionales, con el objetivo de reducir la intervención penal, seleccionando y aprobando el acuerdo. Se trata de una “delegación o autorización de las instancias de persecución penal” (1996, 111; 480). No se produce aquí una reparación-conciliación a iniciativa del sujeto, sin coacción penal, que serían supuestos de conciliación “a la sombra del derecho penal, del Leviatán” -expresión utilizada por Spittler (1980); Mnookin y Kornhauser ya la habían utilizado anteriormente, intentando demostrar el poder de las partes cuando crean sus propias interpretaciones del derecho y controlan los efectos del mismo (1979). Cfr. Harrington (1985) y Frehsee (1987)-. Para más detalles sobre los distintos proyectos alemanes, véase el capítulo II de la interesante tesis de Pérez Sanzberro (1996). Esta autora resalta la importancia de las evaluaciones de los mismos que, hasta 1993, arrojaban las siguientes conclusiones: en la mayoría de los casos se llegaba a un acuerdo autor-víctima; el procedimiento penal concluía sin imponerse una condena; pero, en todo caso, no podía realizarse una conclusión determinante sobre su incidencia y significación en el sistema respecto de fenómenos como la ampliación de la red (1996, 118). De cualquier forma, se destaca que no existen resultados coincidentes en los distintos proyectos (Hartmann 1995).

⁹⁴⁰ Para una descripción del uso de la mediación en el campo penal, familiar y medioambiental en Alemania, aludiendo sus ventajas e inconvenientes, e incluyendo una encuesta sobre la opinión que les merecen estos procedimientos a los abogados -que, en general, reconocen su escaso contacto con los mismos-, véase Hehn (1996). La conclusión de este autor es que la mediación no supone, en principio, una alternativa al derecho, sino más bien su prolegómeno y/o complemento. Véase también, desde la dogmática penal, la tesis doctoral sobre la reparación a las víctimas del delito de M. ^a del Carmen Alastuey Dobón, de la Universidad de Zaragoza, quien se encontraba ultimándola en 1996, según referencia de Cerezo (1996, 40). Sobre la discusión político-criminal alemana en torno a la ubicación de la conciliación autor-víctima en el sistema de control jurídico-penal, véanse también Walter y Schuldzinski (1992), Bertel (1996), Meyer (1996), Bannenberg (1993), Jung (1993), Bieri y Ferel (1994), Driebold (1995), Hering (1993), Elke Hassemer (1994) y Ute Hartmann (1995), Roxin (1991; 1993), Kaiser (1994; 1996), Sessar (1989), Baumann (1993), Steininger (1990) -quien también entiende la reparación como tercera vía-, Northoff (1995), Dölling (1992), Trenczek (1996) y Albrecht (1994). En concreto, sobre los proyectos *TOA* en menores, véanse Messmer (1996), Flohrschütz, Kuhbach y Ronzheimer (1994), Schnautz (1993), Herz (1991), Kuhn (1995), Koopmann (1995) y Manzanares (1996a). Respecto del beneficio para la víctima de estas experiencias en casos de delitos contra homosexuales, véase Finke (1995) y cfr. Edinger (1995). En cuanto a las posibilidades de los programas *TOA* en prisión, véanse *Deutsche Bewährungs-, Gerichts- u. Straffälligenhilfe e. V.* (1995, 19-39) y Kawamura (1994).

destacado cómo son instancias que surgen desde abajo, por asociaciones⁹⁴¹, que implican también a fiscales (Franke 1993), personas trabajando en la asistencia judicial, jueces, abogados, penalistas, criminólogos, etc. (1995; 1996, 78-87). En la actualidad, existen unos 200 proyectos de *TOA* (Netzig y Trenczek 1996, 248)⁹⁴².

Además, Pérez Sanzberro concluye que se da una “significativa presencia de la reparación y la conciliación en el sistema de las consecuencias jurídico-penales en el sistema alemán” (1996, 206). Para los *menores* (14-17 años, extensible a menores de 21), existe una referencia expresa a la conciliación (*Ausgleich*) dentro del catálogo de reacciones, equiparable a una medida educativa que provoca el archivo del procedimiento (parágrafos 45 y 47 JGG). La reparación y las disculpas se diferenciarían teóricamente de la conciliación en cuanto que aquéllas son obligaciones de carácter sancionador (1996, 183). También puede adoptarse como sanción autónoma por el juez, lo que pone en cuestión el principio de voluntariedad (parágrafo 10, pfo. 1º, inc. 2º., nº. 7 JGG). A pesar de estas referencias expresas no se articula un procedimiento. En todo caso, no existe límite por la gravedad del delito. Para los *adultos* cabe que el fiscal o tribunal renuncie a la persecución mediante un archivo condicionado por la gravedad del daño –materializada en delitos con pena inferior a un año–, dentro del principio de oportunidad, pudiéndose imponer condiciones (parágrafos 153 y 153a

⁹⁴¹ Esta autora destaca principalmente la *Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe* (DVJJ) y la *Deutsche Bewährungshilfe* (DBH) o asociación alemana de asistencia en la prueba, de ámbito federal y carácter privado, aunque funciona cooperando con el Ministerio de Justicia (Pérez Sanzberro 1996, 80-1, nota 7).

⁹⁴² Respecto de los límites legales en la justicia penal de menores y adultos, véase Hehn (1996, 70-100). Sobre la búsqueda, a finales de los ochenta, de un modelo de resolución de conflictos fuera de los tribunales para los menores infractores, véanse Pilgram (1986), Hanak (1991) y Stangl (1989).

StPo⁹⁴³). Se valora la ausencia de un interés público en la persecución y debe aceptarse por la persona inculpada⁹⁴⁴.

⁹⁴³ Este último artículo alude a las prestaciones reparadoras como condición de archivo.

⁹⁴⁴ Por otra parte, en el párrafo 380 StPO se regula un procedimiento de conciliación previo al ejercicio de la acción privada para delitos como el allanamiento de morada, determinadas injurias, lesiones, amenazas, daños en las cosas, etc.

Se encuentra también la referencia a la conciliación y a la reparación como atenuación especial de la pena (§ 49, pfo. 1º). La reparación/conciliación figura asimismo como criterio de su determinación (§ 46, pfo. 2º StGB) y como condición a cumplir en relación con la decisión de suspender la ejecución de la pena (§ 56 y ss.), que también se recoge en los párrafos 21 y ss. JGG. El nuevo párrafo 46a, incorporado en 1994, acentúa la posibilidad de atenuación e incluso de renuncia de la pena, previa declaración de culpabilidad. Existen límites, así para la renuncia, la pena a imponer no debe ser superior a un año. Tampoco se hace referencia en la ley a la organización de la conciliación.

Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, el § 73 de la Ley de ejecución de penas y medidas privativas de libertad (StVollG) indica el deber de la administración penitenciaria de ayudar al interno a responder de sus obligaciones. Respecto de los jóvenes, se puede exigir la reparación del daño durante la libertad condicional (§ 57, pfo. 3º StGB), cabiendo también un intento de conciliación y disculpas (§ 88, pfo 6º, inc 1º JGG) (1996).

En **Austria** la discusión sobre la regulación de los conflictos, en lugar de aplicar penas, fue introducida por Heinz Steinert, en el contexto del Instituto de Viena de Sociología Jurídica y Criminal, en 1978⁹⁴⁵. Aunque la promoción de la mediación en el campo penal se ha realizado por instancias oficiales, han contribuido también asociaciones de oficiales de probación y trabajadores sociales. Teniendo en cuenta el énfasis en la prevención especial, en la protección a la víctima, en el ahorro para la administración

⁹⁴⁵ Posteriormente, en 1994, se publicaron los análisis de dicho Instituto sobre los primeros proyectos con adultos en Austria. Para una propuesta de la reparación íntegra de los perjuicios, como condición de ausencia de la pena, en Austria y Alemania, vid. Wambach (1996).

de justicia y en la promoción de las fiscalías (Moos 1997)⁹⁴⁶, desde 1988, la Ley de Tribunales de Jóvenes condiciona en sus parágrafos 7 y 8 la persecución a una compensación extrajudicial del hecho (*Außengerichtlicher Tatausgleich*; ATA-J)⁹⁴⁷. Previamente, desde 1985, se venían desarrollando proyectos con menores en Viena, Linz y Salzburgo⁹⁴⁸. Con la ley de 1988 se puede condicionar una pena de hasta 5 años, mostrando la disposición a reparar fuera del proceso penal⁹⁴⁹, actuando el fiscal como órgano de control.

Los proyectos con adultos comenzaron en 1992 con la intención de ir promoviendo su incorporación en distintos tribunales, donde se da un “intercambio interdisciplinar de pensamientos” entre fiscales, “reguladores del conflicto” (*Konfliktregler*) y trabajadores sociales (Moos 1997, 454). Las evaluaciones de estos proyectos con adultos (ATA-E) indican, en comparación con los de menores, la dificultad de pedir perdón o de reconocer lo positivo (pedagógico) del proceso. Asimismo, no parecen adecuados para conflictos colectivos o interpersonales de carácter laboral, interétnico o vecinal, en los que subyacen cuestiones de *status* y poder, lo que se manifiesta también en supuestos de maltratos a la mujer (Moos 1997, 356). Parece que los casos adecuados son los de cierta gravedad y personalmente problemáticos, aunque no en exceso, quedando patente las divergencias entre los conceptos sociales y jurídicos en torno a la reparación. Moos propone una fundamentación

⁹⁴⁶ Véase el artículo de Moos (1997) que recoge la bibliografía en lengua alemana más reciente y reflexiona de forma muy completa sobre la reparación extraoficial en relación con los principios penales. Cfr. Schroll (1996).

⁹⁴⁷ Con esta expresión, a diferencia de la utilizada en Alemania, se resalta la importancia de un proceso fuera de la justicia penal institucional tradicional y que no se limita simplemente al conflicto víctima-autor.

⁹⁴⁸ De 1985 a 1995 se estima que se aplicó el TAT en 12.000 casos, con un 85-90% de éxito (Moos 1997).

⁹⁴⁹ Incluso se permite una cierta forma de mediación, dentro del proceso penal, que puede llevar a cabo el juez posteriormente, según el parágrafo 9 JGG.

jurídico-positiva de estos proyectos que vaya más allá del párrafo 167 StGB sobre el arrepentimiento activo, el cual contiene límites importantes, y del párrafo 42 StGB⁹⁵⁰. Éste es demasiado amplio -aunque se destina principalmente a los delitos de bagatela-, en el sentido de inspirarse en una política criminal descriminalizadora de no intervención, cuando en el ATA, realmente, lo que se pretende es intervenir, bajo ciertos presupuestos penales, de forma diversa.

Moos pide que se recoja ampliamente el principio de oportunidad, de manera que el fiscal pueda ejercerlo, salvaguardando la presunción de inocencia -aunque estos procesos no hablan de culpabilidad sino más bien, en opinión del autor citado, de aceptación de la responsabilidad social, no definida oficialmente-, la voluntariedad y la posibilidad de recurrir ante un tribunal. Se trataría de incorporar en el Código penal un párrafo similar al 7 de la ley de menores.

⁹⁵⁰ Respecto de la reparación como causa de condonación de la punibilidad en los § 42 y 167 ÖstGB, teniendo en cuenta la superación de las causas del delito, vid. Pérez Sanzberro (1996, 200-1). Cfr. Madlener (1989). El límite para adultos se encuentra en que la pena de prisión correspondiente no supere los cinco años y para menores los tres.

De forma distinta, puede citarse el ejemplo un tanto atípico de **Japón**⁹⁵¹. El Código penal reconoce expresamente el poder discrecional del fiscal, quien considerando el carácter, la edad, la situación del infractor, la gravedad de la ofensa y las condiciones posteriores a la comisión del delito, puede decidir que el procesamiento no es necesario (parágrafo 248). Este poder se utiliza plenamente por los fiscales, con la excepción de los delitos de tráfico, con el objeto de evitar la estigmatización, facilitar la resocialización y reducir la carga del sistema (Matsuo 1983). En este país, la práctica de lo que puede llamarse justicia restaurativa va más allá de lo estrictamente previsto en la ley, en un sistema influido por Alemania y EE. UU. Generalmente bajo presión social y cultural, se suele confesar, pedir perdón, contactar con la víctima y repararla, lo que influye en las decisiones de fiscales y jueces (Wright 1996a, 234). Cuando los infractores confiesan, éstos o sus familias contactan con la víctima para reparar el daño y pedir perdón, que suele ser aceptado y comunicado al fiscal y al juez, dando lugar a un archivo o pena atenuada. En opinión de Haley, más allá de aspectos culturales, estas instancias de control formal, aprovechando los márgenes del principio de oportunidad, valoran esa reparación y arrepentimiento. Lo excepcional para este autor es la centralidad del enfoque restaurativo en el funcionamiento cotidiano del sistema formal, aunque no haya un programa institucionalizado. Estas características influirían en el bajo índice de delitos y de reincidencia (Haley 1989; 1992; 1996)⁹⁵².

⁹⁵¹ Véanse, en general, Baum (1995), Castberg (1990), Foote (1992), Feldman (1997), Henderson (1965), Igarashi (1984), en comparación con EE.UU., Westermann y Burfeind (1991) y, sobre la evolución de los valores, cfr. Chang (1988), Drapkin (1989a, 359-61) y Fenwick (1985).

⁹⁵² Pueden leerse críticas a esta visión -que recoge también Braithwaite en sus modelos de justicia reintegrativa-, en Miyazawa (1994). Asimismo, contrástese con las duras condiciones de las prisiones (Human Rights Watch 1995).

Por otra parte, cabe aludir a **Brasil** como ejemplo de un país periférico⁹⁵³. Esta característica hace insistir en la valoración de la dimensión colectiva de los conflictos y en el cuestionamiento del concepto de consenso, especialmente si se piensa en el “genocidio de la marginalidad urbana” existente en este continente (Leal 1996, 160)⁹⁵⁴. El art. 98 de la Constitución brasileña dice: “La Unión, en el Distrito Federal y en los territorios, y los estados crearán: I- unos tribunales especiales, compuestos por jueces togados, o por jueces togados y legos, con poderes de conciliación, enjuiciamiento y ejecución de reclamaciones civiles de complejidad menor e infracciones delictivas de potencial ofensivo menor, mediante procedimientos orales y sumarios, permitiendo, en los casos establecidos por la ley, la resolución y enjuiciamiento de recursos por paneles de jueces de primera instancia; II - una justicia de paz remunerada, formada por ciudadanos elegidos mediante voto directo, universal y secreto, con una duración en el cargo de cuatro años y competencia para, según la ley... ejercer funciones de conciliación, de una naturaleza no jurisdiccional, además de otras establecidas por la ley.”

⁹⁵³ Vid. el proceso de desjudicialización en Guatemala, en Barrientos (1994). Cfr. Marroquín (1977). En Colombia, véase Pontificia Universidad Javeriana (1996). Por su parte, el artículo 142 del Anteproyecto de LO del Ministerio Público de Paraguay, de 1995, decía expresamente: “El Ministerio Público propiciará la utilización de todos los mecanismos sociales de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos” (Neuman 1997, 132).

⁹⁵⁴ Esta situación, en Brasil y en otros países como Guatemala, contribuye al surgimiento de movimientos de autodefensa que provocan linchamientos y muertes de presuntos delincuentes, ante la ausencia de instancias de seguridad del Estado.

Los juzgados especiales detallados en el apartado primero fueron creados por algunos estados, como los de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba y Rio Grande do Sul, lo que fue declarado inconstitucional por una sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto que debía ser el Estado federal el que decidiera el significado de “potencial ofensivo menor”. El proyecto federal para la creación de los mismos se fundamentaba en la búsqueda de respuestas más reparativas que punitivas. Finalmente fue aprobado por la Ley 9.099/95, de 26 de septiembre, limitando la competencia de los juzgados criminales especiales a los delitos castigados con pena igual o inferior a un año (Neuman 1997, 118-23). Se pidió un cambio de mentalidad para la desformalización de los procedimientos, siguiendo el principio de acceso a la justicia, oralidad, simplificación y celeridad. Fuera de esto, se resalta la autonomía de las partes, en cuanto que se facilita la transacción o conciliación y la suspensión condicional del proceso, si se repara⁹⁵⁵, aunque se critica que la víctima no esté presente cuando se proponga. Realmente, la transacción se realiza entre el ministerio público y el acusado, y se refiere a la pretensión punitiva, salvo que la acción se haya iniciado a instancia de parte. La víctima suministrará información sobre sus deseos de reparación. En todo caso, resulta interesante la amplitud del concepto de reparación, que incluye la satisfacción moral, pero desconozco si en la práctica se tratan de promover verdaderas mediaciones, siquiera indirectas. La ley fue recibida con entusiasmo por distintos colectivos (Leal 1996, 150-2). Sin embargo, esta forma de justicia penal consensual ha sido criticada al poder afectar al principio de culpabilidad (Teixeira 1996) y romper con el principio de obligatoriedad o indispensabilidad de la acción penal pública -ruptura que,

⁹⁵⁵ La suspensión puede condicionarse a una o más medidas (pago de indemnización, satisfacción moral adecuada, prestar servicios para la víctima, en caso de entidades públicas, prestaciones sociales alternativas, tratamiento, restitución del objeto, o cualquier otra medida adecuada que no ofenda la dignidad del infractor).

por otra parte, existía ya en la práctica cotidiana, aplicándose el principio de oportunidad (incluso por la policía) a la delincuencia de bagatela⁹⁵⁶.

Por último, aunque en principio pueda relacionarse con la mediación en el campo político y de los derechos humanos, ya que se dice expresamente que se adopta una perspectiva de justicia restaurativa (van der Merwe 1997), cabe aludir también -ante las características propias que la diferencian de otras Comisiones de la Verdad creadas en Chile, El Salvador o Haití- a la Comisión de Verdad y Reconciliación en **Sudáfrica**. En ella las personas que hayan sido victimizadas por hechos relacionados con el régimen del Apartheid pueden relatarlos, sin nombrar a los autores -con el objetivo de salvaguardar su derecho a un proceso debido-.

Dicha Comisión fue creada por la Ley sobre Unidad Nacional y Reconciliación, de 26 de julio de 1995. De acuerdo con ella, su objetivo es promover la unidad nacional y la reconciliación -en un espíritu de entendimiento que trascienda los conflictos y divisiones del pasado- mediante:

1. La fijación, a través de investigaciones y audiencias, de las causas, la naturaleza y la extensión de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el período de 1 de marzo de 1960 hasta ese momento (más tarde se decidió una prolongación hasta el 27 de abril de 1994) - incluyendo especialmente las perspectivas de las víctimas e infractores-.

⁹⁵⁶ En general, vid. Ribas (1994), Flávio (1995), *Juizes para la Democracia* (1996, n. 7) y Vicente (1996). Para una comparación en el tratamiento de los delitos leves por estos juzgados especiales, considerando la inexistencia de la ley federal en ese momento, y las *Magistrates Courts* de Inglaterra y Gales, vid. Galizia (1995). Véase la relación de dichos tribunales en el Reino Unido con la propuesta de una justicia de proximidad en Francia, en Bell y Dadomo (1996). Sobre dicha propuesta, cfr. Haenel (1995), Kellens (1996) y Wyvekens (1997). Hulsman ya habló a comienzos de los ochenta de los *community boards* como ejemplo de una "justicia psicológicamente próxima" (Hulsman y Bernat de Célis 1984, 124), tanto como para permitir un encuentro cara a cara.

2. La concesión de amnistía a las personas que confesaran totalmente, hasta el 10 de mayo de 1997, hechos relevantes motivados políticamente, precisando quiénes dieron las órdenes y cumpliendo una serie de requisitos establecidos en la ley.

3. La determinación y publicidad del destino de las víctimas y la restauración de la dignidad humana y civil de las mismas, dándoles la oportunidad de relatar su propia versión de los hechos y recomendando medidas de reparación.

4. La elaboración de un informe que detalle las actividades y descubrimientos de la comisión y que contenga recomendaciones de medidas preventivas. Las víctimas recibirán ayudas –incluyendo de carácter monetario–, en caso de necesidad, y serán tratadas con compasión y respeto (art. 11 de la ley). La Ley prevé un Fondo Presidencial para hacer frente a las compensaciones necesarias. Esta vía no está satisfaciendo a las víctimas, quienes piden que la indemnización tenga un significado de reparación por el autor.

La Comisión⁹⁵⁷ cuenta con diecisiete miembros elegidos por sus méritos personales e integridad moral. Dispone de oficinas regionales en Cape Town, Johannesburgo, East London y Durban. La ley establece tres comités, con cinco miembros en cada uno: sobre violaciones de derechos humanos, sobre amnistía –con estructura similar a la de un tribunal– y sobre reparación y rehabilitación. Se estima que se presentarán de cincuenta a cien mil casos. En principio se concedieron 18 meses a la Comisión para que realizara su trabajo y otros tres para redactar el informe final, que será presentado por el presidente en público y aprobado por el parlamento dentro de los dos meses siguientes (Müller-Fahrenheit 1997, 85-101)⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Que en el momento final de redacción de este trabajo prosigue su labor.

⁹⁵⁸ Algunos miembros de la Comisión han sido invitados a Ruanda para proponer formas

alternativas a los procedimientos estrictamente penales (internos y del TPI) (Müller-Fahrenheit 1997, 99). Sobre el surgimiento de esta Comisión, cfr. el “estilo dialogante” que rechaza Zugaldía por parecerle imposible (1993, 38). Por otra parte, en Sudáfrica, el artículo 352 (1) (a) de la Ley de Procedimiento Penal de 1955, tras su reforma, indicaba que un tribunal puede suspender una condena, bajo la condición de que se pague compensación o se preste algún servicio o beneficio a la parte perjudicada.

El comité encargado de investigar los hechos ofrecerá –y, en su caso, garantizará– la amnistía a los presuntos infractores que vayan a hablar ante la comisión. La amnistía extingue también la responsabilidad civil. La verdad no siempre va seguida de reconciliación, aunque la mayoría de los autores piden perdón. En ocasiones, se han organizado *encuentros con las víctimas*, principales interesadas en reunirse, no por motivos de venganza, sino porque quieren ser ellas quienes perdonen y para hacerlo quieren conocer al infractor. Se espera que con este procedimiento se restaure la paz en las comunidades y en todo el país, lo que debe unirse a la necesidad de redistribuir la riqueza. En todo caso, en opinión de algunos autores (van der Merwe 1997), se requeriría realmente un procedimiento más informal del que ofrece la Comisión, con el objeto de poder proporcionar un verdadero proceso de reconciliación.

Algunas personas han resaltado la imposibilidad de perdonar determinados tipos de abusos y su temor de que los infractores, confesando el hecho, podían tentar a las víctimas a ejercer su venganza, por lo que sería mejor que los autores que confesaran se mantuvieran en el anonimato (Estrada-Hollenbeck 1996, 304). Por otra parte, no todas las víctimas implicadas utilizan o están de acuerdo con este sistema que favorece la confesión de quienes dieron las órdenes. A muchas personas les interesa más saber quiénes, dentro de la propia comunidad, suministraron la información para la comisión de los hechos (van der Merwe 1997). Asimismo, la familia del líder negro Biko -asesinado por la policía según se confesó en la Comisión de la Verdad-, alegando que se violaba el principio de la tutela judicial o acceso a una vía judicial de resolución de conflictos, acudió al Tribunal Constitucional; pero éste decidió que no existía violación por cuanto ese tipo de asuntos se resolvía en la Comisión, según se había acordado política y legalmente (Nina 1997).

La nueva Constitución de este país contiene un párrafo sobre la unidad nacional y la reconciliación que dice: “La adopción de esta Constitución establece la fundación segura para el pueblo de Sudáfrica con el objetivo de trascender las divisiones y luchas del pasado, que generaron violaciones masivas de derechos humanos, la transgresión de principios humanitarios en conflictos violentos, y el legado de odio, miedo, culpa y venganza./Estos pueden ser tratados ahora sobre la base de que existe una necesidad de entendimiento pero no de venganza, una necesidad de reparación pero no de talión, una necesidad de *ubuntu* pero no de victimación” (en Estrada-Hollenbeck 1996, 312). Pero esta cultura de *ubuntu* o de “reconocimiento de mi humanidad en tu humanidad”, de la posibilidad de que una disculpa pública ayude a resarcir el daño creado⁹⁵⁹, coexiste de forma contradictoria con una política penal y unos principios penales constitucionales, que tras el Apartheid, siguen siendo retributivos, a pesar de que los hechos son generalmente menos graves que los que trata la Comisión.

⁹⁵⁹ Se trata de que la vergüenza en público implique la afirmación o el reconocimiento de que se ha hecho un mal, un daño, sin que ello se una a un castigo.

4. 1. 1. 2 Conexión con los tribunales

Los proyectos *VORP* en **EE.UU.** se desarrollan como programas de *diversion* (también los hay dentro del servicio de probación, como fue en sus orígenes en Kitchener, Canadá). Así, por ejemplo, sucede en el *VOMP* de Albuquerque, Nuevo Méjico que se inició en 1987.

Destacando previamente la gran heterogeneidad existente⁹⁶⁰, los proyectos del **Reino Unido** se realizan dentro del contexto general de *diversion* para menores (considerando la necesidad de algo más que una mera amonestación) y de la probación, especialmente en relación con adultos (Marshall 1996, 24; Harding 1989; Veevers 1989; Ruddick 1989; Launay y Murray 1989), aprovechando la separación en el proceso de la *conviction* y *sentencing* (Wright 1996b, 167)⁹⁶¹. El desarrollo dentro del marco de la probación ha hecho que, en ocasiones, se olvidara a las víctimas y que sus asociaciones, como *Victim Support* -organización fundada en 1974 que recibe fondos públicos y privados-, viesen con recelo estos proyectos al observar cierta manipulación o instrumentalización de sus intereses (Reeves 1989; Watson, Boucherat y Davis 1989). En la actualidad se trata de superar estas objeciones con una demanda de mayor participación (Marshall 1995).

En proyectos como el de Leeds se admiten casos antes de que lleguen a juicio y pueden ser remitidos por las propias partes. El mediador informa al coordinador del proyecto, tras la mediación directa o indirecta, quien redacta el informe para el tribunal o instancia que ha remitido el caso. Si

⁹⁶⁰ Marshall subraya que, en la actualidad, existen dos modelos de VOM: el modelo de trabajo social, como parte de un proyecto de resocialización destinado fundamentalmente al infractor, y el modelo de la mediación independiente, que constituye un servicio propio para infractores y víctimas (1996, 27-9).

⁹⁶¹ En opinión de Wright (1991, 1; 15), si la reparación constituye una pena, se priva al infractor del mérito o bondad de llevarla a cabo, ya que se le estaría *imponiendo* -también a la víctima o a la comunidad-.

las partes han llegado a un acuerdo de reparación financiera, éste puede considerarse como parte de una orden de compensación formal. Por otra parte, el mediador supervisa la reparación consistente en un trabajo práctico (Wynne 1996, 455).

En los distintos proyectos existentes en **Canadá**, los casos son remitidos por el servicio de probación o el tribunal, tanto en una fase posterior a la condena o acusación, como anterior al juicio, para distintos tipos de delitos, según cada proyecto concreto (Umbreit 1996, 376). Las FGC de **Nueva Zelanda y Australia** se basan en el principio de oportunidad de la policía, aunque los acuerdos pueden llegar también al juez.

El proyecto de mediación para la reparación en **Lovaina (Bélgica)** está claramente conectado con la justicia formal. Es el Fiscal quien envía la carta a ambas partes, advirtiéndole especialmente al infractor que, en todo caso, habrá resolución judicial -en su caso con atenuación de la pena-. Con la **nueva ley**, la fiscalía adquiere formalmente un importante papel, según se ha descrito anteriormente.

En **Francia** existe una clara vinculación con el ministerio fiscal, que cuenta con la colaboración de las llamadas casas y antenas de justicia, pertenecientes a la justicia de la ciudad como justicia de la proximidad. Esto es lo que se conoce como mediación penal retenida⁹⁶². También se da la mediación delegada en manos de asociaciones de ayuda a las víctimas, a los infractores, de carácter mixto y comunitario.

En **Alemania** también se da un enlace manifiesto con fiscales y jueces, de acuerdo con la explicación anterior sobre el marco legal y el funcionamiento de los primeros experimentos.

⁹⁶² Que los jueces también llevan a cabo con menores, como se ha señalado anteriormente, y en adultos en la fase de la ejecución de las penas. Sobre el papel de la policía, vid. Rojare-Guy (1996, 77-96). Sobre las casas de justicia, vid. Wyvekens (1997).

En la ley **noruega** de 1991 se advierte una cierta confusión. En su primera parte se reconoce al fiscal un papel relevante -de hecho envía más del 70% de los casos-, y en la segunda se indica que las juntas son un medio para que los propios ciudadanos, al acudir a ellas, traten sus conflictos, asegurándose así su voluntariedad -se cuidan también los términos “causante del daño”, puede o no ser penal, y “receptor del daño”-. La mediación puede constituir una renuncia al proceso penal, a una multa o a una suspensión de la pena. Según los artículos 67 y 71a del Código de Procedimiento Penal, el traspaso a un proceso de mediación constituye una sanción independiente, generalmente para supuestos menores. El fiscal recibirá los documentos del caso, incluyendo el contrato escrito, resultante del acuerdo, e información sobre la posible violación de éste (Dullum 1996). Si el resultado es positivo, archivará el expediente.

Per Stangeland entiende, según las evaluaciones realizadas, que el fracaso del sistema podría encontrarse en la escasa remisión de conflictos a las juntas, no sólo por los implicados, sino especialmente por la policía, que se cree “dueña del conflicto”. Propone que el Ministerio de Justicia y la policía dirijan las juntas, asegurando así un mayor impacto de esta alternativa. Por otra parte, existen supuestos que pueden resultar inadecuados para la mediación, como es el caso de menores que hayan cometido numerosos delitos contra la propiedad, en que se ven implicadas varias víctimas (Stangeland 1996). Finalmente, sigue resultando difícil evaluar este tipo de proyectos (Christie 1997, 18-9).

En **Finlandia** pueden remitirse los casos por las propias partes, aunque en la práctica no es frecuente y llegan, principalmente, a través de la policía y de los fiscales. A pesar de que en la actualidad, los proyectos de mediación se encuentra fuera del sistema oficial, existe un debate sobre la demanda de legalización, lo que redundaría en favor del principio de igualdad

(Lappi-Seppälä 1996, 350). Aunque se advierte la existencia del principio de legalidad, realmente existen disposiciones que tienden a fomentar la mediación, tanto para adultos como para menores⁹⁶³. Entre ellas se encuentra, tras una reforma de 1996, el artículo 15a del Decreto de Ejecución del Código Penal. Según éste, el archivo del fiscal puede basarse en la irracionalidad del juicio o del castigo, considerando la reconciliación entre el autor y la víctima, u otra acción llevada a cabo por el autor para prevenir o reparar los efectos del delito. El límite reside en que el archivo no viole un interés público o privado importante, criterio que permite la discrecionalidad del fiscal y que, por otra parte, puede interpretarse como la protección de unas garantías mínimas en el proceso de mediación. Conforme a este artículo, estrictamente, no se requiere la voluntariedad de las partes y bastan los esfuerzos honestos y serios por parte del autor.

⁹⁶³ La Ley Penal Juvenil de 1995 enfatiza la necesidad de que los agentes de la justicia penal sean activos y envíen casos a los centros de mediación, e indica que la ley no regulará el proceso mismo de mediación, aunque su éxito, se dice, dependerá de que demuestren su respeto de los derechos individuales.

Asimismo, también para adultos y menores, en la fase judicial, el tribunal puede decidir no imponer la pena, basándose en las consideraciones del art. 15a. Si se llega a un acuerdo, a diferencia de lo que ocurre en Noruega, éste no tiene que influir necesariamente en el proceso penal, pero en la mayoría de los casos ocurre. Cuando se trata de delitos privados, las víctimas pueden retirar la denuncia. Si son delitos públicos, se considera su gravedad y los preceptos legales mencionados. Una vez en el tribunal, éste puede decidir una mitigación, exención de la pena o no imposición de una orden de compensación. Igualmente, el tribunal puede limitarse a confirmar la naturaleza obligatoria del acuerdo. De esta manera, se transforma una *relación, inicialmente catalogada como jurídico-penal, en otra civil, donde se habla de incumplimiento de un contrato (originado por un daño causado por un delito), abandonando el interés público.*

4. 1. 1. 3 Situación del mediador

El mediador de los *VORP* de **EE.UU.** suele ser un voluntario que ha recibido una formación. Generalmente se reclutan de miembros de las asociaciones interesadas en estos proyectos, que también suelen proporcionar el marco de la mediación. Un rasgo característico de algunos *VORP*, que conecta con la idea originaria de la mediación en sociedades menos complejas, es que ambas partes deben ponerse de acuerdo en el mediador -dentro de las limitadas posibilidades de elección-. En el caso de Anchorage, para asuntos graves cometidos por menores, la mediación se lleva a cabo por tres mediadores, aunque uno de ellos asume un papel directivo, especialmente en el momento concreto de la mediación (Flatén 1996, 388).

Los mediadores en el **Reino Unido** se relacionan con la asociación

Mediation UK que ha elaborado un manual y un código deontológico⁹⁶⁴. Se ha resaltado la necesidad de su formación, especialmente para el tratamiento de los casos graves. El Servicio de Mediación y Reparación de Leeds, con más de diez años de experiencia, de 1987 a 1991, contaba con dos coordinadores, un secretario y un oficial de probación que realizaba una supervisión general —en 1992 se incorporó otro—. Los coordinadores ayudaron a la puesta en marcha de los cinco servicios de mediación y reparación existentes en 1995 en el área de probación de West Yorkshire, que siguieron la misma política de mediación y reparación formulada en 1993. La mediación se desarrolla fundamentalmente con un equipo de voluntarios y de profesionales -remunerados ocasionalmente-, lo que se considera muy positivo para el funcionamiento del Servicio. En la actualidad, existen 17 mediadores formados previamente en cursos de dos días organizados para todo el área de probación y que, habiendo pasado diversas entrevistas, trabajan primeramente con otro mediador hasta adquirir experiencia -en todo caso, hay unos ochenta nombres de mediadores registrados-. A todos ellos se les proporciona apoyo y supervisión continuos (Wynne 1996, 450-1; 460).

⁹⁶⁴ En el primer encuentro, el mediador permite una fase inicial, denominada “ventilación”, donde pueden expresarse emociones fuertes, aunque al final se pretende que toda reunión termine con un apretón de manos. Sobre el futuro de la mediación comunitaria en el Reino Unido, integrada en los tribunales o como servicio independiente, véase Liebmann (1996), quien indica que la mediación comunitaria tuvo su origen en el desarrollo de esquemas víctima-infractor y de la mediación familiar y comercial. El Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación (*FIRM*) comenzó en 1984 para agrupar a los involucrados en mediaciones víctima-infractor y comunitaria. Más tarde, se unirían las personas que trabajaban en la resolución de conflictos en los colegios. En 1991, *FIRM* cambió su nombre a *Mediation UK*, agrupando a una gran variedad de organizaciones y proyectos, proporcionando información, asesoría y formación. Según esta autora, la mediación comunitaria, de ser un extra opcional, ha ido evolucionando y está tratando un importante número de casos. Existe una red creciente de servicios de mediación comunitaria independientes, como *Mediation UK*, aunque se demanda reconocimiento y financiación de los gobiernos estatales y locales.

En **Canadá** los distintos proyectos cuentan tanto con profesionales como con voluntarios de la comunidad (Umbreit 1996, 376), existiendo manuales de formación de mediadores (Gilman y Bowler 1995).

En las FGC de **Nueva Zelanda**, trabaja un facilitador o coordinador cuya labor es especialmente difícil al tratarse de un grupo numeroso. Suele estar vinculado a la justicia de menores. En **Australia**, esquemas como el de Wagga Wagga se desarrollaban por la propia policía y, en la actualidad, las mediaciones se realizan por un servicio de mediación comunitaria independiente (Marshall 1996, 28).

En la mediación para la reparación en **Lovaina (Bélgica)**, el mediador era al comienzo un pedagogo con experiencia en menores. Posteriormente, tras la **ley de 1994** y para todas las regiones, se designaron unos cincuenta mediadores (su formación generalmente es la de criminólogo o trabajador social), dependientes de la oficina del fiscal. Al realizar labores más allá de la estricta mediación, puede producirse una cierta confusión en su trabajo (Dewulf et al. 1996, 80).

Quizá es en **Francia**, con voluntarios y profesionales, donde se da una mayor regulación de la figura del mediador, incluyendo su retribución, su obligación de guardar secreto y su necesaria habilitación judicial (Decreto 96-305 de 10 de abril de 1996)⁹⁶⁵. Cabe destacar también que la formación (30

⁹⁶⁵ Además, el plan francés de creación de empleo para jóvenes, a desarrollar entre 1997 y 1999, de la Ministra Martine Aubry, aprobado por el Consejo de Ministros, el 20 de agosto de 1997, prevé un nuevo oficio de mediador que evite el llegar a los tribunales, apostando por la proximidad y la rapidez en la justicia. Los mediadores (entre 18 y 25 años, o 25 y 30 si no han trabajado nunca) cobrarán el salario mínimo legal (unas 131.000 pesetas), siendo el 80% sufragado por el Estado y el 20% por los empleadores (ayuntamientos, asociaciones sin ánimo de lucro y mutualidades) y contando con un contrato de cinco años de duración. Los mediadores trabajarán, además, controlando las penas alternativas, así como en el ámbito carcelario y de reinserción social. Se prevé también la recuperación del oficio de sereno y la "creación" del mediador local o agente de barrio, vinculado a zonas y servicios públicos concretos. Se trata, en definitiva, de convertir en salarios los subsidios, creando empleos útiles para la sociedad que el mercado actual no crea por sí mismo. En este sentido, resulta significativo que el Ministerio de la Sra. Aubry se denomine "de Empleo y Solidaridad".

horas iniciales y perfeccionamiento continuo) suele correr a cargo del INAVEM. El decreto mencionado prohíbe ejercer la función de medidor a quien realice actividades judiciales profesionales. Atendiendo al mismo, en opinión de San Martín, la práctica francesa de fiscales mediadores debería evitarse (1996, 780). La asociación parisina de Jacqueline Morineau, Centro de Mediación y de Formación para la Mediación, permite la formación común de mediadores voluntarios en distintos campos y el desarrollo de la mediación en oficinas de la fiscalía de París, así como en escuelas y otras instancias sociales (1994; 1996). Existen varios códigos deontológicos.

En **Italia** los mediadores en casos de menores son psicólogos, criminólogos, abogados, trabajadores sociales y estudiantes. En principio, se discutía que el mismo juez pudiese ser mediador.

En **Noruega** el mediador es un voluntario formado y con una serie de cualidades en comunicación. Seleccionado por el Ayuntamiento, ejerce su labor durante cuatro años y recibe una remuneración. Se trata de un representante de la comunidad -no de la justicia formal-, siendo éste un elemento fundamental en toda mediación social. En 1996 existían 42 Juntas y 710 mediadores.

En **Finlandia**, en el comienzo de los proyectos, hubo dos propuestas por parte de los expertos. Para Grönfors los mediadores debían ser gente ordinaria, lo que evitaría el formalismo y cierto simbolismo, mientras que Livari pedía la participación de los trabajadores sociales (1992)⁹⁶⁶. De 1983 a 1984 se formaron 25 voluntarios seleccionados, no remunerados. La formación pretendía que su labor fuera neutral, imparcial, que facilitara la comunicación y el equilibrio ante las desigualdades. De esas 25 personas -todas activas en otros servicios de la comunidad-, 22 eran mujeres con nivel

⁹⁶⁶ Datos de la entrevista realizada a un trabajador social del centro de mediación del tribunal de Helsinki, durante mi visita a Heuni (20. 5. 1994).

educativo por encima de la media (Grönfors 1992, 425). En 1996 existían unos 1.500 mediadores voluntarios, trabajando dos por caso, tras una formación previa -de unas 30-45 horas-, organizada por la oficina de mediación local. Esta oficina se relaciona generalmente con los servicios sociales municipales. A la capacitación inicial se suma una reunión estatal anual, promovida por la Unión Nacional para la Mediación, creada en 1990. Dicha Unión ha publicado un Manual para mediadores y fomenta una cierta uniformidad respecto de la mediación.

En **Alemania** la infraestructura de la mediación se apoya en la asistencia judicial, en las asociaciones autónomas (de víctimas y de nueva creación, específicamente centradas en la mediación, como la asociación *Die Waage* en Colonia), o en la colaboración de ciertos profesionales de la asistencia judicial y de asociaciones de cooperación con infractores, especialmente menores (así la asociación *Die Brücke* en Múnich con implicación de fiscales). En este país los mediadores suelen ser pedagogos sociales (también juristas, psicólogos, etc.)⁹⁶⁷. En todo caso, son siempre profesionales. Se distinguen tres formas de trabajar: integrada -como parte más de su trabajo-; exclusiva y diferenciada; y parcial y diferenciada -para ciertos casos- (Pérez Sanzberro 1996). La Oficina del Servicio de *TOA*, en Bonn, creada por el Ministerio Federal de Justicia en 1990, proporciona un curso de formación de un año, que en la actualidad constituye un requisito para trabajar como mediador profesional (unos 350 trabajadores sociales del servicio de probación juvenil y de distintas ONGs han participado en él). Asimismo, un grupo de expertos ha elaborado un manual de principios básicos⁹⁶⁸ (Netzig y Trenczek 1996). Los mediadores reciben una formación de carácter

⁹⁶⁷ Sobre las dificultades que se le plantean al trabajador social como mediador, vid. Dürr (1994).

⁹⁶⁸ Véase Kubach y otros (1995).

interdisciplinario (aspectos históricos, socioculturales, bases jurídicas, cultura del conflicto, comunicación, etc.), con técnicas como la simulación y el trabajo de campo.

4. 1. 1. 4 Financiación

Los *VORP* de **EE.UU.** y **Canadá** suelen comprender financiación pública y privada (especialmente en relación con asociaciones altruistas).

Como ya se ha mencionado, en 1986 el Home Office **británico** financió, por vez primera, cuatro proyectos -uno en una zona rural con jóvenes y tres en zonas urbanas con adultos- durante un plazo de dos años. Se les denominó esquemas de reparación y se gestionaban con la colaboración interinstitucional de la policía, los servicios sociales, de probation y servicios de la juventud, así como con asociaciones voluntarias de asistencias a infractores y víctimas. Existían, al mismo tiempo, otros proyectos de mediación no financiados por el Ministerio de Interior, la mayoría gestionados con la ayuda de diversas instituciones y servicios de probation. Se ha destacado que, en el momento actual, se puede observar una retirada del Estado de Bienestar y un incremento del clima retribucionista que ha conllevado una paralización de algunos proyectos (Marshall 1995), por lo que se debate sobre su financiación (Harding 1996, 265)⁹⁶⁹. La mediación comunitaria, que comenzó a potenciarse junto con proyectos de VOM, tiene menos problemas de financiación en cuanto que puede contar con partidas destinadas a la prevención (Marshall 1996, 27).

⁹⁶⁹ Sobre la distinción entre el Estado intervencionista (clave en la intervención penal) y de bienestar en el Reino Unido, brevemente cfr. Calvo García (1994, 262-3).

Por otra parte, las FGC de **Nueva Zelanda**, con previsión legal, son financiadas por el Departamento estatal de Bienestar. Otros programas, como los australianos de Wagga Wagga, dependen de la policía.

El proyecto de Lovaina, **Bélgica**, se financiaba fundamentalmente a través de la Fundación del Rey Balduino, en un principio para el año 1993, aunque luego fue prorrogado. En los esquemas creados tras la **ley de 1994**, el mediador forma parte del equipo de la fiscalía.

En **Francia** cabe destacar, además de la financiación estatal, la participación de los ayuntamientos en la denominada política de la ciudad.

En **Finlandia** los experimentos, iniciados en 1983, fueron cofinanciados por el Estado –en la parte de la investigación–, los Ayuntamientos y la Iglesia (Grönfors 1989, 120). Desde 1986 la financiación procede de los Ayuntamientos y, en última instancia, de los fondos estatales. En **Noruega** la financiación llega del Estado central.

En **Alemania** la financiación es pública (tanto federal, como de los estados y municipios) y privada (fundaciones, etc.). Por poner un ejemplo, el proyecto *Die Waage* en Hannover cuenta con un presupuesto anual de 130.000 dólares, lo que cubre el trabajo de dos mediadores y un secretario a tiempo parcial (Netzig y Trenczek 1996, 253).

En **Austria** la financiación procede oficialmente de las instancias de la justicia penal, sin perjuicio de la colaboración de diversas asociaciones. Mientras que en **Italia** se da una colaboración de la Asociación para la Gestión Pacífica de los Conflictos con los tribunales de menores.

4. 1. 2 Ideología u objetivos

4. 1. 2. 1 Crecimiento personal

En lo que respecta a las FGC en **Nueva Zelanda**, los valores que se encuentran en estas conferencias o reuniones de grupo familiar son los siguientes: respeto por la integridad de las familias, incluyendo la extensa, mediante la atención y el fortalecimiento de los apoyos a éstas y a las comunidades; reparto del poder y creación de oportunidades para que los padres se sientan responsables de sus hijos y éstos de sí mismos, ayudando a su (re)socialización; promoción de la participación de las víctimas del delito en la resolución de los conflictos y obtención de la reparación; y muestra de sensibilidad y respeto hacia las distintas culturas. En definitiva, estas reuniones se basan en el papel de la familia como instancia de control social y pretenden promover un funcionamiento correcto de la misma, como contexto adecuado para la resolución de los conflictos en la comunidad, entendiendo que el dar y recibir ayuda, aumenta la autoestima. En estas reuniones participan la familia del joven, el coordinador o facilitador, representantes de la justicia juvenil, otras personas que puedan ofrecer información o que el joven solicite que intervengan, las víctimas, sus representantes u otras que éstas deseen, el abogado del menor, diversos ancianos, intérpretes, etc. El coordinador de estas reuniones las preparará, analizando los casos enviados por la policía u otras instituciones y contactando con los posibles participantes. Esta preparación dura, aproximadamente, un mes. Al final, la familia discute en privado una propuesta de plan de reparación (incluyendo cómo y cuándo se llevará a cabo y se supervisará), que será debatido más tarde por todo el grupo. Generalmente, se produce una sola reunión de una duración media de unas cuatro horas. En Nueva Zelanda no se requiere que los menores admitan su culpabilidad antes de iniciar una conferencia, sino que basta con que no nieguen el hecho. De cualquier forma, los menores tienen derecho a solicitar un abogado de oficio que puede estar presente. Además, para los delitos más graves, los acuerdos tienen que ser aprobados por los tribunales,

pudiendo modificarlos si consideran que no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad.

La originalidad de los *VORP*, como experiencias pioneras, reside en el énfasis de la confrontación, o mejor, del encuentro entre las partes, reconociendo que la justicia es, al menos, cuestión de las dos partes implicadas, incluso en la justicia de menores. En todo caso, en los proyectos con menores se resalta la idea de su responsabilización, que llevada a extremos puede suponer una perversión del modelo hacia un sistema retributivo o rehabilitativo que evite el sentimiento de impunidad.

Diversos estudios realizados en el **ámbito anglosajón** arrojan la conclusión de que las víctimas, en su mayoría, tienen una predisposición punitiva inferior a la de la población en general (Zehr 1990, 193; Wood 1991, 10). Respecto de la mediación, resaltan la satisfacción personal, la “capacitación” (*empowerment*) de los protagonistas (Gatti y Marugo 1994, 26-7; Grönfors 1992, 425). Zehr recalca las experiencias de justicia (1990, 166), Wright el valor de promoción de los derechos humanos (1991, 116-7). Para ambos, resulta importante el encuentro personal entre la víctima y el autor. Estrada-Hollenbeck ha estudiado mediante micronarrativas o autobiografías, en EE.UU., el encuentro comunicativo como marco de un posible perdón de la víctima al infractor, y su significado en la representación cognitiva del conflicto y en los sentimientos del infractor y la víctima⁹⁷⁰. Su estudio concluye que la influencia del perdón parece ser más significativa en las propias víctimas (1996). En relación con los sentimientos, cabe recordar que a pesar de su inherente indefinición y relatividad, hoy se afirma que la

⁹⁷⁰ En este sentido, la ausencia emocional favorecida por el lenguaje profesional y la clasificación jurídica facilita el castigo, porque aparentemente científico, deja de lado cuestiones interesantes, difíciles y dramáticas, relativas a la responsabilidad y a la posibilidad de reparar (Davis 1992a, 201).

inteligencia no es sólo razón, sino también afectos, como han explicado recientemente José Antonio Marina (1996) y Daniel Goleman (1997)⁹⁷¹.

Umbreit detalla los estudios realizados en **Norteamérica** y **Europa**⁹⁷² sobre la satisfacción de los participantes en la mediación víctima-infractor, destacando algunas conclusiones comunes, como una reducción del miedo a sufrir victimación, una disminución de la reincidencia⁹⁷³ y una satisfacción con la reparación y la justicia de la mediación (1996, 374; 384). Concretamente, en el **Reino Unido** se remarca la satisfacción de víctimas e infractores (Harding 1996, 265), aunque la organización *Victim Support* mantiene una actitud recelosa (Marshall 1996, 32).

⁹⁷¹ Cfr. la indisociabilidad de lo conceptual y lo afectivo en Deleuze, según se destacó en unas Jornadas sobre el pensador en el aniversario de su muerte, en la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid en diciembre de 1996. Cfr., en nuestro país, la obra de Carlos Gurméndez (1996).

⁹⁷² Cfr. también sobre el Reino Unido, Desdevises (1993).

⁹⁷³ Vid., también en EE.UU., respecto de la reparación, Butts y Snyder (1992).

En **Bélgica** la reparación en la mediación penal de la **ley de 1994** se entiende en un sentido muy amplio, incluyendo, en su caso, el trabajo al servicio de la comunidad -al cual se reconoce ciertos rasgos punitivos- y la obligación de asistir a un tratamiento de carácter diverso⁹⁷⁴. En el proyecto de **Lovaina**, la mediación se concibe como un proceso de comunicación que, tras el contacto con las partes, sigue las siguientes fases: discusión de lo sucedido (causas, contextos, consecuencias y percepciones), precisión de las reglas del encuentro, formulación de una solución, escritura y firma de un convenio⁹⁷⁵. Adicionalmente, se promueve el papel del grupo primario de ambas partes (cfr. la experiencia de las FGC) y, en definitiva, se enfatiza la experiencia común de construir o definir la justicia para ese caso concreto, como diálogo en la determinación y comprensión de lo que es un daño y su reparación -en todo caso esa definición será supervisada por un juez-.

En **Francia** se observa claramente la idea conjunta de responsabilidad del infractor y satisfacción de la víctima. En **Alemania**, cabe destacar que sólo un tercio de las mediaciones víctima-autor incluye un encuentro personal (Netzig y Trenczek 1996, 255-8), pero que la satisfacción de ambos protagonistas es muy alta en todos los casos. Distintos estudios parecen demostrar la aceptación pública de estos proyectos (Kilchling 1995; Sessar). En cuanto a los participantes, las diversas evaluaciones de los proyectos no son representativas (Dünkel 1996, 52), aunque arrojan resultados positivos.

⁹⁷⁴ En Holanda, en el programa *Enfoque en las víctimas*, los menores recibían explicaciones sobre las víctimas del delito en cinco sesiones de dos horas cada una. Este proyecto educativo, que suele combinarse con un proyecto de trabajo, estaba financiado por el Ministerio de Justicia y disponible en cada distrito judicial.

⁹⁷⁵ En opinión de Tony Peters, en referencia al proyecto de Lovaina, la mediación no funciona en el aspecto interpersonal en casos de discriminación porque el infractor no suele admitir su responsabilidad (1997). Por otra parte, y en general, en el caso de extranjeros, se plantea su falta de acceso por motivos lingüísticos, entre otros.

En **Noruega** se pretende que todos los involucrados en una mediación, inclusive los mediadores, se conviertan en agentes de paz permanentes en la comunidad. Al mismo tiempo, entre los objetivos de los primeros proyectos estaban la construcción de una alternativa al proceso penal tradicional para delitos leves, la intensificación del trabajo con la delincuencia de menores, la reducción de la sobrecarga policial y judicial y la disminución del delito. En **Finlandia** se han seguido los objetivos del proyecto inicial que sirvió como modelo, a saber: activación de la cooperación, responsabilidad y solidaridad, reducción de los conflictos y de la sobrecarga judicial.

4. 1. 2. 2 Transformación social

Este aspecto se refiere a la reintegración en la comunidad, la participación, el entendimiento del fenómeno de la criminalidad, el redescubrimiento, la revitalización y la construcción de valores comunes. Sin perjuicio de las consideraciones posteriores, cabe indicar ahora que algunos estudios en el ámbito anglosajón concluyen que el perfil de los protagonistas en la mediación es el de una persona blanca de clase media (Hudson y Galaway 1980). En general, merece la pena invertir en investigaciones que muestren las características socio-económicas de los participantes⁹⁷⁶.

En los *VORP*, insertados en la sociedad estadounidense, resulta fundamental la idea de comunidad. McCold destaca las necesidades de una comunidad ante un conflicto penal dentro de las claves de la justicia restaurativa (1996)⁹⁷⁷. Las FGC o mediaciones en grupo, en **Nueva Zelanda** y **Australia**, poseen objetivos más amplios. Se trata de dar un tratamiento global e integral positivo que logre acuerdos duraderos mediante la implicación del menor, su familia, amigos, policía, miembros de la comunidad, víctimas, etcétera. Se pretende revitalizar a las familias y a las comunidades⁹⁷⁸.

En **Lovaina** también existe una mención a la comunidad y a la participación de los implicados en cuanto que el proyecto se inspira en la idea de justicia restaurativa. En **Francia** se subraya la idea de que se está

⁹⁷⁶ Sobre el género, véase en Australia Macrae (1994, 9).

⁹⁷⁷ Para una comparación de distintos modelos de participación comunitaria, desde una perspectiva continental, por el Director Ejecutivo del Foro de la Seguridad Urbana en Europa, véase Marcus (1996).

⁹⁷⁸ De cualquier forma, surgen críticas respecto de una valoración exagerada de la noción de "familia", olvidando en la práctica la existencia de familias patriarcales, familias desinteresadas, familias maltratadoras, etc.

haciendo algo positivo con la delincuencia, lo cual resulta relevante en el caso de la mediación social en barrios marginales.

Es en **Noruega** donde se enfatiza particularmente la transformación social, con el enfoque en la participación y la revitalización de los vínculos sociales, así como de la prevención. Sin embargo, críticas recientes ven con preocupación el efecto de extensión de la red penal para casos leves con menores (Dullum 1996, 94). Por su parte, en **Finlandia**, los mediadores de los primeros proyectos manifestaron su interés en influir positivamente en la comunidad. El modelo finés responde a la mediación comunitaria, basada en la voluntariedad y la participación.

4. 1. 2. 3 Prestación de servicios

En **Bélgica** la ejecución de las medidas efectivamente acordadas, en función de la ley de 10 de febrero de 1994, se realiza, según las evaluaciones correspondientes al año 1995, en más de un 90% de los supuestos (Dewulf et al. 1996, 81).

En países como el **Reino Unido**, **Nueva Zelanda** y **Finlandia**, se han resaltado casos de incumplimiento de acuerdos y falta de voluntad participativa (Davis 1992a, 212; Grönfors 1992)⁹⁷⁹. Wright indica que, en general, la opinión pública de profesionales y ciudadanos de diversos países es positiva, sin perjuicio de que la evaluación del número de casos tratados anualmente por distintos servicios de mediación arroje un bajo impacto (1996b, 166-9)⁹⁸⁰, recalcando que, salvo en Alemania (Nothhafft 1996; Hartmann

⁹⁷⁹ Sobre otras evaluaciones, especialmente de proyectos de mediación comunitaria, véase Sebba (1996c, 280-96).

⁹⁸⁰ Respecto de Noruega, cabe recalcar que para el año 1995 se habían tramitado por las juntas municipales unos 95.000 casos.

1996), no se recogen datos para elaborar estadísticas estatales. Por otra parte, existen evaluaciones que indican que estos proyectos poseen los mismos o mayores efectos positivos sobre la reincidencia (Zehr 1990, 165-6; Gatti y Marugo 1994, 28).

Los *VORP* de **EE.UU.** y **Canadá** no parecen insistir tanto en este aspecto de la prestación de servicios, manteniéndose en una posición marginal dentro del sistema penal. Es en **Francia** donde se remarca la descarga de los tribunales, aunque también surgen críticas a la labor de las asociaciones por la posible quiebra de los derechos de defensa (San Martín 1996). En **Alemania** ha habido una especial preocupación por los derechos de los infractores, concretamente por el de presunción de inocencia. En un primer momento, para los casos a mediar, se requería confesión previa; después se ha dado una flexibilización, aunque se exige una sospecha clara y la voluntariedad del autor. También, en Alemania, se resalta la idea de prestación de un servicio público⁹⁸¹.

En **Finlandia**, cada mediador maneja, como máximo, 20 casos por año; existiendo en la actualidad unos 1.500 mediadores. Contactan primero con la víctima y después con el infractor, celebrándose por lo general sólo un encuentro, que terminará con un contrato escrito en que se reflejen los hechos básicos, el contenido del acuerdo, el lugar y fecha de la reparación y las consecuencias del incumplimiento. Según un estudio de nueve poblaciones, en 1990, se trataron 732 casos -en 1993 fueron 5.000-, que implicaban a 1.156 autores y 928 víctimas. En la mayoría de los casos intervenía una víctima y dos infractores. La edad media del autor era de 17 años⁹⁸² y el 90% varones;

⁹⁸¹ En relación con la idea de servicio público, cfr. el significado de cliente (persona bajo la protección, tutela o servicio de otra); paciente (el que recibe o padece la acción del agente); y usuario (persona que, normalmente, tiene derecho a hacer uso de ciertas cosas, servicios o instalaciones, con límites).

⁹⁸² Puede advertirse aquí una posible extensión de la red de control social en cuanto

en la mitad de los casos la víctima era una persona jurídica. Un 70,4% se trataban de delitos públicos y, en la mitad del total de supuestos, de delitos contra la propiedad de carácter leve. La iniciativa procedió en más de un 50% de los casos del fiscal, en un 17% de la policía, en un 11% del autor y en un 5% de la víctima. Las mediaciones se empezaron en un 70% de los supuestos -en un 7,8% no se hicieron porque rehusó la víctima, en un 6,3% el autor y en un 6,1% no se pudo contactar a aquella-. 80% de las mediaciones que tuvieron lugar se completaron y en un 62% de los casos enviados a mediación se llegó a un acuerdo, no influyendo en ello el tipo de delito. La mayoría constituían una compensación en dinero -fundamentalmente en delitos contra la propiedad-, seguida de prestación de un trabajo. En una quinta parte de los casos -especialmente en casos de agresiones-, las víctimas no deseaban dinero, sino disculpas o una reparación simbólica. En el 90% de los casos con acuerdo, estos se cumplieron, lo que ocasionó una retirada de la casi totalidad de las denuncias (delitos privados) y el archivo del proceso en un 50% (en casos de delitos públicos) -respecto de los casos que continuaron el procedimiento judicial, un 79% de ellos terminaron con la imposición de una sanción penal-⁹⁸³.

que la mayoría de edad penal se sitúa en los 18 años.

⁹⁸³ Véase Lappi-Seppälä para una comparación de esta evaluación con otra realizada en Noruega (1996).

4. 2 Conclusiones generales a todos los proyectos analizados

Como ha indicado Adam Crawford (1996), éste es un campo fértil para el estudio de las conexiones entre la cultura y el control del delito, dada la transferencia o adaptación de la mediación a distintos contextos sociojurídicos, su peso simbólico, a pesar de su escasa importancia numérica⁹⁸⁴, y su discurso en contra del sistema penal tradicional existente y a favor de reavivar la noción de comunidad⁹⁸⁵. Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede indicarse:

1. En general, son proyectos que por su número y otros límites son modestos en su impacto en la justicia penal, ello no impide que hayan levantado gran expectación y debate. En todo caso su continuidad y efectos dependen de su financiación, que suele vincularse a criterios de “éxito” difíciles de determinar (por el número de casos, no reincidencia, valoración del proceso de mediación para la reparación, contenido del acuerdo negociado y su ejecución).

2. Es preciso distinguir entre los proyectos centrados exclusivamente en la reparación, que dejan a un lado la mediación, y los proyectos que

⁹⁸⁴ Distingue así la localización conceptual de la organizacional -con diferentes intereses concurrentes-.

⁹⁸⁵ Comunidad en el sentido de comunicación y obligaciones hacia los demás, con la posibilidad de ser representada a través de un mediador. La comunidad se encontraría influida por el Estado, la sociedad civil y el mercado. Existirían dos visiones de la comunidad: como unidad, lo que implicaría una igualdad que permite que cualquiera pudiera ser mediador -ello conlleva la idea de voluntariado-; y como diversidad de intereses (de género, edad, étnicos, etc.), que deberán estar representados en la mediación, exigiendo una difícil imparcialidad (Crawford 1996). En todo caso, en algunos países como Francia se habla más de sociedad que de comunidad, sin perjuicio de propuestas nuevas sobre la noción de comunidad como relación y no como lugar.

enfatan la reparación mediada. Esto se relaciona con la distinción entre la mediación directa e indirecta.

3. Así mismo, se diferencian los proyectos que entienden esta respuesta como única o complementaria.

4. La idea de responsabilización del infractor, especialmente del menor, es clara, con el riesgo de entenderla de manera tradicionalmente retributiva o rehabilitativa.

5. Las evaluaciones sobre las opiniones de los participantes arrojan resultados muy positivos en su interés por participar, especialmente por parte de las víctimas (caso destacado en Francia y Lovaina). La voluntariedad se resalta como clave del éxito. Se subraya también la satisfacción de las víctimas por el propio proceso, más que por la reparación material.

6. En cuanto al mediador se remarca la necesidad de su formación y neutralidad.

7. Finalmente, puede señalarse que estos proyectos, en casi todos los países, se inscriben dentro de un marco de introducción de la mediación en distintos ámbitos (escuelas, cárceles, policía, servicios sociales, etc.). Esto se relaciona con el desarrollo del movimiento *ADR*⁹⁸⁶ y otros de pacificación de las relaciones sociales.

De acuerdo con Braithwaite (1996, 95-7), las investigaciones sobre la justicia restaurativa con personas adultas en Alemania y Austria indican que estos programas producen efectos preventivos de carácter especial y general, y un alto número de acuerdos cumplidos. Ello supondría un contraste con el modelo usual criminológico, donde la confianza en una institución o en una actividad resulta indirectamente proporcional a la acumulación de datos y

⁹⁸⁶ Sobre la adecuación de este término, en concreto la palabra "alternativa", vid. Sander (1995), quien enfatiza la diferencia entre adjudicación y mediación basada en los intereses, y ve el futuro del movimiento *ADR* en su potenciación por las instituciones jurídicas, de enseñanza del derecho, así como otras sociales, y por el público en general.

a la sofisticación teórica sobre la misma. De acuerdo con dicho autor, es posible que la vergüenza reintegrativa opere en determinados contextos de las sociedades individualistas y debe tenerse en cuenta que, en muchas sociedades comunitarias, lo que se da es una vergüenza estigmatizante, por lo que no conviene idealizar modelos, sino diseñar instituciones de justicia restaurativa donde existan mecanismos de control. Así, respecto de las FGC sugiere un servicio público de abogados que puedan controlar el resultado de una mediación, con la posibilidad de promover los recursos necesarios y disponer de cintas grabadas de dichas conferencias que, en todo caso, poseen un carácter más público que las mediaciones víctima-infractor. Finalmente: “La aspiración es que el derecho formal controle injusticias y fomente la justicia del orden indígena en la tradición restaurativa de moralidad solidaria; instituciones de justicia restaurativa que controlen la injusticia y reaviven la moralidad del derecho.”

5. PROGRAMAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DERECHO (PENAL) ESPAÑOL DE MENORES Y ADULTOS

Huber indicaba, en 1993, que el Código penal vigente entonces parecía anclado en la primera mitad del siglo XX, en el tema de las sanciones, sin que el proyecto de 1992 ofreciera novedades importantes, en contraste con otros países donde la limitación y la sustitución de la pena privativa de libertad constituía "...desde decenios, el centro de la discusión" (1994, 153). De cualquier forma, sí existe un debate teórico en nuestro país, siquiera mínimo sobre el tema de la mediación reparadora. Además de los autores ya mencionados, como Beristain, pueden recordarse las aportaciones de diverso sino de Giménez-Salinas (1993; 1995; 1996a y b), Bustos y Larrauri (1993), de Jorge (1994), Tamarit (1994), Silva Sánchez (1993), Cerezo (1996), Quintero (1989), de la Cuesta (1988; 1997), Pérez Sanzberro (1996), San Martín (1996) y Herrera (1996). Al mismo tiempo, las propuestas teóricas y la práctica de diversos países, han recibido la atención de diversas instituciones como las OAVD, los Juzgados de Menores, los Colegios Oficiales de Psicólogos (1995) y de Abogados, la Fiscalía General del Estado (1993), diversas Universidades y asociaciones (Ados Jarri 1997). Precisamente, algunas de estas instituciones han potenciado el desarrollo concreto de programas de mediación en relación con infracciones de menores y adultos.

5. 1 LA MEDIACIÓN COMO *OTRA* RESPUESTA EN LA JUSTICIA DE MENORES

5. 1. 1 El marco legal y los proyectos de reforma⁹⁸⁷

⁹⁸⁷ Véanse, sobre la justicia de menores en general, Martínez-Pereda (1996), Urra y Clemente (1997), Silva Sánchez (1996a), Giménez-Salinas (1993), Urra (1995a y b; 1997), Ríos Martín (1992; 1993; 1995), Blanxart (1992), Portalo (1994), Martín Sánchez (1996), Andrés Ibáñez (1986), Hernández Gutiérrez (1992), Pantoja (1994a y b), el número 10 de la revista *Eguzkilo*, de 1996, y el número 443 de la revista *Surgam*, de 1996; del Rosal (1994), Funes y González (1988), varios (1995), de Antón López y otros, Ganzenmüller (1992), Coronado (1992), Fiscalía General del Estado (1992), Buceta (1992), Dapena y Martín (1992), Beristain (1997a), Sancha (1994) y Diego, Jiménez y Diego (1994). Sobre determinados estereotipos, vid. Aguinaga y Comas (1988), Barberet, Rechea-Alberola y Montañés-Rodríguez (1994). Para una perspectiva histórica, véanse Aguilar y Correa (1868), López Núñez (1908), Ybarra (1925) y Cabanes (1940).

En nuestro ordenamiento no se distinguen los términos de menores y jóvenes, siendo utilizados indistintamente por la doctrina, aunque con mayoritaria preferencia por el primero. Cfr. Funes (1995). El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 diferenciaba, siguiendo el modelo alemán, entre joven (18-21) y menor (13-16). El Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia de 1996 calificaba como menores a las personas de más de catorce años -lo cual requeriría una modificación del actual CP, que sitúa el límite mínimo en doce- y menos de dieciocho, y como jóvenes a las personas entre dieciocho y veintiún años (art. 1). Por su parte, la proposición de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor presentada por el Grupo Parlamentario Socialista a la Mesa del Congreso el 20 de noviembre de 1996, tan sólo habla en su art. 2 de menores, bajo cuyo concepto incluye -como el Anteproyecto de 1996- a las personas entre catorce y dieciocho años, sin perjuicio de poderse aplicar sus disposiciones a menores de veintiuno (art. 3).

Según el último Anuario estadístico publicado por el Ministerio del Interior, relativo a 1995, la Policía Nacional y la Guardia Civil detuvieron -incluyendo hasta los 17 años- a 21.229 jóvenes, de los que 4.832 eran reincidentes, principalmente por robo con fuerza (5.694), violencia o intimidación (2.794) y utilización ilegítima de vehículo de motor (2.300). Para unas estadísticas referentes a los juzgados de Cataluña, véase el número 4 de *Justidata* de 1996. Cfr. Generalitat Valenciana (1986) y Laínez y otros (1995).

El concepto de menor infractor es muy reciente. Surge al final del siglo XIX, cuando se creó en Chicago el primer tribunal de menores, siendo el primero en España el de Bilbao, fundado en 1920, siguiendo la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores de 1918 (Ybarra 1925). Asimismo, se construyeron reformatorios, originariamente bajo iniciativa pública y privada provincial ⁹⁸⁸. Ya en 1923 circulaban una serie de teorías antropológicas, sociológicas, psicológicas, filosóficas y penales que trataban de explicar *el problema de la delincuencia juvenil* (Trinidad 1991, 336). La mayoría de los reformadores intentaba sacar de las prisiones a los menores, entendiendo entonces por menores a los que no tuvieran más de quince años. Más tarde, los Códigos penales de 1928 y 1932 declararon a los menores de dieciséis años inimputables, siendo sometidos a corrección y no a sanciones punitivas ⁹⁸⁹. Estos tribunales se inspiraron en ideas paternalistas, mitificando el lenguaje (Walgrave 1994, 58; 60), para evitar la utilización de los términos “pena” o “castigo”. Al mismo tiempo, el control se extendió a sus familias (Trinidad 1991, 342). Como en los tribunales de menores de EE.UU., se crearían servicios auxiliares para el examen socio-psicológico del menor, incluyendo tests de inteligencia. Los informes de estos servicios se convirtieron en fuente de información sobre las familias, generalmente de las clases desfavorecidas (ibídem, 344). Así perdura la noción de Equipo

⁹⁸⁸ En la creación de los reformatorios jugaron un papel importante las Juntas Benéficas de Protección a la Infancia y de represión de la mendicidad, presididas por los gobernadores civiles. En Gipuzkoa la construcción del primer reformatorio -inaugurado en octubre de 1922- fue iniciativa de esta Junta. Cfr. Palacios (1997).

⁹⁸⁹ Respecto de la ausencia de culpabilidad del menor, dice el párrafo duodécimo de la Introducción de la Instrucción 1/1993 de la FGE: “...el sujeto del injusto menor de dieciséis años no es un sujeto motivable mediante la norma penal. El menor de edad no puede llegar a conocer, en su verdadera dimensión, el significado imperativo ínsito en la Ley penal.” Y en el antepenúltimo párrafo se destaca que los principios que explican esta peculiar jurisdicción descartan “cualquier atisbo retribucionista”.

Técnico⁹⁹⁰, con su pretendida interdisciplinariedad -formado por un psicólogo, un educador y un trabajador social-, y con el ideal de delimitar el interés del menor. Sus características son herederas de la Criminología, sin embargo, el criminólogo no encuentra en dicho Equipo una salida profesional, reclamada por algunos autores (Amadeu Recasens 1996).

⁹⁹⁰ Sobre la ubicación de los equipos técnicos, vid. Albarrán (1992) y del Rosal (1994). En cuanto a la intervención de sus miembros, vid. Orriach (1994). Respecto de los delegados de asistencia al menor y su función en la mediación, vid. Portalo (1994).

Anteriormente a la normativa actual, si el menor de dieciséis años realizaba un delito, se le sometía a un procedimiento especial por los Tribunales Tutelares de Menores que, como se ha indicado, en ocasiones podía tener consecuencias más duras que para los adultos (Moreno Catena 1996, 13-5). La LOPJ reguló en 1985 la figura de los jueces de menores -aunque no se ha logrado que entren en funcionamiento todos los previstos-, pasando las competencias de protección a las Comunidades Autónomas. La STC de 4 de febrero de 1991, resolviendo cuatro cuestiones de inconstitucionalidad, declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de 1948 que regulaba dichos tribunales, en cuanto que excluía importantes garantías procesales. Dicha ley sería modificada por la Ley Orgánica 4/1992⁹⁹¹, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en espera de una regulación completa y coherente. La reforma reviste especial importancia teniendo en cuenta que el NCP ha establecido, por fin, la mayoría de edad en los 18 años (art. 19)⁹⁹². Según la disposición final séptima, se deja en suspenso el art. 19 -y en opinión de López Garrido y García Arán (1996, 67), también el art. 69, que permite extender la regulación de la responsabilidad penal del menor a edades entre 18 y 21-. En todo caso, sigue en vigor el art. 65 ACP pudiéndose sustituir la pena por una medida de seguridad, si el infractor tiene entre 16 y 18 años⁹⁹³. Además, la

⁹⁹¹ Pasándose a denominar Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

⁹⁹² Propuesta ya aprobada por unanimidad en el Congreso, el 10 de mayo de 1994.

⁹⁹³ En este sentido, en diversos lugares ya se estaban realizando proyectos de tratamientos para menores entre 16 y 18 años, teniendo el juez la iniciativa para solicitar el ingreso en un centro pedagógico y considerando dicha estancia como tiempo de redención de pena. Para un ejemplo del proyecto realizado con menores de Euskadi y Navarra, véase Fundación Ametzagaña (1987).

disposición transitoria duodécima recoge un informe preceptivo sobre los factores influyentes en su conducta⁹⁹⁴.

El procedimiento en la justicia de menores comienza con la incoación de un expediente por el Fiscal, solicitando un informe al equipo técnico, que valorará para pasar a elevar una propuesta al Juez de Menores consistente en la conclusión de las tramitaciones, el sobreseimiento o el señalamiento de una comparecencia. Si se impone al menor una medida diferente a la amonestación, o deben aportarse medios de prueba, se procederá a la apertura de la audiencia. Una vez finalizada, el juez dictará la resolución correspondiente (Ayora 1997, 263, nota 15).

En el paso de un modelo tutelar y penal a otro de desjudicialización (Ríos 1997; Sancha y Puyó 1997), es posible enmarcar los proyectos de mediación. Respecto de las posibilidades en torno a la mediación, previstas tras la modificación efectuada por la ley 4/92, caben destacar tres (Tamarit 1993, 73-6):

⁹⁹⁴ Brevemente, sobre los problemas que plantea el régimen transitorio, vid. Quintero Olivares (1996b, 132-3).

1. Durante la instrucción o investigación, el fiscal puede proponer al juez el archivo del caso, si el menor ha reparado a la víctima o ha acordado hacerlo. Según el art. 15. 1. 6^a: “Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.” Aunque depende de la práctica concreta en cada juzgado, aquí la mediación no se prevé específicamente (Fiscalía General del Estado 1993, 866). Entendiendo la frase como disyuntiva, en principio, no existen límites para su aplicación, pero ésta no parece ser la interpretación doctrinal mayoritaria ni la de la FGE en su Instrucción 1/1993. Esa misma Instrucción remarca que no se requiere consentimiento de los representantes legales si la reparación es de naturaleza extrapatrimonial, “especie de conciliación, mediación o arrepentimiento”. Los fiscales controlan la selección y la supervisión, aunque realmente son los miembros del equipo quienes realizan una importante labor en este punto (Funes 1995, 226-7).

2. Tras la comparecencia, “considerando la naturaleza de los hechos”, el juez puede suspender el acto resolutorio por un período de hasta dos años, a iniciativa propia, del MF o del abogado del menor (art. 16. 3) -literalmente, se refiere a la suspensión del fallo⁹⁹⁵-. Habrá suspensión si, bajo acuerdo, el menor con sus padres o abogados, y la víctima aceptan una propuesta de reparación extrajudicial. No se especifica la forma de reparar ni el grado de participación del menor y la víctima⁹⁹⁶. Si ésta no expresa su oposición

⁹⁹⁵ Presentándose una serie de problemas procesales y de otro tipo, abordados por la Instrucción 1/93 FGE.

⁹⁹⁶ Pese a que la ley habla de “perjudicados”, la Instrucción 1/1993 de la FGE indica que debe entenderse el término en sentido amplio y la reparación como no estrictamente patrimonial.

se entiende que acepta y en caso de no hacerlo, cuando el juez considere que se opone irrazonablemente, la reparación extrajudicial se producirá de igual forma (art. 16. 3, pfo. 2º). Aquí estamos ante una mediación indirecta, que podría traducirse en un encuentro, aunque la ley no lo especifica.

3. Durante la fase de determinación de la respuesta, el juez puede imponer como medida en su resolución, trabajos en beneficio de la comunidad (art. 17.5ª), sin detallarse la necesidad del consentimiento. Esto no sería propiamente una mediación.

En definitiva, salvo programas concretos o casos específicos, parece que en estas previsiones legales prima el escurridizo interés del menor, dándose en cierta forma una instrumentalización de la víctima a la que, en ocasiones, se le supone vengativa. La normativa existente (Ley 4/1992) y los anteproyectos tratan de integrar textos internacionales de derechos humanos sobre menores⁹⁹⁷ pero, en la práctica, no consiguen alcanzar aspectos mínimos contemplados, por ejemplo, en las Reglas de Beijing (principio de oportunidad, de intervención mínima o despenalizadora e incluso, acercándose a los abolicionistas, de no intervención) (Recasens 1996). En todo caso, la ley 4/1992 ha otorgado un mayor poder al fiscal⁹⁹⁸. Respecto del principio de oportunidad, Javier Urra ha defendido esa “inseguridad jurídica” o, mejor, flexibilidad e inmediatez de la Ley 4/1992⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Vid. *supra* respecto del movimiento en favor de alternativas. Cfr. art. 39. 4 CE.

⁹⁹⁸ Véanse las Instrucciones 2/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención de los Fiscales ante la jurisdicción de menores. Así como la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, de dicha Fiscalía, sobre las líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Vid. también la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.

⁹⁹⁹ El que fue psicólogo de uno de los equipos técnicos de Madrid, y en la actualidad Defensor del Menor de dicha Comunidad, también defiende que se implique más a los padres, quienes, en muchas ocasiones, sólo se preocupan por lo que tienen que pagar. Indica, en todo caso, que la respuesta penal es positiva en casos de abusos sexuales en la familia por

su aspecto preventivo (Urta 1996).

Los proyectos de reforma parecen mantener esta tendencia. Aquí aludiré al Borrador de Anteproyecto de 1995 del gobierno socialista¹⁰⁰⁰, al Anteproyecto de 1996¹⁰⁰¹ del gobierno popular y a la Proposición de Ley de 1996 presentada por el PSOE. De acuerdo con Giménez Pericás, el anteproyecto de ley sancionadora del menor de 1995 fue paralizado, afortunadamente, -además de por la convocatoria de elecciones generales- por el CGPJ al considerarlo, junto con otras instituciones como la Unión Progresista de Fiscales, culpabilístico y retribucionista (1996a). Esto queda patente en los términos utilizados por la Memoria Explicativa de dicho Borrador. En ella se aludía a la dificultad de armonizar la retribución con la educación¹⁰⁰², teniendo en cuenta el marco internacional y el derecho comparado, principalmente el alemán. El Borrador utilizaba las palabras “sentencia” y “pena”, distinguiendo entre pena juvenil -pudiéndose llegar a los diez años de privación de libertad-, medida disciplinaria y medida educativa. Con pretendido tecnicismo, en las páginas 7 y 8 se hacía referencia a “la relación punitiva” existente (¿entre el Estado y el menor?), en tres fases, aplicando en cierta forma la teoría ecléctica de Roxin, aunque cabe dudar que dicha relación impuesta deba existir antes de haberse cometido la infracción. Por otra parte, este Borrador no aportaba ningún elemento innovador respecto de la mediación, aludiendo únicamente a la posibilidad del MF -cuando la pena no superase los tres años de privación de libertad- de ofrecer el archivo

¹⁰⁰⁰ Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, elaborado por la Secretaría de Estado de Justicia del gobierno socialista, en 1995.

¹⁰⁰¹ Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, aprobado por el Consejo de Ministros, el 4 de julio de 1997. El texto que manejo es anterior a dicha aprobación.

¹⁰⁰² Su art. 9 decía: “La aplicación de la presente ley tendrá como fin esencial la integración del joven y del menor en la sociedad, así como la reparación del daño causado y el restablecimiento del orden jurídico.”

provisional, si el menor aceptaba el cumplimiento de una serie de contraprestaciones indicadas -como la reparación civil o servicios en beneficio de la comunidad-, siendo necesario el consentimiento del mismo, de su abogado, de su representante legal y de la víctima, aunque estos dos últimos no eran determinantes para la decisión del juez (art. 53).

Por su parte, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, con fecha de 30 de octubre de 1996, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia popular, con participación de los Profesores García-Pablos, Vicente Garrido Genovés y el fiscal de menores Félix Pantoja, suprime toda alusión al término penal, entendiendo la justicia juvenil de naturaleza sancionadora-educativa, pero con todas las garantías constitucionales. En la Exposición de Motivos se da una definición de las medidas de conciliación y de reparación a la víctima (a las que hacen referencia los art. 15, 17 y 30. 13^a): “Se establecen las medidas con el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. En la conciliación el menor explica los hechos y formula una disculpa; su arrepentimiento ha de encontrar el perdón de la víctima. En la reparación, el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que ahora se precisa de una acción que va más allá, al implicar que el menor ‘haga algo’ que compense los perjuicios del delito.” Según el artículo 15. 3 es el Equipo Técnico el que informa si considera conveniente, en interés del menor, que éste realice una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, atendiendo también el interés de ésta, e indicando expresamente el contenido y su finalidad. El artículo 17 se refiere al archivo que puede proponer el fiscal en caso de reparación o de compromiso para realizarla, con el límite de que no exista empleo de violencia o intimidación. Asimismo, el fiscal puede solicitar en

su escrito de alegaciones la imposición de la medida de conciliación o reparación a la víctima (art. 21). Según el art. 30. 13^a el juez puede imponer, como medida, la reparación -no se alude a la conciliación-. Conforme a dicha disposición, en la reparación el menor ejecuta un compromiso al que ha llegado con la víctima, reflejado en servicios en beneficio de la comunidad o en acciones adaptadas a las necesidades del menor en beneficio de la propia víctima. Cabe indicar también que, según el art. 36, en los supuestos de infracción con pluralidad de víctimas, la sanción se impondrá en su máxima extensión, salvo otras consideraciones en interés del menor. Además, la disposición transitoria cuarta se refiere a la creación de los cuerpos funcionariales de psicólogos, educadores y trabajadores sociales forenses (nada se dice sobre su especialización en conciliación o mediación) que dependerán funcionalmente del MF.

Cabría destacar la polémica introducción a última hora de una disposición en dicho Anteproyecto -aunque el gobierno indicó después que no se defendería-, relativa al límite de determinación de distintas mayorías de edad penal: 16 años para delitos terroristas y 18 para los demás delitos, lo que vulneraría el principio de igualdad, amén de su dudosa eficacia en la reducción de este tipo de actos¹⁰⁰³.

¹⁰⁰³ En todo caso, esta medida era algo que ya se venía discutiendo en la comisión creada para estudiar la violencia callejera en el País Vasco, formada por los ministros de Justicia e Interior, los consejeros vascos de ambas carteras, el Fiscal General del Estado, el presidente de la Audiencia Nacional, el presidente y el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, habiendo mantenido diversas reuniones desde enero de 1997. Tras el asesinato del concejal de Ermua Miguel Ángel Blanco por ETA, en julio de ese año, el Gobierno ha propuesto una serie de iniciativas en un borrador titulado *Notas sobre violencia callejera y posibles medidas para abordarla*. En ellas se proponen juicios rápidos, prescindiendo de la fase de instrucción, una nueva redacción del art. 346 CP en relación con los incendios y estragos, la tipificación de las llamadas contramanifestaciones en un nuevo artículo 521 bis, la ampliación y concreción en los art. 153 y 514 de las manifestaciones ilícitas, y la ampliación de las amenazas para incluir el delito de apología del terrorismo. Véanse críticamente sobre estas propuestas López Garrido y García Arán (1997).

Por último, la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor fue presentada en 1996 al Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Como su propio título indica, recalca -en oposición al Anteproyecto de 1996- el carácter garantista del proceso penal. La exigencia de responsabilidad tiene dos fines básicos (según la Exposición de Motivos y art. 6): la integración del menor en la sociedad y la reparación del daño causado, en definitiva, la resocialización. Según el art. 64, el MF, tras los actos de averiguación, se ofrecería al menor -en caso de falta, y potestativamente en caso de delito que no supere los cinco años de privación de libertad, valorando la gravedad-, el archivo provisional del procedimiento, siempre que el menor acepte desarrollar una serie de contraprestaciones que enumera su apartado tercero, entre las que se encuentran la reparación civil del daño causado a la víctima y la prestación de servicios a la comunidad, incluyendo cualquier otra que el MF estime adecuada a su personalidad. Se requiere su consentimiento, así como el de su abogado, debiendo ser oídos su representante legal y la víctima.

Como vemos, aunque recogen la preocupación por la *diversion*, los proyectos de reforma siguen siendo restrictivos a la hora de contemplar la mediación reparadora, que no es destacada en ninguno de ellos, salvo quizá en el Anteproyecto de 1996, aunque, en mi opinión, sin un desarrollo adecuado.

Por otra parte, según el art. 14 de la actual LRCPJM, se excluye el ejercicio de la acción civil en el procedimiento de menores¹⁰⁰⁴. Algunos de los proyectos han intentado paliar la escasa participación de la víctima, quien ha de llevar su pretensión resarcitoria a la vía civil¹⁰⁰⁵. El Borrador

¹⁰⁰⁴ Por otra parte, conforme al art. 14 de la LRCPJM, según modificación producida con la ley 4/92, puede darse la mediación del tribunal, a solicitud de las partes, respecto de la restitución de los objetos sustraídos. Su decisión es ejecutiva sin caber recursos.

¹⁰⁰⁵ Sobre la regulación actual de las acciones civiles en los procesos con menores, véase Borredo (1994); sobre la intervención del perjudicado, cfr. Pérez Ruiz y Rodríguez

de 1995, permitía la acusación particular, aunque no popular, según los art. 43. 2 y 62. 4, lo que era rechazado por algunos profesionales en cuanto que entendían que ello era de carácter punitivo. El art. 62. 4 indicaba que el juez fijaría en la sentencia la obligación civil. El art. 10 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 1996, permite la personación del perjudicado ante el juez de menores en la pieza de responsabilidad civil que debe tramitar éste. Salvo la acción civil, no se posibilita el ejercicio de otras por particulares (art. 13 y 42). Por su parte, la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, presentada en 1996 al Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista, en su artículo 42, permite la acusación particular por parte del agraviado como “titular de los intereses que la ley penal protege al tipificar la conducta”. Igualmente, admite que el juez fije en la sentencia la obligación civil (art. 79. 4).

En definitiva, la justicia de menores parece concebirse como un proceso educativo-responsabilizador, teóricamente guiado por el interés del menor en equilibrio difícil con una serie de garantías¹⁰⁰⁶. Los menores objeto de estas intervenciones, a pesar de variaciones significativas relativas al sexo y a la clase social, siguen perteneciendo mayoritariamente a las clases más desfavorecidas y, en general, se enfrentan a muchos conflictos, no sólo con la víctima, sino también con ellos mismos, su familia, la sociedad y la justicia. Esto hace pensar que sin mayores esfuerzos -junto con la persistencia de demandas punitivas, a pesar de la general levedad de los casos (véanse las estadísticas, aludidas con anterioridad)-, las meras propuestas de mediación pasarán de moda, y se convertirán en un elemento más a elegir entre el catálogo de medidas a aplicar. Sin embargo, existen ejemplos positivos de esfuerzos en sentido diverso; uno de ellos lo constituye el programa desarrollado en Cataluña, que expongo a continuación en su contraste con otros desarrollados en Madrid y el País Vasco. Busco que estas experiencias ilustren el distinto desarrollo de la ley 4/1992, por lo que no realizo un estudio profundo de las mismas, impracticable en cuanto que no existen datos completos disponibles y, además, se encuentran en constante desarrollo.

5. 1. 2 Programa de Mediación en la Comunidad de Cataluña¹⁰⁰⁷

En 1981 se transfirieron las competencias en materia de protección y tutela de menores (RD 1291/81). Cuatro años más tarde el Parlamento catalán promulgó la Ley 11/1985 de Protección de Menores. En un ambiente de

¹⁰⁰⁶ La mediación, en su intento de hacer comprender al menor que ha causado un mal, un daño, como en el proyecto de Lovaina con adultos, influye en la construcción de la personalidad moral del sujeto, lo que podría entenderse como una estrategia de control social más intrusiva. Cfr. Rangugni (1996).

¹⁰⁰⁷ Vid. Soler 1996, Generalitat (s.f.) y Dapena y Martín (1992).

colaboración con los jueces¹⁰⁰⁸, los delegados de asistencia al menor -figura profesional creada en 1982-, y la Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia, ésta encargó en 1989 al Servicio de Medio Abierto la elaboración de un Proyecto Técnico sobre la práctica de programas de conciliación y reparación. El programa comenzó en mayo de 1990, con un acuerdo entre la primera promoción de jueces de menores y la Dirección General de Justicia Juvenil (Funes 1995) de manera que, de mayo de 1990 a junio de 1992, el proceso de mediación se realizaba a instancia del juzgado de menores. La intervención se consideraba como una medida educativa que implicaba la confrontación entre la víctima y el autor. Se tuvo en cuenta la ley catalana de inspiración francesa y la normativa internacional. El programa se estableció como una nueva forma de actuación basada en los principios de responsabilización, intervención judicial mínima, individualización y ampliación o diversificación de las actividades educativas para menores o jóvenes infractores (Soler 1996, 1).

¹⁰⁰⁸ A partir de la ley de 1992 cobrarán mayor relevancia los fiscales.

En el primer año de vigencia de la ley de 1992, que recogía ya el principio de oportunidad, la medida que se acordó con mayor frecuencia en Cataluña fue la mediación. El fiscal pedía un informe técnico al equipo y si éste comprobaba que el menor aceptaba su participación en los hechos y mostraba su voluntad de reparar, se derivaba el caso al equipo de mediación. Cuando, en contactos posteriores, se veía que existían posibilidades reales de reparar, el mediador informaba al fiscal y, con su autorización, podía contactar con la víctima¹⁰⁰⁹. En la medida de lo posible, se favorecían los encuentros. El mediador controlaba el desarrollo de los acuerdos, evaluaba e informaba a la fiscalía, que si lo consideraba adecuado podía pedir el sobreseimiento al juez. El equipo inicialmente dio prioridad al objetivo de la reparación¹⁰¹⁰, aunque potenciando procesos de mediación. En ocasiones, las mediaciones en grupo involucraban a adultos, para los que se rebajaba la pena o se dejaba prescribir el delito. Dentro del sistema de mediación, los tipos de programas realizados en 1992 comprendían la conciliación, las disculpas, la reparación/conciliación, la reparación económica/conciliación, la conciliación/servicios en beneficio de la comunidad y los servicios sin conciliación. Asimismo, en un 2,4% de los casos con víctima única y en un 1,7% con víctima plural, la actividad o el modo de reparación se determinaron a iniciativa de las partes (San Martín 1996, 751-3)¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁹ Este proceso se estima necesario para evitar una mayor victimación. No se quieren crear falsas expectativas en la víctima.

¹⁰¹⁰ Explica Soler que no es fruto del castigo o de la sanción, sino de la voluntad y el compromiso del sujeto infractor, así como también de la participación voluntaria de la víctima en la solución del conflicto (1996, 8).

¹⁰¹¹ Para un tabla detallada con las frecuencias en que se han acordado las distintas actividades, distinguiendo cuando la víctima era única o plural, véase la reproducción de San Martín (1996, 753).

En la valoración del programa¹⁰¹², del 1º de mayo de 1990 a diciembre de 1995, 3.154 jóvenes infractores y 1.928 víctimas aceptaron su participación. Los jóvenes que participaron tenían, fundamentalmente, edades comprendidas entre los 14 y 16 años (77,4%) y un 89% eran varones. El contenido de la mediación y la reparación consistió en un 68% de los casos en un encuentro conciliador y una actividad reparadora. En cuanto a la conducta posterior de los jóvenes, sólo reincidieron un 8,7% (Soler 1996). Al principio se trataba de intervenciones fundamentalmente con delincuentes primarios sin déficits educativos o sociales que habían cometido delitos menos graves (daños, hurtos, lesiones, amenazas, utilización ilegítima de vehículos de motor, etc.). En todo caso, los jueces involucrados entendieron que no existía razón alguna para limitarse a los delitos de escasa gravedad o a los delincuentes primarios.

¹⁰¹² Considero los períodos sobre los que se disponen de evaluaciones conocidas.

El Equipo de Mediación de Barcelona estaba formado por profesionales del cuerpo de delegados de asistencia al menor de la Generalitat, llegando hasta cinco delegados-mediadores, a los que se sumaba un supervisor del programa de reparación. En las secciones de Gerona, Lleida y Tarragona trabajan actualmente los delegados de asistencia al menor, coordinados también por dicho supervisor (Vizcarro 1995). Normalmente se trata de psicólogos o trabajadores sociales pertenecientes al juzgado o Departamento de Servicios Sociales de la Generalitat¹⁰¹³.

Por tanto, con este programa, se pretende pasar de un modelo tutelar a otro de responsabilidad. En el modelo de responsabilidad se persiguen, entre otros fines, los de facilitar el reconocimiento de las normas, la desjudicialización y la incorporación de los derechos de las víctimas, aunque al principio pesaba más la experiencia con menores. En todo caso, en la práctica, la mediación constituye la única vía de participación de la víctima en el procedimiento. Todo el programa supone una alternativa no sólo al sistema tradicional de sanciones, sino también a la visión de las personas. Recordando lo que decía Bustos en el capítulo segundo, éstas se conciben como sujetos capaces de diálogo, sin perjuicio de que siempre subsista la pena. Como objetivos para la comunidad se destacan el acercamiento de la justicia a los ciudadanos, de manera que además puedan conocer otras formas de reacción, y la participación en un procedimiento ágil.

Como condiciones de entrada, a evaluar por el mediador, se exigía la asunción de cierta responsabilidad, la voluntariedad de mediar, y la capacidad reparadora. Hasta octubre de 1996, estas condiciones de entrada eran consideradas por el equipo técnico que, en su caso, derivaba el asunto

¹⁰¹³ Se realizaron y recibieron visitas de personas implicadas en modelos alemanes -sorprendidos de que en Cataluña se realizaran numerosas mediaciones con entidades-, austriacos, holandeses, etc.

al equipo de mediación. A partir de octubre de 1996, todos los casos pasan directamente al equipo de mediación que valorará esas condiciones (un 50% de los casos se remiten después al equipo técnico por no considerarse aptos para la mediación. Anteriormente, entraba en mediación un 25%). Con la nueva organización prevalece el principio de oportunidad sobre el de adecuación y se hace primar el derecho del menor de reparar a su víctima. En todo caso, para su funcionamiento, continúa el acuerdo con los fiscales. Esta innovación se aplica, de momento, en Barcelona (que supone el 80% del trabajo de toda la Comunidad), única provincia donde existe un equipo específico de mediación. En la actualidad trabajan unos 6 mediadores formados, con dedicación exclusiva.

En cuanto evaluaciones más globales de lo realizado, desde mayo de 1990 hasta mayo de 1996, se han llevado unos 3.600 casos (2/3 desde la ley de 1992). Todos, menos uno, con base en la regla sexta de dicha ley. Un 4% implicaban violencia o intimidación, permitiéndolo el fiscal. Han participado 3.415 menores y 2.071 víctimas (el menor número de víctimas se debe a que muchas infracciones se cometen en grupo. Un 5% no quisieron participar). Un 52% de las víctimas eran entidades públicas o privadas. Los hechos eran mayoritariamente robos con fuerza e intimidación, daños y lesiones. En un 83%, la finalización del proceso de mediación fue positiva (en un 17% se concluyó sin solución. Actualmente este porcentaje es inferior, a lo que ha ayudado la experiencia de mediación obtenida). Se dio una media de tres meses desde la orden del fiscal, que permitía el proceso, hasta el final de la reparación. Comparativamente, los casos sin mediación superaron como media esos tres meses. En la mayoría de los supuestos se acabó sólo con mediación, conllevando dicho proceso en sí mismo elementos reparativos. Si en la mediación se acordó algún tipo de reparación -especialmente en casos con entidades-, el procedimiento se demoró algo más. Un 68% de los casos se

produjeron con encuentro, un 23% sin encuentro y un 9% mediante reparación indirecta. No existía relación directa entre la gravedad formal del hecho tipificado y la gravedad sentida por las partes en conflicto (la valoración de las consecuencias de la mediación también variaba). El procedimiento de mediación aportó mucho a la víctima y conllevó claros elementos reparadores (de tranquilidad o garantía de que no se repetiría el hecho, de explicación de por qué a ella, de compensación, etc.).

Se concluyó que el mediador ha de ser neutral, corrigiendo su experiencia de ayuda al menor. No puede tratar las deficiencias ni de la víctima ni del menor, sino el conflicto concreto (aunque puede derivar ciertos asuntos a otros compañeros del equipo técnico). El mediador no tiene poder en la decisión, sino en el proceso.

Por regla general, los padres no participan en el encuentro, ya que -sobre todo si la víctima es adulta- se suele dejar al menor en segundo plano. Si se trata de asegurar un pago, como los menores carecen de capacidad para hacerlo¹⁰¹⁴, se hablará con los padres sobre este asunto. En el tema de la responsabilidad civil, se dio el caso de cuatro chicas que quemaron una masía. La víctima quería que, mediante el proceso de mediación, se dieran cuenta de lo que ello supuso, pero advirtió que iría a la vía civil para obtener reparación económica, cosa que hizo. En otros casos, dependiendo de los jueces, si en el informe sobre el caso archivado se dice que hubo cierta reparación -aunque no fuese total- la víctima lo tiene difícil para la reclamación en vía civil. Según Dapena, coordinador del programa de mediación, los jueces deberían dejar abierta la vía civil, como parece ser el criterio de los proyectos de reforma. Pero, como se hace en otros países, podría recogerse el acuerdo económico en una sentencia. En todo caso, respecto

¹⁰¹⁴ Sería conveniente un fondo, como el existente en Alemania, que permitiese a los menores realizar un trabajo, pagando a la víctima por anticipado.

de la ejecución del acuerdo, los fiscales subrayan que no pueden controlar los posibles acuerdos económicos. Finalmente, pueden redactarse o pactarse verbalmente acuerdos con entidades públicas y privadas por los que se renuncia a la reclamación civil, si se repara (así se ha hecho con El Corte Inglés, Metro, Telefónica, Virgin, etc.).

En cuanto a las fases del modelo catalán¹⁰¹⁵, Soler, como mediadora, explica que se inicia con un trabajo separado con las partes, de la siguiente manera:

1- Contacto, valorando en el menor el reconocimiento, la voluntariedad y la capacidad. El reconocimiento y la capacidad pueden trabajarse por parte del mediador mediante una serie de técnicas. Naturalmente la voluntariedad es relativa, si se piensa en la amenaza del juicio. Tras el contacto, el mediador decide si “a este chico me lo quedo en mediación”.

2- Análisis, recogiendo información sobre las vivencias del hecho, la actitud y posibles soluciones. Si los padres no dan su autorización, suele rechazarse el caso para la mediación. En un procedimiento judicial los padres deben acatar la decisión del juez, pero no así la del mediador en un procedimiento de mediación.

3- Elaboración de un informe breve de viabilidad para el fiscal. En su redacción puede caerse en contradicciones en cuanto que se habla, simultáneamente, de presunto culpable y de la asunción por el menor de cierta responsabilidad. Dapena explica que esta “cierta responsabilidad” difiere de la culpabilidad en sentido jurídico, lo cual asume el ministerio fiscal. Si un menor tiene miedo ante el juicio y se reconoce culpable sólo para evitarlo, no se acepta ya que el juicio -aunque suponga un trago amargo para el menor- constituye el único espacio donde se puede reconocer su inocencia.

¹⁰¹⁵ Precisa el carácter impulsivo de la cultura española que hace que las fases y su contenido se realicen más flexiblemente.

Además, se trabaja con grupos de infractores, si han cometido el hecho colectivamente. Cuando unos quieren y otros no, se hace con los que quieran. También se realizan mediaciones con reincidentes. Como ya se ha indicado, desde octubre de 1996¹⁰¹⁶, las diligencias de fiscalía llegan directamente al equipo de mediación. El mediador no puede ejercer el principio de oportunidad, sino que redacta un informe, pidiendo la autorización del fiscal, que es quien lo ejerce. Una circular interna de la FGE explica que el informe técnico no tiene por qué recoger sólo lo que dice la ley.

4- Con la aprobación del fiscal, se contacta con la víctima. Primero por carta certificada, avisando de que se le telefonará. El mediador llama en todos los casos, aunque suele ser la propia víctima quien toma la iniciativa. Si no desea participar, siempre se valora positivamente la información proporcionada. De cualquier forma, puede haber una segunda carta. El trabajo de mediación resulta laborioso en cuanto a la gestión. Con la llamada de teléfono se pretende concertar una entrevista, que no siempre es posible ante las dificultades del traslado o a que la víctima dé por zanjado el asunto por considerarlo sin importancia¹⁰¹⁷. En caso de que la víctima busque un castigo para el infractor, este deseo es meramente orientativo. Puede ocurrir también que ésta no desee la mediación por los beneficios que le reporta la victimación.

En la entrevista con la víctima es importante que ella defina su grado de afectación. Suelen decir que no saben qué hacer, que harán lo que esté bien para el menor -convirtiéndose en una actitud cívica-, etc. En todo caso, la función de la víctima no es la de educar. En la entrevista se le informa

¹⁰¹⁶ Anteriormente se daba una exploración previa -que no se transformaba en informe al fiscal- y se podía pasar del equipo técnico al de mediación.

¹⁰¹⁷ Sobre la ausencia de identificación como víctimas, definiendo el problema como otro tipo de conflicto, cfr. Larrauri (1993, 86-8).

sobre la justicia de menores y el papel del mediador, dejando claro que éste no es un representante del menor. A pesar de ello, los mediadores reconocen que, en la ley, la reparación se configura como un recurso en favor del menor. Sin embargo, la práctica demuestra que sólo si víctima e infractor ganan, el menor gana.

Se prefieren los programas con participación de la víctima. Los programas sin participación de la víctima suelen darse cuando no se la localiza o se niega, prefiriendo un juicio, etc. (se dan casos en que no desea el encuentro pero sí la reparación).

5- Se buscan horarios adecuados para el encuentro, siendo también importante el lugar (incluyendo el mobiliario; se procura utilizar una mesa ovalada¹⁰¹⁸ o, si no, se crea un espacio apropiado con una determinada distribución de las sillas).

¹⁰¹⁸ Véase la ilustración de esta página para un ejemplo simbólico-artístico de lo que constituye una mesa apropiada para negociaciones, donde entran consideraciones de Psicología social y proxémica.

Durante el encuentro:

-El mediador aclara que la mediación significa un espacio para resolver el problema, en que él es un mero facilitador. En todo caso, debe conseguir que las partes le otorguen poder para dirigir el proceso (dar la palabra, etc.).

-El mediador aclara las reglas de la mediación: disponen de la misma cantidad de tiempo para hablar; deben cesar cuando se les indique; no se permiten ataques personales; pueden decir al mediador si no está siendo neutral -les otorga poder-; se asegura la confidencialidad y la posibilidad de que las partes añadan otras reglas.

-Por último, tras recoger información, se llega a un compromiso: explicando la vivencia del conflicto -el mediador debe ser capaz de que se manifieste externamente el malestar, mediante técnicas de reformulación, etc.-; ordenando, sacando el grano de la paja -utilizando la pizarra para identificar problemas-; negociando los desacuerdos, empezando generalmente por el más fácil; y firmando o expresando acuerdos verbales, que suelen ser más adecuados en el código de los adolescentes. Cuando existe un pago económico, debe hacerse por escrito. El acuerdo puede consistir en conductas (saludarse, hablar con una persona, etc.), un pago fraccionado u otra actividad reparadora. El mediador puede dar información para conseguir un acuerdo proporcional -p. ej. indicando lo que hubiese ocurrido en un proceso judicial: amonestación, etc.-. Debe explicar en qué consiste el acuerdo. A veces se oye a los menores decir: "Me han castigado a

cuatro días de limpieza del metro”, pero en todo caso la víctima no castiga, ni se pactan los castigos. Es preciso recordar lo que significa la mediación.

6- El mediador no puede hacer nada si no se cumple el acuerdo, aunque puede volver a mediar o informar para que continúe el procedimiento. En definitiva, se constata que no existen mecanismos legales para hacer cumplir el acuerdo mediado. Finalmente, cabe indicar que, en ocasiones, pero muy excepcionalmente, las partes pueden volver a encontrarse tras la actividad reparadora.

Después de estas consideraciones, es preciso resaltar que, en Barcelona, tras más de cinco años de análisis, se propugna un cambio del modelo meramente educativo centrado en el menor. Se pide un tratamiento de los conflictos que involucre a ambas partes. Además, el éxito del programa de mediación, según información de sus organizadores, ha hecho que se vacíen centros de internamiento, lo que supone la necesidad de reestructurar su personal y prever un presupuesto -estos centros reciben una gran partida del presupuesto general de justicia juvenil-.

Sin embargo, también se escuchan voces críticas. Entre ellas se encuentra la de Lúdia Ayora, psicóloga en un equipo técnico de Cataluña, quien señala que las pretensiones del modelo de responsabilidad sólo serán alcanzadas si existe una red comunitaria que atienda las distintas carencias de los adolescentes. Generalmente, los jóvenes que acceden al programa de mediación son aquellos no reincidentes, a quienes se imputa una infracción de escasa gravedad, siempre que se estime en ellos una responsabilización suficiente y una actitud respetuosa respecto de la ley. Estas condiciones permiten plantearse el problema del ensanchamiento de la red de control social. Además, existe la amenaza de la vía judicial, lo que cuestiona la voluntariedad. Por otra parte, podrían verse dañados el principio de

presunción de inocencia y de igualdad. Teniendo en cuenta los datos estadísticos en Cataluña -en contradicción con los ofrecidos por los organizadores del programa de mediación-¹⁰¹⁹, Ayora concluye que “las alternativas han tenido una incidencia prácticamente nula para reducir la privación de libertad de los menores infractores”, aunque en todo caso el porcentaje de internamientos es muy bajo y se ha mantenido estable. Parece que la población sujeta a las medidas se ha diversificado “para cubrir las necesidades de los dos sistemas: el de las alternativas y el del internamiento”. De esta manera: “en vez de la amonestación generalizada que se aplicaba a principios de los años ochenta, ahora se aplica un 20% de libertad vigilada, un 12,28% de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y casi un 24% de reparación a la víctima” (1997, 273-4).

5. 1. 3 “Programa” de Mediación en la Comunidad de Madrid¹⁰²⁰

No todos los juzgados de menores existentes en Madrid han mostrado la misma sensibilidad y preparación, siendo principalmente dos los que llevan a cabo regularmente reparaciones extrajudiciales y trabajos en beneficio de la comunidad, sin que exista un programa similar al de Cataluña. Se realizan reparaciones extrajudiciales que se reflejan en un archivo del procedimiento o, más raramente, como condición de la suspensión del fallo. En ocasiones, se desarrolla la mediación por parte de uno o dos trabajadores del equipo técnico, aunque no siempre se contacta con la víctima, según se estime la conveniencia de su presencia. En caso de que no esté presente, dichos

¹⁰¹⁹ Véase, sobre el período de junio de 1994 a mayo de 1995, el número 14 de la Revista *Justiforum* de 1996.

¹⁰²⁰ Datos obtenidos fundamentalmente de mi visita, realizada en julio de 1995. Véanse Urra (1995a y b), Laínez y otros (1995), Centro Trama (1995), González Castillo, Franco y Laínez (1995) y Ríos Martín (1992; 1993; 1995).

trabajadores firman el acta de reparación. La reparación puede consistir en una disculpa que queda plasmada en ella.

De acuerdo con el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia (IMAIN), respecto de la reparación como condición de suspensión del fallo, ésta no es la mejor manera de mediar, en cuanto que se considera forzada y el menor ya ha sufrido el proceso. En caso de que se imponga un trabajo en beneficio de la comunidad como medida, se entiende a la víctima en sentido colectivo, permitiendo una interacción positiva. De cualquier forma, bajo dicho entendimiento es posible que se realice un trabajo comunitario como reparación a la víctima en momentos anteriores del proceso. Este tipo de actividades se desarrollan por el IMAIN, bajo el Programa de Atención a Menores en Conflicto Social, creado tras la reforma producida con la ley 4/92 dentro de lo que se consideran servicios sociales. Se colabora con distintos centros que reciben subvenciones para desarrollar proyectos de reparación y trabajos comunitarios. La filosofía de este programa sigue las normas internacionales, siendo su objetivo educar e insertar socialmente al menor. Ello supone responsabilizarle de sus propios hechos, haciéndole protagonista de su propia historia. Los proyectos de mediación/reparación se definen por el IMAIN como intervenciones educativas, propuestas por el fiscal, que implican una confrontación del infractor con su propia conducta y sus consecuencias; de manera que se responsabilice por ellas y compense a la víctima individual, corporativa o a la comunidad en general, a través del cumplimiento de algún acto o actividad en su beneficio.

El funcionamiento del IMAIN se basa en el concepto de desjudicialización y mínima intervención judicial, siendo el objetivo de la mediación/reparación dar una respuesta educativa e individualizadora a la comisión de actos antisociales, evitando la relación del menor con el mundo judicial. Como se ve, los intereses de la víctima no se encuentran entre los

objetivos del programa. En otro documento del IMAIN sobre la reparación, se reconoce que no resulta del todo correcto hablar de reparación *extrajudicial*, ya que, realmente, el campo de acción es el judicial, y, en todo caso, interviene el fiscal. Se concluye que la reparación se encuentra fuera del proceso judicial ordinario, aunque dentro del sistema judicial. En la actualidad se debate esa dependencia directa o colateral, que puede resultar necesaria para garantizar ciertos derechos procesales y porque, ante la realidad social, sería difícil encontrar una figura o institución con el suficiente prestigio para que el ciudadano respetase su intervención.

Conforme a una evaluación interna de las reparaciones extrajudiciales aplicadas por un equipo técnico de Madrid, de enero de 1993 a febrero de 1995, de 989 casos tratados, sólo en 124 (12,5%) se llegó a actividades reparadoras, siendo el 75,8% de ellos casos de daños (fundamentalmente por vandalismo). El 50% de los menores procedían de ciudades pequeñas o áreas rurales, indicando que el programa parecía funcionar, de forma correcta, en situaciones de control social estrecho. Un 99,9% de los menores manifestaron su voluntad de reparar, haciéndolo en un 25,8% de los casos pidiendo disculpas de manera formal y organizada, en un 24,7% limpiando lugares públicos, en un 44% desarrollando actividades "ecológicas" y en un 4,3% colaborando con asociaciones no lucrativas. Se recalca el éxito por la baja tasa de reincidencia -sólo dos casos de dibujantes de grafitis-. La conclusión de dicha evaluación es que la reparación favorece el comportamiento normalizado. En todo caso, el proceso requiere tiempo. Es una intervención intensa, en que debe garantizarse "la idea de control social, en su sentido amplio". Igualmente, se vincula la realización de dichas medidas a la actividad profesional de los educadores del equipo, asegurando esa profesionalización la continuidad del programa (González, Franco y Laínez 1995).

5. 1. 4 "Programa" de Mediación en la Comunidad del País Vasco

Aunque en el País Vasco el número de delitos cometidos por menores es inferior a otras zonas del Estado (Bandrés 1996, 174), la mediación o reparación extrajudicial se ha llevado a cabo, por parte de los equipos técnicos, con mayor intensidad, pero sin dedicación exclusiva o especializada, especialmente desde la ley 4/92¹⁰²¹. Está centrada, sobre todo, en el archivo del expediente, siendo raros los casos de suspensión del fallo¹⁰²². Se concibe por la mayoría de los profesionales de los Equipos Técnicos y delegados de asistencia al menor como un procedimiento educativo distinto de la mediación comunitaria o social, con lo que se justifica la mayor atención a los intereses de aquél. Por esta vía de archivo se han tratado supuestos de daños a bienes públicos -donde la reparación consiste básicamente en trabajos al servicio de la comunidad, como puede ser la limpieza de ciertas zonas-, siendo asistentes del ayuntamiento los representantes del mismo en este proceso; de insultos; de robos con intimidación y con violencia, de hurtos, de abusos deshonestos, etc.

De la valoración de las mediaciones y reparaciones extrajudiciales en el País Vasco se han extraído algunas conclusiones sobre la variedad de los casos, el papel de los padres del menor infractor, el derecho de las víctimas

¹⁰²¹ Para la elaboración de este apartado me baso en los datos aportados en la reunión del 28 de enero de 1997 en Vitoria-Gasteiz, dentro de un programa de formación organizado por el Gobierno Vasco sobre esta temática, en el que participaron el personal de los equipos de las tres provincias, a los que debo agradecer su colaboración. Según los últimos datos hechos públicos, en la apertura del primer centro educativo especial para chicas en la CAPV, hasta el mes de julio de 1997 se produjeron 65 conciliaciones entre menores infractores y víctimas, doblando la cifra del año anterior -como ha ocurrido también con los trabajos en beneficio de la comunidad- (El País, 10 de septiembre de 1997, p. 6 País Vasco).

¹⁰²² Se desaconseja porque, para cuando se llega a este momento, es demasiado tarde y la misma valoración de los hechos cambia.

-muchas veces también menores- a no querer participar, la posibilidad de aplicar esta medida a menores reincidentes, el interés por la responsabilización en un proceso educativo y la colaboración con los educadores de calle. La reparación extrajudicial supone, a la larga, un ahorro de tiempo y energía -algunos dicen que particularmente para los fiscales-. Se trata de una resolución directa y rápida, pero que representa un esfuerzo para el equipo (“da mucho trabajo”), aunque se obtiene una satisfacción personal expresada en distintos términos. Además, se resuelven algunos problemas concretos (se pagan daños, se dan disculpas...).

En 1997, el Gobierno Vasco ha firmado convenios de colaboración, con el objetivo de realizar mediaciones/reparaciones extrajudiciales -ampliable después a trabajos en beneficio de la comunidad-, de manera que instituciones como Renfe, Metro Bilbao y Eusko Tren renuncien a la acción civil. También existen planes futuros para firmar convenios con Telefónica, las compañías de autobuses y otras instituciones afectadas por actos vandálicos¹⁰²³.

Por su parte, los fiscales mantienen una actitud favorable, de “mutua comprensión”. Se supervisa la ejecución de acuerdos por el propio equipo y, en todo caso, se realiza la exploración y se registran los datos del menor. Los padres “a veces fastidian el procedimiento” y los abogados no se suelen implicar. No parecen presentarse problemas o se desconocen si existen, relativos a la petición de responsabilidad civil en otro procedimiento. La reparación consiste en trabajo al servicio de la comunidad, disculpas¹⁰²⁴,

¹⁰²³ Véase El País de 13 de junio de 1997, País Vasco, p. 5. No hay que olvidar los actos de vandalismo protagonizados por algunos grupos de la izquierda abertzale. Respecto de ello, el informe sobre la violencia juvenil encargado al sociólogo Elzo por el Gobierno Vasco proponía, entre otras medidas, la mediación con la víctima (1995, 30; 35; 11), además de enseñar en las escuelas técnicas de resolución de conflictos.

¹⁰²⁴ En un caso, las víctimas insultadas le dicen al menor: “No hace falta que nos pidas perdón, no queremos humillarte.”

seguimiento de un tratamiento, etc. Los fracasos constituyen un número reducido.

Se contacta primero con el menor. Antes del informe del equipo se pide la viabilidad al fiscal y sólo después se contacta con la víctima. Se plantea la discusión sobre el respeto del principio de igualdad de trato, reconociendo que el equipo tiene cierto poder al decidir ofrecer o no la reparación, según distintos criterios (esencialmente, su actitud presente y futura de responsabilización). Una vez confesados los hechos, se garantiza el respeto a la presunción de inocencia, pero unos profesionales se centran más que otros en la exigencia de un previo sentido de responsabilización, como criterio para el ofrecimiento de esta medida. Algunos profesionales manifiestan que, en la propia ley, se configura su deber de ofrecer la reparación y por tanto el derecho de los menores a que se les ofrezca. Otros no plantean esta posibilidad cuando ven que el menor sólo tiene interés en obtener una salida más beneficiosa o la víctima sólo pretende una reparación económica. Se discute así el significado de la palabra responsabilización en este campo, su modo y tiempo de asumirla. En principio, no se limitan los casos, aunque el fiscal suele atender a su gravedad y el equipo a los elementos educativos. Las partes firman un acta de reparación, de la que podrán conservar copia¹⁰²⁵. En el acto de conciliación suelen participar más de una persona del equipo, en parte porque se trata de algo nuevo. Finalmente se elabora un protocolo de evaluación de la reparación, firmado por el perjudicado, el mediador y el menor -realmente no es una evaluación conjunta, es más una valoración del perjudicado¹⁰²⁶-, enviando un informe a la fiscalía solicitando la conclusión de la tramitación, si el proceso ha resultado positivo.

¹⁰²⁵ Urrea recomienda que no se haga (1995b, 25).

¹⁰²⁶ Véase el ejemplo del Juzgado de San Sebastián en la Parte Quinta.

Actualmente se debate la creación de un servicio especial que, por diversos motivos, entre ellos profesionales, provoca un cierto recelo. En todo caso, los psicólogos, educadores y trabajadores sociales se consideran, en general, “por lo menos más capaces que un voluntario”, demandando una mayor participación en la toma de decisiones organizativas y un mayor reconocimiento de un trabajo, bien realizado, bajo condiciones precarias¹⁰²⁷.

¹⁰²⁷ Sobre la necesidad de una mayor clarificación en el reparto autonómico, provincial y municipal en la nueva Ley de Servicios Sociales, vid. Bandrés (1996, 172; 174).

5. 2 LA MEDIACIÓN REPARADORA CON INFRACTORES ADULTOS

Partiendo del reconociendo de la artificialidad de las categorías menor/adulto, como límite a las alternativas, suele vincularse, sin embargo, la prevención especial positiva a la justicia de menores. En este apartado se indicarán diversos proyectos desarrollados o previstos en relación con el derecho penal, involucrando por tanto a infractores adultos. Muchos de ellos se están llevando a cabo por iniciativa de las Oficinas de Asistencia a la Víctima y los Institutos de Criminología, habiendo mostrado su interés algunas fiscalías.

5. 2. 1 El proyecto valenciano

Según información de la persona responsable de la Oficina de Valencia, el programa de mediación cesó en mayo de 1996 por falta de medios humanos, aunque en la práctica continúan las mediaciones de forma esporádica y espontánea. El programa, ha sido seguido con gran atención por el propio Consejo General del Poder Judicial. En dicha oficina trabaja un equipo de dos abogados, dos trabajadores sociales y un secretario, además, ocasionalmente realizan sus prácticas en ella estudiantes de la Escuela de Trabajo Social¹⁰²⁸. El proyecto de mediación con adultos comenzó en 1993, teniendo como objeto faltas y delitos dentro del procedimiento abreviado (art. 779 LECrim)¹⁰²⁹, valorando muy positivamente el acuerdo alcanzado con

¹⁰²⁸ Se espera, por lo demás, poder contar con profesionales en el campo de la Psicología (González Vidosa 1995, 67).

¹⁰²⁹ Cabe recordar que la Circular n.º 1/89 de la Fiscalía General del Estado, dedicada al estudio del procedimiento abreviado, indicaba que: "la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que en el proceso penal, frente a las zonas en conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben precisarse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y a la función

los jueces de instrucción (OAVD de Valencia 1996; 1997; González Vidosa y Jorge 1995; González Vidosa 1995). En 1995 se realizaron 60 mediaciones, llegándose a acuerdos en la mitad de las mismas. En el caso de las faltas, el fiscal se comprometía a no ejercer la acusación. En el caso de los delitos, se acordaba una disminución de la pena al mínimo legal (San Martín 1996, 759; 762; 764).

resocializadora de la pena.”

La Oficina de Valencia fue la primera de este tipo en España, ayudando a su creación, en abril de 1985, la influencia de profesores como José Ramón Casabó y Antonio Beristain. Tuvo como modelo el sistema holandés y las resoluciones y recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa (Aguinaga 1993, 67; de Jorge 1993, 453). De hecho, esta Oficina, dependiente de la Dirección de Justicia de la Generalidad Valenciana, ha servido y sirve de ejemplo para la puesta en marcha de otras posteriores¹⁰³⁰. Dentro de la Comunidad, en 1991 y 1992 se crearon otras en Alicante y Castellón, respectivamente (González Vidosa 1995, 63-4).

En la organización de la Oficina valenciana se distinguen tres unidades: de recepción, jurídica y social, estando esta última a cargo de las tareas de mediación. Las técnicas de mediación fueron utilizadas ya en el primer semestre de 1991, con la colaboración del Juzgado de Instrucción número 2 de Valencia, en casos de amenazas, abandonos de familia y apropiaciones indebidas, aunque sólo tuvieron éxito en un caso (Jorge 1993, 426). En 1994, se estimaba que habían recibido servicios de mediación un 16% de los casos (González Vidosa 1995, 67; 74).

El programa concreto de mediación se inició bajo inspiración del de Lovaina (Bélgica), concretamente con ayuda del Prof. Tony Peters y de una

¹⁰³⁰ Estas oficinas, en general, se conciben como servicios públicos, creados por las Comunidades Autónomas, aunque otras como la originaria de Barcelona, abierta en abril de 1989, pueden depender del Ayuntamiento (de Miguel 1992, 145). No existe una agencia central o una asociación nacional de asistencia a las víctimas del delito. En 1991 comenzó a funcionar un servicio en Bilbao, y se abrieron otros en Donostia-San Sebastián a finales de 1994 y en Vitoria-Gasteiz en 1995, dependientes de la Dirección de Derechos Humanos. En 1993, se establecieron oficinas en las Islas Baleares (FGE 1993, 557) y en Las Palmas de Gran Canarias. Posteriormente se han creado o se ha proyectado crear oficinas en Murcia, Sevilla, Málaga, etc. Con la Ley 35/1995 se espera que se extiendan aún más. Existen oficinas o servicios más específicos, desarrollados por organizaciones no lucrativa, generalmente con financiación estatal, autonómica, provincial y/o municipal. Es el caso de algunas oficinas que atienden a víctimas del terrorismo en el País Vasco, a víctimas de ataques xenófobos, de violencia doméstica o de abusos en materia de consumo. Según se indicó anteriormente, pueden destacarse, además, las de víctimas de accidentes de tráfico, del síndrome del aceite de colza, de madres contra la droga, de usuarios víctimas del sistema sanitario, etc.

persona de dicha Universidad involucrada en el proyecto y que estuvo realizando sus prácticas en Valencia. Precisamente, el proyecto valenciano fue evaluado en Lovaina en mayo de 1994 ante representantes políticos y técnicos de la Unión Europea (González Vidosa 1995, 77).

En cuanto a la estructura del proyecto, pueden indicarse sus límites, fases y evaluación interna (ibídem, 91-2). Existían dos límites: los infractores no debían ser reincidentes y debían reconocer previamente los hechos que se les atribuían, antes o durante la mediación. Una vez constatados estos requisitos se desarrollaba el proceso en nueve fases: 1. valoración informal por el juez; 2. comunicación a la oficina, aportando datos sobre la víctima, sobre el sospechoso y una copia de la denuncia o del atestado; 3. apertura de un archivo del caso por el mediador; 4. entrevistas separadas con la víctima y el sospechoso¹⁰³¹; 5. fijación del interés de la reparación económica y moral de la víctima, así como cuestionamiento del autor sobre los hechos; 6. determinación de la oferta del infractor; 7. concreción del acuerdo entre el autor y la víctima¹⁰³²; 8. firma del mismo en la oficina¹⁰³³;

¹⁰³¹ Este último recibe una carta del tribunal indicando que se ha informado de la denuncia a la oficina. En ella se le ofrece llegar a un pacto o acuerdo con la víctima, como fórmula alternativa a la posible sanción penal. Se recalca el interés de la mediación para el propio sospechoso, en cuanto que ayudaría a la resolución del conflicto, pudiendo proponer él mismo alternativas que serán tomadas en cuenta, en su caso, en la resolución judicial. Se le indica que la entrevista tiene un carácter confidencial, que su participación es voluntaria, que puede consultar un abogado y que los mediadores son profesionales neutrales. Finalmente se proporciona la dirección y el número de teléfono de la oficina, con la que puede contactar si está interesado.

¹⁰³² Contactándose con el abogado del acusado, si este acuerdo implica un reconocimiento de los hechos, de manera que aquél pueda examinar la propuesta del acuerdo. En general, se informa a los fiscales cuando existe un pacto sobre los hechos y la pena, pidiendo que solicite la pena mínima. Asimismo, la mediación tiene un valor orientativo para el juez a la hora de dictar la sentencia, pudiendo pedir la suspensión de la ejecución, etc. Igualmente, en caso de delitos privados, la víctima puede acordar perdonar o no seguir con la acusación particular.

¹⁰³³ Existe un modelo de propuesta de acuerdo que comienza con los nombres del denunciante y del denunciado, el número de referencia del procedimiento judicial y su contenido. Se indica que este procedimiento implica un canal informal de mediación y se

9. emisión de un informe de la oficina al juzgado y ratificación del mediador ante el tribunal del acuerdo a que se ha llegado libremente por las partes¹⁰³⁴. En caso de que la mediación fallase, la oficina informaría al tribunal, sin indicar las circunstancias de dicho fracaso.

En la Memoria relativa a 1994 se definía la mediación como un proceso que comprende la conclusión de un acuerdo o pacto entre la víctima y el autor, empezando por el reconocimiento del daño. Se indicaba que se dieron casos de mediación en dicho año para hechos que incluían violación y agresión sexual.

remarca que ambas partes, libre y voluntariamente, aceptan y están de acuerdo en las demandas de la víctima -considerando valiosa la participación activa de la misma en la resolución alternativa del conflicto-. El presunto autor establece su compromiso y forma de reparar. Finalmente se subraya que el incumplimiento de los términos acordados hará que se continúe el procedimiento judicial.

¹⁰³⁴ El tribunal puede adoptar medidas para ejecutar el acuerdo. La oficina puede ser designada para controlar el acuerdo e informar periódicamente.

Una primera evaluación del proyecto, de enero a junio de 1994, puso de manifiesto que se había mediado en 20 casos, la mayoría asuntos leves, principalmente lesiones (González y Jorge 1995). Un 70% de las víctimas eran mujeres, relacionándose las infracciones con violencia doméstica. En 14 casos las víctimas no vieron satisfecha su demanda de restitución económica o de modificación del comportamiento. En dos casos seleccionados, se llegó a un acuerdo espontáneo entre las partes, antes de que interviniera el mediador. Sólo se concluyeron acuerdos en cuatro casos, indicando las dificultades por la falta de recursos humanos y al no poder establecerse en algunos casos, previamente, el acuerdo del sospechoso sobre los hechos. Adicionalmente, según el último informe al que no he tenido acceso, se ha pasado de un 20 a un 100% de éxitos, proponiendo *de lege ferenda* una aplicación del principio de oportunidad en caso de delitos menos graves.

Los mediadores forman parte del personal de la oficina (abogados o trabajadores sociales), aunque se pidió la colaboración técnica a la Facultad de Psicología de Valencia. Dicho personal tuvo que “aprender a mediar, y hacer comprender sus ventajas a las víctimas y a las personas sometidas al proceso como imputados, al igual que a sus abogados” (González Vidosa y de Jorge 1995, 310).

5. 2. 2 Otros proyectos

5. 2. 2. 1 En las Oficinas de Ayuda a las Víctimas

Existen experiencias espontáneas o con grado diverso de organización, desarrolladas por otras Oficinas de Ayuda a las Víctimas¹⁰³⁵. Así en la Oficina de Bilbao, ya desde 1992, se pensó en crear instituciones de mediación fuera de los tribunales para casos leves (Palacio 1992, 160; 163-4), realizando

¹⁰³⁵ Cfr. Rodríguez Carrillo (1995) y Redorta (1996).

diversas mediaciones bajo su propia iniciativa -como ha ocurrido también en Donostia-San Sebastián y en Vitoria-Gasteiz-, informando después al fiscal, quien podía pedir una pena menor¹⁰³⁶. De hecho, entre los objetivos de los Servicios de Asistencia a la Víctima del País Vasco, en la esfera del usuario, se destaca el de informar y facilitar procedimientos de mediación, conciliación y reparación por el autor, aunque en la práctica todavía está sin desarrollar este aspecto.

¹⁰³⁶ Véanse las memorias del IRSE en el País Vasco (1996).

Por su parte, en la Oficina de Las Palmas de Gran Canaria se ha elaborado un proyecto más organizado, aunque se espera una mayor dotación de medios. En 1996, existían también planes al respecto en Málaga, con colaboración del Instituto de Criminología -aunque a mediados de 1997 todavía no se habían puesto en marcha- (González Vidosa y Stangeland 1996).

La Comunidad Autónoma catalana ha creado recientemente una oficina de ayuda a las víctimas. Aunque institucionalmente se pretendió que el equipo de mediación de la justicia de menores prestase su asistencia, al final, se consiguió defender su neutralidad. En todo caso, no se descarta una colaboración y ya se ha iniciado un programa de mediación con adultos, en principio implicados en casos con menores infractores. En el mismo folleto explicativo del programa con menores, se alude a las posibilidades de reparación voluntaria a la víctima en el NCP como atenuante y como elemento a tener en cuenta por el juez, para la sustitución de determinadas penas privativas de libertad. Por tanto, se espera que, desde la experiencia de la Dirección Juvenil, se impulse este programa con adultos.

5. 2. 2. 2 Iniciativas por parte de asociaciones

Teniendo en cuenta el papel de las asociaciones, la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (ACDMA)¹⁰³⁷, desde su Comisión de Mediación Penal -formada por psicólogos y abogados, algunos de los cuales trabajan en el Servicio de Asesoramiento y Orientación Social o en el Equipo de Mediación de la Dirección General de la Justicia Juvenil-, ha realizado una propuesta concreta de regulación para adultos (1996). La ACDMA ha puesto

¹⁰³⁷ Esta Asociación, constituida en 1993, contaba con unos 100 miembros (abogados, psicólogos, etc.) en 1996, dedicándose al estudio de la mediación en diversos campos jurídicos y a la puesta en marcha de programas prácticos.

a disposición de los tribunales de Barcelona su equipo de mediación penal¹⁰³⁸. Ocho personas han sido formadas en diversas técnicas de resolución de conflictos (siete mujeres -una abogada y seis psicólogas- y un hombre -abogado-). Esta propuesta se concreta en un programa de mediación que consta de diecisiete artículos¹⁰³⁹. Los principios que inspiran el proyecto, según sus redactores, son los tres siguientes: 1. colaboración estrecha y dinámica entre el órgano judicial y el equipo de mediación; 2. control¹⁰⁴⁰ por parte del órgano judicial del inicio y desarrollo del proceso de mediación mediante la selección y remisión de los casos, y la recepción de información sobre su viabilidad, la posibilidad de llegar a un acuerdo, su contenido y su cumplimiento; y 3. beneficio mutuo para la víctima y el ofensor. La primera recibirá una reparación lo más global posible y al segundo se le posibilitará la resocialización, repercutiendo en la sentencia penal.

En el artículo primero de dicho programa se define la mediación como “una intervención orientada a que las partes enfrentadas a consecuencia de una infracción penal puedan encontrar solución con la ayuda de un 3º neutral que es el mediador.” Víctima y ofensor deberán expresar su voluntariedad de participar en la mediación por escrito, siendo primeramente contactado el ofensor (art. 6, 11 y 12). El mediador debe observar el principio de confidencialidad respecto de la información que recibe del órgano judicial y de las partes. En concreto no podrá revelar al juez las informaciones que surjan durante el proceso de mediación (art. 7). La remisión del caso al equipo puede darse de oficio por el juez o a petición del autor, de la víctima,

¹⁰³⁸ Se han establecido contactos con los Jueces de Instrucción.

¹⁰³⁹ Las referencias que se realizan en este apartado pertenecen a la versión discutida en las Primeras Jornadas Catalanas de Resolución Alternativa de Conflictos, celebradas en Barcelona, en abril de 1996.

¹⁰⁴⁰ Este control no debería impedir, según la ACDMA, la autonomía del equipo de mediación en sus actividades.

del Ministerio Fiscal o del equipo mediador (art. 8). La falta de acuerdo o la consecución del mismo quedará registrada por escrito, con las firmas de las partes y del mediador, entregándose copia a éstas y al órgano judicial (art. 14 y 15). Según el art. 16: "El seguimiento del cumplimiento del acuerdo medial se llevará a cabo por el órgano de mediación mediante el contacto directo con la víctima hasta el total cumplimiento del acuerdo medial./ Una vez se haya constatado dicho cumplimiento se procederá a informar al órgano judicial que conozca de la causa en dicho momento."

5. 2. 2. 3. Iniciativas por parte de las fiscalías

Diversas fiscalías, como la de Teruel y Ciudad Real, han manifestado un interés sobre este asunto. Teniendo en cuenta que la Declaración de 1985 de las Naciones Unidas prevé el fomento de la utilización de mecanismos como el arbitraje y la conciliación, que favorezcan la reparación de las víctimas, las Memorias de algunas fiscalías, relativas al año 1992 pedían como medidas de política criminal la promoción de instancias de mediación víctima-delincuente, primordialmente respecto de los bienes jurídicos en cuya naturaleza alcanzasen relevancia los aspectos privados. Se pedía la imposición de prestaciones sociales, directamente o en sustitución de las penas impuestas, relacionadas con la reparación a la víctima y la comunidad, y en las que interviniesen agentes sociales del medio comunitario del infractor. Por su parte, proponiendo una reforma legal, el Fiscal de Teruel sugería una medida de reparación desarrollada en tres fases: de diagnóstico -al cual ayudaría un equipo técnico-; de ejecución -con colaboración de las Comunidades Autónomas respecto de la mediación, asistencia y control en las actividades de reparación-; y de resolución -tras examinar el informe de las agencias de seguimiento y habiendo escuchado a la víctima- dentro de la

probación o dejando sin efecto la ejecución de la pena impuesta mediante su remisión definitiva (1993, 552-6). Cabe recordar que el art. 16. 1 de la LO 35/1995 dice: “El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o *en todas aquellas Fiscalías* en las que las necesidades lo exijan”.

5. 2. 2. 4 Promoción de la justicia de paz y municipal

Cabe mencionar la práctica espontánea de los Jueces de paz y la propuesta concreta de una justicia municipal¹⁰⁴¹. Precisamente, a finales del siglo pasado, Ferri propuso, como equivalente o sustitutivo de la pena -entendiéndola como control formal represivo-, el desarrollo de la justicia civil y de los jueces de paz. A través de ellos, por su cercanía, menor coste y fácil acceso, se podrían prevenir venganzas y riñas (1908, t. I, 323).

¹⁰⁴¹ Cfr. Danzing (1973). Ya se ha resaltado el interés de la Unión Europea en relación con las medidas contra la exclusión social y la potenciación del nivel de vida en las ciudades, cfr. *The European Foundation for the Improvement* (1986), Marchiori (1994), varios (1990), Ajuntament de Barcelona (1996), Lahosa (1996) y el Vourc’h y Marcus (1995). Sobre la importancia actual de la ciudad en el fomento de la participación y la cohesión, Bohigas (1996), Cabrero, García y Gutiérrez (1995), Greenbaum (1982) y Curtis (1987). Téngase en cuenta, además, la existencia de juntas arbitrales municipales de consumo. Sobre la vieja polémica de la reforma de la justicia municipal como justicia de concordia, cuyos integrantes deberían acceder mediante oposición vid. Foguet (1992, 31-44).

Carmona Ruano (1994, 285-9) ha criticado la escasa atención y una cierta “práctica despreciativa” que, al menos hasta tiempos recientes, dedican el mundo judicial y doctrinal a los juicios de faltas considerados como actividad marginal, en la que se permite un cierto olvido del estricto procedimiento (art. 962-977 LECrim)¹⁰⁴². Frente a ello se encuentra la experiencia de los ciudadanos que suelen tener un mayor contacto con la justicia en este tipo de juicios. Por otro lado, Blanes afirma que las víctimas en procesos de faltas por agresiones familiares, amenazas, insultos, coacciones, etc. lo que buscan es que se reproche la conducta al agresor, que se le “castigue” pero mediante amonestación judicial, disculpas al perjudicado o el compromiso formal de no repetir la conducta¹⁰⁴³. Esta Magistrada proponía la pena de reparación del daño trabajando para el perjudicado o para la comunidad, lo que requeriría la colaboración con una serie de organismos (1993, 471-2).

El juicio de faltas se configura como un procedimiento ordinario penal caracterizado por su simpleza y rapidez, en razón de la escasa gravedad de los hechos. En la STC 54/1985 se ha afirmado, en contra de la antigua jurisprudencia del TS, que en el juicio de faltas rige el principio acusatorio inherente en el derecho a un proceso debido del art. 24. 2 CE. En todo caso, el art. 963 LECrim prevé que el juez disponga la celebración del juicio verbal, sin convocar al fiscal, cuando la falta sea privada (art. 620, 621 y 624 NCP). Fuera de esto, según el art. 969 LECrim¹⁰⁴⁴, el fiscal puede no intervenir según

¹⁰⁴² Sobre los juicios de faltas, vid. Muñoz Hurtado (1996) y Ayo (1996). En 1995, según la Memoria del CGPJ, se celebraron en los Juzgados de Instrucción del País Vasco, 22.260 juicios de faltas y en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción 5.135, a los que habría que sumar los que tuvieron lugar en los Juzgados de Paz (INE 1996).

¹⁰⁴³ Cfr. la propuesta de un enfoque ecológico, que fomente una responsabilidad compartida, en lugar de la culpabilidad tradicional en caso de abusos, maltrato o abandono de menores, en Dubowitz y otros (1993). En favor del formalismo como garantía para los más débiles, vid. Freeman (1985, 163-4).

¹⁰⁴⁴ Declarado constitucional, a pesar de las dudas doctrinales, por la STC 56/1994.

las instrucciones del FGE, “en atención al interés público”, para faltas que exijan denuncia del ofendido o perjudicado. Tampoco es necesaria la intervención de letrados.

Los juicios de faltas se solventan, según del NCP aunque sin claridad, en los Juzgados de Instrucción o en los Juzgados de Paz ¹⁰⁴⁵, que entenderían de las faltas de amenazas (art. 620. 1º), de la comisión de actos incívicos contra bienes públicos (art. 626), de las faltas contra los intereses generales (art. 629-632) y contra el orden público (art. 633-7). Los Juzgados de Instrucción son competentes para enjuiciar todas las faltas cometidas en el municipio en que tengan su sede, y aquellas que no estén atribuidas al conocimiento de los Juzgados de Paz (art. 14. 1º LECrim)¹⁰⁴⁶. Según la LOPJ y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de planta y demarcación judicial -véase también el Reglamento 3/1995, de 7 de junio-, existirá un Juzgado de Paz en cada municipio donde no haya Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (conforme a la Ley de planta serían 7.625 Juzgados de Paz)¹⁰⁴⁷. En los Juzgados de paz, sin olvidar la trascendencia de su denominación, suelen aplicarse de forma espontánea, aunque dependiendo de su titular y ubicación geográfica y social, técnicas de mediación tendentes a facilitar la convivencia en la comunidad y pacificar las relaciones¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Sobre los Juzgados de paz, véanse Rodríguez Jiménez (1994), Cobos (1989), CGPJ (1996) y Lozano (1994). En relación con la posibilidad de que los jueces de paz sean legos, cfr. respecto del Reino Unido, Provine (1986), Bankowski y otros (1987).

¹⁰⁴⁶ Los Juzgados de lo Penal conocen de los delitos menos graves (con pena de hasta tres años) y de las faltas imputables a los autores de los mismos (art. 14. 3º LECrim).

¹⁰⁴⁷ Habrá tantos Juzgados de Instrucción como partidos judiciales (422 partidos), aunque pueden crearse más de uno por cada partido (la ley de planta prevé 1.519). Asimismo en la actualidad existen 218 Juzgados de lo Penal (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 117; 121).

¹⁰⁴⁸ Véase la Parte Quinta.

Anteriormente a los jueces de paz, desde el siglo XI, la justicia municipal se vio impulsada por los Concejos, siendo desempeñada por los alcaldes -precisamente, el origen etimológico árabe de la palabra *alcalde* parece resaltar este papel-. La Constitución de Cádiz, en su artículo 282, preveía la figura de los jueces conciliadores, función que desempeñarían los alcaldes: “El Alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.”

La institución de los jueces de paz, desde su creación por RD de 22 de octubre de 1855, ha pasado por diversas vicisitudes históricas, especialmente en lo que se refiere a los abusos en los nombramientos y teniendo en cuenta que con su creación pretendió limitar las funciones de los alcaldes en esta materia. De acuerdo con el RD de 1855, en cada pueblo habría tantos jueces de paz como alcaldes y tenientes de alcaldes; el cargo sería honorífico, obligatorio por dos años y gratuito, gozando de la misma consideración y exenciones que los alcaldes. En todo caso, el Decreto mantenía la función de los alcaldes de sancionar las faltas. Mediante la Orden de 2 de enero de 1856 se deja en suspenso los nombramientos de los jueces de paz, continuando la labor de los alcaldes. El Real Decreto, de 28 de noviembre de 1856, estableció un sistema de nombramiento por los regentes de las audiencias, teniendo preferencia los abogados, y el de 4 de octubre de 1858 amplió sus competencias (García Fontanet 1990; Gil Martínez 1990). Desde 1870 a 1944 se denominaron jueces municipales. La Ley Orgánica de la Justicia, de 15 de septiembre de 1870, reguló la existencia de uno o más Jueces Municipales en cada término municipal que, en materia penal, eran competentes para conocer en primera instancia de los juicios de faltas, instruir, a prevención, las primeras diligencias y desempeñar las comisiones auxiliares que los jueces de instrucción y el Tribunal del Partido les confirieran.

Tras numerosos proyectos de modificación anteriores, con la reforma de Maura, a través de la Ley de Justicia Municipal de 5 de agosto de 1907, se pretendió que los jueces municipales no fueran expresión del caciquismo. Se reguló que su nombramiento se haría por las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, junto con los decanos de los colegios de abogados y notarios. El RD de 30 de octubre de 1923 suprimió los adjuntos de los tribunales municipales y el de 8 de mayo de 1931 permitió, en municipios de menos de doce mil habitantes que no fueran cabeza de partido, que los ciudadanos eligieran directamente al juez. Sin embargo, esta norma fue derogada por la Ley de 27 de junio de 1934 que, además, cesó a todas las personas de la justicia municipal designadas por elección popular. Durante el franquismo, cuando se promulgó la Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal, de 19 de julio de 1944, hubo especial preocupación de que los jueces y otras autoridades fueran adictos al régimen (Canela 1996). En dicha Ley se distinguió entre jueces municipales, comarcales y de paz. Los dos primeros estaban ocupados por profesionales: los municipales en las capitales de las provincias y las localidades con más de 20.000 habitantes y los comarcales en las capitales de las comarcas. El cargo de juez de paz seguía pudiendo ocuparse por legos y se limitó a una duración de 5 años por un Decreto de 24 de febrero de 1956.

Mediante la Ley de 28 de diciembre de 1974, desarrollada por un Decreto en 1977, los Juzgados Municipales y Comarcales se unificaron como Juzgados de Distrito. En la enmienda del Grupo Socialista a la totalidad del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980, se proponía un sistema de designación por sufragio universal, con motivo de las elecciones locales, y el carácter retribuido del cargo. La Ley de 16 de noviembre de 1981 integró los jueces de distrito, antiguos jueces municipales y comarcales, en la única carrera judicial. En la discusión parlamentaria del proyecto de Ley Orgánica

del Poder Judicial de 1983, se presentaron enmiendas sobre la creación de jueces de paz de barrio, la ampliación de la competencia a delitos y faltas cometidos por menores, etc. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 hace desaparecer los Juzgados de Distrito, convirtiéndose algunos en Juzgados de Paz o de Primera Instancia e Instrucción.

En la actualidad, cuando, desde hace tiempo, se da preferencia a licenciados en derecho, se discute la profesionalización de esta figura a la luz de las complejidades jurídicas de hoy en día, sin embargo, son muchos los que mantienen que el juez de paz debe conservar su espíritu de ser una persona más del pueblo, respetada y con más virtudes que técnicas, sin perjuicio de otras razones económicas¹⁰⁴⁹. Ya en 1988 se escuchaban propuestas para otorgar un papel más dinamizador a los Juzgados de paz, destacando la de Solares, Bertrán y Escamilla (1990), relativa a que la condena condicional se vinculase a un convenio reparador, controlado por un mediador -delegado del juez de paz en las juntas de seguridad- y con aprobación del juez.

La ley 10/1992 derogó los artículos 1 a 18 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, que regulaba el proceso de faltas de la llamada Justicia Municipal. En la actualidad, se reclama la implantación de una justicia municipal renovada¹⁰⁵⁰. Existe un proyecto concreto por parte del Ayuntamiento de Barcelona, cuya aplicación exigiría -conforme al art. 122 CE- la reforma de

¹⁰⁴⁹ En derecho comparado existen diversos modelos de justicia lega, generalmente orientada a la conciliación, aunque -salvo similitudes con Portugal- difieren de nuestra regulación sobre los jueces de paz (García Fontanet 1990, 507-15; Jarabo 1990). Sobre el modo "patriarcal" o conciliador de actuar y los medios materiales y personales en nuestros Juzgados de Paz, cfr. Méndez Espino (1990) y León (1990). En el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia e Interior y el Gobierno Vasco (BOE 19-2-96) sobre creación y funcionamiento de agrupaciones de Secretarías de Juzgados de Paz, se destacan los escasos medios de estas agencias.

¹⁰⁵⁰ Vid. Ajuntament de Barcelona (1996) y Vourc'h y Marcus (1995, 63-4; 67-8). En relación con prevención, varios (1983a) y Davis y Lurigio (1996). Sobre los jueces de barrio, vid. El País, 25-11-94, p.12 y 12-3-97, p. 64.

la LOPJ, ampliando la regulación de la justicia de paz. Se trataría de implantar la institución de la justicia de paz en las grandes ciudades, teniendo en cuenta las previsiones ya existentes de los tribunales consuetudinarios y tradicionales. Las funciones de los jueces de paz serían fundamentalmente de conciliación, juzgarían faltas y delitos pequeños relacionados con la convivencia ciudadana, sin que se les convirtiera en jueces de instrucción o penales (Vendrell 1996).

La propuesta consiste en crear órganos jurisdiccionales municipales en los distritos de las grandes ciudades (con más de 250.000 habitantes), con un representante de la Fiscalía, con el objetivo de garantizar los derechos de los ciudadanos. Siguiendo la exposición de Vendrell (1996), conforme a las encuestas sobre las percepciones de los ciudadanos del funcionamiento de la Administración de Justicia, se da una falta de credibilidad y confianza, así como de proximidad respecto de la misma. Con la justicia municipal debe potenciarse su acceso al ciudadano, haciendo efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva y trabajando en el conocimiento de las circunstancias sociales y criminológicas de su ámbito territorial. Debe democratizarse la justicia mediante la elección indirecta de los jueces municipales por el consejo plenario municipal. Se propone el mismo sistema y criterios de elección que los previstos en la LOPJ para los jueces de paz. Conjuntamente, los impulsores del proyecto pretenden fomentar la conciliación y el arbitraje para conflictos relacionados con comunidades de propietarios, arrendamientos, accidentes de circulación y disputas sobre reparaciones, consumo, obras, seguros, transportes, etc. Por otra parte, esta justicia municipal tendría algo que decir en la ejecución de las penas previstas en el NCP, como son los arrestos de fin de semana o los trabajos al servicio de la comunidad. La financiación se realizaría con un acuerdo entre el Ministerio y las distintas consejerías de las CC.AA.

La justicia que impartirían se basaría más en la equidad, especialmente en asuntos penales, civiles, administrativos o laborales que afectan a la convivencia diaria de las grandes ciudades. Se trataría de un procedimiento rápido, oral y antiformalista, pero sin olvidar las garantías de los ciudadanos. En el ámbito penal, se propone que los jueces de paz resuelvan sobre actuaciones vandálicas realizadas en la vía pública y sobre bienes públicos como el mobiliario urbano, parques y jardines, etc.; conflictos derivados del tráfico; infracciones contra el medio ambiente; conflictos provocados por la convivencia vecinal; maltratos habituales y abandono de familia e hijos; perturbación del orden en los espectáculos, actos y reuniones públicas; y en general, todas aquellas faltas penales contra las personas y bienes. La limitación de la competencia objetiva se establecería por las cantidades o por la pena a imponer (se excluirían todos los delitos que implican pena privativa de libertad). Complementariamente, se lograría una colaboración con las policías locales y otros servicios municipales de protección de menores, asistencia social y sanitaria, etc., especialmente para encontrar fórmulas de reparación y ayuda a las víctimas y de rehabilitación de los infractores. En conclusión, según Vendrell (1996, 9), una justicia en la que la inmediación y la actitud conciliadora sean sus medios de actuación, la equidad y el arbitraje la guía de sus decisiones, unidos a la rapidez del procedimiento, "...es una aspiración profunda, en especial en los sectores más desfavorecidos de la sociedad y en las grandes concentraciones urbanas."

5. 2. 2. 5 Experiencias de mediación social

Considerando el resumen realizado del proyecto de justicia municipal de paz, creo que el objetivo de la misma debería centrarse en el fomento del

valor de la participación¹⁰⁵¹, más que en recuperar la credibilidad en la justicia o el sentimiento de seguridad que, indudablemente se encuentran relacionados. Por otra parte, este proyecto de justicia municipal tiene correspondencias con la llamada mediación social¹⁰⁵². Existe un proyecto de desarrollo de espacios de mediación social como forma de resolución de conflictos en la vida cotidiana del barrio, desde la perspectiva de la prevención social y la promoción de la conciencia cívica. La iniciativa ha partido también de la Dirección de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona. Aquí cabe recordar la opinión de Maier (1992, 246), quien ante las dificultades de desarrollar plenamente las propuestas sobre la reparación víctima-autor en el marco estatal, propone el barrio o la localidad como un escenario mejor.

¹⁰⁵¹ Cfr. la actividad de los llamados NIPs, en Caballero, Harms y Ugarte (1991).

¹⁰⁵² El proyecto de mediación social del Ayuntamiento de Barcelona se concibe como complemento de las prácticas de mediación en justicia penal y civil en el proyecto de justicia municipal (Marsal 1996, 10).

El proyecto mencionado de Barcelona, tal y como ha sido planteado por Marsal (1996), parte del progresivo individualismo y alienación en las ciudades, por la falta de comunicación y el incremento de los conflictos cotidianos a los que las administraciones públicas o los jueces difícilmente pueden dar respuestas adecuadas. Basándose en la práctica extendida en países de nuestro entorno, se trata de ofrecer un espacio de relación para el tratamiento del conflicto con la presencia de mediadores imparciales e independientes. Se pretende hablar con otro lenguaje, y quizá renunciar a ciertos derechos en favor de un "bien superior": la paz social, la disminución de la tensión, la recomposición de los lazos sociales o el "establecimiento del nosotros". Durante los años 1992 a 1994, la Dirección de Programas de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona participó en diversos encuentros de colaboración en materia de prevención entre ciudades europeas y de terceros países del Mediterráneo. Un tema fundamental en ellos fue la mediación penal, escolar, familiar, laboral, etc. En 1995, dicha Dirección coordinó el Programa sobre seguridad, ciudades y mediación, patrocinado por la Comisión Europea y con la participación de Argel, Nabeul (Túnez), Marrakesh, Toulouse, Anderlecht, Alicante y el Consejo Regional del Lacio. En el contexto de este Programa se organizó un seminario de formación para futuros mediadores, que se celebró en abril de 1996 en Barcelona, contando con la colaboración de la *maison de justice* de Toulouse y especialistas de Grenoble y Estrasburgo. Como consecuencia de estos encuentros, se creó un grupo de trabajo estable sobre la mediación para el seguimiento de las distintas experiencias y la garantía de una formación permanente, que ha interesado también a la Unión Romání, a la Guardia Urbana, a educadores, maestros, organizaciones cívicas y vecinales, de justicia juvenil, etc.

Por mediación social, Marsal entiende “un espacio¹⁰⁵³ de relación comunitaria, facilitado por personas con experiencia, de manera voluntaria, proponiéndose restablecer y posibilitar la comunicación, reconstituir los lazos sociales, favorecer las buenas relaciones comunitarias, mediante la conducción de procesos de resolución de conflictos entre los miembros de la comunidad” (1996, 7). Se cree que con una buena práctica de gestión de los conflictos se puede contribuir al bienestar social. El marco más adecuado para desarrollar estos espacios de mediación, en opinión del autor citado, es el Consejo de Seguridad y Prevención del Distrito. Una Secretaría de Prevención del Distrito recibiría los casos, la información y coordinaría los elementos humanos y materiales para el proceso de mediación (policía comunitaria, las partes, el mediador, el lugar de encuentro...). El espacio de mediación social de un distrito podría estar compuesto por vecinos, técnicos en educación, trabajo social, derecho, etc., que actuarían fundamentalmente como voluntarios. Un grupo de tres a cuatro personas capaces de mediar en cada distrito sería suficiente, con la posibilidad de intercambio en los distintos distritos. Se prefiere la mediación conjunta con dos facilitadores que habrían recibido una formación regulada de treinta horas. Las personas interesadas en actuar como mediadores sociales presentarían su solicitud motivada y serán elegidos por un comité directivo del proyecto, después de una entrevista -que valorará como cualidades la motivación, la disponibilidad, la capacidad de escucha y de redacción (ya que se espera que escriban un resumen), el distanciamiento personal, la comunicación, la

¹⁰⁵³ La palabra *espacio* se prefiere a la de *servicio* para enfatizar la participación y asumir que no se trata de una obligación estricta por parte de la administración ni de un derecho del ciudadano, ya que éste puede que no encuentre la voluntariedad de la otra parte implicada en el conflicto. Marsal explica que la mediación social tiene características diversas de la penal ya que aquella no cuenta con un estricto control judicial y poder de coacción para el cumplimiento de los acuerdos (1996, 7).

negociación, la imparcialidad, la autoridad para contener las reacciones de violencia, etc.-.

De acuerdo con *La carta de los mediadores*¹⁰⁵⁴, éstos se comprometen en el ejercicio de su función a las siguientes doce obligaciones: presentar objetivamente la mediación con el fin de que las partes puedan escoger la vía que deseen para la resolución del conflicto; recordar a las partes que pueden solicitar consejo a cualquier otra persona cualificada, al principio y durante la mediación; favorecer la discusión en un clima de cooperación, tolerancia y respeto mutuo; verificar que cada una de las partes puede expresar su punto de vista; interrumpir una mediación cuando no se respeten las reglas (ej.: por presión de una de las partes, falta de voluntad de participación, etc.); no ejercer presión sobre las partes para obtener su adhesión a un acuerdo que no consientan libremente; verificar que las partes han comprendido la naturaleza y la entidad de sus compromisos; velar por la

¹⁰⁵⁴ Esta Carta puede relacionarse con una propuesta concreta de Código deontológico del mediador -que incluye la mediación a título lucrativo, según se desprende del apartado V sobre la publicidad y VII sobre los honorarios profesionales- de la ACDMA, discutida durante las I Jornadas Catalanas de Resolución Alternativa de Conflictos, en abril de 1996. Según el punto primero de los Principios Generales, dicho código tiene por objeto: "...establecer las normas y principios deontológicos por los que deberá regirse el mediador, a fin de proporcionar a las partes y a los poderes públicos que lo soliciten, las garantías de integridad, neutralidad e imparcialidad que deben regir su actuación." Se define al mediador como "el tercero imparcial que, con conocimientos en ciencias humanas y comunicación, interviene en un conflicto, posibilitando la obtención de una solución, que ha de ser adoptada por las partes" (punto 3). Su independencia se garantiza por su actuación de acuerdo con el código (punto 2). Dentro del apartado relativo a los conceptos, el punto primero define la mediación como "un método de resolución de conflictos en el que interviene un tercero imparcial, previamente solicitado y aceptado por las partes, ya sea a instancia propia o de una autoridad judicial o administrativa. Tiene como objetivo ayudar y facilitar a aquéllas la obtención por sí mismas de un acuerdo, satisfactorio para ambas." En el caso de menores de edad o incapacitados, se necesitará la autorización de los que ejerzan la patria potestad o tutela (punto 3). El punto 4 dice: "Podrán ser objeto de mediación los hechos de cualquier clase, excepto aquéllos que estuviesen expresamente prohibidos por la Ley." El apartado VI prevé un Registro de Mediadores. Según el apartado X, el mediador deberá abstenerse de asesorar jurídica, psicológica, o de otra forma, dentro del proceso de mediación, independientemente de que pueda indicar la conveniencia de acudir voluntariamente a otro profesional.

buena ejecución del acuerdo y permanecer a disposición de las partes, si surgen dificultades; rehusar a participar como mediador, cuando se posea algún tipo de vínculo con alguno de los implicados o se tenga interés en el caso; respetar la regla de confidencialidad en cuanto al contenido de las discusiones y del acuerdo; realizar un informe regular sobre su actividad; y participar en las sesiones de formación y supervisión. Asimismo, *La carta* se refiere tres derechos del mediador: rehusar a ser parte en un caso, en virtud de una cláusula de conciencia; demandar información complementaria en materia de mediación; y cesar su actividad en cualquier momento con la condición de transmitir el dossier en el plazo más breve.

Los centros cívicos, asociaciones de vecinos o un centro de barrio pueden suministrar el lugar para las reuniones y las mediaciones. Los casos se derivarían de las entidades y por el conocimiento directo de las demandas ciudadanas, por ejemplo por parte de la policía comunitaria o los servicios sociales¹⁰⁵⁵ en su contacto con los litigios vecinales. Se incluirían asuntos que no tuviesen, propiamente, relevancia para un tratamiento judicial. En cuanto a la dinámica de implantación, Marsal prevé que, a petición de cada distrito, un grupo de expertos de la Dirección de Programas de Prevención, suministre la información necesaria a los distintos colectivos interesados para su colaboración. Dicha Dirección también supervisaría la experiencia (1996).

Por otra parte, más allá del ámbito catalán, recientemente, se ha creado la comisión permanente entre la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y el Ministerio de Interior para el estudio de medidas a adoptar con el fin de incrementar la seguridad ciudadana y buscar una mayor coordinación entre el Cuerpo Nacional de Policía y las Policías Locales,

¹⁰⁵⁵ Sobre la necesaria coordinación entre justicia y servicios sociales, vid. Masgoret y otros (1990) y Hernández y López (1990).

primordialmente, posibilitando la participación de estas últimas en las comisiones provinciales de policía judicial. Según el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los cuerpos de policía dependientes de las corporaciones locales se incluyen dentro de dichas fuerzas. De acuerdo con el art. 53. 1 de la misma, las funciones que deben ejercer las policías locales -desarrolladas en la LO de julio de 1991 sobre policías locales- son, entre otras, participar en las funciones de policía judicial, efectuar diligencias de prevención de delitos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad y *cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello* (López-Nieto 1986, 78-81)¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ Véanse los art. 104, 148 y 149 CE.

Además, dentro del contexto de cooperación entre la FEMP y el Ministerio de Interior, se pretenden desarrollar las Juntas Locales de Seguridad -dando mayores competencias a los alcaldes, ya que los ayuntamientos son los primeros en enfrentarse a la delincuencia vinculada a la marginalidad-¹⁰⁵⁷, crear juzgados de distrito, potenciar la policía de barrio¹⁰⁵⁸, desarrollar políticas preventivas dentro de las líneas del Foro Europeo para la Seguridad – fundamentalmente en lo que afecta a los jóvenes–, mejorar las estadísticas, llevar a cabo encuestas sobre seguridad en las ciudades más importantes y coordinar acciones con los concejales de seguridad ciudadana (Cantero y González 1996).

¹⁰⁵⁷ Las Juntas fueron creadas por la LOFCS como instrumentos de coordinación, pero todavía no existe el reglamento para hacerlas operativas. Respecto de su posible configuración como institución de participación ciudadana, cfr. Movilla (1990).

¹⁰⁵⁸ El despliegue de la policía de barrio en 20 ciudades españolas, en abril de 1997, se presentó como elemento de construcción de “una nueva cultura de la proximidad” (El País, 30-4-97, p. 20; 25-6-96, p. 43). Sobre el proyecto de una policía comunitaria en Vitoria-Gasteiz, véase Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (1992). Cfr. Anyah (1993), Villagómez (1995), Stangeland (1995b) y Romero(1995). Sobre una comparación entre la labor del policía de barrio y la del antiguo sereno, véanse Portales y Sánchez (1997), en cuanto a la opinión pública, y en una breve perspectiva histórica vid. Jiménez y Mantilla (1997).

6. ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DEL CÓDIGO PENAL EN RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN REPARADORA

Se ha elegido este penúltimo capítulo para tratar del NCP porque la mediación reparadora, en nuestro país, existe más en el mundo de las ideas -y a veces de la práctica cotidiana- que en la vida legal. Los escasos proyectos se han desarrollado prácticamente al margen de la legislación -tan sólo respetando los estrechos límites impuestos-. Además, los esquemas de derecho comparado han ejercido sobre ellos una visible influencia. Cabe aventurar que, como ha sucedido en otros lugares, las experiencias positivas antecederán una nueva regulación que superará el olvido de esta materia por el NCP.

En la Parte Segunda se aludió brevemente al debate público generado por el NCP¹⁰⁵⁹, en el momento concreto de su aparición, quedando reflejado su efecto, de manera parcial, en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, antes y después de su entrada en vigor -aunque muchos datos, por el momento, no están disponibles, y no puede olvidarse que el ACP se sigue aplicando en numerosos supuestos-. Si se realizara un análisis histórico, literal, sistémico y teleológico de las distintas rúbricas y preceptos,

¹⁰⁵⁹ Para un completo resumen de las novedades en el contenido del NCP, tanto en lo que afecta a la parte general como especial, -incluyendo las propias valoraciones del autor- véase Cerezo Mir (1996, 133-45) y de la Cuesta (1997). Sobre el proyecto de 1995, Maciá (1995). Sobre el debate público en torno a las promesas de reforma en la campaña electoral de 1996 (El País, 6-2-96); y las excarcelaciones (El País, 30.7.1996; 12.10.1996); las propuestas de cumplimiento íntegro de las penas, (El País 8.5.1995; 30. 11.1995). Vid. también Bona (1996a), Morales (1993), Beristain (1996), Lledó y Zorrilla (1995), Muguerza y Martínez Fresneda (1996), Sáez Valcárcel (1996), Barrero, Padilla y López (1996) y Manjón-Cabeza (1996). Sobre el debate parlamentario, concordancias con el Código anterior y apuntes de derecho comparado, véanse Maciá y Roig (1996). Respecto de las consecuencias jurídicas en el NCP, vid. Gracia, Boldova y Alastuey (1996). Sobre el sistema de penas, Sánchez García (1996); la aplicación de las mismas, Molina Blázquez (1996); las alternativas en general Serrano Pascual (1997), Bacigalupo (1995), Herrero (1996) y Cremades (1996).

llegaríamos, desde una perspectiva dogmática, a la visión particular de la víctima y del infractor que ofrece el NCP. Mi trabajo en este capítulo es de carácter criminológico y se limita a desarrollar aquellos aspectos del CP que se relacionan, o podrían relacionarse, directa o indirectamente, con la mediación reparadora, incluyendo las demandas de una mayor protección de los intereses de las víctimas. Desde una mirada dogmática, las páginas siguientes resultan incompletas, pero desde una perspectiva socio-jurídica, pueden abrir vías para una reflexión más dilatada. A pesar de que, aparentemente, muchos artículos no parecen tener un enlace con el objeto de estudio, cuando indagamos en su fundamento e implicaciones sociales, es posible extraer una serie de datos sobre las bases en que se apoya la mediación. Comenzaré por la figura de la víctima, para pasar a la forma de reparación que el CP contempla casi exclusivamente -la responsabilidad civil-, aunque también se refiere a la compensación estatal, desarrollada en una ley especial y dos decretos. Después, se analizará el sistema de penas y medidas previsto, completándolo con la legislación penitenciaria, para terminar con una panorámica de la parte especial del Derecho penal. A la luz de todo ello -y de la realidad sociológica¹⁰⁶⁰-, se llegará en el capítulo siguiente a unas propuestas de regulación y se presentará una reflexión final relativa a la Parte Tercera.

6. 1 LA VÍCTIMA EN EL NCP: ¿PERSONAJE SECUNDARIO O PROTAGONISTA?

¹⁰⁶⁰ Trasladando la consideración a la mediación: “conviene tener presente que un cambio en favor de la diversificación de las sanciones depende de la estructura de la criminalidad del país y de su análisis, lo que significa que, una decisión convenientemente fundada desde el punto de vista político-criminal en materia de sanciones ambulatorias, exigiría una previa investigación a fondo de la naturaleza y características de la criminalidad en España” (Huber 1994, 175). Junto con ello, resulta fundamental entender la valoración del texto por los propios operadores jurídicos y, en concreto, por los jueces, de cuya apreciación dependerá la aplicación de las alternativas, así como el ejercicio en un sentido u otro de ciertos poderes discrecionales que les reconoce el NCP.

Entre los elementos de la estructura del tipo penal, la dogmática sitúa a los sujetos de la infracción, junto con la conducta típica y los objetos, distinguiendo el activo y el pasivo. Incluso algunos autores afirman que el tipo penal supone una relación recíproca entre tres sujetos: el activo, el pasivo y el Estado, aludiendo a la teoría de Calliess de las expectativas recíprocas (Mir Puig 1996, 197-8), aunque puede discutirse el contenido de las mismas.

Si la mediación reparadora, como respuesta al delito, otorga un papel fundamental a la víctima, cabe preguntarse cómo contempla a ésta el NCP. El verbo “castigar”, en sus distintos tiempos, se repite en más de 420 ocasiones, mientras que “sancionar” sólo en unas veinte. En todo caso, es el verbo “penar”, junto con su sustantivo pena/s, el que aparece más de 920 veces. Respecto de los sujetos protagonistas de los delitos, el término “persona” designa tanto a víctimas como a infractores. La palabra “víctima” es utilizada 26 veces, “ofendido/a/s” 18, “agraviado/as” 13, y “perjudicado/a/s” 11, mientras que hay un sinnúmero de alusiones al “sujeto”, incluso al “sujeto activo” y, principalmente, se encuentra la referencia de “el que...”.

A pesar de toda la atención reciente dirigida a evitar la neutralización de la víctima¹⁰⁶¹, el NCP concede poca relevancia al perjudicado, agraviado (o que sufre directamente las consecuencias del delito), ofendido y/o víctima, entendidos de forma integral, como personas autónomas, protagonistas de relaciones sociales concretas¹⁰⁶². El término “víctima” se

¹⁰⁶¹ La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1992 decía, en su párrafo tercero: “La política criminal no sólo se fundamenta en el Código Penal, sino también... en la atención a las víctimas del delito”. Por otra parte, mientras que para el “sujeto activo” se proclaman una serie de derechos, como indica Herrera (1996, 273), no existe en nuestro ordenamiento un catálogo de derechos de las víctimas -sin que pueda considerarse como tal la referencia de la ley 35/1995-, sino que deben tenerse en cuenta sus distintas parcelas que recogen derechos para todos los ciudadanos, las partes en un proceso o, en ocasiones, las víctimas en particular.

¹⁰⁶² Sobre la consideración dogmática y normativa de la víctima en nuestro sistema,

identifica, en la legislación sustantiva y procesal, con el término dogmático “sujeto pasivo”. En los Libros II y III del CP pueden encontrarse como sujetos pasivos al Estado, a la sociedad, a las personas físicas (discutiéndose su extensión a los difuntos y a los fetos) y a las jurídicas (Mir Puig 1996, 199).

La propia definición de la infracción penal como la acción u omisión, dolosa o imprudente, castigada en una ley anterior a su comisión (art. 1. 1 y 10), no alude ni a la víctima ni al daño que se produce. El sujeto pasivo se define como el titular del bien jurídico ofendido, mientras que el perjudicado es el que sufre económica o moralmente las consecuencias del delito. Bajo distintas concepciones, puede entenderse que la titularidad del bien recae sobre toda la comunidad, pero lo cierto es que el sujeto pasivo y/o perjudicado son quienes, en general, tienen el derecho de ejercer las pretensiones punitivas y de resarcimiento (Quintero 1996a, 512).

cfr. Herrera (1996, 330-7), Maza (1994), Téllez (1993), de Aguinaga (1993), Lanzarote (1994) y Albarán (1995).

Realmente, el término “sujeto pasivo” supone una contradicción. La Victimología ha puesto de relieve cómo la persona que sufre un delito no actúa pasivamente respecto de la causación y desarrollo del mismo, ni, desde luego, respecto de lo que ocurre posteriormente. La misma dogmática, en alusión a las clases de tipos penales por los sujetos, se refiere a los delitos de encuentro -si se da una relación de “colaboración” entre sujeto activo y pasivo- y de propia mano -si se da un contacto corporal o una realización personal por el autor del tipo- (Mir Puig 1996, 207-8). Asimismo, a pesar de ese calificativo de pasividad, los penalistas estudian cómo la víctima condiciona en determinadas ocasiones la impunidad del autor, la atenuación o agravación de la pena, el contenido de una pena accesoria o de una medida de seguridad, o la posibilidad de perseguir el delito. A continuación, sin seguir un orden estrictamente dogmático, se hará una breve mención a cómo el Código y la teoría del delito contemplan la posibilidad de que la víctima consienta, provoque, se defienda legítimamente, se le disminuya su defensa, se encuentre en situación de vulnerabilidad, se le provoquen padecimientos innecesarios, sea pariente del infractor, se le repare antes del juicio oral, perdone, etc. Esto es importante porque indica el reconocimiento implícito del CP de la interacción entre los comportamientos de víctima e infractor, en el acontecer delictivo; interacción que podría extenderse a la fase posterior a la comisión del delito, como proponen los proyectos de mediación reparadora.

1. En primer lugar, el llamado **consentimiento** de la víctima puede tener un efecto limitado sobre la responsabilidad penal del infractor ¹⁰⁶³. Aunque el NCP lo rechaza totalmente para delitos como los relacionados con la prostitución, contra los derechos de los trabajadores, etc., surte pleno

¹⁰⁶³ Sobre la valoración en el NCP de la contribución consensual de la víctima, véase Herrera (1996, 382-408). Cfr. Peris (1989).

efecto en aquellos que requieren en su configuración contrariar la voluntad del titular del bien jurídico (Quintero 1996a, 442-53).

2. Por otra parte, la **legítima defensa** como causa de justificación (art. 20. 4^a)¹⁰⁶⁴ supone, como explica Tamarit Sumalla, el reconocimiento al sujeto de un poder de autotutela para determinadas circunstancias (en Quintano Ripollés 1996b, 157). Esta causa resalta el carácter conflictivo y dialógico del derecho (Bustos 1993, 33). Uno de los requisitos para su apreciación es la falta de provocación suficiente, elemento que implica asumir la posible confusión de papeles entre agresor y víctima. Sociológica y subjetivamente, la **provocación** puede relacionarse con la atenuante del art. 21-3^o (estados pasionales, unidos en ocasiones a actos de venganza)¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ Véase el análisis victimológico de Herrera (1996, 371-4).

¹⁰⁶⁵ Cfr. sobre el arrebato y obcecación, Cortés (1997). Sobre la eficacia atenuante de la victimo-precipitación o provocación, en la regulación anterior y en el NCP, vid. Herrera (1996, 375-9).

3. En tercer lugar, cabe aludir a las llamadas **circunstancias agravantes o atenuantes**. El art. 65. 1 indica que aquellas que consistan en sus relaciones particulares con el ofendido sólo afectarán en quienes concurren. Respecto de las circunstancias agravantes (art. 22), resaltando aquellas que se refieren a la víctima, cabe aludir a la alevosía, consistente en emplear medios o formas de ejecución que disminuyan la defensa de la víctima en delitos contra las personas. Distinto es el aprovechamiento de una situación de inferioridad preexistente, cuando se aplica el abuso de superioridad. También se recogen como agravantes la comisión del delito por motivos racistas o de discriminación respecto de la víctima¹⁰⁶⁶, con abuso de confianza, prevaliéndose del carácter público o aumentando deliberada e inhumanamente su sufrimiento, causando padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

El parentesco se considera una circunstancia mixta, que puede agravar o atenuar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (art. 23). El TS ha indicado, aunque la interpretación resulta polémica, que en los delitos de carácter personal dicha circunstancia resulta una agravante, mientras que en los de carácter patrimonial sería una atenuante. En todo caso, no existe un criterio fijo que indique al tribunal cuándo debe apreciarse como una u otra (Vives 1996b, 271)¹⁰⁶⁷. Aquí podemos recordar que, en opinión de Juan (1996, 2), los delitos que se denuncian en los trámites previos de un proceso de separación y divorcio (amenazas, coacciones, abandono de familia) -que cuando se da un acuerdo en el ámbito

¹⁰⁶⁶ En opinión de Prats Canut, la introducción de esta circunstancia, anterior a la promulgación misma del NCP, obedece a una actuación del derecho penal como “sublimación de determinados instintos de venganza muy asentados en el seno social, para el que la mera incorporación de un nuevo precepto al Código, cumple una función tranquilizadora, casi de reequilibrio psíquico” (en Quintero Olivares 1996b, 243).

¹⁰⁶⁷ Cfr. sobre la violencia doméstica y los tipos previstos en el ACP (Muñagorri 1994).

del Derecho de familia parecen solucionarse-, podrían ser objeto de un tratamiento alternativo al penal por razones de política criminal, y si no, pienso, de consideración para la aplicación de atenuantes en cuanto que el agresor siga un programa de tratamiento, modificando la interpretación aludida del TS.

Cuando el delito se agrava porque la víctima reúne determinadas circunstancias consideradas de vulnerabilidad¹⁰⁶⁸ -tal es el caso de los menores de edad, los ancianos, los deficientes psíquicos o los trabajadores¹⁰⁶⁹ -, se plantean dificultades para la introducción de la mediación (Juan 1996, 1), aunque no respecto de su idoneidad concreta.

¹⁰⁶⁸ Cfr. los conceptos de vulnerabilidad subjetiva, relacional y situacional que fundamentan un tipo penal especial o una agravación en el NCP -salvo en el caso de la eutanasia-, expuestos por Herrera (1996, 337-44).

¹⁰⁶⁹ Sobre la valoración del NCP respecto del menor víctima, véase Dolz (1996). Otro colectivo con condiciones de vulnerabilidad es el de los extranjeros, especialmente si se encuentran en situación de irregularidad, lo que potencia la alta cifra negra de los delitos que se cometen contra los mismos. En todo caso, sí reciben una protección formal con el NCP en el delito relativo al empleo a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312) y de adopción ilegal de menores (art. 221. 2). Asimismo, pueden recordarse los preceptos que protegen contra la discriminación (art. 22. 4, 161. 1, 314, 510, 511, 512, 515 y 607). Por otra parte, existen estudios criminológicos que llaman la atención sobre el riesgo de victimación del turista extranjero, expuesto a una serie de accidentes, a lo que se suma su desconocimiento de la lengua y del país, y el llevar objetos de valor. Ello justifica que suelen suscribir seguros, circunstancia que a su vez incide en la no denuncia (Stangeland y Durán 1994). Un colectivo particularmente sensible son los turistas ancianos que terminan permaneciendo como residentes. Sobre los extranjeros como víctimas de delitos en Alemania, vid. Luff y Gerum (1995).

En cuanto a su participación en el proceso penal como víctima, el extranjero también sufre victimación secundaria o sobrevictimación. Normalmente no permanecerá en el país -aunque cabe pensar en la posibilidad abierta por los juicios rápidos que debería extenderse a todas las faltas-, con las implicaciones respecto de su testimonio y obtención de la reparación civil. Téngase en cuenta además el requisito de la fianza para interponer querrela. Algunos autores han propuesto otorgar una compensación estatal inmediata -en la práctica funcionan los seguros gratuitos ofrecidos por las agencias de viajes en caso de sufrir un delito- o que se constituya un fondo para pagar el viaje y la estancia mínima para que la persona víctima de un delito grave pueda prestar testimonio (Tabarés 1995, 43). En relación con ello, de forma desafortunada, el art. 2. 1 de la Ley 35/1995 ha limitado el beneficio de las ayudas estatales al principio de residencia habitual o de reciprocidad y el Reglamento concreta que la residencia debe ser legal. Finalmente, respecto del acceso a la justicia en un procedimiento civil o social, la ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita

Atención particular merece la atenuante de reparación a la víctima por el daño ocasionado o de disminución de sus efectos, en cualquier momento del procedimiento, anterior a la celebración del juicio oral (art. 21. 5). Es preciso tener en cuenta que se trata de una configuración que permite una reparación espontánea o informal entre víctima y autor, fuera de la justicia formal, aunque en todo caso se encuentra limitada legalmente.

En el ACP se recogía en el art. 9. 9.ª la atenuante de arrepentimiento espontáneo¹⁰⁷⁰ –comprendiendo también la confesión–, cuyos límites de aplicación habían sido criticados por diversos autores. Mir Puig, junto con Calderón e Higuera (1993, 204-5), habían defendido que esta atenuante afectaba a la punibilidad del hecho (no al injusto o a la culpabilidad)¹⁰⁷¹, ya que aportaba un dato posterior a su comisión (1985, 564), que se tenía en cuenta por razones de política criminal de utilidad.

también requiere que el extranjero resida legalmente en España (art. 2 a y d). Entendiendo que dicha disposición viola el art. 24 CE, el Defensor del Pueblo presentó un recurso de inconstitucionalidad.

¹⁰⁷⁰ Esta atenuante ha sido estudiada por diversos autores. Pueden destacarse las monografías de Alcalá-Zamora (1928), Calderón (1990), Campo Moreno (1995), los artículos de revistas de Martínez Val (1957), Baeza (1979), de Sola Dueñas (1971) y los capítulos dentro de manuales o libros como los de Tamarit (1993, 51-6).

¹⁰⁷¹ En contra, la STS de 18 de febrero de 1992 entendía que afectaba a la culpabilidad.

Aunque la Escuela Criminal Positiva circunscribía esta circunstancia a los delitos ocasionales, fundamentalmente pasionales de sangre, no se descarta su aplicación a cualquier delito como principio general (Calderón 1990, 281). Éste es el caso de los delitos contra la propiedad¹⁰⁷²; Calderón cita previsiones específicas de derecho comparado¹⁰⁷³, como es el art. 167 del CP austríaco -que excluye la punibilidad en delitos como el hurto, la sustracción de energía, la malversación, la apropiación indebida, etcétera- (1990, 109)¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² En el ACP, dentro de los delitos contra el patrimonio, dos conllevaban una atenuación específica, o mejor dicho, una exención de pena, si se realizaba cierta reparación. Uno era la emisión de cheque en descubierto (Muñoz Conde 1988, 299), como supuesto de excusa absoluta o causa de exclusión de pena (Rodríguez Devesa y Serrano 1993, 664); otro el de incendios forestales. En todo caso, cabía en determinados supuestos aplicar la atenuante, si se observaba una modalidad reparativa diversa. Por su parte, el delito de uso ilegítimo de vehículos de motor (art. 516 bis ACP) presentaba un tipo básico en su número primero, en el que la restitución debía operar en 24 horas, y un tipo agravado por exceso de duración del uso. En opinión de Tamarit, se estructuraba con un carácter premial (1993, 53). De Vicente Remesal proponía *de lege ferenda* que se estableciese de manera que se valorase positivamente la restitución, dando lugar a un tipo privilegiado o a una atenuación del tipo básico, por razones de política criminal (1990, 584; González Rus 1993, 150). Con este fundamento, podía proponerse la configuración de la restitución como excusa absoluta en el supuesto del art. 516 bis ACP, siempre que se dieran determinados elementos. En este sentido, Higuera concluía: "Quizá uno de los retos que tiene pendiente el Derecho penal del porvenir sea unir armoniosamente el ámbito de la excusa absoluta, que se refiere a la persona del autor culpable, y el ámbito de las nuevas tendencias de reparación, que se refiere fundamentalmente a la víctima del delito" (1993, 197). En su opinión, el valor del comportamiento postdelictivo del autor, en relación con el arrepentimiento, se situaría con las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutivas (1993, 183). Sobre los tipos privilegiados específicos en el NCP, vid., entre otros, los art. 214 y 340.

¹⁰⁷³ Y alude a la propuesta de Roxin de una tercera vía del Derecho penal centrada en la reparación, que el autor considera peligrosa, si no se establecen cautelas previas en nuestro derecho. En general, en este mismo sentido, cfr. Mapelli y Terradillos (1993, 213; 1996).

¹⁰⁷⁴ Se exige que el autor, o un tercero en su nombre, por propia iniciativa y antes del conocimiento de su culpabilidad por un organismo público, indemnice totalmente los perjuicios o se obligue a hacerlo. También se admite la indemnización total en el momento de su autodenuncia ante un organismo público.

Como ejemplo de propuestas *de lege ferenda*, relativas al ACP, Serrano propuso un cambio legal para permitir que el autor que indemnizase, total o parcialmente, a la víctima pudiera disfrutar de una rebaja de la pena en uno o dos grados¹⁰⁷⁵, e incluso de exclusión de la culpabilidad, si se llevaba a cabo antes de la realización del juicio (1991, 426-30). En relación con el límite temporal y respecto del ACP, Calderón pedía su extensión hasta la apertura del juicio oral (1990, 312), considerándose útil a efectos de política criminal (García Arán 1982, 140)¹⁰⁷⁶. Este límite queda claro en el NCP y, si se repara antes de que se dicte sentencia, puede apreciarse como atenuante análoga (Vives 1996b, 212). Crespo entiende, valorando el NCP, que el requisito de que el intento de reparación se realice antes de la celebración de la vista oral, permite que pueda efectuarse durante la instrucción e, incluso, cuando se hayan formulado los escritos de acusación y defensa y abierto el juicio oral, si no se ha celebrado la vista (1996, 6). Según Quintero (1996a, 555-6): “esa reparación también es trascendente para acceder a los beneficios de la ejecución o de la sustitución de la pena”.

¹⁰⁷⁵ En ese momento sólo se permitía la imposición en grado mínimo, aunque ya el art. 758 del CP español de 1928 permitía rebajar la pena en un grado.

¹⁰⁷⁶ Se criticó el criterio jurisprudencial que situaba la apertura del procedimiento judicial en las diligencias policiales, sin perjuicio de que, si se producía extemporáneamente, pudiera apreciarse la atenuante analógica (Baeza, 1979, 19; Córdoba y Rodríguez 1972, 523; Calderón 1990, 302). Incluso la STS, de 2 de marzo de 1993, la consideraba muy cualificada, aplicando el art. 61. 5 ACP.

Por su parte, en referencia al ACP, Tamarit argumentaba que la expresión “dar satisfacción al ofendido” abría la posibilidad de una utilización más amplia que, con las oportunas reformas, se situaría en la línea de las modernas tendencias de compensación autor-víctima (1993, 53)¹⁰⁷⁷. Baeza opinaba que era difícil distinguir los conceptos de satisfacción y reparación (1979, 24). Ésta sería más amplia que la que recoge la responsabilidad civil (Baeza, 1979, 20; Córdoba Roda y Rodríguez, 1972, 524; Mozota 1989, 154), sin perjuicio de cierta relación (Calderón 1990, 220). Sin embargo, en mi opinión, sí resultaba relevante el hecho de que la reparación sólo aludiese a los efectos del delito y la satisfacción se concretase explícitamente en la persona del ofendido¹⁰⁷⁸, afectando al daño moral o material¹⁰⁷⁹. La STS, de 23 de noviembre de 1971, entendió por satisfacción “las explicaciones, compensaciones, excusas y disculpas al ofendido que le llevan al menos un aquietamiento o paz espiritual o material perdidas por causa del delito.” Mozota incluyó dentro de la satisfacción “las oportunas disculpas, u otras conductas en favor de la persona agraviada, aunque no supusieran la reposición de la situación anterior, no siendo imprescindible un alcance económico efectivo” (1989, 154). En todo caso, aunque la expresión de “satisfacción al ofendido” desaparece en el NCP, cuando éste habla de reparar el daño o disminuir los efectos del delito, ya que éstos pueden ser de distinta naturaleza, también lo puede ser la reparación (Vives Antón 1996b, 211). Además, de acuerdo con Ruiz Vadillo (en Conde-Pumpido 1997, 796): “hay que tener en cuenta que se

¹⁰⁷⁷ En el mismo sentido, vid. Herrera (1996, 289).

¹⁰⁷⁸ O de los perjudicados, según Calderón (1990, 215).

¹⁰⁷⁹ El CP español de 1822 hablaba de procurar socorrer o desagaviar al ofendido, en una redacción que Rodríguez Devesa valoraba más que la actual. El CP de 1928 se refería en su art. 64. 6 a obrar “con propio sacrificio *personal* o económico” (cursivas más). La STS, de 21 de abril de 1992, entendió que sólo puede producirse la satisfacción al ofendido en delitos contra el honor y similares (en contra Calderón 1990).

trata de una norma favorable al reo y que ha de ser aplicada de la manera más beneficios a sus intereses”, sin olvidar, equilibradamente, los de la víctima¹⁰⁸⁰.

Adicionalmente, en referencia a la evolución de la regulación del ACP, la STS de 27 de marzo de 1992 destacaba que la jurisprudencia más reciente había evolucionado en favor de una mayor ampliación de esta circunstancia, sin exigir la comprobación del “pesar” del autor, bastando su exteriorización¹⁰⁸¹. Este requisito subjetivo ha sido eliminado por el nuevo Código penal¹⁰⁸², colocándose en la línea objetivista del art. 39 del CP austríaco, valorada positivamente por Mozota (1989, 142)¹⁰⁸³.

Una particularidad de esta atenuante se encuentra, por tanto, en otorgar trascendencia a un comportamiento postdelictivo¹⁰⁸⁴. De Vicente Remesal lo calificó de “positivo” (1985), mientras que Mir Puig habló de arrepentimiento “activo”. También, se utilizaron términos como arrepentimiento atenuatorio o ineficaz (en cuanto que su aplicación supone que no se logró evitar la perfección de la infracción), para distinguirlo del eficaz, que se identificaría con el desistimiento. El desistimiento

¹⁰⁸⁰ Para un análisis jurisprudencial, cfr. Álvarez García (1997).

¹⁰⁸¹ Dentro de esta generosa interpretación, en relación con los beneficios al ofendido, véanse las STS 16 de septiembre de 1991 y 15 de septiembre de 1992.

¹⁰⁸² Anteriormente, persistía, en todo caso, la espontaneidad que se presumía y se entendía como actuación propia del autor, sin que le obligase la víctima o un tercero -aunque sí podían aconsejarle-. Sobre esto, véase Quintanar (1992, 916). El Anteproyecto de 1992 hablaba de voluntariedad, término al que no hace referencia el NCP. El texto inicial del Proyecto sí añadía “o haberlo procurado seria y convincentemente dando plena satisfacción al ofendido”, extremo que se eliminó por una enmienda del grupo socialista al entender que se debían evitar valoraciones subjetivas sobre el intento de reparación en favor de la seguridad jurídica (Campo 1995, 43).

¹⁰⁸³ Véanse en referencia al derecho comparado Madlener (1989, 23) y Jescheck (1993, 801).

¹⁰⁸⁴ Algún autor, como Peris Riera (1989, 40-1), aludió a su tinte privatista.

malogrado, en palabras de Muñoz Conde, sería el único supuesto de arrepentimiento antes de la consumación (Higuera 1993, 180-1)¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ Respecto del desistimiento, según el art. 16. 2 NCP, queda exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución iniciada, bien impidiendo la producción del resultado. Se requiere, por tanto, como indica la STS de 21 de marzo de 1997, que “el ciclo del delito” se encuentre abierto. En el supuesto de que intervengan varios sujetos, quedan exentos de responsabilidad penal los que desistan de la ejecución iniciada e impidan seria, firme y decididamente la consumación (art. 16. 3). Se pueden aplicar estos preceptos respecto de las faltas contra las personas o el patrimonio (art. 15. 2). La discusión doctrinal sobre la eficacia del desistimiento se centra, según los autores, en la antijuricidad, culpabilidad, punibilidad, o en general en razones de política criminal (Quintero 1996b, 118).

La jurisprudencia y la doctrina mayoritarias sostuvieron que bastaba la mera tendencia o intento¹⁰⁸⁶ de reparación, al interpretar las palabras del ACP “haber procedido” (Mir Puig 1985, 564) -las cuales se siguen recogiendo en el NCP-. Para Baeza, citando la opinión de Ferrer Sama y Mancini, bastaba la “oferta real”, aunque fuera rechazada por el ofendido (1979, 17). Este criterio puede hacer dudar, a primera vista, de que esta atenuante constituya realmente una medida en favor de la víctima.

Por lo demás, hay que tener en cuenta, la posible aplicación del art. 21-6º sobre circunstancias atenuantes no expresamente previstas recurriendo a la analogía.

4. En cuarto lugar, en sentido amplio, respecto del reconocimiento de la interacción entre víctima e infractor, en la teoría del delito, puede aludirse a las **excusas absolutorias**. Las excusas absolutorias o causas de exclusión de la pena fueron destacadas en su día por Silvela y matizadas después por Rodríguez Muñoz. Rodríguez Devesa y Serrano señalaron la existencia de tres en el ACP: en la rebelión y sedición, en la emisión de cheque en descubierto y la relativa a los parientes del art. 564 ACP (1993, 663-6). El Proyecto de CP de 1992 incluía como excusa absoluta la retractación en el delito de falso testimonio, ya propuesta en el Proyecto de 1980 y en el Anteproyecto de 1983. Asimismo, desde la doctrina se proponía su introducción para el delito fiscal (Higuera 1993, 161-2). Las excusas absolutorias o condonación pueden suponer, en el NCP, la exclusión de punibilidad, debido al comportamiento postdelictivo positivo consistente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, frente a la Seguridad Social, o el reintegro de las subvenciones, desgravaciones o ayudas (art. 349. 3; 349 bis 3; 350. 4; 305. 4; 307.3; y 308. 4), además, téngase en cuenta

¹⁰⁸⁶ En contra véase la STS 26 de marzo de 1969.

en los incendios forestales (art. 354), el falso testimonio (art. 462) y la rebelión (art. 480)¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ Piénsese, por otra parte, en la competencia del jurado en estos delitos y los de incendio.

En opinión de algunos autores, el NCP recoge además, como excusas, el parentesco en los delitos contra la propiedad -para el mantenimiento de estas conductas en el control de la familia-, el desistimiento y el arrepentimiento eficaz en la tentativa (art. 16.2). En estos casos, por razones de política criminal, se estima inadecuada o innecesaria la imposición de una pena (Quintero 1996a, 359-60), consideración que podría extenderse a supuestos en que se dé una mediación reparadora.

5. En quinto lugar, desde el punto de vista del protagonismo de la víctima en el NCP, cabe aludir a la regulación de la **extinción de la responsabilidad penal**. Aunque, aparentemente, la prescripción del delito y de la pena no tiene nada que ver con la mediación reparadora, conviene hacer mención de ella, en cuanto que esta institución revela aspectos importantes de la justificación del castigo, lo cual sí se relaciona con la mediación. La prescripción destaca como causa que tiene en cuenta el efecto del tiempo en el desvalor socio-jurídico (posibilidad de olvidar, perdonar, aunque no en delitos como el genocidio, art. 133.2). Incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, el transcurso de un tiempo considerable puede suponer una atenuación. En concreto, respecto de la prescripción de la *pena*, ésta supone la renuncia del Estado a la acción para exigir el cumplimiento del *ius puniendi* por razones de seguridad jurídica, de utilidad (la pena ya no es útil si el reo se ha enmendado¹⁰⁸⁸; aunque el NCP ya no recoge la interrupción de la prescripción por la comisión de otro delito, como lo hacía el art. 116 ACP), de equidad y autolimitación, considerando especialmente los cambios producidos en el infractor¹⁰⁸⁹, en lo que podría entrar la estimación de la

¹⁰⁸⁸ Cfr. la opinión de Silvela en Serrano Butragueño (1996, 213-4).

¹⁰⁸⁹ Este último aspecto tiene también reflejo, según indica Serrano Butragueño (1996, 217), en la previsión del art. 60. 2, según el cual si se restablece la salud mental del penado y la pena no ha prescrito, los tribunales por equidad pueden dar por extinguida la condena o reducir su duración “en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte

reparación a la víctima. Resulta interesante señalar la diversidad con que los distintos países, en el transcurso de la historia, regulan los plazos y las reglas de cómputo para la prescripción de la pena¹⁰⁹⁰, así como su comparación con la prescripción de los *delitos*, institución que también reviste especial relevancia para la víctima. Aquí puede tenerse en cuenta la polémica sobre la prescripción de los delitos sexuales -en referencia a hechos que ocurrieron en la niñez y se denuncian años más tarde-, que levanta sentimientos de injusticia e incompreensión, por lo que algunos grupos británicos plantean la posibilidad de demandar a su país ante el TEDH, en cuanto entienden que su legislación sobre la prescripción vulnera diversos derechos fundamentales de las víctimas, incluyendo el del acceso a la tutela judicial efectiva. En mi opinión, estos casos podrían ser aptos para una mediación reparadora, con las debidas garantías.

Por su parte, los indultos constituyen una forma de extinción de la responsabilidad criminal, recogida como derecho de gracia real en el art. 62 i) de la Constitución¹⁰⁹¹. El artículo 4.4 CP regula, por vez primera, la obligación de suspender la ejecución de la sentencia, si se solicita el indulto por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Podría proponerse que se añadiera la atención a la reparación del daño, quedando el final del art. 4. 3 de la siguiente manera: "...atendidos el mal causado por la infracción, su reparación y las circunstancias personales del reo." En este sentido, la STS 27-2-81 consideró el reintegro del objeto delictivo. En cualquier caso, conforme al art. 6 de la Ley de 1870, el indulto no comprende nunca la indemnización, aunque en los expedientes de indulto

innecesario o contraproducente."

¹⁰⁹⁰ Sobre Francia, Portugal e Italia, vid. Serrano Butragueño (1996, 218). Véase sobre la aplicación del NCP, Pastor (1995).

¹⁰⁹¹ Vid. art. 4-3 y 4-4 CP y Ley de 18 de junio de 1870. Cfr. Navarro (1997, 233-7).

es necesaria la audiencia del ofendido (art. 24). Finalmente, el art. 16 posibilita la supeditación de la concesión del indulto a que se satisfaga la indemnización a la víctima.

También el perdón del ofendido constituye una forma de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130-4º). Esta institución cuestiona el carácter público del Derecho penal y, además, según Quintero (1996a, 584), no puede confundirse con la eficacia político criminal de la reparación del daño como medio de eludir la pena en algunos delitos. En su opinión, el perdón del ofendido se relaciona con la naturaleza del bien jurídico afectado, en cuanto que es de especial disponibilidad por parte de su titular. El perdón sólo surte efecto en delitos perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado y siempre y cuando esté previsto de manera expresa por la ley. Para López Garrido y García Arán (1996, 83), esta “disponibilidad de la víctima sobre el *ius puniendi* del Estado” debería suprimirse por el derecho penal moderno. En todo caso, el NCP lo recoge para las calumnias e injurias (art. 215. 3), daños imprudentes (art. 267) y descubrimiento de secretos (art. 201.3), también para delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio -salvo art. 198- (art. 201). Por otra parte, es preceptivo oír de nuevo a los representantes de los menores o incapacitados (art. 130.4)¹⁰⁹².

¹⁰⁹² Respecto de las faltas, vid. art. 639. 3. Cfr. art. 620, 621 y 624.

La eficacia del perdón se condiciona, en algunos delitos donde se dan relaciones familiares, previendo que sea aprobado por el juez o el tribunal, considerando los intereses del menor o de la parte económicamente más débil, lo cual constituye un principio general si se trata de delitos contra menores o incapacitados. Conviene, de cualquier forma, insistir que, en opinión de algunos autores, el campo de la familia es apropiado para procesos de mediación en cuanto que, en determinados supuestos, se puede fomentar el diálogo y llegar a acuerdos sobre la comunicación con los hijos y el pago de las pensiones alimenticias (Juan 1996, 3). En delitos públicos y semipúblicos contra la libertad sexual no se admite el perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal, con el objetivo de evitar amenazas a la víctima, de ello trataré más adelante.

Finalmente, una vez extinguida la responsabilidad penal, el reconocimiento de los derechos de los condenados a la cancelación de los antecedentes delictivos, se condiciona a la satisfacción de las responsabilidades civiles, excepto en insolvencias declaradas judicialmente. Si se ha determinado el fraccionamiento del pago, basta que se halle al corriente del mismo y preste garantía suficiente, respecto de la cantidad aplazada (art. 136. 2).

6. 2 LA REPARACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO (SIN MEDIACIÓN): LA RESPONSABILIDAD CIVIL¹⁰⁹³

¹⁰⁹³ Sobre la responsabilidad civil en general, vid. Enfedaque (1994), Yzquierdo (1996), Ruiz Vadillo (1995), García-Castellón (1993), Dalcq (1989), Molina Blázquez (1995), Ibáñez y Sampedro (1995), Zubiri (1996), de Ángel (1993), de la Mata (1994a), Serrano Gómez (1994) y Larrañaga (1988). Sobre distintos modelos de articulación de la pretensión civil y punitiva en el derecho comparado, véanse Sebba (1996a, 315-20) y FGE (1996). Respecto de la identificación de la responsabilidad con la civil, la Asociación Catalana de Desarrollo de la Mediación realizó un estudio sobre el nivel de conocimiento y aceptación de los sistemas de gestión y resolución de conflictos, así como de las condiciones para una mayor implantación de la mediación en Cataluña (Marti i Baldellou 1996). Sobre la misma en el campo penal, los

profesionales encuestados la relacionaban con la satisfacción de la responsabilidad civil, y sobre los tipos de delitos en los que sería posible la mediación, se decantaban por los privados y menos graves. Tampoco existía una opinión clara sobre la mediación como instrumento de prevención. En definitiva, el estudio concluía con la necesidad de un cambio cultural de los profesionales del mundo del derecho. Paralelamente, la mayoría de los abogados en Francia se oponen a la mediación en general y a la penal, en particular, por razones filosófico-jurídicas (derecho de defensa, etc.) y mercantilistas (Faget 1996; Salzer 1996).

Cuando el CP alude a la reparación a la víctima se refiere, básicamente, a la responsabilidad civil, como si -independientemente de su ineficacia general- la valoración económica fuera exclusivamente lo que ésta busca¹⁰⁹⁴. Bajo influencia del Código civil francés, el resarcimiento de los daños injustos es objeto de estudio dentro de la denominada responsabilidad civil o extracontractual -que incluye la derivada del delito-, mientras que en los países anglosajones se utiliza la terminología “derecho de daños”. Siguiendo a Encarna Roca: “la estructura actual del derecho de daños es el resultado de la confluencia de distintas culturas jurídicas, en las que se funden conceptos provenientes de planteamientos morales, políticos y jurídicos diversos” (1996, 18). La sanción ha correspondido tradicionalmente a la técnica del Derecho penal, el cual no se centra en el daño, sino como presupuesto de aquélla, debiendo concurrir una serie de elementos de la teoría del delito, en cuanto que supone la entrada del interés público, aparentemente irreparable (Ferrajoli 1995, 255)¹⁰⁹⁵. Del daño a la víctima se ocupa el Derecho civil, aunque por economía procesal existan disposiciones al respecto en el Código penal. De acuerdo con la STC 72/1991, de 8 de abril, la responsabilidad civil constituye “una consecuencia de ciertas relaciones jurídicas o de hecho con los autores del delito”¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ Creo que al igual que en tiempos pasados y en otras culturas, como se ha visto en la Parte Segunda y se verá en la Cuarta, sigue siendo un insulto en la nuestra pensar que el dinero -útil, desde luego- puede reparar un daño, especialmente si es personal y profundo.

¹⁰⁹⁵ De cualquier forma, por daño injusto (inclusive derivado de actos no delictivos), que obliga a la reparación, se entiende la lesión de un interés jurídicamente relevante. El daño incluye el daño emergente y el lucro cesante. Se distinguen, por su naturaleza, entre daños morales y materiales, y, por su duración, duraderos, continuados y sobrevenidos. Se cuestiona si es posible pedir el resarcimiento de los daños que aparezcan después de una transacción -que implica la renuncia a una reclamación judicial posterior-, lo cual parece posible si se trata de hechos nuevos no valorados (Roca 1996, 107-110; 156). Sobre el derecho de daños en el ámbito de la tutela al honor, vid. Salvador y Castiñeira (1997).

¹⁰⁹⁶ Estoy de acuerdo con Elena Larrauri cuando afirma que la reparación -como sanción

autónoma- “no *es* sino que puede ser dotada de una u otra naturaleza” (1997, 177).

Ya se ha mencionado en el capítulo segundo la opinión de Beristain (1977) -seguida en general, entre otros, por de la Cuesta (1989, 73)-, según la cual, el derecho penal incluye tres sanciones correspondientes a los delitos: las penas, las medidas y las reparaciones. También se aludió a la consideración de Mir Puig sobre la oportunidad de contemplar la reparación como arma civil, a utilizar en el tratamiento del delito (1996,14). Conforme a Molina Blázquez (1996, 93), desde la perspectiva de los últimos avances en la doctrina penal y en Criminología, conviene mantener la naturaleza penal y la ubicación en el Código penal de la responsabilidad civil¹⁰⁹⁷. Por su parte, López Garrido y García Arán entienden que el NCP mantiene la tradición jurídica española, en cuanto que el Código penal se promulgó antes que el Código civil¹⁰⁹⁸, regulándose aquélla en el primero, aunque se reconozca su naturaleza civil por la mayoría de la doctrina (1996, 77). En la Exposición de Motivos del Proyecto de LO de CP de 1992 se decía: “en los sistemas penales contemporáneos, la reparación civil del daño o del dolor causados no es únicamente un resarcimiento material, sino que se integra en el conjunto de la reacción penal, y, por lo tanto, resulta oportuna su regulación conjunta con el sistema de penas, sin perjuicio de preservar la naturaleza civil substancial de la misma.” Recordando este último extremo y, como se ha mencionado anteriormente, ya Antón Oneca reconocía la relación entre el ilícito penal y el civil y su equilibrio en el derecho español¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ En concreto, se refiere a las propuestas de “un acercamiento del Derecho Civil y del Derecho Penal por la vía de considerar la reparación como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también en su caso sustituir.”

¹⁰⁹⁸ Vid. el art. 1.092 CC.

¹⁰⁹⁹ Citado en Tamarit (1993, 43). Algunas diferencias normativas entre el CP y CC, en caso de responsabilidad extracontractual, son las que se refieren a la responsabilidad por hecho ajeno (art. 120 CP y 1.903 CC), a la responsabilidad plural (art. 116 CP y 1.137 CC) y a la prescripción (art. 1.968. 2º CC y tendencia a remitir a la prescripción general de quince años, según el art. 1.964 CC) (Vives 1996b, 576). Véase sobre los efectos en el

proceso civil posterior de las resoluciones penales sin pronunciamiento civil, Catalá (1993) y de la Mata (1994a), sobre la responsabilidad civil en el proyecto de Código penal de 1994, véase Molina (1995); en el NCP Zubiri (1996), sobre los sujetos responsables; y sobre la valoración práctica del daño corporal, vid. Pérez Pineda y García Blázquez (1996) y Medina (1997). Respecto de las relaciones de los Derechos penal y civil, vid. Espinar López (1946) y del Vecchio (1963). Sobre la definición del derecho penal como opuesta a la del derecho civil, cfr. Lacey, Wells y Meure (1990, 1-7), Delvaux y Schamps (1994) y Silva Melero (1950). En cuanto a su condición de medios de control, cfr. las divergencias entre Frehsee (1986) y Müller-Dietz (1987). Sobre el concepto de jurisdicción voluntaria, vid. González Poveda (1996).

La regulación de la responsabilidad civil en el CP comienza con el art. 109 que la define como la obligación de reparar los daños y perjuicios de un delito o falta, dando la posibilidad de que el perjudicado pueda exigirla ante la jurisdicción civil. La fuente de la obligación es el perjuicio mensurable causado por el delito¹¹⁰⁰. Se trata de una acción disponible (art. 109. 2) y, por tanto, susceptible de acuerdo¹¹⁰¹. Según el art. 115: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.”

En concreto, dicha responsabilidad comprende (art. 110): la restitución del bien con abono de los deterioros (art. 111), la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales (art. 110)¹¹⁰². Por daños parece entenderse los causados en las cosas, y por perjuicios los que recaen en las personas (agraviado, familiares o terceros, art. 113) (Molina Blázquez 1996, 94)¹¹⁰³. Una novedad es la definición de la

¹¹⁰⁰ Cfr. Quintero Olivares y Tamarit Sumalla (en Quintero 1996b, 552-3).

¹¹⁰¹ Aunque no será así, en principio, en el supuesto de que la ejerza el Ministerio Fiscal como órgano público. Como antecedente histórico en la política legislativa comparada, cabe pensar en el Proyecto Preliminar de CP italiano de 12 de junio de 1921, en el que colaboró Ferri. Según su artículo 95, se considera nula “toda transacción o convención referente a los derechos al resarcimiento de daños y perjuicios por los delitos de acción pública, estipulada entre el perjudicado o sus herederos y el imputado” (citado en Pérez Sanzberro 1996, 15, nota 8). Actualmente, en ocasiones, fuera de la estricta legalidad, el acuerdo sobre la responsabilidad implica, en la práctica, una renuncia a la acción penal (Herrera 1996, 284).

¹¹⁰² Al recogerse, en el art. 115, la obligación de razonar las bases fundamentadoras de la cuantía de la indemnización, puede pensarse que cabría un recurso de casación.

¹¹⁰³ Según esta autora, acercando el derecho civil al penal, en una interpretación progresista del art. 112, se podría considerar que las condiciones personales y patrimoniales del culpable sirven también para la valoración económica de la indemnización (1996, 95, nota 51).

reparación del daño, en el art. 112, como obligaciones de dar, *de hacer* o de no hacer que el juez establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o ejecutadas a su costa. De acuerdo con López Garrido y García Arán (1996, 77; 78), esta novedad “parece incluirse en la tendencia pretendidamente moderna a engrandecer la importancia de la reparación a la víctima como finalidad o contenido de la respuesta penal”. Objetan que pueda confundirse la naturaleza de la responsabilidad penal (frente al Estado) -avance del Derecho penal moderno- con la civil (frente a la víctima). Por ello estiman que las obligaciones de hacer en favor de la víctima deben permanecer en el ámbito de las obligaciones civiles, “sin deslizarse hacia el terreno de las consecuencias claramente punitivas aplicables a la responsabilidad penal.” Les preocupa “la posibilidad de que se imponga al culpable (obsérvese que no se dice ‘el responsable civil’) la obligación de cumplir personalmente ciertas actividades, incluso aunque pueda hacerlas ejecutar a su costa, lo que tiende a proporcionar a la reparación ese contenido punitivo antes que el restaurador de la situación anterior.”

En el contexto de las sociedades del riesgo, teniendo en cuenta las relaciones interpersonales y económicas, se distingue la responsabilidad civil directa de la subsidiaria. Son responsables civiles directos: el responsable penal (art. 116 NCP); los receptadores hasta la cuantía de su participación (art. 122 NCP y 615 LECrim); las personas que tengan la potestad o guarda legal, y hubieran actuado con culpa o negligencia, respecto de actos cometidos por inimputables (art. 118. 1. 1^a)¹¹⁰⁴ -el ebrio e intoxicado exento

¹¹⁰⁴ Hasta que entre en vigor una nueva ley, los jóvenes que se encuentren entre dieciséis y dieciocho años siguen siendo responsables civiles directos, según el art. 116. 1 NCP y su disposición derogatoria única 1. A (Molina Blázquez 1996, 98; 102).

de responsabilidad penal, sí es responsable civil directo-; las personas en cuyo favor se ha precavido el mal en caso de estado de necesidad (art. 118. 1. 3^a); los causantes del miedo en el supuesto de miedo insuperable (art. 118. 1. 4^a); y los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, sin perjuicio del derecho de repetición (art. 117 NCP). Son responsables civiles subsidiarios, ante la insolvencia del directo: los padres o tutores con culpa o negligencia por los daños cometidos por mayores de edad, sujetos a su patria potestad o tutela y que convivan con ellos (art. 120. 1^o NCP); los titulares de los medios de comunicación por delitos o faltas que se cometieron utilizándolos (art. 120. 2^o); los titulares de establecimientos que hayan infringido los reglamentos (art. 120. 3^o); los empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, las personas físicas o jurídicas dedicadas a cualquier industria o comercio (art. 120. 4^o); los titulares de vehículos por los delitos o faltas cometidos en su utilización por sus dependientes, representantes o personas autorizadas (art. 120. 5^o); los que hayan realizado el acto en caso de miedo insuperable (art. 118. 1. 4^a); y los autores y cómplices por las cuotas de los demás responsables (art. 116. 2). La Administración Pública será responsable subsidiaria cuando se cometan delitos por una autoridad, agente, contratado o funcionario en el ejercicio del cargo, y como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados (art. 121).

Un artículo novedoso -aunque no tanto con respecto a la práctica (Molina Blázquez 1996, 95)-, con correspondencia en el art. 1.103 CC y en relación con las corrientes de Victimodogmática¹¹⁰⁵, es el art. 114 que dice: “Si la

¹¹⁰⁵ Para unas consideraciones críticas sobre la misma, especialmente en relación con la ley de 1995 de compensación a las víctimas de delitos violentos y sexuales, véase Herrera (1996, 257-67; 308-1; 379-82).

víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.” Conforme a López Garrido y García Arán (1996, 78), con el art. 114, se reconoce el principio de compensación de culpas¹¹⁰⁶, recogido concretamente en la jurisprudencia en materia de tráfico vial. También la ley de ayuda a las víctimas, de diciembre de 1995, contiene un precepto similar en el art. 3. 1 a).

El art. 125 permite al juez fraccionar el pago de la responsabilidad civil, previa audiencia del perjudicado, “según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable”. El art. 126 establece, como lo hacía el art. 111 ACP, la prelación de los pagos que se efectúen por el penado, en este orden: la reparación del daño e indemnización de los perjuicios; la indemnización al Estado por el importe de los gastos hechos por su cuenta en la causa; las costas del acusador particular o privado, cuando se imponga en la sentencia; las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado; y la multa. Si el delito sólo es perseguible a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado antes que la indemnización del Estado. Esta disposición podría facilitar la insolvencia para hacer frente a las multas, lo que conllevaría la responsabilidad personal subsidiaria¹¹⁰⁷. En la sentencia 230/1991 de 10 de diciembre, el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, indicando que la prelación del art. 111 ACP no causaba discriminación ni era contraria a la libertad. En el pfo. 2º del fundamento jurídico cuarto

¹¹⁰⁶ Cfr. Serrano Maíllo (1996), Medina Crespo (1997), Caballero Gea (1996), Barrón (1997), Maciá Gómez (1996) y Rubio Morales (1996).

¹¹⁰⁷ Debe recordarse que, con el nuevo Código, existe la posibilidad de su sustitución por trabajos al servicio de la comunidad (art. 53. 1).

se decía: “la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil, está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objeto de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el Legislador ha ponderado de manera prioritaria.”

Las cuestiones de responsabilidad civil se tramitan en pieza separada (art. 100, 590 –procedimiento ordinario común– y 785. 8 b -procedimiento abreviado- LECrim). La Instrucción 1/1992, de 15 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre *Tramitación de las piezas de responsabilidad civil* indica que la protección a la víctima se consigue con la sanción penal al deliciente junto con la reparación de los efectos del delito. El ejercicio conjunto de las acciones penal y civil, y la adopción de medidas cautelares de protección económico-social por parte de los fiscales se dirige a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva. Una vez abierto el juicio oral, el MF, el acusador privado y/o particular, deberán presentar un escrito de calificación referido al objeto penal, expresándose también “la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida, así como la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad” (art. 650 LECrim). En caso del actor civil, sus calificaciones se limitarán a esos extremos (art. 651. II LECrim). Con previas modificaciones, este requisito podría dar lugar a la valoración de la posibilidad de la mediación reparadora.

Cuando se den en la investigación indicios de criminalidad, se dictará auto ordenando la prestación de una fianza convincente para asegurar las responsabilidades pecuniarias y el embargo de bienes suficientes para cubrirlas, si no la presta (art. 589 LECrim). Las diligencias sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil se sustancian en pieza separada

(art. 590 y 785. 8^a b LECrim) y a instancia de parte en el proceso común, o de oficio en el abreviado. El juez podrá acordar un auto durante la investigación que exija al supuesto responsable civil, distinto del imputado, que garantice la obligación, o en caso contrario que se embarguen sus bienes (art. 615 y 790. 6. III LECrim). Las compañías aseguradoras pueden adoptar una posición acusadora en cuanto que intenten probar alguna circunstancia por la que, considerando la póliza, se las deba eximir de la responsabilidad. En estos casos se las debería considerar parte activa y no pasiva (Gimeno, Moreno y Cortés 1996, 189-92). El art. 117 trata a los aseguradores, de manera novedosa -aunque ya admitida por el TS si se habían personado¹¹⁰⁸ -, como responsables civiles directos cuando, como consecuencia de un delito o falta, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado (Soto Nieto 1996b)¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁸ La Ley de Contrato de Seguro de 1980, en su artículo 76, concedía acción directa al perjudicado contra el asegurador. Sobre esto, véase Molina Blázquez (1996, 97).

¹¹⁰⁹ Sobre la responsabilidad civil automovilística (con referencias a la coparticipación causal de la víctima, ya mencionada) véanse Medina (1997), Caballero (1996), Maciá Gómez (1996) y Rubio (1996). Según una sentencia de 1996 del TJ de la Unión Europea, ante una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Sevilla, las compañías aseguradoras deben pagar a las víctimas, sin perjuicio de que después puedan reclamar al asegurado en cuanto que éste estuviese ebrio. La Ley 30/1995 modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, pasando ésta a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. La Ley 30/1995, conforme a la opinión doctrinal mayoritaria, ha convertido en vinculante el baremo aprobado por una Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de marzo de 1991, que afectaba al sistema de responsabilidad civil por daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor. Se critica que los intereses de las empresas aseguradoras constituyen "el verdadero legislador detrás del legislador" (Fernández Entralgo 1993, 21) y que la fijación estricta por el legislador de los daños no morales puede suponer la violación del art. 24. 1, en cuanto que no permite acceder a una reparación efectiva (Garnica 1997). Cfr. Soto Nieto (1996a, 3-6), Pérez Pineda y García Blázquez (1996). De acuerdo con un auto elevado en agosto de 1997 al TC, del presidente de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, esta ley vulnera la igualdad en el tratamiento jurídico de los ciudadanos y crea arbitrariamente un estatuto legal que beneficia al conductor imprudente y, por tanto, a las aseguradoras. Vid. STS 0/1997, de la Sala de lo Civil. Téngase en cuenta la importancia de los seguros en nuestra sociedad del riesgo, existiendo seguros multirriesgos, que incluye robos y actos de terrorismo (vid. El País Negocios, 1-12-96, p. 24). Cfr. Fenn (1986). Sobre la regulación de los seguros en general, vid. CGPJ (1995a) y, respecto del concepto de seguro como forma de distribución del riesgo, cfr. Roca (1996, 161-5). En opinión de Christie (1992, 179), las compañías aseguradoras constituyen la alternativa industrializada a la amistad y al parentesco.

La reparación es sumamente difícil y ello, en mi opinión, aun más al tener que reducirse al final a estimaciones de dinero. En concreto, en opinión de Fernández Entralgo (1993, 338-9; 256), en la valoración del daño corporal -tan diversa en la práctica (Vives 1996b, 608)- los jueces deben esforzarse en lograr lo que teóricamente se denomina resarcimiento integral, o compensación, con la complejidad que entraña la valoración económica, a la que ayudan las tablas como instrumentos de orientación y uniformidad no vinculantes. En todo caso, dentro de los daños corporales, se distingue el material o alteración de la integridad física y el moral en lo que afecta a los sentimientos.

Finalmente, puede indicarse que, desde 1997, cuatro Juzgados de Madrid se dedican a velar por el pago de las indemnizaciones (El País, 7-1-97, p. 28). Asimismo y para hacer efectivas las obligaciones civiles, desde la FGE, se ha propuesto que la fianza prestada para garantizar la libertad se emplee en su satisfacción cuando sea prestada por un tercero, por lo que sería necesario modificar el art. 532 LECrim (1996, 163-4)¹¹¹⁰.

¹¹¹⁰ Dicho artículo, actualmente, dice: "La fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución, y el resto se adjudicará al Estado".

6. 3 LA SOCIALIZACIÓN DEL DAÑO: POSIBILIDADES DE COMPENSACIÓN ESTATAL¹¹¹¹

Antes de que se discutieran las ayudas económicas públicas para las víctimas, a instancias de los positivistas -en los Congresos internacionales penitenciarios de finales del siglo XIX y principios del XX (Ferri 1908, t. II, 277)-, el art. 123 del Código penal de 1848 preveía la posibilidad de compensación estatal, aunque por dificultades prácticas fue suprimida por el Código penal de 1870. El art. 183 del Código de 1928 volvió a recoger esta compensación, cuya fuente económica serían las multas y se aplicaría en casos de insolvencia y errores judiciales.

Para López-Rey la frecuente no efectividad de la declaración de responsabilidad civil, derivada de un delito, hace que el derecho penal se cumpla parcialmente y que la pena no actúe como es debido¹¹¹². Por ello proponía, hacia 1946, la formación de cajas oficiales de indemnización como la existente en Cuba¹¹¹³ y la propuesta por él en el proyecto de Código penal de Bolivia¹¹¹⁴. A principios de los años sesenta, Ruiz Vadillo volvía a reiterar la necesidad de dichas cajas (FGE 1993, 559), sin perjuicio de la articulación

¹¹¹¹ Brevemente, desde un análisis económico del derecho, vid. Pastor (1986, 530-1). Cfr. anteriormente, sobre actos de violencia desde el punto de vista de la víctima, Hurtado (1995). Sobre la regulación previa a la ley de 1995 en relación con víctimas de terrorismo y el funcionamiento del Consorcio de Compensación de Seguros, véase Tamarit (1993, 76-819).

¹¹¹² Algunos autores afirman que la ineffectividad de los procedimientos existentes de indemnización a las víctimas daña la credibilidad de la organización penal (Faget 1995, 118).

¹¹¹³ Vid. Madlener (1996).

¹¹¹⁴ Por otra parte, en su opinión, la responsabilidad civil era renunciable por el interesado, pero no podía ser objeto de transacción, al menos durante el proceso (1946, 140-1).

de beneficios fiscales en favor de los perjudicados. Esta compensación tiene especial sentido cuando el infractor es insolvente o no aparece.

El fundamento controvertido de la compensación estatal se basa, en última instancia, en la socialización del riesgo y sus limitaciones obedecen a razones presupuestarias. En palabras de Herrera (1996, 300): “la víctima tendría un derecho a la indemnización fundado, de un lado en una asunción del juego social en la gestación de la criminalidad, así como en una equitativa socialización de los riesgos sociales consustanciales a la convivencia humana.” El Convenio del Consejo de Europa de 1983 sobre la compensación a víctimas de delitos violentos explica en su preámbulo que se basa en la solidaridad. Sin embargo, legalmente la compensación estatal tiene, según el Convenio -que puede ser mejorado por la regulación interna-, un carácter subsidiario e incompleto y, en ningún caso, se trata de un derecho subjetivo.

Dicho Convenio, que se inserta dentro del marco de armonización y cooperación internacional, vino precedido por la Resolución (77) 27 de Comité de Ministros sobre esta materia y debe ser interpretado de acuerdo con su Informe Explicativo de 1984. Entró en vigor el 1 de febrero de 1988 y lo está en nueve países miembros, aunque por lo menos diecisiete Estados del Consejo de Europa cuentan con esquemas de compensación estatal¹¹¹⁵. Este Convenio tuvo como precedentes los fondos creados en Nueva Zelanda (1963), Reino Unido (1964), California (EE.UU., 1965)¹¹¹⁶, Irlanda del Norte (1968), Suecia (1971), Austria (1972), Finlandia (1973), Irlanda (1974), Noruega, Dinamarca, Países Bajos, Alemania (1976) y Francia (1977) (Eduard Kunz 1995; Stefanie Kunz 1995). Desde comienzos de los ochenta, Luxemburgo (1984), Bélgica (1985),

¹¹¹⁵ Sobre las propuestas en Brasil, cfr. de Macedo (1996).

¹¹¹⁶ *The President's Task Force on Victims of Crime* promovió en 1982 la adopción de legislación federal para financiar los esquemas de compensación estatal, aprobándose en 1984 la Ley de Víctimas del Delito (Sebba 1996a, 227). Véase también este autor para un análisis crítico de su funcionamiento, principalmente en el mundo anglosajón (228-48).

España (1987/1995), Italia (1990), Portugal (1991/1993) y Suiza (1992) han adoptado sistemas semejantes. Según una investigación de 1995, relativa a la evolución de estos programas en Europa, puede apreciarse la necesidad de una mayor extensión, aunque, sin embargo, es difícil prever que se incremente el presupuesto (Greer 1996)¹¹¹⁷.

¹¹¹⁷ Cfr. Morgan, Winkel y Williams (1996, 312-3) sobre la compensación estatal en el Reino Unido y los Países Bajos. Sobre el Reino Unido específicamente, cfr. Newburn (1995) y Harrison y Gretton (1986). En EE.UU., Brown (1993), Foote (1992) y Carrow (1980). En Alemania, vid. Schoreit y Düsseldorf (1977), Weintraud (1980) y *Der Bundesministerium der Justiz* (1980). Greer recoge dieciséis informes de diversos países europeos sobre la aplicación del convenio número 116 (1996). Sobre la compensación estatal en casos de narcotráfico en Latinoamérica, vid. Comisión Episcopal de Acción Social (1988, 135-8). En general, véanse van Dijk (1985), Tóth (1988), Albarán (1995), Office for Victims of Crime (1996), National Institute of Justice (1996), Baril, Laflame-Cusson y Beauchemin (1984). Respecto de la creación de un fondo voluntario de las Naciones Unidas para la compensación a víctimas del abuso del poder, como la tortura, cfr. Quel (1995), Harff y Gurr (1995) y Commission (1997a, 94). En el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito, celebrado en 1995, se recomendó un fondo internacional para víctimas del delito en general.

A pesar de que, desde 1991, existían en nuestro país propuestas concretas para un fondo de compensación a las víctimas de delitos graves, la compensación estatal hasta la Ley 35/1995, de víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se limitaba a las víctimas del terrorismo¹¹¹⁸. Anteriormente

¹¹¹⁸ También existen esquemas de compensación estatal para víctimas del terrorismo en Italia, Francia y EE.UU.; así como para víctimas de abusos del poder (Commission 1997a, 44). Actualmente se discute la inclusión de las víctimas de acciones de los GAL dentro de este esquema de protección, esperando que se declare judicialmente a dicho grupo como banda armada, o al menos pueda darse una interpretación jurídica generosa por parte de la Administración. Por otra parte, sobre la posibilidad de violación del principio de igualdad, en relación con el resto de los delitos, vid. Polaino (1989, 578). En el ámbito de las CC.AA., también se prevén ayudas para las víctimas de actos terroristas cometidos en su territorio. En el País Vasco, con el objeto de extender y ampliar la protección, teniendo en cuenta que la normativa estatal se refería especialmente a los daños personales, se ha promulgado el Decreto 522/1995, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo, sustituyendo al Decreto 221/1988, modificado por los Decretos 373/1991 y 330/1993. Sobre los distintos recursos y su contenido, incluyendo la asistencia de algunas ONGs, véanse Gobierno Vasco (1996) y Cuesta Gorostidi (1994, 16-21). Durante 1996, la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco tramitó 592 solicitudes (un 130% más, respecto de 1994), apreciándose un incremento de las relativas a los vehículos. Con un presupuesto inicial de 30.000.000 ptas., finalmente se gastaron 78.000.000 ptas. Se decidió la creación de una guía (Gobierno Vasco 1996) y de subvenciones para asociaciones; y se siguió colaborando con el Consorcio de Compensación de Seguros, los Gobiernos Civiles y el Ministerio de Interior (Gobierno Vasco 1997, 38).

Ténganse también en cuenta las ayudas de la Comunidad Foral de Navarra (Decreto 254/1988) y madrileña. Desde 1997 se ha institucionalizado una ayuda a la Asociación Víctimas del Terrorismo en la Comunidad de Madrid con una aportación fija por parte de la misma (vid. Ley 12/1996, de 19 de diciembre, modificada por la Ley 7/1997). Respecto de algunos datos sobre la previsión estatal, según el Anuario estadístico del Ministerio del Interior relativo a 1995, en dicho año se incoaron 178 expedientes de resarcimiento a víctimas del terrorismo, dictándose 100 resoluciones relativas a fallecimientos y lesiones y 156 a daños en viviendas, abonándose en total 391.089.369 millones de pesetas (118.414.897 por fallecimientos, 223.376.974 por lesiones y 49.297.489 por daños materiales). Por otra parte, el Ministerio de Interior creó en 1996 una Oficina para asistir a las víctimas del terrorismo, adscrita a la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo, con el objeto de facilitar el acceso a la información para pedir ayudas, colaborando con las oficinas de asistencia a las víctimas, las asociaciones y las administraciones. También pretende aportar una atención psicológica. Según la repuesta parlamentaria del Gobierno a la pregunta formulada por el senador socialista Ignacio Díez, en noviembre de 1996, 1.318 víctimas del terrorismo cobran pensiones extraordinarias como víctimas directas o familiares, subiendo el importe bruto a 283,85 millones de pesetas mensuales por parte del Estado (El País, 24 de noviembre de 1996, p. 26). Cfr. estas disposiciones con la Orden del Ministerio de Seguridad Social y Trabajo, de 14 de noviembre de 1988, modificando las medidas de inserción social para las personas que sufrían el síndrome del aceite de colza, las cuales no constituyen verdaderas indemnizaciones.

al RD 673/1992, de 19 de junio, sólo se compensaban daños corporales (García Sanz 1992; Yébenes 1989)¹¹¹⁹. El Real Decreto 851/1992, de 10 de julio regulaba pensiones extraordinarias para personas en la categoría de clases pasivas y jubilados. La disposición adicional segunda de la Ley 35/1995, en sus párrafos segundo y tercero, habilitaba al gobierno para modificar el régimen de las víctimas del terrorismo y ordenaba modificar el procedimiento de concesión en el futuro Reglamento que desarrollase la ley. Siguiendo la opinión de Herrera (1996, 295), la alusión a dicho régimen en la Exposición de Motivos de la ley de 1995 podía interpretarse en el sentido de que lo relativo a la cuantía, cobertura y titularidad según el RD 673/1992 permanecía frente a la homologación del procedimiento. En todo caso, los apartados 2 y 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 35/1995 fueron derogados por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. En esta Ley se atribuye al Ministerio del Interior la competencia para el reconocimiento de las ayudas a víctimas del terrorismo, ampliando las formas de resarcimiento y las indemnizaciones “dadas las singularidades del colectivo afectado” (Exposición de Motivos del RD 738/97).

Asimismo, por el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, se aprobó el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo, derogando el RD 673/1992. Con el Real Decreto de 1997 se mejoran cualitativa y cuantitativamente las ayudas. Se incrementan en diez mensualidades las indemnizaciones por fallecimiento o incapacidad y se indemnizan los daños materiales en viviendas habituales, establecimientos mercantiles y vehículos dedicados a la actividad laboral¹¹²⁰. Se establecen becas y ayudas al estudio,

¹¹¹⁹ Véanse el art. 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, y su modificación por la disposición adicional 16.ª de la Ley 4/1990, de 29 de junio; el RD 1576/1990, de 7 de diciembre, sobre pensiones en el ámbito general de la SS; y las disposiciones adicionales 18.ª y 19.ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre.

¹¹²⁰ El Consejo de Ministros de 3 de octubre de 1997 amplió las ayudas por terrorismo

asistencia psicosocial, tratamiento psicológico y pedagógico continuado -para afectados y familiares-, y se regulan las subvenciones a las asociaciones que asistan a estas víctimas. Con todo ello, se pretende, simplificando el procedimiento para solicitarlas, según la Exposición de Motivos, “acercar la Administración a la sociedad, impulsando ‘la asistencia integral personalizada’ a las víctimas de delitos de terrorismo”. El objetivo consiste en conseguir “una relación permanente, directa y personal entre la Administración y la persona o familiar afectados por la violencia terrorista, en su más amplio sentido”.

en determinados supuestos para los daños en las viviendas habituales y los vehículos particulares. Además, se proporcionará alojamiento provisional y ayudas extraordinarias para casos concretos (Diario Vasco, 4-10-97, p. 9).

Con la aprobación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, España ha podido firmar el Convenio número 116 del Consejo de Europa (Montijano 1995). De manera confusa, en opinión de Herrera (1996, 300), la Ley 35/1995 no parece reconocer un derecho de la víctima al resarcimiento o indemnización estatal -como ocurría para delitos terroristas-, sino que se trata de ofrecer una ayuda pública o asistencia formalizada en determinados supuestos ante los que la opinión pública se encuentra sensibilizada. La Ley de 1995 prevé una asistencia general para todo tipo de victimaciones mediante la creación de oficinas de ayuda a la víctima en sedes de juzgados y fiscalías (art. 16), recordando una serie de deberes de información y protección a los distintos agentes del control jurídico-penal (art. 6 y 15)¹¹²¹. Las ayudas de esta Ley son, en principio, incompatibles con las cantidades que puedan derivarse de la responsabilidad civil -sin perjuicio de que puedan concederse ayudas provisionales antes de recaer la sentencia-, seguros privados o Seguridad Social (art. 5) (Puyol 1996, 3; Díaz de Quijano 1996; *Revista Española de Psiquiatría Forense* 1996).

El 27 de mayo de 1997 fue publicado en el BOE el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, aprobando el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En él se regulan el procedimiento de reconocimiento de las ayudas, la fijación de los coeficientes correctores para determinar el importe de la ayuda en supuestos de lesiones invalidantes y de fallecimiento, la cuantía máxima de las ayudas por gastos funerarios y por tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual -siendo de cinco mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha de fallecimiento o de la emisión del informe pertinente-, el procedimiento para comprobar el nexo causal en casos de fallecimiento o agravación de las

¹¹²¹ En concreto, sobre la policía, véase Díaz de Quijano (1996, 36-7).

lesiones posteriormente, los criterios de concesión de las ayudas provisionales en situaciones de precariedad y la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual -en la que se integrarían tres representantes de organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de víctimas de delitos violentos, designadas por el Ministerio de Justicia, según propuesta de las propias organizaciones (art. 74. 4)-¹¹²². Por otra parte, el Reglamento delimita el concepto de residencia habitual (incluyendo a los extranjeros con residencia legal, según el art. 13 de la LO 7/1985), la definición de las diferentes situaciones económicas, la determinación de la incapacidad temporal y los grados de minusvalía de las víctimas excluidas del régimen público de la Seguridad Social.

¹¹²² En una propuesta más ambiciosa podría haberse creado una Comisión para todo tipo de víctimas, con presencia de representantes de organismos públicos y privados de cooperación con los infractores, lo que repercutiría en su denominación y favorecería la interacción e interdependencia en la realización efectiva de los derechos humanos.

Se trata de una reglamentación exclusivamente técnica, demasiado compleja¹¹²³ -véase el cuadro comparativo al final de este apartado-, y donde se echa de menos, particularmente en la Exposición de Motivos, ese énfasis de acercamiento de la Administración que se subraya en el Reglamento relativo a las víctimas de los delitos de terrorismo. En cuanto a la financiación -al igual que para la compensación a víctimas del terrorismo-, la disposición final primera del RD 738/1997 prevé que se habiliten los créditos necesarios por el Ministerio de Economía y Hacienda, con cargo en los Presupuestos Generales del Estado, para hacer efectivas sus previsiones. De acuerdo con el art. 68. 2 el ejercicio de la acción de repetición contra el responsable civil se realizará mediante la personación del Estado en el proceso penal o civil, sin perjuicio de la acción privada que ejercite el Ministerio Fiscal. Si no es así, con apoyo en la resolución judicial firme que señale la persona civilmente responsable del delito y el documento acreditativo del abono de la ayuda pública, podrá realizarse mediante el procedimiento administrativo de apremio.

Según publicaba El País (24 de noviembre de 1996, p. 28), sólo 202 víctimas de delitos violentos habían solicitado la ayuda prevista por la mencionada Ley, desde su entrada en vigor¹¹²⁴. De estas cifras puede deducirse un cierto desconocimiento o rechazo por parte de las víctimas, quienes quizá desean respuestas más allá de la compensación económica.

¹¹²³ En ella se puede observar la importancia del médico en la definición del daño y la diversidad de ayudas, según esté acogido el interesado a uno u otro régimen de la SS.

¹¹²⁴ Asimismo, se aludía al trabajo en régimen abierto de un recluso para pagar a la víctima.

<p>Cuadro comparativo de diversos aspectos de la compensación estatal a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y de delitos de terrorismo</p>	<p>Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995 y RD 738/1997, de ayudas)</p>	<p>Víctimas de delitos de terrorismo (RD 1211/1997, de ayudas y resarcimientos)</p>
<p>Concepto de víctima/beneficiario</p>	<p>Ciudadanos comunitarios, residentes habituales o de países en que rija el principio de reciprocidad, víctimas directas o indirectas de delitos dolosos violentos o contra la libertad sexual. Por víctimas indirectas, en caso de muerte, se entiende el cónyuge no separado legalmente o persona con análoga relación afectiva, que haya convivido al menos dos años o tenga descendencia común; así como los hijos dependientes económicamente del fallecido o del cónyuge o compañero y, en su defecto, los padres que dependan económicamente del fallecido.</p>	<p>Se habla de "titulares del derecho de resarcimiento". Víctimas directas o indirectas que hayan sufrido delitos de terrorismo (incluyendo, además de los que se detallan en la Ley 35/1995, los hijos cuyos estudios se vean afectados; y, en defectos de otras víctimas indirectas, los nietos, hermanos y abuelos de la víctima directa, que dependan económicamente de aquélla). Se incluyen también como víctimas las personas que hayan sufrido daños materiales en sus viviendas habituales, establecimientos mercantiles y determinados vehículos.</p>
<p>Objeto y contenido de las ayudas/resarcimientos</p>	<p>-Lesiones corporales o daños graves en la salud física o mental. Por graves se entienden los que den lugar a incapacidad temporal, superior a seis meses, o a un grado de minusvalía mayor del 33%. Se incluyen compensaciones por lesiones, invalidez, fallecimiento y el tratamiento terapéutico derivado de delitos contra la libertad sexual. -Pueden percibirse ayudas provisionales. -Para los padres del menor fallecido, la ayuda consiste además en el resarcimiento de los gastos funerarios.</p>	<p>-Daños corporales físicos y psicológicos, gastos del tratamiento médico y daños materiales en la vivienda habitual de personas físicas, en establecimientos mercantiles e industriales y vehículos dedicados al transporte o que sean elementos necesarios para una actividad laboral. -Se establece la asistencia psicológica y psicopedagógica inmediata para víctimas y familiares. -Se prevén ayudas de estudios para daños personales de especial trascendencia o inhabilitación para ejercer la profesión habitual. -Pueden percibirse pagos a cuenta (art. 10 RD). -Se mencionan también subvenciones a asociaciones que representen intereses de las víctimas del terrorismo.</p>
<p>Posibilidades de denegación o delimitación de las ayudas y/o resarcimientos</p>	<p>Cuando su concesión, total o parcial, fuera contraria a la equidad o al orden público, atendidos el comportamiento del beneficiario respecto de la comisión del delito o agravamiento de sus consecuencias, y sus relaciones con el autor.</p>	<p>Cuando se sea responsable de dichas actividades delictivas.</p>

<p>Incompatibilidades</p>	<p>Con la percepción de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, establecidos mediante sentencia; ayudas a través de un sistema de seguro privado; y/o subsidios de la Seguridad Social por incapacidad temporal. Sólo en casos de declaración judicial de insolvencia, se abonará total o parcialmente la ayuda.</p>	<p>Los resarcimientos y ayudas, a excepción de los daños corporales, tienen carácter subsidiario respecto de los establecidos por otros organismos públicos o derivados de contratos de seguros. Sólo se resarcirán las diferencias entre lo abonado por ellos y la valoración oficial.</p>
<p>Límites y baremos de las ayudas/resarcimientos</p>	<p>En ningún caso se superará la indemnización fijada judicialmente. Como coeficientes correctores se tendrán en cuenta la situación económica y el número de dependientes económicamente de la víctima o beneficiario. Para la fijación de la indemnización: -Por capacidad temporal, se percibirá el equivalente al duplo del SMI diario vigente -hasta 30 mensualidades-, durante el tiempo que dure esa situación, después de transcurridos los seis primeros meses. -No se abonan las lesiones no invalidantes o que no den lugar a incapacidad. -Por lesiones invalidantes, la cantidad máxima se refiere al SMI vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños; de manera que los límites por incapacidad permanente parcial son de cuarenta mensualidades; por incapacidad permanente total, sesenta; por incapacidad permanente absoluta, noventa; y por gran invalidez, ciento treinta. -Por muerte, la ayuda máxima es de ciento veinte mensualidades del SMI vigente en el fallecimiento; y por gastos funerarios hasta cinco mensualidades del SMI. -Por daños en la salud mental de víctimas de delitos sexuales, hasta cinco mensualidades del SMI.</p>	<p>Las cantidades pueden incrementarse hasta en un 30%, según las circunstancias o situaciones de especial dificultad o necesidad, personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima. -Por incapacidad temporal, duplo del SMI vigente durante el tiempo en que el afectado esté en esa situación, con un límite máximo de dieciocho mensualidades. -Por lesiones, mutilaciones o deformaciones definitivas, no invalidantes, se tendrá en cuenta la legislación de la SS respecto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. En definitiva, se abonan las lesiones no invalidantes, de acuerdo con los baremos de la SS. -Por lesiones invalidantes, se tendrá en cuenta el SMI vigente en la fecha de consolidación de los daños corporales y el grado de incapacitación: cincuenta mensualidades por incapacidad permanente parcial; setenta por total; cien por absoluta; y ciento cuarenta por gran invalidez. -Por tratamiento psicológico de secuelas, el límite máximo es de 500.000 ptas. por tratamiento individualizado. -Por viviendas, cuyo coste de reparación supere el 50% del valor actual del inmueble afectado, excluido el valor del terreno, el art. 26 prevé una serie de límites. -Se pagará el 50% de las reparaciones para la puesta en funcionamiento de los establecimientos mercantiles, llegando hasta 15.000.000 millones. -Por muerte, ciento treinta mensualidades del SMI vigente en el fallecimiento.</p>

Prescripción de la acción para solicitar las ayudas/resarcimientos	1 año desde la fecha en que ocurrió el delito. Si se produce una agravación, como consecuencia directa de los daños corporales o en la salud, el plazo de prescripción para la nueva ayuda se computará a partir de la fecha máxima que, para instar la revisión, se establezca en la resolución que reconoció la ayuda inicial. En el supuesto de fallecimiento, se abre un nuevo plazo, desde entonces, de igual duración para solicitar la ayuda o diferencia.	1 año, aunque para la acción de resarcimiento de las lesiones se tendrá en cuenta el momento en que esté totalmente curado o desde que se establezcan los efectos lesivos; y si se produce fallecimiento o agravación, empieza a correr, desde entonces, un nuevo plazo.
Competencia de la tramitación y resolución	<ul style="list-style-type: none"> -Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, siguiendo la Ley 30/1992. -Existen plazos concretos para la resolución de los procedimientos –siendo por muerte de seis meses– (art. 31). -Se establecen distintos procedimientos según las consecuencias del delito. -Posibilidad de impugnación ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. 	<ul style="list-style-type: none"> -Ministerio del Interior, según la Ley 30/1992, con ciertas especialidades establecidas en la Ley 13/1996. -Existen plazos específicos para la resolución de los procedimientos –siendo por muerte de dos meses– (art. 4. 3). -Posibilidad de impugnación ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

6. 4 ¿UN DERECHO PENAL DE ALTERNATIVAS? LAS PENAS Y MEDIDAS EN EL NCP

Según la mayoría de los autores, es en el campo de las consecuencias jurídicas del delito, y especialmente en el sistema de penas y medidas, donde se percibe un mayor cambio con el NCP (Beltrán 1996). Ya que, al comienzo de esta Parte, se ha definido la mediación reparadora como alternativa, dentro de las respuestas al delito, conviene aludir a algunas de estas novedades, lo que me permitirá afirmar, finalmente, si la nueva regulación otorga o no

una verdadera importancia a las alternativas a la prisión¹¹²⁵. A modo de introducción, señalaré dos aspectos que han sufrido modificaciones en la regulación de las penas en general, para pasar después a analizar -desde la perspectiva amplia de la interacción entre víctima y autor- las medidas penales, la penas de prohibición de acudir a determinados lugares, la suspensión de la ejecución de la pena, las penas sustitutivas y la libertad condicional.

¹¹²⁵ Con el título de este epígrafe me refiero a la expresión utilizada por Bustos (1994, 89-91), a la que he aludido anteriormente.

En primer lugar, en el NCP ya no se recogen las penas de extrañamiento, confinamiento, destierro¹¹²⁶, reprensión pública¹¹²⁷, pérdida de la nacionalidad española, suspensión del derecho de sufragio activo, arresto menor y caución¹¹²⁸. A pesar de su eliminación, la reprensión y la caución podrían interpretarse en un sentido positivo en el marco de una justicia restaurativa, retomando los elementos más constructivos de la teoría de Braithwaite.

En segundo lugar, en cuanto a la proporcionalidad de las penas, considerando la supresión de su redención por el trabajo, no se ha reducido en todos los casos un tercio de las penas, respecto del ACP, y se producen ciertos desequilibrios entre la gravedad de la conducta y su castigo. Algunos autores apuntan a que el grueso de la población penitenciaria, por delitos contra la propiedad y relacionados con el tráfico de drogas -a la que, realmente deberían ir dirigidas las alternativas, si se desea que tengan impacto-, sufrirá períodos de prisión más largos (Bona 1996a, 57; Larrauri

¹¹²⁶ El destierro sólo podía imponerse en el ACP en el caso de delitos de amenazas (art. 495), configurándose como prohibición de entrar en un radio de 25 a 250 kilómetros en el lugar de la comisión del delito, de residencia de la víctima o parientes próximos y del lugar de residencia del penado. La prohibición de residencia o de acudir a determinados sitios, en el NCP, no afecta al lugar de residencia del penado, salvo que coincida con el de la víctima o el de comisión del delito, lo que podría entenderse como una menor punición para el infractor (Serrano Butragueño 1996, 45-6). Véase la Parte Cuarta.

¹¹²⁷ La reprensión pública se consideraba como pena grave en el art. 27 ACP, pero en ningún caso podía tener efectos degradantes. Según el art. 89 ACP consistía en amonestar al sentenciado por la conducta sancionada de modo directo por el tribunal. El segundo párrafo del art. 89 ACP, aludiendo a la reprensión privada, fue derogado por la L.O. 3/89, de 21 de junio, suprimiendo esta pena en la escala del art. 27. Tras esta ley, sólo pocos delitos como el de malversación culposa de caudales públicos y algunas faltas recibían la reprensión pública (de la Mata Amaya 1994b, 194-5). La reprensión continúa en nuestro ordenamiento jurídico como sanción disciplinaria en determinados ámbitos profesionales.

¹¹²⁸ Según el art. 44 ACP, la pena de caución obligaba al reo a presentar un fiador, responsable de que no se ejecutará el mal que se trataba de prevenir. Si éste sucedía tendría que entregar la cantidad fijada en la sentencia. El art. 495 ACP preveía la posibilidad de imponer esta pena para casos de amenazas.

1996b, 56)¹¹²⁹. Se ha hablado de las paradojas de importar alternativas a la prisión en nuestro país (Larrauri 1991a), indicando que a las propuestas tan tardías de introducción de las mismas, se les criticaba su descrédito en países donde llevaban funcionando largo tiempo. En todo caso, se han ido introduciendo algunas de ellas, alegando una mejora del sistema penal (FGE 1996, 754-57)¹¹³⁰. El tema de las alternativas debe contemplarse a la luz de las deficientes estadísticas públicas que poseemos sobre la situación carcelaria en nuestro país. Sin perjuicio de lo señalado al final de la Parte Segunda, debe recordarse que, en 1993, España ocupaba el primer puesto en el *ranking* de la Unión Europea, con un número de 120 internos por cada 100.000 habitantes y el segundo, tras Hungría, entre los países del Consejo de Europa (Giménez-Salinas 1994, 138).

6. 4. 1 Las medidas

¹¹²⁹ Las excarcelaciones en aplicación del NCP, y a pesar de la generosa interpretación del TS sobre el cálculo de los beneficios penitenciarios, han sido muy por debajo de algunas previsiones.

¹¹³⁰ En ellas se advierte actualmente un mayor énfasis en sus aspectos de control y minimización de gastos (Mapelli 1993, 102-4) -vid. art. 84 RP y cfr. art. 76 RP-, lo que puede relacionarse con la construcción simultánea de las llamadas macrocárceles (Bergalli 1992, 15).

Las medidas penales de seguridad y/o corrección se configuran en el Código dentro de un sistema dualista o binario¹¹³¹. Se imponen tras la comisión de un delito a los inimputables o semiimputables que sean peligrosos (art. 6). Su clase y duración se basan en la peligrosidad, que será valorada por el tribunal, ayudado de expertos, lo que debería implicar, en mi opinión, concretar un concepto tan vago, teniendo en cuenta también la situación de la víctima¹¹³². Molina Blázquez define las medidas como “los métodos que se utilizan respecto a sujetos que tienen tendencia a la comisión de delitos, para obtener su resocialización o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no causen perjuicios a la convivencia ciudadana” (1996, 79). Las medidas pueden o no ser privativas de libertad -si la pena impuesta o que hubiese podido ser impuesta es de este tipo¹¹³³-.

En relación con el objeto de estudio, cabe proponer que el contenido de algunas medidas no privativas de libertad, que tienen en cuenta a la víctima, podría adoptarse, con las modificaciones y garantías pertinentes, como parte de una sanción reparadora. Ello quiere decir, obviamente, que dicho

¹¹³¹ Vid. art. 99. Sobre las medidas de seguridad en el Código penal de 1995, cfr. Ríos Martín (1996) y Jorge Barreiro (1996). En general, adopto el término de medidas penales propuesto por Beristain (1974).

¹¹³² Molina Blázquez destaca que el concepto de peligrosidad fue creado por Lombroso, trasladando de la Psiquiatría a la Criminología la definición de estado peligroso -distinguiendo la capacidad criminal de la adaptabilidad social- (1996, 80, nota 45). El art. 95. 1 se refiere a que, del hecho y circunstancias personales del sujeto, pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de la comisión de nuevos delitos. El art. 97, pfo. 2 indica que el juez de vigilancia debe elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas impuestas, en cuanto que la peligrosidad es un concepto variable. Esta propuesta tendrá en cuenta los informes de determinados expertos (art. 98).

¹¹³³ De acuerdo con el artículo 108, si se trata de un extranjero no residente legal, previamente oído, el juez puede acordar su expulsión de España -con prohibición automática de volver durante un plazo no superior a diez años-. Esta expulsión se considera sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le fueran aplicables.

contenido no estaría justificado por el concepto de peligrosidad, sino de responsabilidad, en primer lugar, relativa a la víctima.

Respecto de las medidas no privativas de libertad -que pueden imponerse aun cuando la pena correspondiente fuese de privación de libertad, según el art. 105-, en caso de trastorno mental transitorio, estado de intoxicación o alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20. 1-3), desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, el juez puede acordar razonadamente la prohibición de residir en determinado lugar o territorio, quedando el sujeto obligado a declarar su domicilio y posibles cambios, y/o a la prohibición de acudir a determinados lugares (aquí no hay mención expresa a la víctima). Como medida no privativa de libertad se encuentra también el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares (art. 105. 1 f). Además, los tribunales dispondrán que los servicios de asistencia social competentes presten ayuda a las personas sujetas a medidas no privativas de libertad (art. 106).

6. 4. 2 Penas restrictivas de la libertad de movimientos

La prohibición del derecho a residir o acudir a determinados lugares, se considera asimismo una pena privativa de derechos (art. 39 f), accesoria en la práctica¹¹³⁴, grave o menos grave. Según el artículo 48, la privación de este derecho supone la prohibición de que el penado vuelva al lugar de la comisión del delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, cuando sean distintos. Además, el artículo 57 dice¹¹³⁵: “Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente¹¹³⁶, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.” Si esta privación se ha acordado cautelarmente, se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena impuesta (art. 58. 2).

¹¹³⁴ Siguiendo a Molina Blázquez (1996, 34), por penas accesorias ha de entenderse “aquellas que no siendo impuestas directamente por el legislador, la ley declara que acompañan a otras principales o algunos delitos.” Tendrán la misma duración que las principales y deberán mencionarse expresamente en la sentencia (art. 33. 6 y 79).

¹¹³⁵ Vid. art. 67 ACP, sobre el destierro.

¹¹³⁶ Según García Albero (en Quintero Olivares 1996b, 376), dicho peligro debe relacionarse con posibles represalias o enfrentamientos entre la víctima o su familia y el reo. Hubo una enmienda parlamentaria que propuso sustituir la palabra peligrosidad por la referencia a las “necesidades de pacificación”.

Conforme a Molina Blázquez (1996, 25), la configuración por el Código de la pena de privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares no deja claro qué ha de interpretarse por la extensión del lugar. En todo caso, la prohibición de acudir a determinados espacios, tanto en su previsión como medida, pena, e incluso obligación condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena (83. 1. 1), es una repuesta que tiene en cuenta los intereses de la víctima y las tensiones provocadas por el delito¹¹³⁷. En este sentido, puede recordarse la “terapia de sensibilización respecto de la víctima” para personas que hayan cometido delitos sexuales en Canadá, donde se incluye un “contrato de no contacto”, en cuya firma se realiza una cierta mediación (Zehr 1990, 207)¹¹³⁸.

6. 4. 3 Suspensión de la ejecución de la pena

¹¹³⁷ Incluso puede favorecer que, con el transcurso del tiempo desde su comisión, las partes implicadas sean favorables a una mediación.

¹¹³⁸ Cfr., también para delitos sexuales, la llamada mediación protectora en Australia (Wauchope 1994) y la utilización de la vía civil -más rápida y con posibilidad de negociación- en Holanda (Hulsman y van Ransbeek 1987, 36). En el caso de violencia doméstica, puede recordarse la existencia, en nuestra LEC, de las llamadas medidas provisionales; así como el art. 13 LECrim.

La remisión condicional o suspensión de la ejecución se prevé respecto de las penas privativas de libertad (prisión, arresto de fin de semana¹¹³⁹ y responsabilidad personal subsidiaria), que no sean accesorias (art. 80-87)¹¹⁴⁰. Constituye ésta una figura entre la probación anglosajona y la *sursis* francesa¹¹⁴¹. Son los tribunales los que pueden concederla, discrecional aunque motivadamente, en cuanto se aprecie que no existe peligrosidad criminal¹¹⁴² (Molina Blázquez 1996, 63). De acuerdo con los art. 81 y 86, son cuatro los requisitos: 1. El infractor no debe ser reincidente -para lo cual no se tiene en cuenta la comisión de delitos imprudentes-, debe haber sido rehabilitado, o estar en condiciones de serlo, según el art. 136; 2. La suma de las penas impuestas en una sentencia no debe ser superior a dos años de privación de libertad; 3. Deben satisfacerse previamente las responsabilidades civiles, salvo que, tras oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, se declare la imposibilidad total o parcial del pago; 4. Para los delitos privados o semiprivados debe oírse al ofendido o a su representante¹¹⁴³. Aun cuando no concurren estos requisitos, será posible

¹¹³⁹ Para una visión crítica de la regulación en el NCP de los arrestos de fin de semana, vid. Varona (1997).

¹¹⁴⁰ Sobre la suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma, vid. de León (1994). Cfr. Maqueda (1985). En el NCP, vid. Llorca (1996), Larrauri (1996b) y Sánchez García (1996); sobre las reglas de conducta, Serrano Pascual (1996); en concreto, sobre la posibilidad de que la regla 4.^a favorezca programas de reparación o mediación, cfr. González Zorrilla (1997, 81). En relación con casos de drogadicción, Escudero y Frigola (1996), Alcácer (1995) y Roig (1996).

¹¹⁴¹ La suspensión del fallo que se preveía en el Proyecto de 1980 era cercana a la "advertencia con reserva de pena" de los art. 59 y ss. del Código penal alemán, según indica Manzanares (1996b, 283). La Propuesta de 1983 también preveía conjuntamente la suspensión del fallo y de la ejecución.

¹¹⁴² Entramos con este término en un campo propio de la Criminología, de difícil concreción por la exigencia de un pronóstico de no comisión de delitos. En todo caso, la norma prevé esta dificultad en cuanto que regula la revocación (art. 84. 1).

¹¹⁴³ Cfr. art. 94. 2 y 96 ACP.

conceder la suspensión si se trata de enfermos terminales (art. 80. 4) o drogodependientes (art. 87).

Durante la elaboración de la Ley de Condena Condicional de 1908 -derogada expresamente por el NCP- se discutió el requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil, aunque no se incluyó, teniendo en cuenta que el Código de 1870 recogía la responsabilidad subsidiaria por impago de las obligaciones pecuniarias (art. 49 y 50), que fue suprimida respecto de la responsabilidad civil por el Código penal de 1932. En opinión de Llorca, el nuevo requisito demuestra la desconfianza relativa al resultado de la pieza de responsabilidad civil y, aun más grave: “constituye, con su carácter retributivo y objetivo, un ‘contrapeso’ al carácter individualizador y de prevención especial... No obstante, si ‘la declaración de imposibilidad total o parcial’ discurre por las mismas veredas que, hasta ahora, lo han hecho las consabidas ‘declaraciones de insolvencia’, esta condición no será sino un simbólico tributo a la victimología” (1996, 235-7).

Para las personas enfermas terminales, el único límite es la no comisión del delito cuando ya se disfrutaba de una suspensión. Para las personas drogodependientes, con suspensión de tres a cinco años, se exigen los siguientes cuatro requisitos: 1. Comisión del delito a causa de la dependencia; 2. Certificación suficiente por centro acreditado de que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento en el momento de la decisión; 3. Condena a pena privativa de libertad no superior a tres años; 4. Que el condenado no sea reo habitual (lo es si ha sido condenado por tres o más delitos de un mismo capítulo en cinco años, art. 94). El legislador no prevé expresamente, en caso de drogadicción, la imposición de reglas de conducta, salvo la continuación con el tratamiento hasta su finalización (art. 87. 4), según informen los centros de deshabitación¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁴ Sobre las incongruencias en la posible revocación, según el art. 87, número

quinto, párrafo segundo, cfr. Molina Blázquez (1996, 71-2).

Cuando se suspende la ejecución, la pena se inscribe en una Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Esta inscripción será cancelada si el período de suspensión se lleva a cabo con éxito. Dicho período, fijado por el Tribunal previa audiencia de las partes, será de dos a cinco años, o si se trata de una pena leve de tres meses a un año. En caso de suspenderse una pena de prisión, condicionada a la no comisión de delitos, el tribunal puede imponer alguna o algunas de las siguientes cinco obligaciones (art. 83. 1º): 1. Prohibición de acudir a determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar en que resida; 3. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o el servicio de la Administración que éstos designen, para informar de sus actividades y justificarlas; 4. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares; 5. *Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad.*

Esta última obligación -sin olvidar las posibilidades del número cuarto, constituye en principio una vía de entrada de la mediación reparadora. En el Proyecto de 1992, el art. 83. 1. 4.^a incluía entre las reglas de conducta la de “reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo”. El PLOCP de 1994 también recogía esta regla de conducta que se suprimió en la aprobación inicial del Congreso, al aceptarse una enmienda del grupo socialista que entendía que esta conducta debía ser considerada simplemente como requisito previo de concesión y no como regla de conducta. Según Quintero Olivares y Tamarit Sumalla (en Quintero 1996b, 562), la fórmula del artículo 83. 1, nº 5, permite considerar como deberes

para la rehabilitación social, las obligaciones reparatoras del art. 112, siempre que sean aceptadas por el penado como condición de la suspensión.

Conforme a López Garrido y García Arán (1996, 72), estas obligaciones no tienen un carácter punitivo, ni de medidas de seguridad, sino que tienden a controlar que no se vuelva a delinquir. Los servicios administrativos competentes deben informar al tribunal sentenciador al menos cada tres meses sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas. Será necesaria una concreta previsión presupuestaria para que el número segundo del art. 83 pueda cumplirse. Si se infringen las obligaciones, previa audiencia de las partes, se podrá sustituir por otra la regla de conducta impuesta o prorrogar el plazo de suspensión hasta un límite de cinco años. Cuando se trate de incumplimiento reiterado, se podrá revocar la suspensión.

6. 4. 4 Penas sustitutivas

Con el NCP, cabe también la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad por arresto de fin de semana o multa¹¹⁴⁵ y, a su vez, la inicial de arresto de fin de semana por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88)¹¹⁴⁶. Esta sustitución se determinará en la misma sentencia o en un auto motivado posterior, antes de la ejecución de la pena, apreciando las circunstancias personales del reo -que no puede ser habitual¹¹⁴⁷-, la naturaleza del hecho, su conducta y, en especial, el *esfuerzo por reparar el daño causado*. Esto ha sido valorado positivamente por Quintero, quien junto con otros autores venían “solicitando desde hace tiempo que debe concederse una importancia mayor a la reparación del perjuicio, tradicionalmente relegada al ámbito de la responsabilidad civil, en orden a la posible renuncia de la pena” (1996a, 519).

En caso de que se incumpla la pena sustitutiva, se ejecutará la pena impuesta inicialmente, teniendo en cuenta el tiempo cumplido de aquélla. No pueden reemplazarse penas sustitutivas de otras¹¹⁴⁸. El tribunal puede imponer la observancia de una o más de las obligaciones previstas en el art. 83. En opinión de San Martín (1996, 708), sería posible aplicar conjuntamente la sustitución y la atenuante 21. 5. De cualquier forma, el alcance de los

¹¹⁴⁵ Sobre la configuración de la pena de días-multa como alternativa a la prisión, vid. críticamente Cachón y Cid (1997).

¹¹⁴⁶ Sobre la violación del RD 690/1996 del principio de jerarquía normativa en la aplicación de la libertad condicional a los arrestos de fin de semana, vid. Lledot (1996). Sobre la sustitución de la pena privativa de libertad, vid. Llorca (1996) y Larrauri (1996b).

¹¹⁴⁷ Salvo que los tribunales estimen las circunstancias del hecho y del culpable, infiriendo que el cumplimiento de las penas de prisión inicialmente impuestas frustraría sus fines de prevención y reinserción social (art. 88. 1 pfo. 2).

¹¹⁴⁸ Salvo en aplicación del art. 71. 2. Cfr. Molina Blázquez (1996, 72).

sustitutivos es muy limitado y alejado de la concepción de un verdadero derecho penal de alternativas y de una justicia restaurativa.

El **trabajo en servicio de la comunidad** merece una consideración especial, por sus conexiones con la mediación reparadora. En el siglo XIX esta sanción fue recogida por algunos estados alemanes y en 1902 por Noruega. En 1972, la Ley de Justicia Penal inglesa introdujo los trabajos comunitarios para delitos menores. En el nuevo Código penal francés se alude a los trabajos de interés general para ciertos delitos. El Código portugués los concibe como sustitutivos de la pena de prisión inferior a un año o de multa (art. 58 y 48). Recientemente se ha desarrollado en Alemania como pena autónoma (Tamarit Sumalla en Quintero Olivares 1996b, 359¹¹⁴⁹). En nuestro país existía ya como medida para menores -véase el capítulo anterior al respecto-, aplicándose precisamente a través de la mediación, en casos en que las víctimas no desean participar o son personas jurídicas.

En el NCP se considera como una pena privativa de derechos (art. 39 g) menos grave, si dura de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas (art. 33.3j); y leve si se trabaja de dieciséis a noventa y seis horas (art. 33.4 e)¹¹⁵⁰. Esta pena no es principal, sino sustitutiva de las penas de arresto de fin de semana¹¹⁵¹ y alternativa al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53. 1 y 2)¹¹⁵². En un máximo de ocho horas diarias, a lo largo de un tiempo mínimo y máximo de un día a

¹¹⁴⁹ Según Tamarit, su configuración en nuestro Código es vergonzante por sus limitaciones y la falta de un tratamiento sistemático más adecuado (360). Cfr. Cid (1997).

¹¹⁵⁰ Sobre las penas privativas de derechos en general, vid. Matus (1997).

¹¹⁵¹ Cada arresto de fin de semana se sustituye por dos jornadas de trabajo (art. 88. 2).

¹¹⁵² Cada día de privación de libertad equivale a ocho horas de trabajo diarias (art. 53. 1).

un año (art. 40 y art. 49), se realizarán actividades de utilidad pública, suministradas por la Administración y no remuneradas -aunque sí cubiertas por la Seguridad Social-. Para el desarrollo de estas actividades será necesaria la firma de convenios de colaboración con entidades públicas o asociaciones de interés general (Molina Blázquez 1996, 26). Aquí existe una posibilidad de mayor participación de los ciudadanos en la política criminal, con las debidas garantías.

En lo que constituiría un antecedente importante de regulación para la mediación, el consentimiento del penado -condicionado siempre a otra sanción- y la no realización de actividades que puedan atentar contra la dignidad humana, o de actividades supeditadas al logro económico, se exigen para no caer en trabajos forzados. El juez sentenciador, quien controla la ejecución, puede requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios (art. 49. 1ª).

El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, de 1996 establece las condiciones de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y las de arresto de fin de semana. Además, la legislación penitenciaria es de carácter supletorio, respecto de las circunstancias de ejecución no previstas expresamente en el código o Reglamento (se puede interrelacionar entonces con alguna disposición que tenga que ver con la reparación a la víctima, como las recompensas). En todo caso, como indican López Garrido y García Arán (1996, 63), el trabajo comunitario no constituye un derecho, como el penitenciario, ni se retribuye económicamente. Por su parte, Herrera lamenta que en el mencionado Real Decreto no se ofrezca un espacio para la perspectiva de la víctima (1996, 277-8)¹¹⁵³. El trabajo al servicio de la

¹¹⁵³ Vid. Crespo (1995), Manzanares y Ordoñez (1996) y Lozano (1997, 20). Este último entiende que esta pena puede simbolizar la "reconciliación del individuo con el grupo agredido o, en terminología legal escandinava, la 'normalización social' del infractor". Cfr.

comunidad se configura legalmente como un castigo, perdiendo la visión de la mediación reparadora.

6. 4. 5 La libertad condicional

la opinión pública sobre la ejemplaridad y utilidad de este tipo de trabajos, en Granados (1995) y en los resultados de las encuestas de victimación, en la provincia de Málaga, en Díez Ripollés y otros (1996, 147). Se plantea la cuestión de si habrá trabajo para esta pena, teniendo en cuenta el número de parados, voluntarios y objetores de conciencia, existentes en nuestro país; cabe pensar que, en realidad, se trata de proporcionar una buena organización y coordinación, recurriendo a áreas donde se expresan grandes necesidades. Cfr. Domenech (1996/7). En relación con ello, el Ministro del Interior y la presidenta de la Federación Española de Municipios y Provincias firmaron, el 19 de mayo de 1997, un convenio por el que los ayuntamientos colaborarán en facilitar ocupación a los condenados a cumplir penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de manera que cada ayuntamiento se ocupe de los residentes en su municipio. En ese momento, según fuentes de IIPP, sólo estaban cumpliendo esta pena 24 condenados. El organismo autónomo de Trabajos y Prestaciones Penitenciarias preveía librar a la Federación once millones de pesetas para hacer frente a los gastos (El País, 20 de mayo de 1997, p. 15).

La libertad condicional se regula en los artículos 90 y siguientes del NCP, así como en la legislación penitenciaria¹¹⁵⁴. Podrá concederse con los siguientes tres requisitos¹¹⁵⁵: 1. Encontrarse en tercer grado; 2. Haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; 3. Haber observado buena conducta, que se reflejará en un pronóstico individualizado favorable de reinserción social, emitido por expertos, según orden del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es quien la decreta -pudiendo imponer una o varias de las medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 105-.

En opinión de Manuela Carmena (1997), no se entiende que se pida la reparación como condición para la suspensión de la ejecución de la pena, pero no para la libertad condicional. Quizá la ausencia de esta regulación se rectifique en su futuro desarrollo en el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes, el 4 de abril de 1997. Según el art. 13 de dicho texto, los perjudicados podrían intervenir en el procedimiento de concesión de permisos, de clasificación en tercer grado, de libertad condicional, de propuesta de indultos, de refundición de condenas, de aplicación de beneficios penitenciarios y de traslados, si han manifestado anteriormente por escrito su voluntad en este sentido.

¹¹⁵⁴ Para un comentario a la misma véanse Paz Rubio y otros (1996), Téllez Aguilera (1996), Lledot (1996), Sánchez García (1996), Tamarit (1993), Hoyo (1995) y Navarro (1997, 237-44). Una decisión judicial reciente admite la posibilidad de aplicar beneficios respecto de la redención de penas por trabajar en lugares no dependientes de los centros penitenciarios, durante la libertad condicional (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de abril de 1997).

¹¹⁵⁵ Excepcionalmente, aunque no se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena -pero sí los demás requisitos-, puede concederse la libertad condicional si se han extinguido las dos terceras partes y se han desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales o, aunque no se hayan extinguido las dos terceras partes, se haya cumplido o vaya a cumplirse durante la extinción de la condena setenta años o se trata de enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 91 y 92).

En la elaboración del dictamen del CGPJ sobre este Proyecto se suscitó un gran debate relativo a la posibilidad de notificar a la víctima el centro penitenciario y de participar, de alguna forma, en la ejecución; finalmente el CGPJ concluyó que las víctimas pudieran ser oídas, aunque sin obligación de ser citadas por la administración penitenciaria. Además, se escuchó la propuesta de que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tuvieran el control de la ejecución de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta los contratos que se presentan para la clasificación y libertad condicional, las cuentas de peculio, y la posibilidad de ceder una cuota de los beneficios de los trabajos retribuidos, lo cual podría tener valor para la progresión en grado según el art. 65. 2 LOGP¹¹⁵⁶ (Carmena 1997).

Cabe recordar que, con la ejecución de la pena, se produce también la denominada victimación terciaria o sacrificio del penado, ya que la reinserción social no deja de ser una importante pero mera orientación (Giménez-Pericás 1996b, 30; 40). En todo caso, el término de victimación terciaria también es utilizado en relación con la víctima (Sessar 1990) y lo importante, en mi opinión, es evitar posibles conflictos de derechos entre infractores y víctimas.

¹¹⁵⁶ En el mismo sentido, véase Hurtado (1995, 5).

6. 5 LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA¹¹⁵⁷

Continuando con otras cuestiones de la legislación penitenciaria, la definición en sentido estricto del trabajo penitenciario puede servirnos para encontrar paralelismos con la correspondiente al trabajo reparativo. De la Cuesta delimita el trabajo penitenciario a “la actividad laboral realizada por cuenta ajena, en el recinto de los establecimientos, por los internos condenados que se encuentren en régimen penitenciario ordinario”, pudiendo diferenciarse según el sector económico, la naturaleza de la actividad, la finalidad y lugar de realización. En definitiva, la posición central del trabajo en el régimen penitenciario tiene que ver con el sentido de la pena en una sociedad asentada en el principio de equivalencia en todos sus intercambios (1982, 78-9; 83). Por otra parte, lo que distinguiría el trabajo en beneficio de la comunidad de los sistemas de trabajo penitenciario de administración de obras públicas¹¹⁵⁸ sería la finalidad reparadora de aquél, plasmada en una clara exigencia de voluntariedad¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ Sobre algunos aspectos penitenciarios del NCP, López Araujo (1996).

¹¹⁵⁸ Sobre su definición y aplicación en España, véase de la Cuesta (1982, 92-3; 307).

¹¹⁵⁹ Aunque, por ejemplo, la ley 4/92 de menores no dice nada, y sí el NCP. Cfr. el concepto de “service work” en Israel, introducido a finales de los ochenta, según el cual se tiene que permanecer en casa (Sebba 1996b).

La posibilidad de destinar parte de los beneficios del trabajo penal a la reparación de las víctimas ya fue propuesta por Tomás Moro en su *Utopía*¹¹⁶⁰. El art. 114 del Código penal español de 1870 establecía que el producto del trabajo forzado de los internos iría a parar, en primer lugar, al pago de la obligación civil con las víctimas, así como a su mantenimiento en prisión¹¹⁶¹. De 1878 a 1900 el tema de la restitución y la compensación fue discutido en los Congresos Penitenciarios Internacionales, escuchándose en algunos de ellos la voz de Concepción Arenal (Téllez 1993; Weitekamp 1990b, 44-6). En 1878 el Congreso de Estocolmo y, en 1885, el de Roma propusieron reformas relativas a la reparación en este sentido. Después de los Congresos de San Petersburgo (1890) y Cristianía (1891), se concluyó que los beneficios del trabajo en prisión del interno podrían ser utilizados para la reparación, pero sin especificar nada más. El siguiente Congreso en París (1895) estudió el tema con mayor profundidad¹¹⁶², aunque finalmente lo remitió a la reunión siguiente en Bruselas (1900)¹¹⁶³. Allí, Garofalo presentó una resolución

¹¹⁶⁰ Distinguiendo, por la fecha de publicación de dicha obra, 1515, el trabajo penal de lo que sería más tarde el denominado trabajo penitenciario.

¹¹⁶¹ Más tarde, el art. 169 del Código penal de 1928 previó aplicar dos tercios del producto del trabajo de los condenados y de las personas en establecimientos especiales a satisfacer la responsabilidad civil. El art. 98 del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1948, abolido en 1956, indicaba entre los destinos del salario en prisión, el de satisfacer a las víctimas (Tamarit 1993, 64-5). El proyecto de 1980 regulaba con prioridad el destino del salario a la satisfacción de la obligación civil (art. 41 y 125). Véase Bueno Arús para un estudio de este proyecto dentro de una propuesta de evolución normativa de mayor protección de los intereses de las víctimas (1980).

¹¹⁶² El magistrado P. Armengol y Cornet, representante español, procedente de Barcelona, explicó en dicho foro la situación precaria a la que las víctimas deben enfrentarse en la práctica, considerando que el 90% de los internos se declaraban insolventes. Esta circunstancia, en su opinión, iba en contra de los principios universales de justicia y equidad y rompía el contrato social, por lo que proponía un sistema subsidiario de compensación estatal para las víctimas que obtendría sus fondos de la *caisse des amendes* a través del producto del trabajo penitenciario. Esta fue también la propuesta de la representante italiana, la Sra. Lidia Poet, incluyendo que se sufragasen los costes de la prisión.

¹¹⁶³ En 1900 la Comisión Industrial de la Cámara de Representantes de Estados Unidos,

haciendo depender la libertad condicional de la voluntad del interno de pagar a la víctima, con su sueldo ahorrado del trabajo en prisión, y se mostró a favor de un fondo público para asegurar la reparación en todos los casos. Pero tampoco en esta ocasión se llegaron a tomar medidas que no fueran la readopción de las recomendaciones del Congreso anterior, lo que contribuyó a su desaparición como tema de debate en los futuros foros internacionales (Weitekamp 1990b, 45-6). Solamente con la previsión de fondos estatales se ha discutido, en la esfera interna, sobre las fuentes de su financiación, cuestión que el Convenio de 1983 deja al arbitrio de los Estados¹¹⁶⁴.

afirmaba que: “El sistema más deseable para emplear convictos es el que proporcionan esencialmente castigo y reforma a los internos y la menor competencia con el trabajo libre y, en segundo lugar, beneficios para el Estado” (citado en Flanagan 1989, 135).

¹¹⁶⁴ En la práctica, las fuentes de financiación pueden incluir cantidades previstas en los presupuestos generales, obtenidas del pago de multas, contribuciones voluntarias o, como en el caso de algunos estados de EE.UU. y de Polonia, de salarios de los internos en permisos de trabajo o en prisión (Joutsen 1987, 269). La Ley de Víctimas del Delito estadounidense de 1984 y otras leyes estatales, sin perjuicio de contradicciones constitucionales (Erlemeier 1993), prevén que los posibles beneficios derivados de la publicación de un libro por parte de un condenado, en relación con su delito, pueden ir a parar, según se determine en la jurisdicción civil, a un fondo de ayuda a las víctimas, a los servicios de asistencia o al fondo de compensación estatal (Sebba 1996a, 249-50). Véanse Smartt y Vagg sobre el destino de un 10% de los salarios de los internos en el Reino Unido a los servicios de asistencia a la víctima, aunque se plantean problemas respecto del preciso beneficiario (1996). Sobre Alemania y Francia, véanse van Zyl y Dünkel (1991, 731). Por otra parte, en algunos estados islámicos se proporciona trabajo en prisión porque, por motivos religiosos, se quiere compensar a la comunidad de alguna forma adicional al encarcelamiento. Cfr. las encuestas de las Naciones Unidas en este aspecto.

Ni el NCP -salvando la prelación para la satisfacción de las obligaciones-, ni el Reglamento de 1996 han introducido novedades en este sentido y mucho menos respecto de la mediación. El art. 33. 1 d) de la LOGP tan sólo indica que la Administración Penitenciaria debe ocuparse del pago de los internos de sus obligaciones -vid. también el art. 189 d) del Reglamento de 1996 y las Normas 76. 2 de la ONU y 77. 2 del Consejo de Europa- (de la Cuesta 1982, 269)¹¹⁶⁵. La posibilidad de embargo de salarios está limitada al salario mínimo interprofesional en el art. 33. 2 LOGP y en la normativa laboral, lo que algún intérprete entiende que excluye las deducciones fijas (Téllez 1993, 151).

Respecto de la articulación de proyectos de mediación en la fase penitenciaria, considerando el trabajo en prisión, de la Cuesta opina que los internos trabajadores -a pesar de la precariedad que les rodea- pueden obtener beneficios, inclusive para saldar responsabilidades civiles, sin perjuicio de que autores como Grevi (1975) defiendan la intervención pública en razón del interés y la solidaridad social (de la Cuesta 1982, 89; 115, nota 83). En relación con el carácter formativo o instructivo del trabajo penitenciario puede tenerse en cuenta la posibilidad de realizar cursos de sensibilización sobre la victimación, como se efectúan con menores en los Países Bajos (art. 27 LOGP; de la Cuesta 1982, 186-7; 277-80). Antes del nuevo RP, los trabajos (productivos o no) que consistiesen en servicios amistosos, benévoloos o de buena voluntad, quedaban fuera del ordenamiento laboral y se

¹¹⁶⁵ Schneider (1991) y Tamarit (1993) entienden que es posible hacer compatible el tratamiento del delincuente con la reparación a las víctimas. Cfr., fuera de los supuestos relacionados con el trabajo, para delitos graves en EE.UU., donde la mediación no tiene ningún valor más que para la satisfacción de la víctima, quien puede quizá informar favorablemente cuando se pida la libertad condicional, *La 2* (1997). Precisamente en un país de contrastes, como EE.UU., se ha vuelto a aplicar la llamada *chain gang* en la prisión de Limestone County (Alabama) y otras en Misisipí y Florida. Los internos, con grilletes, trabajan ocho horas diarias limpiando carreteras o picando piedra, mientras que los turistas sacan fotos. Este tema fue denunciado por Amnistía Internacional y la Asociación Americana de Libertades Civiles (Fresneda 1996).

entendían no remunerados (de la Cuesta 1982, 337). En el artículo 263 del Reglamento de 1996, referente a las recompensas, se indica que los actos que manifiesten buena conducta, espíritu de trabajo y *sentido de la responsabilidad*, así como la participación positiva en las actividades asociativas o de otro tipo, organizadas en prisión, serán estimulados con alguna recompensa (reducciones de sanciones, premios, notas meritorias, becas, comunicaciones, etc.), según valoración de la comisión disciplinaria.

En general, además de a las propias contradicciones internas del sistema carcelario, hay que enfrentarse al problema de la insolvencia¹¹⁶⁶, de la atención a otras necesidades más urgentes y de las escasas posibilidades de trabajo en el sistema penitenciario vigente. Guynes y Greiser han diferenciado los sistemas de trabajo penitenciarios actuales, según basen sus objetivos en los intereses del infractor, de la institución penitenciaria y de la sociedad en general. Si el trabajo busca los intereses de esta última, se considera entonces el pago de la reparación a las víctimas¹¹⁶⁷. En todo caso, en la práctica se da una concurrencia de objetivos. Así, por ejemplo, la reparación a la víctima incrementa los gastos de la industria penitenciaria, porque los internos deben ser retribuidos conforme a los salarios reales, ello significa que los productos tendrán dificultades para competir con el sector privado (Flanagan 1989, 137-8). Sin embargo, más allá de importantes aspectos económicos, recordando las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas¹¹⁶⁸,

¹¹⁶⁶ Sobre este tema, véase el estudio realizado sobre los procedimientos resueltos en los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Bilbao, en el año 1996, por Unzaluz (1997).

¹¹⁶⁷ El 81% de los estadounidenses, según una encuesta de 1982, estaban a favor de que los internos pagasen dos tercios de su salario a las víctimas o, en su caso, al Estado por los gastos de su estancia en prisión (Flanagan 1989, 136).

¹¹⁶⁸ Aunque debe rechazarse el paternalismo y la idea de tratamiento en un sentido clínico, incidiendo en la noción de responsabilidad y autonomía. La regla 70 dice: "En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, *desarrollar el sentido de responsabilidad...*" (cursivas más).

junto con un concepto amplio de reparación, así como un concepto alternativo y dinámico de trabajo, en mi opinión, cabe el desarrollo de esquemas de mediación en prisión, que fomenten la responsabilidad, la autonomía y la solidaridad.

6. 6 LOS COMPORTAMIENTOS DESCRITOS EN LOS LIBROS II Y III: RELACIONES CONFLICTIVAS OBJETO DE MEDIACIÓN

Aunque quizá resulte más útil a una persona no familiarizada con la regulación positiva, a primera vista las páginas siguientes parecen un mero listado de lo que podría leerse directamente en el NCP. Sin embargo, intentaré subrayar brevemente cómo se evoca a la víctima en los delitos concretos, “materia prima” -junto con las faltas- de un posible centro de mediación reparadora. En la parte especial del Derecho penal encontramos los tipos penales como caracterizaciones del actuar humano (Vives 1996c, 46), donde, en ocasiones, ante una reparación -en sentido flexible-, puede disminuirse la pena (art. 163.2 y 164; 214; 225; 244; 340) o darse una exención, si la reparación impide la realización total del delito (art. 305. 4; 307. 3; 308. 4; 354. 2; 462; 480; 549)¹¹⁶⁹. Cerezo Mir destaca que la nueva clasificación de la parte especial se adopta, en términos generales, según el portador del bien jurídico protegido, es decir la víctima: el individuo, la familia, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional (1996, 142).

¹¹⁶⁹ Se entiende la reparación en sentido amplio.

Las distintas tipificaciones del CP, a las que habría que añadir su aplicación en la vida real, nos proporcionan una valiosa información sobre nuestra sociedad, al configurar la protección de determinados bienes. A continuación, realizaré un breve recorrido por algunos artículos, contemplándolos primordialmente como definiciones de relaciones entre personas concretas -físicas o jurídicas- en conflicto, teniendo en cuenta los límites de una posible regulación de la mediación reparadora, pero sin considerar ahora, de forma detallada, los efectos de la misma (atenuante, condición de la suspensión, etc). Ya que deseo hablar de relaciones conflictivas¹¹⁷⁰, identificaré primero, en general, quién es la víctima o sujeto pasivo y qué carácter tiene la protección otorgada por el CP. Mi interés no reside en hablar de tipos adecuados para la mediación, sino en establecer correspondencias con los temas tratados en este trabajo, y en reflexionar sobre las delimitaciones específicas *a priori* para la mediación, concluyendo que es preciso analizar, dentro de un marco general, cada conflicto concreto, que involucra a personas y situaciones diversas. Reitero que no atiendo tanto a las consecuencias jurídicas asignadas por el Código a cada hecho, sino a las relaciones sociales implícitas en éste -asumiendo la posibilidad genérica de una mediación-. Además, me referiré, en su caso, al tipo de reparación que sí recogen -aunque no en la dirección que aquí se propone-.

6. 6. 1 Libro II: los delitos

1. En los delitos contra la vida humana independiente coinciden sujeto pasivo y objeto material. Recordando la Parte Segunda, cabe destacar que se suprimen el parricidio, el infanticidio y algunas de las circunstancias del

¹¹⁷⁰ Como concepto criminológico de análisis que no se corresponde exactamente con algunas tesis abolicionistas.

asesinato, lo cual es reflejo según Morales Prats de la “laicización del instrumento punitivo” (en Quintero 1996b, 670). Ya se ha mencionado cómo, en diversos países, existen esquemas de mediación -generalmente sin repercusión en la pena-, entre la persona que ha cometido el homicidio y los familiares de la víctima que, tras una reflexión, además de los deseos de venganza, siguen preguntándose numerosos porqués y desean expresar su sufrimiento. Esta posibilidad se da incluso en supuestos como los recogidos en el art. 139 CP, donde se prevé el asesinato como homicidio en el que concurren alevosía, premeditación o ensañamiento (aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido).

También puede pensarse en ciertas mediaciones con los familiares, tras la comisión de los hechos descritos en el artículo 143. 4. Éste se refiere a la muerte consentida o eutanasia¹¹⁷¹, cuando la “víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar” y realice una “petición expresa, seria e inequívoca” de que se le ayude a morir, con lo que resultan atípicas la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva. Más dificultades plantean los artículos 144 a 146, dedicados al aborto, delito en el que la doctrina discute (entre otras cuestiones) si el sujeto pasivo es el *nasciturus* -aunque no pueda ejercitar por sí mismo su derecho-, la mujer, la comunidad o el Estado (González Rus en Cobo 1996, 114-5).

¹¹⁷¹ Para un análisis victimológico de la inducción, auxilio necesario y auxilio ejecutivo en el suicidio, vid. Herrera (1996, 365-71).

2. En segundo lugar, en determinados delitos contra la salud, en los que se prevé una agravación por los medios empleados, por ensañamiento, por la entidad del resultado (art. 149 y 150) o si la víctima es menor o incapaz (art. 148), es difícil concebir que la víctima esté dispuesta a una mediación -aunque dependería de diversos factores, inclusive las consecuencias de ésta-.

Recordando la Parte Primera, donde se aludió a la familia, no sólo como fuente de afecto, sino también de victimación, el art. 153 recoge lo que se denomina violencia doméstica, en la que se dan vínculos familiares o afectivos entre el sujeto activo y pasivo, es decir, se trata de un delito especial propio: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare." Cuando, a pesar de las agresiones -por irracional que suponga a un observador externo-, subsiste el afecto y se desea seguir conviviendo, o existen hijos, resultan positivas las experiencias de mediación entre agresor y víctima para llegar, siquiera, a una pacificación o a un consenso mínimos, siempre y cuando se den condiciones para ello y no suponga un ahondamiento en la victimación de la parte más vulnerable.

Un supuesto que en mi opinión resulta propicio para la mediación es el recogido en el art. 154, el cual castiga a los que riñan tumultuariamente utilizando medios peligrosos. Se trata de hechos donde existe una pluralidad e incluso una confusión de ofensores y ofendidos.

Por otra parte, los artículos 159 a 162 se dedican a conductas relativas a la manipulación genética y, según López Garrido y García Arán (1996, 99), su inclusión se justifica en la importancia de los bienes jurídicos protegidos a través de la intervención penal. Pensando en el debate público suscitado, algunos autores se han referido a las actividades relativas a la genética como la gran transgresión de final de siglo. Los bienes jurídicos protegidos por el CP serían “el conjunto de intereses *derivados* de la configuración constitucional de la dignidad humana”¹¹⁷². En el artículo 160 se protege la especie humana en abstracto, en cuanto se produzcan armas utilizando la ingeniería genética. El sujeto pasivo de estos delitos sería la comunidad social (Morillas Cueva en Cobo 1996, 182), lo que no impediría que la reparación consistiera en trabajos de utilidad pública.

¹¹⁷² Cursivas y definición de López Garrido y García Arán (1996, 99). Cfr. Montano (1997).

Inciendo en el papel de la víctima, puede indicarse, además, que el delito de reproducción asistida, no consentida, sólo es perseguible previa denuncia de la persona agraviada (art. 162), es decir, de la mujer que no ha prestado su consentimiento.

3. Delitos contra la libertad. Como ejemplo de lo que sería una forma amplia de reparación, el art. 163. 2 recoge un tipo privilegiado, cuando el culpable libera al detenido, dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto propuesto.

Por su parte, el art. 163. 4 recuerda, en cierta manera, los límites en la cooperación con el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Se trata de un tipo *sui generis* que tipifica la detención de una persona, fuera de los casos permitidos legalmente (art. 490, 491 y 496 LECrim), para presentarla inmediatamente ante la autoridad. Puede recordarse, en esta dirección, las actividades de los llamados vigilantes callejeros ante la inseguridad en determinados países, según se aludió en la Parte Primera.

Los delitos de detención ilegal y secuestro se agravan si se ha simulado autoridad o función pública, o la víctima es menor de edad, incapaz o funcionario público en ejercicio de sus funciones. Respecto de la agravación por especial vulneración de la víctima, Polaino estima que el criterio resulta incoherente, ya que no entiende por qué no se la da relevancia en delitos contra otras esferas de libertad o contra otros bienes jurídicos personales, asimismo considera un desafuero legislativo la inclusión de la condición de funcionario (en Cobo 1996, 220-2), aunque cabe pensar en la vulnerabilidad de los funcionarios de prisiones en la actualidad, como objetivos de la organización ETA.

El art. 169, como ha ocurrido con otros delitos en el NCP, amplía los destinatarios de las amenazas a las personas con íntima vinculación al amenazado, equiparándolas a sus familiares (Prats Canut en Quintero 1996b,

824). Como supuesto de pluralidad de víctimas, el art. 170 agrava las amenazas, con un mal que constituye delito, dirigidas a atemorizar a un grupo de habitantes.

Ante un chantaje, si se exige una cantidad de dinero o recompensa amenazando con revelar la comisión de un delito, el Ministerio Fiscal puede ejercer excepcionalmente el principio de oportunidad, absteniéndose de acusar por dicho delito, salvo que se sancione con pena de prisión superior a dos años, en cuyo caso se puede rebajar en uno o dos grados (art. 171. 3), todo ello sin perjuicio de la actuación de la acusación particular.

4. Delitos contra la integridad moral. Aquí se recoge el delito de tortura (art. 174), donde el sujeto pasivo puede ser cualquier persona privada de libertad con el objeto de castigarla, obtener su confesión o conseguir alguna información. La tortura es uno de los delitos que más rechazo suscitan, considerándose en la esfera de las Naciones Unidas como crimen internacional (de la Cuesta 1990, 9-70; Quel 1995). Aunque esta cuestión resulta muy polémica, opino que, en determinados supuestos, pensando aquí esencialmente en el beneficio para la víctima -aunque no sólo-, la mediación resulta adecuada, ya que aquélla necesita oír en ocasiones que su propio agresor reconozca los hechos, tal y como puede desprenderse de algunas sesiones de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, o de la lectura de la hermosa y dura novela de Ariel Dorfman (1995).

5. Delitos contra la libertad sexual¹¹⁷³. Es interesante comprobar, en los medios de comunicación, cómo los delitos sexuales han pasado a desplazar

¹¹⁷³ En relación con delitos sexuales y la crítica a la diferenciación entre agresiones y abusos sexuales, según la apreciación de violencia en los primeros, véase Herrera (1996, 344-65). Cfr. los tipos de actos de violencia sufridos por las víctimas de estos delitos, según el estudio realizado en la Comunidad de Madrid por Encarna Roig, Soledad Galiana Carmona y Helena de Marianas Ribary (1996, 47-8). En mayo de 1997, el Ministerio de Justicia remitió un proyecto de reforma del título VIII del Libro II al Consejo de Estado y al CGPJ, para posteriormente enviarlo a las Cortes. En ese texto, entre otras cuestiones, se propone recuperar el concepto de corrupción de menores, penalizar las relaciones sexuales con

-junto con los escándalos políticos- a los delitos convencionales, lo que se relaciona con su mayor persecución y procesamiento, según puede observarse en las estadísticas expuestas en la Parte anterior¹¹⁷⁴. De forma paralela al punto cuarto, a pesar del rechazo que provocan, también en otros países¹¹⁷⁵, determinados grupos han entendido -con matices- que resulta adecuada la mediación para agresiones sexuales (Heidemann y Lamott 1992; Knopp 1991, Yokley 1990, Scheingold, Olson y Pershing 1994; Finstad 1990; Bacchi y Jose 1994; Salter 1988).

adolescentes de hasta 15 años y sustituir por cárcel las multas previstas actualmente. Se intensifican las penas para quienes elaboren, distribuyan o tengan pornografía infantil. Se añade un artículo regulador del acoso sexual, según el cual: "Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación", la pena podrá ir de doce fines de semana de arresto a un año de prisión. Asimismo, como ocurre en Alemania, quienes practiquen turismo sexual con menores fuera de España podrán ser juzgados por tribunales españoles.

¹¹⁷⁴ De acuerdo con datos de la Memoria de la FGE, a los que se hizo referencia, en septiembre de 1997, durante la apertura del año judicial -recogidos por los medios de comunicación en sus titulares-, los delitos contra la libertad sexual (en cifras absolutas) dieron lugar en 1996 a 9.587 procedimientos, frente a los 7.237 del año anterior.

¹¹⁷⁵ Cabe recordar que el proyecto valenciano de mediación ha tratado este tipo de casos, mientras que su inspirador, el de Lovaina, los rechazó en un principio al considerar que suponían una problemática más específica.

En nuestro CP, sin perjuicio de la discusión sobre el bien jurídico protegido, especialmente en lo que respecta a menores o personas con trastornos mentales (Muñoz Conde 1996a, 175-81), se distinguen las agresiones sexuales (donde hay violencia o intimidación, art. 178) de los abusos sexuales, afectándose en ambos casos la voluntad de la víctima. Resulta independiente el sexo del sujeto pasivo, así como su actividad (p. ej. prostitución) o relación con el autor (e.j.: si se trata del cónyuge). Las agresiones se agravan si tienen un carácter particularmente degradante o vejatorio, cuando se actúa en grupo de tres o más personas, cuando la víctima es una persona particularmente vulnerable (por razón de edad, enfermedad o situación), cuando se comete prevaliéndose de la relación de parentesco o se utilizan medios peligrosos (art. 180).

Se entiende por abusos sexuales, entre otros, los supuestos en que se obtiene el consentimiento haciendo valer una situación de superioridad manifiesta (art. 181. 3). También se agravan en caso de vulnerabilidad de la víctima o relación de parentesco (art. 182). En el capítulo III se recoge el acoso sexual definido como la solicitud de favores sexuales para sí o para tercero, haciéndose valer de una superioridad laboral, docente o análoga y anunciando la causación de un mal relacionado con dicha relación, que por sí misma hace que la cifra negra sea muy alta en la práctica, lo que demuestra, una vez más, que el derecho penal no es la mejor solución -esencialmente en lo que se refiere al cambio de mentalidades, muy extendidas en la sociedad-.

En relación con las posibilidades de mediación, en los delitos de agresiones, abusos o acosos sexuales es precisa la denuncia del agraviado, o su representante legal, o querrela del Ministerio Fiscal, que cuenta aquí también con la posibilidad excepcional del ejercicio del principio de oportunidad, ya que “actuará ponderando los legítimos intereses en presencia” (art. 191. 1), lo que supondría, entre otras cuestiones, considerar la

voluntad de la víctima y su posible victimación secundaria. En todo caso, basta la denuncia del Fiscal, si ésta es menor de edad, incapaz o persona desvalida. No cabe el perdón del ofendido (art. 191. 2). Al contrario de la doctrina penal y el movimiento feminista mayoritarios, estoy de acuerdo con Larrauri (1994, 94-5), quien apunta que un número importante de delitos sexuales se cometen entre conocidos y, además, la facultad del perdón puede suponer el reconocimiento de un papel más activo para la víctima.

Finalmente, en conexión con el concepto ya aludido de vulnerabilidad de la víctima, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 185 y 186), así como los relativos a la prostitución (art. 187), protegen a los menores o incapaces. Respecto de estos últimos, cuando se trata de mayores de edad, también se castiga si se engaña o se abusa de una situación de necesidad o superioridad (art. 188. 1). Éstas son situaciones en que, por el desequilibrio existente entre los protagonistas, no parece aconsejable la mediación, al menos en principio.

6. En los delitos de omisión del deber de socorro, el sujeto pasivo ha de determinarse en cada supuesto, atendiendo su desamparo y peligro manifiesto y grave. De forma abstracta, aludo aquí a estos delitos en cuanto que atentarían, de algún modo, contra la confianza en la solidaridad humana (art. 195-6), presupuesto de la mediación.

7. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. En los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, será necesaria la denuncia del agraviado o representante legal, aunque cabe denuncia del fiscal si se trata de un incapaz, menor o persona desvalida (art. 201). Cuando el autor sea funcionario, se afecte a varias personas o a los intereses generales, no es precisa la denuncia del agraviado. De cualquier forma, la utilización de términos tan genéricos permite el ejercicio excepcional por el fiscal del principio de oportunidad (López

Garrido y García Arán 1996, 119). Además, se prevé expresamente la posibilidad del perdón, con las condiciones del art. 130. 4.

8. Delitos contra el honor¹¹⁷⁶. El honor se entiende como un derecho de la personalidad. En este tipo de delitos, se atribuyen cualidades objetivamente desmerecedoras del aprecio o estima públicos (López Garrido y García Arán 1996, 120). Las violaciones menos graves de este derecho están protegidas civilmente por la LO 1/1982, de 5 de mayo, vía que se prefiere en cuanto es más rápida y busca un efecto resarcitorio (Carmona en Cobo 1996, 473). En la tipificación de los delitos contra el honor se viene a reconocer, en mi opinión, determinados presupuestos de la teoría del etiquetamiento y de la Criminología republicana y, aunque el honor “ya no es lo que era”, lo cierto es que los conflictos que llegan a los tribunales por estos motivos son numerosos y podrían ser objeto adecuado de mediaciones de carácter comunitario.

En el caso de calumnias, quedará exento de pena el acusado que pruebe el hecho criminal imputado, es decir, se da relevancia al *exceptio veritatis* como *notitia criminis*¹¹⁷⁷. El art. 214, de forma novedosa, indica que si el acusado de calumnia o injuria reconoce ante el juez la falsedad o falta de certeza de las imputaciones, retractándose de ellas, se le impondrá una pena inferior. Seguidamente, el juez ordenará que se entregue testimonio de la retractación al ofendido quien puede solicitar su publicación en el medio donde apareció la calumnia o injuria. El art. 215 recoge, como condición objetiva de procedibilidad para estos delitos, la necesidad de querrela del

¹¹⁷⁶ La disposición final cuarta del NCP permite que el ofendido opte por la vía civil (LO 1/1992, de 5 de mayo). Sobre la LO 1/1982 del honor, véase Concepción (1996); sobre el derecho al honor y a la libertad de expresión, desde la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, véase Plaza (1996). Sobre la protección penal del honor antes del NCP, vid. Cardenal y Serrano (1993).

¹¹⁷⁷ Sobre las diferencias con la *exceptio veritatis* en caso de injurias, cfr. art. 210.

ofendido o representante legal, por lo que se entenderían derogados los art. 3 y 4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que concibe los delitos en medios de difusión mecánicos como semipúblicos. Basta una denuncia si la ofensa es contra autoridad, agente o funcionario público en lo concerniente al ejercicio de sus cargos. En el supuesto de calumnias o injurias durante un juicio, es necesaria una licencia previa del juez.

De forma más específica, en relación con la mediación, se admite el perdón del ofendido en delitos de calumnia o injuria. Además, el art. 216 indica que: “En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.” Asimismo, se establece la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo propagador de la injuria o calumnia (art. 212).

9. Antes de aludir a la regulación del CP de los delitos contra las relaciones familiares, cabe recordar, de forma introductoria, la afirmación de Glendon: “Al atarnos a seres y sentimientos perecederos, la familia nos expone a conflictos, dolor y pérdidas. Da lugar a tensiones entre amor y deber, razón y pasión, objetivos inmediatos y a largo plazo, egoísmo y altruismo. Pero las relaciones entre maridos y mujeres, padres y niños puede proporcionar también marcos para resolver semejantes conflictos” (1986, 313). Aunque la cifra negra es alta -relacionando estos delitos con la violencia doméstica-, criminólogos como Fattah han subrayado que existe un mayor riesgo de victimación procedente de familiares que de desconocidos, a pesar del tradicional miedo al delito callejero. En ese tipo de conflictos, la vía penal no siempre es la mejor.

Por otra parte, el art. 225 determina que cuando el responsable de un delito de quebrantamiento de los deberes de custodia, o de inducción de menores al abandono del domicilio, restituya al menor de edad o incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haber cometido vejaciones, sevicias, acto delictivo o que ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, será castigado con prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, siempre que se comunique el lugar de estancia del menor o incapaz, o la ausencia no sea superior a veinticuatro horas.

En el impago de prestaciones económicas en favor del cónyuge o hijos¹¹⁷⁸, la reparación comporta siempre el pago de las cuantías adeudadas (art. 227. 3). En estos supuestos y todos los demás de abandono de familia, menores o incapaces, será necesaria la denuncia del agraviado, salvo que denuncie el fiscal si es menor, incapaz o desvalido (art. 228).

10. En los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, según los art. 235. 4 y 241. 1, la pena de prisión es mayor en caso de que el hurto o robo ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica, se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima; o cuando sean graves por el valor de los efectos o la producción de perjuicios considerables. Además, se agrava el robo si el infractor ataca a los que auxilién a la víctima (art. 242. 2). Por otra parte, el robo y el hurto de uso de vehículos implica su restitución directa o indirecta en cuarenta y ocho horas (art. 244. 1).

¹¹⁷⁸ García Arán, considera que la denuncia del agraviado, como requisito de procedibilidad, distingue este delito de la desobediencia. La crítica que realiza la autora a este requisito, extensible al delito de abandono de familia (art. 226), es que parece persistir la idea de proteger la familia como institución, que se vería amenazada ante la intervención del derecho público penal. Por otra parte, el art. 227. 3 recoge una ampliación de la responsabilidad civil y constituye este delito en un instrumento penal para obtener el cumplimiento de las obligaciones civiles (1996, 22-5).

La ocupación de viviendas, que recientemente está provocando acciones violentas entre la policía y los ocupantes, se recoge como novedad en el art. 245. 2, lo que en mi opinión dará lugar a mayores conflictos, al convertirse en causas de resistencia frente al orden establecido.

El art. 249 regula que, para la fijación de la pena de prisión, en delitos de estafa se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, las relaciones entre el perjudicado y el defraudador. En todo caso, se agravará la pena (art. 250. 1 6º. y 7º.) cuando el perjuicio o la situación económica en que se deja a la víctima o a su familia es grave, o se comete abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador. Recordando las tesis victimodogmáticas, González Rus ve en la estafa “un delito con víctima colaboradora”, es decir, que ejerce “un papel central en la dinámica comisiva” (en Cobo 1996, 667). Siguiendo al autor citado, puede apreciarse este delito constando la existencia de sujeto pasivo, aunque éste no se identifique, como suele ser usual en los llamados fraudes colectivos.

El art. 258 tipifica la conducta del responsable de un delito consistente en que, posteriormente a su comisión, con la finalidad de eludir el cumplimiento de responsabilidades civiles, realice actos de disposición o contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio, lo que pretende defender los intereses de la víctima de que se le repare efectivamente.

Por otra parte, los daños son precisamente unos de los supuestos que se entienden más adecuados para la mediación reparadora en la justicia de menores infractores, sin embargo, el CP no alude a ella. Según su regulación, en la cuantía de la multa con la que se castigan los daños, tan frecuentes en los llamados delitos de violencia gratuita, se tendrá en cuenta la condición económica de la víctima (art. 263). En relación con la interacción víctima-autor, se castigarán con prisión y multa los daños que se realicen en venganza o que arruinen al perjudicado o le coloquen en grave situación

económica (art. 264. 1. 1º. y 5º.)¹¹⁷⁹. Los daños superiores a diez millones de pesetas, causados por imprudencia grave, sólo serán perseguibles previa denuncia del agraviado o por el fiscal, si se trata de un menor, incapaz o desvalido. El perdón, en este supuesto, extingue la pena o acción penal (art. 267).

¹¹⁷⁹ Para un análisis dogmático del delito de daños, según el NCP, con previa revisión del derecho histórico y comparado, vid. Andrés Domínguez (1996).

Según el art. 268. 1, en los delitos patrimoniales (hurto o robo de cosas, hurto o robo de uso, ocupación de inmuebles, estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico, insolvencia punible, alteración de precios en concurso o subasta, quiebra y daños), están exentos de responsabilidad criminal -aunque no civil- los cónyuges no separados o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad y los ascendientes, descendientes y hermanos; así como los afines en primer grado si viven juntos, por los delitos patrimoniales causados entre sí, cuando no existe violencia o intimidación. Se recoge, de esta manera, una excusa absolutoria que podría extenderse a otras personas con las que se conviva, aunque en todo caso persistiría la necesidad de potenciar la comunicación entre los protagonistas, a través de la mediación, quizá aquí, más bien de carácter social.

En los delitos relativos a la propiedad intelectual, como en los de calumnia o injuria, se da una forma de reparación especial: el juez puede decretar la publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial, a costa del infractor (art. 272)¹¹⁸⁰. Por lo demás, existe un tipo cualificado por la especial gravedad del daño causado (art. 271 b). Igualmente, se indica que la extensión de la responsabilidad civil se regirá por la Ley de Propiedad Intelectual (art. 272. 1).

En el caso de delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores¹¹⁸¹, respecto de los que se hace una referencia directa, como novedad en el NCP, es necesaria la denuncia del agraviado o

¹¹⁸⁰ Cfr. el art. 288 para todos los supuestos de este capítulo, donde se recoge la publicación de la sentencia por el juez en los periódicos oficiales y, si lo solicita el perjudicado, el juez puede ordenar su reproducción en otro medio informativo, a costa del condenado. Para una interpretación complementaria de ambos preceptos, vid. Valle Muñiz (en Quintero 1996b, 1.229-30).

¹¹⁸¹ En los delitos relativos al mercado y a los consumidores estamos ante un sujeto pasivo constituido por un número indeterminado de personas (Martín Pallín 1996).

representante legal¹¹⁸². Si es menor de edad, incapaz o desvalido, puede denunciar el fiscal. Dicha denuncia no es necesaria, siempre que queden afectados intereses generales o una pluralidad de personas (art. 287). Esto ocurre también en el caso de los delitos societarios (art. 296).

¹¹⁸² En todo caso, en estos delitos, hay que diferenciar entre víctima y perjudicado, quien en su caso podrá acudir a la protección de la Ley de Propiedad Intelectual.

11. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. El sujeto pasivo en el delito de fraude fiscal está vinculado por una relación jurídica-tributaria con el activo (art. 305. 1). El sujeto pasivo será la Unión Europea, el Estado y los entes autonómicos, forales o locales. En los delitos contra la Seguridad Social, ésta constituye el sujeto pasivo (Muñoz Conde 1996a, 894-5; 910). En definitiva, incidiendo en un tema de la Filosofía política, la víctima somos todos los ciudadanos. En este sentido, cabe recordar la campaña lanzada por el gobierno, en abril de 1996, en que se intentaba movilizar la conciencia ciudadana sobre el carácter ilícito del fraude fiscal; cuestión difícil según las investigaciones sociológicas. De una forma estigmatizante, en dicha campaña se señalaba a un hombre o mujer que “estafa a sus mejores amigos, a sus familiares, incluso a millones de personas que jamás ha conocido”¹¹⁸³.

Volviendo a la regulación positiva, también se prevé una excusa absolutoria para dispensar de la pena, cuando se regularicen defraudaciones, antes de tener conocimiento de que la Administración Tributaria inicia actuaciones de comprobación, antes de que la acusación pública interponga querrela o denuncia, o cuando el fiscal o juez de instrucción realicen actuaciones. Esta exención de pena alcanza a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, se hubieran cometido previamente a la misma (art. 305. 4; 307. 3 y 308. 4). Cabe preguntarse, más allá de razones económicas, por qué se admite aquí este tipo de reparación y no en supuestos menos graves¹¹⁸⁴.

¹¹⁸³ Véase, p. ej., El País, 9 de abril de 1996, p. 6.

¹¹⁸⁴ En relación con ello, vid. Bruna (1997).

12. En los delitos contra los derechos de los trabajadores, éstos constituyen el sujeto pasivo específico. Conforme al art. 314, los que produzcan una grave discriminación en el empleo y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley, tras el requerimiento o la sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. Aquí es posible concebir mediaciones en las que intervengan los representantes de los trabajadores.

13. Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Es en este conjunto de delitos donde puede observarse una verdadera preocupación por la reparación del daño. En los delitos sobre la ordenación del territorio, los jueces podrán ordenar motivadamente, a cargo de infractor, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe (art. 319. 3). Lo mismo ocurrirá para la reconstrucción o restauración de la obra o bien dañado en los delitos sobre el patrimonio histórico (art. 321 y 323). Entre las disposiciones comunes a este Título XVI, se encuentra el art. 339 que prevé que los jueces puedan ordenar motivadamente, a cargo del infractor, medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como otras cautelares necesarias. Adicionalmente, el art. 340 dice: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivas previstas.”¹¹⁸⁵ En relación con dicho artículo, Prats Canut entiende que el modelo reparativo debe cumplir un papel importante en este tipo de delitos, ensanchándose la

¹¹⁸⁵ Sobre los problemas que plantea la responsabilidad civil por daños medioambientales, vid. Díez-Picazo Giménez (1996).

fórmula (en Quintero 1996b, 1551-2). Vuelvo a preguntarme por qué se admite esta forma de reparación en estos supuestos y no en otro menos graves.

14. Delitos contra la seguridad colectiva. Cabe indicar la importancia del daño que pueden causar algunos delitos que se recogen bajo esta denominación (estragos, etc.). Según el art. 351, en los incendios los jueces pueden imponer la pena inferior en grado atendiendo a la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho. Los incendios forestales que no se propaguen, por la acción voluntaria y positiva del autor, quedarán exentos de pena (art. 354. 2). Supone una especialidad respecto de la regulación del desistimiento en el art. 16. 2.

Para los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas (art. 368-372)¹¹⁸⁶ y el terrorismo, que conllevan duras penas, se admite una figura premial -que el ACP sólo recogía en el art. 57 bis b) para estos últimos, de manera más amplia-: los jueces pueden imponer en sentencia razonada la pena inferior en uno o dos grados a la prevista legalmente, si el sujeto ha abandonado voluntariamente las actividades delictivas, confiesa ante las autoridades los hechos en los que ha participado y colabora con éstas (art. 376 y 579). Se discute la naturaleza jurídica de este precepto, defendiendo algunos autores su carácter de semiexcusa absolutoria y otros su parecido con las circunstancias atenuantes (Valle Muñiz y Fernández Palma en Quintero 1996b, 1676). Las responsabilidades pecuniarias a que se enfrentan los penados, por delitos relacionados con el tráfico de drogas, seguirán el siguiente orden: reparación del daño e indemnización de perjuicios; indemnización del Estado; multa; costas del acusador particular o privado; y demás costas procesales (art. 378).

¹¹⁸⁶ El art. 369. 1º y 4º recoge una cualificación en cuanto que la droga se facilite a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos o personas sometidas a tratamiento.

Por su parte, como delito contra la seguridad del tráfico -acontecimiento cotidiano en nuestras carreteras- que protege bienes jurídicos supraindividuales, tenemos el art. 384, cuyo elemento característico es el desprecio consciente por la vida de los demás, siendo tal vez apropiado su cuestionamiento a través de un encuentro mediador¹¹⁸⁷.

15. Falsedades. Aunque existe discusión doctrinal, en principio, puede afirmarse que los artículos que regulan las falsedades protegen la fe pública, como confianza en torno a determinados objetos aptos para incidir en el tráfico jurídico (López Garrido y García Arán 1996, 169) o en torno a la identidad o funciones de ciertas personas. En el supuesto concreto de la falsificación de monedas, en opinión de Villacampa Estiarte (Quintero 1996b, 1705), se protege la función de garantía de la moneda. Ya que aquí la víctima es difusa, no parece que la mediación pueda producir esos efectos de comunicación deseados, pero reitero, que todo dependerá de los supuestos y las personas concretas.

16. Delitos contra la Administración Pública. El bien jurídico protegido en este grupo de delitos sería el funcionamiento adecuado de las actividades públicas de la Administración. En relación con aspectos diversos del *ius puniendi*, los art. 407 y 408 regulan, respectivamente, el abandono de destino para no impedir o perseguir determinados delitos y la falta de promoción de la persecución de los delitos de que se tenga noticia, por parte

¹¹⁸⁷ Según la Memoria de la FGE, relativa a 1996, los delitos de conducción bajo la influencia de alcohol, drogas o estupefacientes (art. 379) se incrementaron en dicho año en un 33%. En relación con los delitos contra la seguridad del tráfico, se ha introducido el de desobediencia por la negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (art. 380), que fue discutido en el debate parlamentario, entre otros motivos, por castigar con mayor pena que la correspondiente al delito que trata de prevenir, lo que demuestra desequilibrios punitivos en el CP. Un informe del FGE, elevado en enero de 1997 al TC, consideraba inconstitucional penalizar la negativa al test de alcoholemia. Se sumaba así a las seis cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos judiciales, admitidas a trámite por dicho Tribunal hasta mayo de 1997. Recientemente este Tribunal ha resuelto respecto de una de ellas que dichas pruebas no violan el derecho a no declarar contra uno mismo.

de autoridades o funcionarios. Los artículos siguientes castigan la desobediencia y denegación de auxilio.

El art. 422 entiende que pueden ser sujetos activos de cohecho los jurados, árbitros, peritos o personas que participen en el ejercicio de la función pública -quizá cabría plantear el papel de los mediadores siempre que se configurase así su función-. Se rebaja la pena cuando el soborno se realiza en el contexto de una causa criminal por un familiar (art. 424). De forma novedosa, entendiéndolo como una forma de reparación en sentido amplio, el art. 427 establece otra excusa absolutoria, quedando exento de pena por el delito de cohecho, el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente, realizada por la autoridad o funcionario público, y denuncie el hecho a la autoridad, antes de la apertura del procedimiento, sin que hayan transcurrido más de diez días desde los hechos.

En la malversación por autoridad o funcionario público se agravan las penas por la particular gravedad de la misma “atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público” o si las cosas malversadas eran de valor histórico, artístico o destinadas a aliviar alguna calamidad pública (art. 432. 2). Cuando la autoridad o funcionario no reintegra los caudales o efectos distraídos puestos a su disposición, dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso, se le agravarán las penas (art. 433).

El art. 440 recoge la conducta de peritos, árbitros y contadores partidores que, debiendo valorar bienes, se aprovechen de su intervención para obtener una ventaja personal -podría pensarse en el supuesto hipotético de la actividad de los mediadores en este sentido-.

17. Delitos contra la Administración de Justicia. Aunque, aparentemente, es irrelevante para la mediación reparadora, aludo aquí a una cuestión estudiada por la Filosofía y la Sociología del Derecho, en la

perspectiva de éste como sistema completo de solución de todo tipo de conflictos: el art. 448 castiga al juez que se niegue a juzgar sin alegar causa legal, o alegando oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, protegiéndose de alguna manera el art. 24 CE.

Así mismo, respecto de la cooperación con los controles jurídico-penales, el art. 450 castiga al que pudiendo intervenir inmediatamente, y sin riesgo, no impida la comisión de un delito contra la vida, la integridad, la salud o la libertad, incluyendo la sexual. Lo mismo ocurre si, quien pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que eviten dichos delitos y de cuya próxima o actual comisión se tenga noticia. En opinión de Quintero se trata de un deber cívico de colaboración con el ideal de justicia (en Quintero 1996b, 1938), un ideal que no resulta ajeno al concepto de mediación.

Por otra parte, incidiendo en las grietas que permite el propio *ius puniendi*, a la luz de la realidad social, los familiares están exentos de la pena por encubrimiento, salvo que ayuden a los infractores a beneficiarse del producto del delito (art. 454). Se trata de una excusa absolutoria que presupone la convicción del legislador de que el parentesco puede afectar los deseos de colaborar con la justicia (Quintero en Quintero 1996b, 1947).

En relación con supuestos de venganza o recurso a otros códigos normativos -en su caso, subculturales- el art. 455 recoge la realización arbitraria del propio derecho, agravándose la pena si se usan armas u objetos peligrosos. Dice el art. 455. 1: "El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses." En el ACP se contemplaba la conducta específica de apoderamiento de una cosa como cobro de una deuda. En opinión de Quintero: "El Derecho penal, por lo tanto, debía asumir que el recurso a la fuerza, que al fin eso es la llamada vía de

hecho, sólo es admisible en situaciones límite que tienen otra naturaleza y otro significado jurídico (legítima defensa, estado de necesidad)". En caso de que la víctima quiera ejercitar por sí misma la pretensión punitiva respecto de su agresor, es decir, casos de venganza, no puede hablarse de un derecho propio (en Quintero 1996b, 1949-50).

El CP alude también a la victimación simulada: los art. 456 y 457 recogen la acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos, incluyendo el simular ser víctima de una infracción penal ante un funcionario, provocando actuaciones procesales. El falso testimonio se castiga en los artículos siguientes. Adicionalmente, el art. 462, recogiendo como novedad la excusa absolutoria de retractación, prevé la exención de pena para aquel que haya prestado falso testimonio en causa criminal y se retracte en tiempo y forma, antes de que se dicte sentencia. Si ha ingresado en prisión, se le impondrán las penas inferiores en grado.

Volviendo a la necesidad de colaboración pública con el *ius puniendi*, el art. 463 castiga al que no comparezca en juicio, sin justa causa, habiendo sido citado¹¹⁸⁸. Por otra parte, el art. 464 castiga al que trate de influir en el denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento o lleve a cabo represalias posteriormente. Esto puede relacionarse con posibles coacciones de una parte sobre otra para desarrollar una mediación.

¹¹⁸⁸ Se encuentra dentro del capítulo dedicado a la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional, como novedad en el NCP, sobre la que Quintero afirma que debe darse una previa tarea de educación cívica o profesional, "...pues a veces se trata de conductas que se producen diariamente con una impúdica tolerancia, pero tolerancia a la postre. La actuación del Derecho penal no puede ser traumática, pues eso acabaría por transformarse en esterilidad e inaplicación" (en Quintero 1996b, 1980).

18. Delitos contra la Constitución. La inclusión de este título constituye otro aspecto novedoso del NCP. Según el art. 480. 1, en un sentido difuso de reparación, queda exento de pena el implicado en rebelión que la revele a tiempo de poder evitar sus consecuencias (excusa absolutoria). Los art. 485 y ss. recogen los delitos contra la Corona o Jefe de Estado, habiéndose intensificado las penas. Los art. 492 y ss. tipifican ciertas conductas contra las Instituciones del Estado y la división de poderes. Tanto en éstos como en el 485, difícilmente puede pensarse en la realización de la mediación. Dentro de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, los art. 510, 511, 512 y 515. 5º protegen primordialmente el principio de igualdad contra la discriminación, en los delitos cometidos en el ejercicio de derechos fundamentales, en los que sí veo interés para la mediación.

Desoyendo algunas opiniones doctrinales que pedían una secularización que conllevara la ausencia de un grupo autónomo de delitos de religión, los art. 522 y ss. protegen la libertad religiosa, los sentimientos religiosos y el interés social en el respeto a la memoria de los difuntos. Delitos en los que no tiene por qué rechazarse la mediación, siempre que se den las condiciones básicas de respeto entre los implicados -lo no significa de acuerdo-.

El art. 527 contiene el delito contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, protegiéndose el interés estatal en dicho cumplimiento. El art. 533 castiga al funcionario penitenciario o de centros de menores que imponga a los internos sanciones o privaciones indebidas, o use un rigor innecesario. Los art. 534 y ss. tipifican los delitos cometidos por funcionarios públicos contra una serie de derechos individuales. Finalmente, el art. 543 se refiere a las ofensas o ultrajes a España o a sus CCAA. En todos estos delitos, amén de la discusión sobre la despenalización

del primero de ellos, y especialmente en el último caso, difícilmente puede concebirse la mediación.

19. Delitos contra el orden público. Retomando una concepción dilatada de reparación, queda exento de pena el implicado en un delito de sedición que lo revele a tiempo para evitar sus consecuencias (art. 549).

Siguiendo a Prats Canut, en los atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos, la resistencia y la desobediencia (art. 550-6), debe entenderse que nos encontramos ante delitos pluriofensivos que justifican una sanción especial, trascendiendo la relación agresor-víctima, para hablar de una alteración de la convivencia ciudadana (en Quintero 1996b, 2169), lo que no impide -como se ha relatado anteriormente respecto de la justicia de menores- que pueda darse una mediación en determinadas situaciones.

Volviendo a entender la reparación en sentido amplio, de acuerdo con el art. 579, en los delitos de terrorismo, los jueces pueden imponer la pena inferior en uno o dos grado, razonándolo en la sentencia, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas y se presente ante las autoridades, confesando su participación y colaborando para impedir delitos o ayudando eficazmente para la obtención de pruebas.

20. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional. Aquí sólo indicaré, en relación con la crítica a los desequilibrios punitivos, que este Título termina con el art. 604, recogiendo el delito contra el deber de prestación del servicio militar, donde, una vez superado el debate sobre su despenalización¹¹⁸⁹, es prácticamente impensable la mediación.

¹¹⁸⁹ Sobre las propuestas de despenalización de la insumisión en el debate parlamentario, brevemente cfr. López Garrido y García Arán (1996, 209).

21. Delitos contra la comunidad internacional. En algunos delitos podría hablarse de la “creación *ex novo* de una víctima” de ilícitos penales. Según Tamarit, este nuevo título “refleja la creciente preocupación por la protección de intereses que se hallan en un plano superior al del titular del *ius puniendi* y que afectan de un modo u otro a las relaciones internacionales” (en Quintero 1996b, 2277). Los art. 605 y 606 se refieren a delitos contra los Jefes de Estado extranjeros y las personas internacionalmente protegidas. El art. 607 recoge el delito de genocidio, el cual no prescribe (131. 4), como tampoco su pena (art. 133. 2). Según se dijo en la Parte Primera, conforme a Schafer, la regulación actual contra el genocidio puede recordar superficialmente al sistema propio de la comunidad (*Gemeinschaft*), en cuanto se afectan relaciones emocionales compartidas internacionalmente (1977, 21).

Los art. 608 y siguientes configuran delitos contra las personas y bienes protegidos en conflictos armados. Como bien indican López Garrido y García Arán (1996, 211), se pretende racionalizar la irracionalidad de dichos conflictos, castigando el empleo de medios que causen sufrimientos excesivos, asumiendo que siempre hay sufrimientos inevitables en este tipo de contextos. A pesar de la crueldad de estos delitos, como demuestra la práctica de muchos países, son necesarios otros medios más eficaces de protección y reparación a las víctimas, incluyendo las llamadas comisiones de la verdad¹¹⁹⁰ y la compensación estatal. Esto ha sido puesto de relieve por la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las víctimas, en su Parte B dedicada a los abusos de poder¹¹⁹¹.

¹¹⁹⁰ Para el caso sudafricano, vid. el apartado 4. 1 de esta Parte.

¹¹⁹¹ Según he descrito en el apartado 1. 3. 2. Véase, además, el apartado 6. 2 de la Parte Segunda, en lo relativo a los derechos humanos.

6. 6. 2 Libro III: las faltas

Estamos aquí ante comportamientos menos graves que los delitos, de acuerdo con la respuesta aflictiva que reciben. El art. 638 permite que, en la aplicación de las penas, los tribunales no sigan las reglas de los art. 61 al 72, según su prudente arbitrio. En faltas perseguibles a instancia del agraviado, también puede denunciar el fiscal si se trata de un menor, incapaz o desvalido. La ausencia de denuncia no impide la práctica de diligencias a prevención (es decir, realización del atestado, por si se abre un procedimiento penal) y el perdón del ofendido extingue la acción penal o la pena, salvo lo dispuesto en el art. 130. 4 (art. 639). Como ya se ha indicado anteriormente, según la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, los fiscales pueden dejar de asistir al juicio. Entre los hechos regulados en el Libro III, objeto fundamental de diversas propuestas de despenalización y de mediación reparadora, destaco los siguientes:

1. Faltas contra las personas. En caso de familiares, se agrava la pena de la falta de maltrato de obra sin lesión (art. 617. 2). Cuando se amenaza a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o se saquen en riña, como no sea en justa defensa, y cuando se realizan amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves sólo serán perseguibles estos hechos mediante denuncia del agraviado o su representante legal (art. 620). Esto es aplicable también para las lesiones imprudentes (art. 621. 6).

2. Faltas contra el patrimonio. En el supuesto de alteración de términos, lindes o mojones será necesaria la denuncia del ofendido (art. 624).

3. Faltas contra los intereses generales. Aquí se recogen comportamientos tan variados como la expendición de monedas, billetes, sellos o efectos timbrados falsos que se hayan recibido de buena fe (art. 629); el abandono de jeringuillas o instrumentos peligrosos que puedan causar daño,

contagiar enfermedades o se realicen en lugares frecuentados por menores (art. 630); el dejar sueltos a animales dañinos (art. 631); y el maltrato cruel de animales domésticos u otros en espectáculos no autorizados (art. 632).

4. Faltas contra el orden público. El art. 636 castiga la realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil, lo que se relaciona con la importancia de la cobertura de riesgos y de la reparación en la sociedad actual, así como con la importancia de las empresas dedicadas a este tipo de actividades.

6. 7 RECAPITULACIÓN

A pesar de la denominación dogmática de sujeto *pasivo*, la teoría general del delito y el NCP reconocen tácitamente la interacción de los comportamientos de víctima e infractor, reconocimiento que podría hacerse extensivo a la fase posterior a la comisión del delito. El NCP se ocupa en su articulado de la figura de la víctima que consiente, provoca, se defiende legítimamente, perdona, influye en los criterios de la clasificación de la parte especial, etc.

He escuchado lo que la teoría general del delito y el NCP nos están diciendo, implícitamente, sobre la mediación reparadora. Recogiendo datos jurídicos -que, en principio, apenas tienen que ver entre sí y con la mediación-, puedo llegar a unas conclusiones criminológicas que, de forma resumida, serían las siguientes¹¹⁹²:

1. El Código asume que la víctima juega un papel importante en el acontecer delictivo y se preocupa por su reparación, en un sentido estricto

¹¹⁹² Respecto de otras cuestiones, la valoración del Código, como texto mejor adaptado a la sociedad actual, resulta más positiva.

(responsabilidad civil). Incluso se ha socializado la reparación de determinados delitos, como los violentos y de terrorismo, dentro de unos límites. Sin embargo, esta asunción no va más allá, y no se establecen canales efectivos de participación.

2. No nos encontramos ante un Código de alternativas, comprometido con una verdadera reducción del recurso a la pena privativa de libertad. Sus respuestas siguen siendo mayoritariamente punitivas, con desequilibrios represivos. Ni siquiera el trabajo al servicio de la comunidad, sanción estrechamente vinculada a las posibilidades de la mediación, parece tener una repercusión adecuada. Si la mediación tiene que encontrar acomodación en el CP, serán precisas reformas concretas en su articulado, según han sido propuestas por diversos autores¹¹⁹³.

3. En los Libros II y III del CP se consideran distintos tipos de víctimas (personas físicas, jurídicas, la sociedad, el Estado, la comunidad internacional), así como el daño producido por el delito y su reparación, pero no las posibilidades de mediación. El CP prejuzga que la víctima desea, en primer lugar, más años de cárcel, antes que una compensación económica (más flexible y real que la responsabilidad civil) o una reparación en sentido amplio, incluyendo un encuentro con el infractor. No es un texto donde se hable expresamente de mediación en la dirección propuesta en este trabajo.

4. Los límites de la mediación reparadora, en cuanto a los delitos concretos, se difuminan porque las personas y los casos son irrepetibles, cuestión que, obviamente, sería demasiado pedir que tuviera en cuenta un Código penal, que debe ocuparse de la prevención general. En todo caso, no cabe olvidar que muchos delitos se producen entre conocidos, por lo que la mediación puede cumplir un objetivo de mejorar la convivencia o, al menos, de permitirla. Paralelamente, existen hechos concretos, descritos en el CP,

¹¹⁹³ Véase el capítulo siguiente.

en los que, fundamentalmente por las características del sujeto pasivo, es difícil concebir una mediación.

5. Más allá de la adecuación de la mediación para tipos concretos previstos en el NCP, su regulación ofrece consideraciones generales, que se relacionan con los fundamentos del derecho penal y, por tanto, con la mediación, según se ha puesto de relieve en el capítulo segundo de esta Parte. Pueden observarse expresiones concretas del monopolio estatal del *ius puniendi*, pero también el permiso explícito para la existencia de grietas, p. ej. a través de las llamadas excusas absolutorias, diversas atenuaciones, o recogiendo excepcionalmente el principio de oportunidad.

6. El principio de intervención mínima, pilar en que se apoya la demanda de mediación reparadora, choca con las llamadas neocriminalizaciones que, a su vez, se vinculan a los símbolos y sentimientos unidos a la pena, olvidando su vida cotidiana y su significado real para la víctima y el infractor.

7. POSIBILIDADES DE UNA NUEVA REGULACIÓN EN EL CP

Antes de que cuestione personalmente si es necesaria otra regulación sobre la mediación reparadora, cabe aludir a las propuestas planteadas por algunos estudiosos del tema, sin perjuicio de hacer notar que a lo largo de esta Parte ya se han mencionado algunas líneas de reforma sugeridas por diversos autores.

7. 1 DIVERSAS PROPUESTAS DE POLÍTICA-CRIMINAL¹¹⁹⁴

El Prof. Beristain afirma que el NCP debe expulsar la palabra “castigo” de su articulado (1997b). Insiste en que la reparación (incluyendo la mediación y la reconciliación) “pertenece al núcleo central de la sanción penal, mucho más de lo que ya se proclamaba en los inicios de la década de los setenta”¹¹⁹⁵ (1994, 357). El Código penal del tercer milenio debería ser el de las víctimas y los delincuentes. Pide su modificación para introducir el concepto de reparación propuesto, sin rechazar la posibilidad de que el infractor haga regalos a las víctimas y mantenga conversaciones compensatorias y reconciliadoras con ellas, como recoge el Proyecto Alternativo Alemán. En su opinión, falta la noción de pena como algo fundamentalmente positivo, en favor de las víctimas y del infractor (1997b).

¹¹⁹⁴ Para un amplio análisis de la reparación en el ordenamiento español y diferentes propuestas *de lege ferenda*, véase la obra de Tamarit (1993, 42-81).

¹¹⁹⁵ Esta cuestión fue formulada por el propio Prof. Beristain (1974).

Realiza unas propuestas de reformas concretas (*ibíd*, 360-7)¹¹⁹⁶. En primer lugar, desde los primeros artículos del CP, en concreto en el art. 4. 3 sobre el indulto -y, anteriormente, en el 2. 2 sobre la retroactividad (1997b)-, debería aludirse a las víctimas como todas las personas físicas y/o jurídicas que directa o indirectamente sufren un daño notable, consecuencia inmediata o mediata de la infracción. Adicionalmente, en la rúbrica del Libro I propone mencionar a las víctimas, así como recoger su definición al final del Título II, que afectaría los artículos 57 y 109. En lo concerniente a las circunstancias atenuantes, su propuesta de suprimir, como requisito de la reparación a la víctima, que ésta se hiciera antes de que el infractor conociera que el procedimiento judicial se dirigía contra él, ya ha sido recogida en el art. 21. 5ª CP -que además se refiere a la víctima y no sólo al ofendido-. Propone introducir, como circunstancia atenuante, el comportamiento co-causante de la víctima, recogiendo así tendencias victimodogmáticas. Respecto del actual art. 114 pide que se limite subjetivamente con la expresión “si alguna de las víctimas”. Para potenciar la mediación, solicita que en el art. 65 se valoren, como agravantes o atenuantes, las circunstancias consistentes en las relaciones particulares del autor con las víctimas, previas o posteriores al delito¹¹⁹⁷.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, para la suspensión de la ejecución (art. 80-1), propone que se atienda a la relación del autor con sus víctimas (1997b) y, como condición, que el condenado haya llegado a un acuerdo con éstas y con el juez o tribunal. Como reglas de conducta, a disposición del tribunal, se encontrarían “los demás deberes que... estime

¹¹⁹⁶ He realizado las modificaciones pertinentes para que estas propuestas se entiendan respecto del NCP y no del Proyecto de 1992, como originariamente recogía el Prof. Beristain. Véase, respecto del NCP, su completo artículo en *La Ley* (1997b).

¹¹⁹⁷ Respecto del art. 579, estima necesario que se considere que el delincuente haya establecido una importante relación beneficiosa con las víctimas del terrorismo.

conveniente *para la debida reparación y asistencia a las víctimas* y para la rehabilitación social del penado”¹¹⁹⁸ (art. 83). Plantea, por lo demás, la sustitución de la pena de prisión que no exceda de dos años por la debida reparación y asistencia del delincuente a las víctimas, previo acuerdo de éstas y conformidad del MF (art. 88). Entiende esta reparación como *pena* sustitutiva. Conjuntamente, considera que los trabajos al servicio de la comunidad tendrían que estar orientados hacia las víctimas (1997b).

En lo relativo a las medidas penales, podría permitirse que el juez pidiera informes sobre la situación de la víctima (art. 95. 1) (1997b). Como medidas de tratamiento no privativas de libertad (art. 105), propone obligaciones concretas destinadas a reparar y atender a las víctimas, determinadas de común acuerdo entre éstas, el delincuente y el juez.

¹¹⁹⁸ Cursivas del autor.

Respecto de la responsabilidad civil (art. 109. 1), plantea la siguiente redacción: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a prestar la más completa asistencia y atención a las víctimas y a reparar...” (1997b). En cuanto a la fijación de la restitución, reparación e indemnización y la posibilidad de fraccionamiento del pago (art. 111, 112, 115 y 125), se debe permitir el diálogo de los jueces con las víctimas.

Establece, como requisito para la libertad condicional (art. 90), que el penado lo merezca por haber mantenido buena relación con sus víctimas o por haber cumplido prestaciones reparadoras supletorias (materiales en forma de dinero a instituciones de utilidad pública, laborales en forma de trabajos de utilidad común, inmateriales como disculpas o manifestación de arrepentimiento u otras como obsequios, regalos o conversaciones reconciliadoras)¹¹⁹⁹. Para la progresión, tratamiento, beneficios y recompensas, regulados en la LOGP y el RP, pide que se añada una frase por la que se consideren los actos que expresen buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad, especialmente en relación con sus víctimas (1997b).

Por su parte, la tesis de Guadalupe Pérez Sanzberro termina con una propuesta de regulación de la reparación¹²⁰⁰-conciliación¹²⁰¹ en el Código

¹¹⁹⁹ Vid., en cuanto a las propuestas de reforma del Reglamento penitenciario, Beristain (1994, 284).

¹²⁰⁰ Por reparación entiende “...una institución limítrofe -o híbrida- entre la pena y la responsabilidad civil, que va a afectar a la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas” (1996, 29)

¹²⁰¹ Por conciliación percibe el acuerdo entre sujetos con posiciones enfrentadas. Significa un procedimiento de comunicación horizontal entre víctima y autor para el logro de un resultado, como es la reparación (1996, 32-4). Entra aquí la espinosa cuestión de traducir el término *Ausgleich* por conciliación o compensación (Schmidt-Hieber (1992) y de diferenciarlo de otros como *Versöhnung* o *Wiedergutmachung* (Frehsee 1991). Autores alemanes involucrados en programas de *TOA* explican que su traducción más cercana a la realidad, por

penal, dentro de su opción de buscar alternativas, no *al* derecho penal, sino *dentro* del derecho penal, aunque cuestionando si es preciso entender el mismo de un modo distinto al tradicional para integrar elementos que, a primera vista, poseen naturaleza civil (1996, 5). Son cuatro las reformas que estima convenientes:

su aproximación con los *VORPs* estadounidenses, sería reconciliación, pero que el término más exacto de *Versöhnung* o *Aussöhnung* no se tomó por sus fuertes connotaciones religiosas que podían crear expectativas irreales en el sistema penal, por lo que se adoptó *Ausgleich*, que literalmente expresa *balancing out* (Netzig y Trenczek 1996, 245). Sobre el término *Versöhnung*, cfr. Beristain (1997b, 5-6), quien incide en que, con el paso del tiempo, el significado de las palabras va cambiando.

En castellano “reconciliar” quizá implique, por sus dos primeras letras, la presunción de que los implicados ya se conocían. Reconciliar procede del latín “reconciliare”, de “conciliare”, derivado de “concilium”, concejo. Por conciliar puede entenderse ponerse de acuerdo (quizá la acepción de ponerse en paz resulte en nuestro contexto demasiado ambicioso) (Diccionario María Moliner).

1. Dentro de las atenuantes, a modo del parágrafo 46a StGB, propone la introducción del siguiente artículo (1996, 541): “Cuando el culpable se haya esforzado por llegar a una conciliación con la víctima, que conduzca a una reparación completa, o en una parte relevante de los efectos del delito, antes de la apertura del juicio oral, se impondrá la pena en su mitad inferior, aunque concurren circunstancias agravantes. El Tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley en atención a la reparación-conciliación conseguida y a la seriedad e intensidad de los esfuerzos dirigidos a obtenerla. Aun cuando la reparación resulte imposible, por la negativa de la víctima o por la falta de recursos del infractor, ello no impedirá la valoración de las actuaciones del sujeto que pongan de relieve esfuerzos serios por reparar; a estos efectos se tendrá en cuenta prestaciones sustitutivas de utilidad social./ En el caso de que los esfuerzos reparadores no reúnan las condiciones mencionadas, serán objeto de ponderación junto con el resto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.”

Dentro de la interpretación de la autora, la reparación podrá ser tanto material como inmaterial, incluyendo en todo caso actividades en favor de la víctima. Igualmente, se manifiesta a favor de un fondo -que se nutriría de dinero procedente del pago de multas- que facilitaría al infractor insolvente obtener un crédito, que devolvería a plazos o en trabajos de utilidad común. Finalmente, en opinión diversa a Tamarit (1993), esta autora no limita la atenuación, pudiendo aplicarse a los delitos graves (1996, 543-4).

2. En cuanto a la posibilidad de renuncia de la pena -relacionada con las excusas absolutorias-, recordando proyectos de reforma anteriores (art. 91-3 PLOCP de 1980 y art. 744-6 PANC de 1983), en opinión de Guadalupe Pérez Sanzberro, se podría recoger la facultad del tribunal de excluir la pena en los casos en que, estando presentes los presupuestos para la atenuación

cualificada por reparación, merecieran -sin considerar en esta determinación la atenuante- una pena no superior a un año, o penas pecuniarias y restrictivas de derechos (1996, 546-7). En relación con ello, también Quintero Olivares y Tamarit Sumalla indican que se va extendiendo la necesidad político criminal de satisfacer a la víctima y renunciar a la pena, siendo la mejor vía incluir en la configuración de los delitos indicaciones expresas de eficacia de la reparación del daño patrimonial (a modo de excusa absolutoria plena o parcial, como en el art. 340) (en Quintero 1996b, 551) ¹²⁰².

3. Respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, Pérez Sanzberro facilitaría la reparación en sentido amplio, proponiendo una mayor relevancia de la misma, en comparación con el actual art. 81. 3 CP¹²⁰³, para su concesión y debiendo aparecer en el catálogo de reglas de conducta (1996, 547-9).

4. Por último, esta autora se sitúa junto con diversos sectores de la doctrina procesal a favor de una mayor flexibilización del principio de legalidad¹²⁰⁴. En su opinión, deben aclararse los presupuestos del archivo y los criterios que lo diferencien de la formulación de una excusa absolutoria o renuncia a la pena¹²⁰⁵. Asimismo, no deben rechazarse casos de tentativa¹²⁰⁶

¹²⁰² En este sentido, los autores citados indican que: "...pese a las reformas introducidas, el Derecho Penal español no se encuentra entre los más avanzados en la moderna tendencia político-criminal que trata de favorecer la satisfacción a la víctima... sorprende que se haya dejado de contemplar una medida de mucha mayor trascendencia como es la inclusión expresa de la satisfacción de la responsabilidad civil, en la medida de lo posible, o el cumplimiento de un programa de reparación o de conciliación autor-víctima entre las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena (según hacía el Proyecto de 1992)" (Quintero 1996b, 554).

¹²⁰³ Como ocurría respecto de la suspensión del fallo en el PLOCP de 1980 y el PANC de 1983 (Pérez Sanzberro 1996, 549, nota 173).

¹²⁰⁴ No se pronuncia sobre su limitación a los delitos patrimoniales, como parece hacer Tamarit (1993), aún reconociendo que en éstos sería fácil la restitución en sentido flexible y afectaría numerosos casos que tratan actualmente los tribunales.

¹²⁰⁵ Sobre la renuncia a la pena, vid. Hassemmer (1981) y Quintero (1989).

¹²⁰⁶ Cfr. el concepto de Schur de delitos sin víctima (1965).

e insolvencia, dando cabida a la reparación inmaterial o simbólica a la sociedad, por ejemplo, si la víctima no acepta la reparación (1996, 549-51).

Por su parte, San Martín propone introducir un artículo parecido al de la Ley de menores de 1992 (art. 2º, 2, norma 6ª), o de manera preferente, similar al art. 41 del Código procesal penal francés en el sentido de poder decretar el sobreseimiento libre si se da una reparación satisfactoria (1996, 693-4; 784-90). Admite la posibilidad de limitar la aplicación de este precepto respecto de ciertos delitos menos graves. En todo caso, también apunta a la potenciación de las posibilidades normativas ya existentes, en la LECrim y el NCP¹²⁰⁷, y de infraestructura de los servicios de asistencia a la víctima y de asistencia social. Se decanta por impulsar la mediación delegada por asociaciones dedicadas exclusivamente a la mediación para favorecer la imparcialidad. En su opinión, sería importante el fomento de la mediación social, a modo de las *Boutiques de Droit* francesas, -donde podrían entrar los delitos privados y semiprivados, e incluso las faltas públicas, atendiendo al principio de mínima intervención¹²⁰⁸-. En todo caso, estas iniciativas precisan una financiación -especialmente porque este tipo de servicios son gratuitos para los ciudadanos- y una sensibilización para una participación voluntaria. Se trata, en opinión de San Martín, de adaptar a

¹²⁰⁷ En concreto, sobre determinadas alusiones en la Parte Especial, Crespo considera que la mediación en sentido amplio tendría cabida y podría encomendarse a un tercero, particular o asociación pública o privada u organismo oficial (1996, 7; 9). Por otra parte, esta autora, entiende que aunque el NCP no contenga una alusión expresa a la figura del mediador, ésta podría darse en supuestos de infracciones menores en el ámbito municipal, vecinal, familiar, etc.; de delitos privados y semiprivados; y en supuestos de perdón del ofendido.

¹²⁰⁸ También Juan Veigas cree que se podrían dictar pronunciamientos absolutorios basados en la radicalización del principio de intervención mínima del Derecho penal y de oportunidad (art. 105 LECrim), especialmente en el caso de las faltas, donde podría darse la mediación como alternativa (1996, 5).

nuestro país procedimientos de mediación que considera positivos en cuanto que "...encierra(n) valores que pueden conducir a mejorar no sólo la Administración de Justicia sino la sociedad en su conjunto." Asimismo, San Martín (1996, 716) propone favorecer la mediación en la fase de ejecución de la sentencia (art. 798. 1^a LECrim), la cual se consideraría para la clasificación penitenciaria (art. 63 LOGP) o la concesión de la libertad condicional (art. 90. 1. 3.^a) (1996, 791).

Igualmente, Juan Veigas se manifiesta a favor de fomentar la participación de las partes en un programa de mediación cuando se está ejecutando la pena, como instrumento de prevención y resolución de conflictos, p. ej. en delitos en el ámbito familiar, en los cuales, tras el cumplimiento de la pena, puede continuar la convivencia (1995, 4). En relación con las otras propuestas de San Martín, desde su labor como Magistrada de Instrucción de Primera Instancia, Juan Veigas propone que se reforme la LECrim para permitir articular procesalmente las nuevas tendencias y favorecer los archivos que se vienen dando en la práctica, aunque legalmente no estén fundamentados. Si no se da esa reforma, pide que se puedan crear programas de mediación o compensación autor-víctima, controlados judicialmente y con intervención del fiscal, que aunque no pudieran justificar un archivo o sentencia absolutoria, podrían dirigirse a conseguir la indemnización económica y moral, la aplicación de la atenuante de reparación, la remisión condicional de la pena, o la imposición de una pena más baja (Juan Veigas 1996, 4; 7). También desde su trabajo en la Fiscalía de Barcelona, Crespo ha indicado que sorprende no contemplar en el NCP fórmulas semejantes a las de la Ley Orgánica 4/92, especialmente para conflictos de pequeña entidad (1996, 5).

Por otra parte, me gustaría aludir a la contribución de Elena Larrauri sobre la reparación, en una obra conjunta dedicada a las penas alternativas

a la prisión (1997). Larrauri opina que es posible regular la reparación como sanción penal principal y que ello permitiría concebir un sistema penal multi-funcional, como propone Ashworth (1995). Puede seguirse el modelo anglosajón, en donde la pena de reparación es impuesta judicialmente, o el noruego, en que la reparación es fruto de procesos de mediación entre víctima e infractor. Respecto del Código penal existente, propone que se conceda la suspensión de la pena siempre que se cumplan todos los requisitos, excepto el relativo al pago de la responsabilidad civil, imponiendo esta obligación como reparación en el plazo de la suspensión. Asimismo, resalta la posibilidad de que, en la parte especial, la reparación pueda extenderse, a modo de excusa absolutoria o exención de pena.

7. 2 PLANTEAMIENTOS PROPIOS

Hasta el apartado séptimo de esta Parte se ha mostrado esencialmente la realidad del derecho positivo, sin embargo, cabe proponer otra forma de contemplar dicha realidad, para transformarla, teniendo en cuenta que lo existente es en gran medida, a mi parecer, irracional e insuficiente. Es irracional porque se sigue manteniendo un sistema punitivo que olvida a la víctima, no involucra positivamente a la comunidad más cercana y estigmatiza al infractor, pretendiéndose hacer creer que con ello se le está resocializando; pero, ante todo, es irracional porque olvida la desigualdad real existente entre las personas, en cuya evitación -de acuerdo con sus fines teóricos- estaría obligado a cooperar con otras instancias sociales.

Si desde aquí planteo una reforma del sistema, en relación con la mediación reparadora, lo hago porque ella constituye, al menos en muchos casos, una vía mejor para la resolución de los conflictos y, especialmente, porque las personas implicadas en ellos tienen derecho a elegir cómo

solucionarlos pacíficamente, con ciertos límites. Desde mi perspectiva criminológica, me atreveré a formular algunas líneas de reforma, que no pretenden ser una propuesta de regulación técnico-jurídica en lo sustantivo y adjetivo¹²⁰⁹. En primer lugar, dicha regulación es necesaria de forma mínima—algunos autores se oponen a toda regulación que pueda encorsetar estas prácticas—. El minimalismo obedece a la propia plasticidad de la mediación. Un estrecho marco jurídico puede evitar que la misma no se quede en lo anecdótico o marginal y que se eviten abusos, salvaguardando ciertos principios jurídicos como el de presunción de inocencia. Finalmente, toda propuesta legislativa debe complementarse con consideraciones de carácter socio-estructurales, incluyendo las presupuestarias y organizativas.

Teniendo en cuenta las estadísticas y los estudios criminológicos más recientes respecto de la criminalización de adultos y menores, a la que afectarían los cambios, así como la potenciación de los fines de un Derecho penal que reconoce la interacción víctima-infractor-Estado-sociedad, tres serían las posibles líneas de actuación.

¹²⁰⁹ Afectando someramente a la LOPJ, CP, LECrim, legislación de justicia de menores, distintas leyes autonómicas (sobre servicios sociales, etc.) y reglamentos municipales. Digo someramente en cuanto que se desee potenciar la mediación reparadora dentro de lo ya existente, sin perjuicio, de ambicionar cambios más profundos en todo el sistema legal.

1. Descriminalización, justicia civil y mediación comunitaria.

Sería deseable la descriminalización¹²¹⁰ de las conductas tipificadas hoy como faltas¹²¹¹, así como en general las de carácter imprudente y contenido puramente patrimonial que no revistan una gravedad extrema¹²¹². Esto no significa la no intervención, sino que se ofrecería la vía civil¹²¹³ –o, en su caso, administrativa–, potenciándose en ella técnicas de mediación. Estas vías judiciales se complementarían y coordinarían con la mediación comunitaria en centros locales independientes que ejercerían, además, labores

¹²¹⁰ Aquí adopto el término tal y como lo entendió el Informe del Comité Europeo sobre los Problemas de la Criminalidad (Consejo de Europa 1980, 19-23), el cual distinguía la descriminalización jurídica de la *de facto*. En la primera se trata de procesos por los que la competencia del sistema penal para aplicar sanciones, como una reacción ante cierta forma de conducta, se suprime respecto de esa conducta específica. En la segunda estamos ante la no denuncia o la no intervención de la policía, es decir, se reduce el sistema penal, aunque no haya habido cambios en la competencia formal del mismo. Por otra parte, se concebía la despenalización como formas de atenuación *dentro* del sistema penal -rebaja en la calificación (delito-falta) y en la pena-, incluyendo las alternativas. Por diversificación (*diversion*) se refería a la interrupción o suspensión de procedimientos criminales en casos en que el sistema penal tiene formalmente la competencia. Véase van de Kerchove (1996) para una teorización de la relación variable entre la reparación y para un concepto amplio de despenalización, *ibidem* (1984; 1987), citando una serie de ejemplos. Cfr. Peris (1983).

¹²¹¹ Cfr. sobre la despenalización de las faltas, Jueces para la Democracia (1995). En 1988, Quintero Olivares pidió la despenalización de las faltas o, en su caso, la sustitución de las mismas por la competencia sancionadora de la Administración municipal (1990), lo que fue discutido, respecto de las tendencias en derecho comparado, la perspectiva de las garantías (Parada 1990; Domínguez Vila 1990), el principio de proporcionalidad y la eficacia (Nieto García 1990). Solares, Bertrán y Escamilla entendieron que las faltas susceptibles de “administratizarse” eran las que no tuvieran correspondencia en el Libro II, de este modo las infracciones contra el orden público, los intereses generales o el régimen de poblaciones, quedarían bajo potestad administrativa municipal (1990). En el Libro Blanco de la Justicia, aprobado el 8 de septiembre de 1997, por el CGPJ, se propone despenalizar las faltas, convirtiéndolas en infracciones que den lugar a reclamaciones civiles (El País, 10 de septiembre de 1997, p. 19).

¹²¹² Contemplando la descripción de la parte especial, realizada anteriormente, añadiría especialmente la negativa a prestar el servicio social sustitutorio, la insumisión y la negativa al test de alcoholemia.

¹²¹³ En 1976 Gilbert Cantor y Louk Hulsman propusieron “civilizar” el sistema de justicia penal en cuanto que, en principio, en la jurisdicción civil, se da una mayor participación de la víctima y se enfoca el daño. Se trataría de relativizar las diferencias entre el Derecho civil y penal (Sebba 1996a, 320).

preventivas. Estos centros tendrían especial sentido en la mayor parte de los casos que ocupan la actividad de los actuales juzgados de paz (respecto de las faltas) y de los de menores¹²¹⁴. Además, en ellos, podrían facilitarse las reuniones de grupo familiar o comunitario.

¹²¹⁴ Es preciso evitar que, como en Francia, los trabajadores y los jueces de menores no entiendan la necesidad de una revolución en la justicia de menores para prestar atención a la víctima.

Pueden relacionarse estos centros con los modelos de policía local como agente de resolución de conflictos cotidianos. Para ello, será fundamental un giro en su formación -algunos cuerpos policiales catalanes ya reciben nociones de mediación-. Junto con su participación en funciones de policía judicial y realización de diligencias de prevención de delitos, según el art. 53. 1. i) de la LOFCS, los cuerpos de policía local deben cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

También en conexión con las funciones de prevención de lo que serían centros de mediación comunitaria, se encontrarían las actividades de las juntas locales de seguridad y de las oficinas de ayuda a las víctimas. El propio Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, establecido en 1995¹²¹⁵, ha conectado el concepto de violencia urbana, especialmente en lo relativo a los jóvenes, con la “justicia de la reparación” (Ministerio de Justicia e Interior 1995b). Paralelamente, siguiendo el ejemplo de la oficina de ayuda a las víctimas del delito de Baleares (FGE 1993, 557-8), teniendo en cuenta las Recomendaciones de Naciones Unidas, debería crearse en dichas oficinas un departamento de prevención, que realizase análisis de los procesos en torno a la criminalidad, en las distintas poblaciones, provincias y Comunidades, con contacto permanente con las diversas asociaciones representativas de los ciudadanos.

Por otra parte, cabe pensar en la labor que pueden realizar los llamados Consejos de Barrio¹²¹⁶. Así, por ejemplo, según el art. 15 del Reglamento de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, las asociaciones de vecinos y los organismos de los diferentes barrios pueden

¹²¹⁵ En los años ochenta ya se había creado en Cataluña el Consejo de la Seguridad Urbana.

¹²¹⁶ Aunque carezco de mayor información al respecto, cabe recordar que en el programa electoral de Izquierda Unida de 1996, en el apartado sobre seguridad ciudadana, se proponía una ley de consejos de seguridad ciudadana, con participación de los vecinos en los diagnósticos y el diseño de las políticas de seguridad (El País, 18 de enero de 1996, p. 26).

solicitar la constitución de un Consejo de Barrio, entre cuyos fines estará “colaborar con el Ayuntamiento en la solución de los problemas del barrio y ayudar en la aplicación de políticas que prevengan situaciones de riesgo, conflictos vecinales y causas de inseguridad y marginación.”

Estas propuestas se enfrentarán no sólo al rechazo de muchos profesionales de la justicia y teóricos del Derecho, sino también a la voluntad de los ciudadanos. Resulta legítima la incompreensión de las personas a las que se pretende hacer protagonistas y que, en ocasiones, confunden al mediador con un juez. Por ello, debe cuestionarse la adecuación de estas estrategias de arreglo de conflictos en la sociedad actual, siendo acertado dejar abierta la posibilidad de elegir el foro de justicia y crear centros de mediación independientes.

Vinculado a la propuesta para configurar un derecho constitucional¹²¹⁷ que permita elegir la forma de resolver el conflicto, formulada por Bianchi, a la que ya aludí al final de la Segunda Parte¹²¹⁸, puede ambicionarse una verdadera coordinación entre los distintos tribunales y centros de mediación, a través de lo que sería una justicia multiopción o tribunales multipuertas. Éstos se han desarrollado en EE.UU. y Australia como parte del movimiento *ADR*. Se habla de “métodos apropiados” más que “alternativos” de resolución de conflictos (Davis, W. 1996, 200). Éste es el caso del tribunal multipuertas de Middlesex, creado en 1989, como un programa de Massachusetts, integrado dentro de los procedimientos judiciales. Es parte de la estructura

¹²¹⁷ Igualmente, sin dejar de reconocer que se trata de una propuesta excesivamente ambiciosa, sería interesante apoyar la elaboración de un protocolo adicional al CEDH sobre los derechos de los internos, donde podría añadirse una mención, que afectaría a procesados y víctimas, respecto de su derecho a mediar, con una serie de límites generales. Este protocolo tendría carácter obligatorio, lo que supone una ventaja respecto de su posible regulación en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas.

¹²¹⁸ Cfr. realizando un paralelismo respecto de las propuestas de interculturalidad, la propuesta de Geertz sobre el bazar kuwaití (1996), a lo que puede criticarse la posible vulneración del principio de igualdad, aunque con consentimiento.

administrativa del Tribunal Superior de Middlesex, a las afueras de Boston. Se basa en el modelo ideado por Frank Sander, Profesor de Derecho de Harvard, presentado en 1976 en la Conferencia de la Asociación del Colegio de Abogados sobre las causas de la insatisfacción pública con el sistema de justicia (Sander 1995, 24)¹²¹⁹. En un tribunal multipuertas, cada puerta representa una opción para resolver disputas (fundamentalmente civiles, aunque en otros lugares se permite también para casos de agresión y otros delitos). De esta manera, las partes pueden elegir entre el litigio, el arbitraje, la mediación, la evaluación y el manejo complejo del caso -previa información sobre estas posibilidades-, considerando que cada una tiene sus ventajas y desventajas. El proyecto inicial fue desarrollado por ciudadanos privados y se partió de la idea de que el acceso a la justicia significa mucho más que el acceso a los tribunales, a los abogados y al proceso judicial (Epstein 1996). En este sentido, Sebba alude al valor de reconocer, en la esfera constitucional, los valores reflejados por ciertas alternativas informales (acceso a un foro conciliatorio antes que punitivo, o a una institución de carácter comunitario antes que estatal para la resolución de disputas) (1996a, 299).

Me pregunto si la adopción de un sistema parecido al multipuertas, con las modificaciones necesarias en cada contexto, puede librarse de las connotaciones ideológicas asociadas al movimiento *ADR*, señaladas al comienzo de esta Parte. Creo que debe potenciarse el protagonismo de las partes, sin que un análisis previo sobre la identificación de lo que cada caso requiere frene la espontaneidad, evitando todo tratamiento clínico de los conflictos -cuando, generalmente, no lo demandan-. Debe respetarse la voluntariedad, por lo que el procedimiento judicial clásico no pierde relevancia. Más allá de ello, un sistema así precisa -además de una reestructuración organizativa

¹²¹⁹ Conferencia celebrada en conmemoración de la intervención de Roscoe Pound en la Asociación de Colegios de Abogados setenta años antes sobre el mismo tema (Sebba 1996a, 275).

judicial- un cambio de mentalidad y formación en los jueces y todas las personas que trabajan en la administración de justicia.

2. Principio de oportunidad y *diversion*.

Junto a la reducción del Código penal, debería recogerse en nuestra legislación el principio de oportunidad, de manera que aumenten y se ensanchen los poros entre el proceso penal, en sentido amplio, y la puesta en libertad bajo determinadas condiciones y cooperación social. El principio de mínima intervención se relaciona con el de máxima colaboración con otras instancias, debiendo fomentarse un sistema permeable que evite la estigmatización y permita el diálogo entre las distintas instancias de socialización y participación. Se precisa la formación de un equipo de asistencia al fiscal y al juez, que pierda toda reminiscencia de la Criminología clínica inicial, y que pueda ayudarle en sus decisiones sobre el paso de un caso a mediación.

Aplicando el principio de oportunidad en un sentido amplio -no solamente como condición de archivo-, que va más allá de la estricta *diversion*, deben tenerse en cuenta las posibilidades actuales, según se piense en el marco de: las atenuantes (art. 21.5^a); las condiciones de la suspensión de la pena (art. 83)¹²²⁰; de la libertad condicional (art. 81.3 y 83.5); y los sustitutivos a la pena privativa de libertad (art. 88.1).

3. Las sanciones reparatoras autónomas.

¹²²⁰ Así, por ejemplo, el artículo 49 del Código penal portugués permite que la suspensión de la ejecución de la pena se subordine al cumplimiento de ciertos deberes impuestos, destinados a reparar el daño o a facilitar su recuperación social. Dentro de la reparación se incluye el pago, en cierto plazo, de la indemnización o dar una satisfacción moral adecuada (art. 49-2^o b), esta última puede consistir en explicaciones, disculpas públicas o privadas, etc. En todo caso es difícil su coordinación como medida coactiva (Figueiredo 1991, 131). Aunque se trata de instituciones distintas, téngase en cuenta también las posibilidades de amonestación y reparación en el art. 59. 2.

Habría que regular y potenciar lo que ya el Prof. Beristain entendió como sanción reparadora autónoma y suficiente por sí misma, como respuesta a un hecho calificado de delictivo. A pesar de la propia declaración de culpabilidad judicial, podrían aminorarse los efectos estigmatizantes del procedimiento, extendiendo en él las posibilidades de que las partes quieran llegar a una mediación reparadora. Con variaciones, sería lo propuesto como tercera vía por Roxin y el Proyecto Alternativo Alemán sobre la reparación. Difiero de ellos en cuanto que se trataría de hablar de una autonomía como sanción, más que de renuncia o sustitución de la pena -o de un fin más del Derecho penal-. En todo caso, si se quiere salvar el principio de voluntariedad, deben preverse sanciones alternativas.

Con la idea de hablar de sanciones, garantizando eso sí todos los derechos, en lugar de penas, aquí incluyo el trabajo en beneficio de la comunidad. Además de las previsiones en derecho positivo para una justicia reparativa, compartiendo una de las tesis de la teoría de la nueva comunidad de Tony Marshall (1991), los tribunales en general deberían tener en cuenta los principios reparativos en tanto sea posible.

Sería pertinente el fomento del voluntariado (actuando en los centros de mediación comunitaria, en la potenciación de la *diversion* y en la ejecución de determinadas sanciones)¹²²¹. La participación de asociaciones privadas, en el sistema penal, no es novedosa, piénsese por ejemplo en el papel de los centros de deshabitación de toxicómanos durante la suspensión de la ejecución de la pena. Pero se discute, como viene haciéndose desde su implantación en los países anglosajones con los oficiales de probación, cuál es su función: rehabilitación o control.

¹²²¹ Sobre la ley de 15 de enero 6/1996 (BOE 17 de enero), reguladora del voluntariado social, véase Fuentes (1996). Según Grupp (1968, 8), los problemas de la potencial tiranía del experto siguen siendo tan nefastos hoy como lo han sido siempre.

Insistiendo en el aspecto de las garantías -especialmente al dar entrada a profesionales y personas con una visión distinta del Derecho penal y encontrarnos ante relaciones asimétricas (que no son de igualdad ni de reciprocidad)-, creo que la exigencia de voluntariedad y confidencialidad salvan, en estas propuestas, el principio de presunción de inocencia. La igualdad ante la ley debería asegurarse mediante la inversión en la creación de centros independientes de mediación¹²²² y formación de mediadores, junto con la configuración de un derecho de la víctima y del infractor al ofrecimiento de la mediación reparadora.

En general, en cuanto al incumplimiento de un acuerdo mediado, habría que atender a las reglas del Derecho civil, en algunos casos, y en otros -cuando se constituye como sanción autónoma- debe procurarse que el incumplimiento no conlleve directamente la pena de prisión. Finalmente, subrayo que los valores de la mediación/conciliación no resultan totalmente ajenos al sistema penal formal, aunque sí se hallan postergados.

¹²²² Los mismos centros comunitarios propuestos podrían especializarse para el tratamiento de los casos más graves, en relación con la justicia penal.

REFLEXIÓN FINAL

En la última página del estudio de Tomás y Valiente, tantas veces citado en la Parte Segunda, relativo al Derecho penal de la monarquía absoluta, se lee: "Las fórmulas jurídicas... cobran toda su viva energía, todo su calor, todo su dramatismo, cuando las vemos actuar dinámicamente en procesos penales, en el pensamiento de los penalistas, en los libros del cronista de sucesos. Y ¿quién desata esa violencia? ¿El criminal que delinque? ¿La sociedad que acusa y condena a quien ataca los privilegios...? ¿El legislador que hace la ley penal y que sólo con ella, sólo con actos represivos quiere evitar que haya delitos, sin intentar ir más allá a lo hondo de las causas? El problema es viejo y nuevo, pasado y actual" (Tomás y Valiente 1969, 409).

El eje de esta Parte constituye ese problema viejo al que, de muy diversas formas, se han aproximado todos los penalistas, criminólogos, sociólogos de la desviación, historiadores y muchos escritores. Entre otros, J. María Valdés ya habló de un Derecho sancionador o restaurador¹²²³ y Dorado Montero se refirió a la crisis del derecho represivo en favor de otro correccional. Por otra parte, según Brown, Esbensen y Geis (1991, 239-40), las variantes de sanciones en la comunidad son herencia de la Criminología positiva y su creencia en un tratamiento rehabilitador, en este caso en la comunidad. Especialmente, el modelo *parens patriae* de la justicia juvenil es positivista en su origen, restando la capacidad de responsabilidad del joven. Desde la Nueva Defensa Social, se pedía que el método para los jóvenes infractores fuera aplicado a los adultos y, a pesar de que esta corriente también olvidó a la víctima, entendía que ello daría lugar a un Derecho penal más humano, en cuanto que ampliaba su visión de la persona. De acuerdo con

¹²²³ Citado en García-Pablos (1995, 6, nota 12).

Pérez-Llantada (1972, 81-3; 85-6; 88-90), la política criminal de la defensa social debía fundarse en la noción de responsabilidad, sustituyendo a la retribución pasiva. La responsabilidad, dice este autor, “posee un valor múltiple, pues ella manifiesta su pasado, expresa su presente, prepara e incluso prefigura su futuro.” La sanción no debe suponer la aplicación de un sufrimiento, sino un elemento concreto de pacificación. Todas estas ideas recuerdan, en cierta manera, a las propuestas de una justicia restaurativa.

Sin embargo, sin restar importancia a posibles antecedentes, las demandas actuales de un cierto sector del movimiento de la justicia restaurativa poseen un carácter distinto, comprensible en el momento preciso en que se formulan, aunque sean herederas de toda una problemática penal que continúa planteándose las mismas preguntas básicas. En todo caso, García-Pablos recuerda que: “...el problema debe abordarse, en nuestros días, a la luz de los conocimientos actuales sobre el hombre y la sociedad, con un nuevo enfoque, ya que sus presupuestos varían como varían los conocimientos y necesidades de la sociedad. Las grandes preguntas sobre la pena no son preguntas invariables, ni nos podemos conformar con las contestaciones del pasado, como si fueran respuestas acabadas y perfectas a un problema inmutable.” Este autor observa una evolución en la teoría de la pena, paralela hacia lo real: “Hoy la pena interesa no tanto como consecuencia jurídica de un hecho pasado, inserta en la teoría de las normas, sino como control social y pieza maestra de una política social que mira al futuro... su posible sustitución por otros controles sociales menos estigmatizadores. El centro de gravedad se está desplazando claramente de la pena -y de perspectivas jurisdiccionales- a los controles sociales y al campo previo de la prevención; del delincuente potencial a las relaciones sociales criminógenas... frente a un Derecho penal que mira sólo al pasado y agota las relaciones individuales

entre autor y víctima, se propugna en nuestros días un Derecho penal que mire al futuro e incida positivamente en aquellos” (García-Pablos 1995, 62; 409).

El paradigma etiológico de la criminalidad (sea de carácter endógeno o exógeno) hace que se dé una determinada respuesta al delito; es decir, la concepción del delito influye en lo que ocurre después. De esta manera, continúa la visión de que el problema de la criminalidad se encuentra en un sujeto que delinque y sobre el cual hay que intervenir (García-Borés y otros 1994, 32-5). Sin embargo, si se concibe el delito desde la perspectiva de la Criminología realista de izquierdas o la constitutiva, la manera de actuar será distinta y su legitimación también, pudiendo incluir controles sociales como la reparación a través de la mediación. Al comienzo de esta Parte se ha podido comprobar que la llamada justicia restaurativa -con su gran variedad de interpretaciones y programas- responde a una construcción diferente del concepto de delito y de la reacción al mismo¹²²⁴. El delito aparece primeramente como un conflicto entre personas concretas, que también han de participar en su respuesta de forma conciliatoria, apoyados por la comunidad, lo que otorga al proceso descentralizado y -a veces desprofesionalizado- de la mediación un carácter público y abierto (claramente en proyectos como las FGC o los *sentencing circles*). Creo que éste es el aspecto en que se debe incidir, sin hacer depender el futuro de la justicia restaurativa de cómo “venderla” a las personas encargadas de la política criminal. Tampoco se trata de otra forma de “gestionar” la criminalidad, sin perjuicio de que ambas preocupaciones sean relevantes¹²²⁵.

¹²²⁴ El calificativo restaurativa para la justicia puede sobrar, según se entienda el término justicia como reciprocidad o restitución (Boni 1992, 528-9).

¹²²⁵ Es de opinión diversa Harland (1996).

El pensamiento sobre la pena o el castigo, procedente de la Filosofía¹²²⁶, la Literatura, la Sociología, la Criminología o la Penología, no aporta respuestas satisfactorias sobre su justificación moral, su base empírica y su articulación normativa, cuestiones sumamente entrelazadas (Duff y Garland 1995). Es así como, por ejemplo, tras un análisis de las distintas teorías sobre la justificación del castigo¹²²⁷, Rabossi concluye que no puede darse una respuesta unitaria sobre cuál es la correcta o sobre la propuesta de otra alternativa mejor. No obstante, en cuanto a la existencia del castigo como práctica social, formula una cuestión importante, al preguntarse por las condiciones que hacen posible y, tal vez, necesaria la práctica del castigo, y por los cambios que facilitarían prescindir de ella (1976, 83). También Quintero se refiere a la “arraigada convicción social tan vieja como el mundo según la cual el premio y el castigo son instrumentos que los hombres pueden y deben emplear si quieren sobrevivir como grupo” (1996a, 1). Más allá de ello y de las vivencias cotidianas, la pena sigue siendo un mito, una creencia fundamental de la cultura (Castelli 1968)¹²²⁸. Enlazando con esta idea, creo que una tarea fundamental es la de diferenciar castigo de sanción, tal y como ha subrayado el Prof. Beristain (1986, 107)¹²²⁹.

¹²²⁶ Además de los autores ya citados, vid. Heller (1987) y Sadurski (1985). Sobre el concepto moral de daño, vid. Feinberg (1988).

¹²²⁷ Completado con unas referencias bibliográficas de pensadores clásicos, modernos y contemporáneos en torno a este tema (1976, 85-7; 127-31).

¹²²⁸ Sobre la necesidad de los mitos en las distintas culturas, véase Wittgenstein (1992).

¹²²⁹ Cfr. el debate sobre la llamada reparación retributiva en cuanto que la reparación y la retribución sean conciliables (Zedner 1994), lo cual se relaciona con las teorías de la pena y con diversas teorías psico-pedagógicas y éticas.

Ya se ha indicado, en las Partes precedentes, la distinción de Tak de diversas generaciones de sanciones (corporales, pena privativa de libertad, alternativas clásicas –probación, remisión condicional, multa, etc.–, y otras más recientes: trabajo al servicio de la comunidad, reparación, etc.-) ¹²³⁰. El surgimiento de las alternativas pretendió dar una cierta respuesta a las críticas a la pena privativa de libertad, en cuanto productora de estigmatización, desarraigo, prisionización y discriminación. A pesar de todos los esfuerzos realizados, en primer lugar, por las personas que trabajaban en prisión, ésta no producía los efectos deseados ¹²³¹. Inmediatamente se puso el acento en la verificación empírica de los criterios del “éxito” o eficacia de las alternativas (coste económico, reducción de la reincidencia y de la población penitenciaria, aceptación pública y mayor respeto de los derechos humanos). Uno de los problemas fundamentales es la limitación de dicha verificación debido al grado variable de independencia de la agencia evaluadora y la habilidad a la hora de combinar análisis cualitativos y cuantitativos ¹²³². Los criterios de evaluación que propone el Consejo de Europa respecto de las sanciones en la comunidad son los siguientes: humanidad, resolución de las necesidades de los delincuentes reveladas por la infracción, valoración de la relación coste/eficacia,

¹²³⁰ Van de Kerchove resalta que las alternativas, como la probación y suspensión del pronunciamiento de la pena, solían incluir la reparación como condición (1996, 162-39).

¹²³¹ Foucault propone entender el “fracaso” de la prisión de otra forma: la penalidad proporciona una economía general de ilegalidades, una forma de tratarlas como parte de los mecanismos de dominación (Melossi 1995, 168-9). Por su parte, Mosconi destaca, entre las contradicciones del complejo penal actual, que la crisis de legitimación del sistema penitenciario contrasta fuertemente con el progresivo endurecimiento y deterioro de la realidad de la vida en prisión. La legitimación sólo parece encontrarse en la inevitabilidad de la situación *de facto* (1995c, 154; 1995b). Ello se puede relacionar con la crisis de algunas medidas, que como la propia prisión, fueron propuestas en su día como alternativas.

¹²³² Téngase en cuenta también la diferenciación que puede realizarse entre alternativas y sustitutivos (Zugaldía 1993, 100-8).

reducción de la población carcelaria y aceptación pública¹²³³. Da la impresión de que se han invertido muchos más recursos en investigar el cumplimiento de los fines de las alternativas, que los de la prisión -lo que von Hentig llamaba la “psicología de la pena” (1968, 13-46)-.

¹²³³ Cfr. sobre distintas evaluaciones de estos proyectos en EE. UU., Gehm (1990), Lawrence (1990) y Rowley (1990).

Respecto de la aceptación pública, en la Segunda Parte se ha trazado brevemente el surgimiento del *ius puniendi* en conexión con la emergencia del Estado moderno. En relación con ello, podemos aludir a los paralelismos entre nacionalismo y Penología, siguiendo a Simon y Feeley (1995, 159-161). Estos autores destacan cómo, desde Durkheim, pasando por Erickson, se ha insistido en la función simbólica del derecho penal como productor de solidaridad social en cuanto que proporciona un elemento de identidad nacional frente a los delincuentes. De ahí quizá la posible manipulación del miedo al delito y el poder moralizante de hablar de políticas que protegen a la comunidad, y concretamente a las víctimas, en busca de legitimación por parte de los sistemas penales. El delito se convierte en un problema nacional. Piénsese en la expresión empleada, no sólo en EE.UU., de “*guerra* contra las drogas” o de “*lucha* contra la criminalidad”. Es importante notar la inclusión de la política criminal dentro de las campañas electorales y su difusión en los medios de comunicación. Simon y Feeley resaltan que fue, principalmente a partir de los años cincuenta, en EE.UU., cuando la política criminal se integró como parte del debate político general en los foros populares y el proceso electoral, con una intensificación desde los años ochenta (1995, 168). En este sentido, es posible reivindicar, junto con Baratta, un uso público de la razón, más allá de las alusiones a una inaprensible opinión pública (1989, 92).

Retomando las propuestas restaurativas, aunque originarias de Norteamérica, ha sido la dogmática alemana¹²³⁴, tan influyente en la nuestra, la que ha elaborado un proyecto concreto de regulación, que analiza la reparación a la víctima como tercera vía o consecuencia jurídico-penal y afronta en su articulado las críticas sobre la colisión con los fines y las

¹²³⁴ En Alemania se ha hablado del “renacimiento del pensamiento de la reparación en el derecho penal” (Müller-Dietz 1987, 257).

garantías del Derecho penal¹²³⁵. Su efectos concretos serían el archivo del procedimiento, la renuncia -algunos autores hablan de sustitución-, la atenuación de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o la suspensión de parte de su cumplimiento¹²³⁶. La imposibilidad de controlar oficialmente de manera total este tipo de procesos se manifiesta claramente en la mediación, mientras que el aspecto de la reparación puede regularse en mayor medida (Wright 1996a). Precisamente el modelo clásico de un proceso con todas las garantías está basado en la idea de una confrontación de intereses irreconciliables entre el individuo y el Estado (Tulkens 1995, 9), donde la concepción del delito, exclusivamente, como una relación de derecho público dificulta la extensión de estas experiencias.

En la justicia de los tribunales, generalmente, no hay tiempo de crear consensos¹²³⁷, mientras que en otro tipo de justicias que hacen uso de la mediación existen momentos para configurarlos, a través de la consideración, en cada caso, de distintos elementos, incluyendo los sentimientos -lo cual también es en sí mismo una justicia más racional¹²³⁸-. Por supuesto, la justicia clásica también tiene en cuenta sentimientos (de venganza, miedo, inseguridad...). Precisamente el *ius puniendi* se legitima, en parte, al evitar la realización de venganzas privadas y la misma idea de la prevención general afecta sensibilidades. Sin embargo, tras la comisión del hecho, la

¹²³⁵ Véase el *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*, publicado en Múnich en 1992.

¹²³⁶ Con la reforma alemana de 1994 no se recogió la reparación como consecuencia jurídica autónoma, pero sí se la dio relevancia para considerar una atenuación (§ 46 a, en relación con el 49 I) o renuncia de la pena (§ 60) (Cerezo Mir 1996, 39-40).

¹²³⁷ Cfr. la diferenciación de Lamó de Espinosa de sociedad de cultura y sociedad de ciencia (1996).

¹²³⁸ Sobre la importancia de un proceso mediador constructivo, que tenga en cuenta las emociones ante un conflicto, véase Rössner (1987).

justicia oficial no articula un proceso transformador positivo, que no implicaría necesariamente caer en un “psicologismo”.

Algunos programas de mediación tratan de fomentar justicias mixtas, de matices, con compromisos finales de reparación/conciliación. La justicia oficial implica una relación de autoridad que puede resultar insuficiente en el entendimiento de la dimensión violenta de los conflictos, expresión del sufrimiento, e inútil en la resolución de los mismos en cuanto que no permite a las partes salir de su papel mediante otras ceremonias (Morineau 1996). Esta cuestión reviste especial importancia en los delitos en que existe una relación o conocimiento previo entre la víctima y el infractor¹²³⁹. En definitiva, la autoridad y la legitimidad de la mediación y de la adjudicación son diversas (Le Roy 1996).

¹²³⁹ Vid., por ejemplo, el estudio sobre el delito de violación, en la Comunidad de Madrid, de Encarna Roig, Soledad Galiana Carmona y Helena de Marianas Ribary (1996, 17-8; 23; 32-7; 49; 54; 60; 111-3; 205; 213-4; 220-2). En el mismo sentido, véanse los informes anuales de los Servicios de Asistencia a la Víctima e informes de servicios provinciales y municipales sobre asistencia jurídica en casos de maltrato. Incluso en delitos de robo con violencia o intimidación, se ha apreciado un porcentaje, relativamente considerable, de conocimiento previo entre la víctima y el infractor (de la Torre 1994, 22-3). Aunque no se habla de mediación, estrictamente, puede pensarse en el tratamiento que se ofrece a los maltratadores, como parte de la colaboración entre las Diputaciones de Bizkaia, de Gipuzkoa y la UPV (Díez Etxezarreta 1997). Sobre mediación en casos de violencia doméstica, vid. Menard y Salius (1990).

La interdependencia entre víctima y autor se expresa, en la mediación, en el principio de voluntariedad, ya que, si se impone una medida o *pena* de reparación -dejando aparte los trabajos dirigidos a la comunidad-, se estaría *imponiendo* también a la víctima (Harding 1996, 266). Tampoco se busca con la conciliación que la víctima perciba a su agresor “en una actitud de sumisión y acatamiento”, que facilite que aquélla supere su estrés, ansiedad y angustia (Urra 1997, 180), sino de que ambos se perciban mutuamente como seres humanos, descubriendo la humanidad del uno en la del otro, o simplemente reconociéndose, tras un cierto enfrentamiento, si se quiere, físico-emocional, antes que jurídico.

Cabría plantear una reformulación del concepto de culpabilidad, tan inestablemente recogido en la teoría penal, desde la perspectiva psicológica¹²⁴⁰. Aunque no coincido con el planteamiento general de Vives (1996a), me parece interesante que, entre las pretensiones de validez de la norma penal, incluya la pretensión de reproche, en cuanto que el reproche jurídico, ventilado en el juicio de culpabilidad, “dice al autor que ha realizado la acción ilícita, pese a que le era jurídicamente exigible obrar de otro modo... El reproche -no la pena- restituye al delincuente su dignidad de ser racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto” (1996a, 486-7). En todo caso, el reproche no tiene por qué ser estrictamente jurídico.

¹²⁴⁰ Para un estudio del sentimiento de culpa desde el psicoanálisis, véase Álvarez González (1996), quien se refiere a la necesidad psicológica del infractor de resarcir a la víctima y/o ser castigado, impulsado por la filantropía y el deseo de reaceptación social. Afirma, además, que la conciencia de culpa empuja a la comunicación de la infracción u otras circunstancias a la víctima. Asimismo, se refiere a necesidad de la víctima de que se la reconozca como igual (1996, 49; 67; 94; 96); y a la vergüenza como sentimiento análogo, en cuanto que motiva rechazo social y deseos de compensar.

Desde una perspectiva comparada, los programas o proyectos de mediación muestran, en la práctica, la dificultad de delimitar, jurídicamente¹²⁴¹, la idoneidad de los casos en cuanto a su gravedad o a ciertas condiciones del infractor o la víctima. Existirán casos poco graves, como son determinados robos y hurtos que, sin embargo, las víctimas pueden percibir como un gran daño y valorar el encuentro con el infractor. En otras ocasiones, conductas concretas, que para el ordenamiento son lo suficientemente graves para tipificarlas, se consideran por las víctimas como no merecedoras de un encuentro. Igualmente, puede ocurrir que las víctimas, simplemente, no se identifiquen como tales. Determinados programas, para salvar la crítica de la extensión de la red¹²⁴², fijan expresamente límites relativamente altos para considerar casos graves, aunque al mismo tiempo rechazan asuntos como pueden ser los de violencia familiar, que son tratados por otros proyectos de forma expresa. Finalmente, el tratamiento restaurativo de casos tan relevantes, como homicidios o violaciones, ha recibido una aceptación positiva por parte de las víctimas (familiares) e infractores, aunque se reconoce la necesidad de una mayor elaboración y cuidado en los mismos¹²⁴³. Por tanto, no parece existir, ni aun dentro del mismo país, un consenso entre los responsables de los programas, los teóricos, los políticos o incluso entre las víctimas, sobre el límite de gravedad del delito que pueda excluir *a priori* la mediación (Zehr

¹²⁴¹ Sin perjuicio de que siempre puedan existir proyectos al margen de cualquier delimitación del derecho. Por otra parte, se dan algunos programas que no son realmente mediaciones, sino gestiones de conflictos con participación de agencias de control formal.

¹²⁴² Cfr. Austin y Krisberg (1981; 1982), Cohen (1985), McMahon (1990, 124; 1992), Morris y Tonry (1990, 225).

¹²⁴³ Sin perjuicio de la significación jurídica, el estudio de Cristina Cuesta sobre víctimas civiles de terrorismo en Gipuzkoa muestra que de 26 casos en que se realizaron entrevistas, un 73% de las mismas declararon que les gustaría tener la oportunidad de hablar con sus agresores (1994, 26; 40; 44-6). Sobre el concepto de reparación en relación con el terrorismo, vid. Corcuera (1994) y Savater (1994).

1990, 163-5; 180; 207-8; 223; Wood 1991, 111-2; Wright 1991, 131-2; Hulsman and Ransbeek 1987, 35; 38; Gatti y Marugo 1994, 29). Tampoco se da un acuerdo teórico o práctico, respecto de los límites subjetivos, es decir, sobre si debería restringirse jurídicamente la aplicación de la mediación a casos que involucren a menores, a personas sin incapacidades mentales, a personas físicas -sin que rebasen cierto número-, a infractores solventes o, en todo caso, a supuestos donde se dé una clara voluntariedad de los protagonistas desde el principio y un equilibrio entre ambos (Zehr 1990, 206; Davis 1992b; Kidd 1994, 13; Umbreit 1994; Messmer 1992b, 177; Petzold y Netzig 1992, 518; Janisch 1995; Rhodes 1994; Macrae 1994, 8-10; Wauchope 1994, 16-9; Peters y Aertsen 1994)¹²⁴⁴. La importancia de la voluntariedad no es nueva, teniendo en cuenta su exigencia en la aplicación de las penas o sanciones en la comunidad o en el tratamiento dentro del ámbito penitenciario (Giménez-Salinas 1995).

¹²⁴⁴ Cfr. las críticas a las prácticas de mediación estadounidenses en casos de desigualdad social (Merry 1989). En opinión de Aniyar de Castro, son tres las alternativas al sistema actual de administración de justicia (1991, 382-4). La primera es la llamada "justicia participativa" a través de "...la incorporación más o menos decisiva, y más o menos autónoma, según los casos, de representantes de la comunidad en la actividad jurisdiccional (tribunales populares, asesores, jurados, etc.)". La segunda es la abolición del sistema penal en favor de "...un sistema de entendimiento entre las partes, compensaciones, indemnizaciones, trabajo en favor de la víctima, etc..." Finalmente, cita el uso alternativo del derecho que se da ya "...mediante la incorporación de los jueces a una actividad conscientemente creadora de la función interpretativa y jurisdiccional, en la decisión de cada caso concreto, que esté comprometida con un sentido perfectamente social..." La segunda alternativa resulta imposible, según la autora, en las sociedades actuales desiguales y heterogéneas. En concreto, desde la teoría marxista, indica: "...la no desaparición total de las clases en una etapa intermedia de la construcción del socialismo, produciría obstáculos importantes para el acuerdo y el entendimiento recíproco entre víctima y agresor pertenecientes a clases sociales distintas y, por tanto, portadoras de intereses opuestos o no coincidentes, y de actitudes y valores diferentes ante la defensa de algunos derechos." Ello no impide que reconozca la desaparición total de la cárcel como última meta a alcanzar de forma progresiva. Mientras tanto propugna la sustitución de la misma por penas de "...más contenido social que impliquen una toma de conciencia de la función que cada uno desempeña en el interior del grupo (por ejemplo, trabajo de emergencia en los hospitales, trabajo para la ciudad los fines de semana, indemnizaciones a la víctima, etc.).

En cuanto a las cuestiones procedimentales y organizativas, tampoco se da un criterio único, por lo que encontramos proyectos, en la esfera de las actividades de agrupaciones vecinales o de la comunidad, de la policía, de la fiscalía, del juzgado o de la prisión, desarrollados por funcionarios o por voluntarios, con distintas fuentes de financiación y con diversa formación para los mediadores (Gatti y Marugo 1994, 21-2; Fisher 1994b, 32; Grönfors 1992, 421; 427; 1989, 123; Peters y Aertsen 1994; Jung 1995, 15; Zehr 1990, 205-6). En lo que afecta a los límites estructurales que condicionan los proyectos y, fundamentalmente las mentalidades, se observa, a veces, su falta de correlación con las fuentes últimas de los conflictos (Mika 1992, 561), o con sus implicaciones colectivas (Bussmann 1991; Davis 1992a, 10, 217-9). Por su parte, Bussmann entiende que los proyectos de mediación carecen de los símbolos de moralidad que la justicia punitiva posee, de manera que los actores interpretan las acciones sociales según el guión del derecho penal, especialmente en una época de moralismo simbólico, por lo que sólo sobrevivirán aquellos proyectos de mediación que se inserten dentro del sistema penal como complemento (1992, 317-321). De cualquier forma, y en contra de las ideas de Bussmann, basadas en el funcionalismo de Durkheim, el derecho no se encuentra afectado tanto por el sentimiento público de venganza o castigo, como por la actividad concreta de los poderes políticos y económicos, que demuestran la aceptación de negociaciones, por ejemplo, en casos de delitos económicos (Calavita y otros 1991; Bussmann 1989).

Por sus propias características (primordialmente la necesidad de voluntariedad de ambas partes), la mediación nunca sustituirá al procedimiento o a la adjudicación penal¹²⁴⁵. El sistema punitivo tradicional moldeará las prácticas de mediación, conectadas con él (Hulsman y Ransbeek

¹²⁴⁵ Sobre el debate más amplio en torno a una justicia impuesta, participativa, consensual y/o negociada, véanse Tulkens y van de Kerchove (1996) y Faget (1993).

1987); pero, simultáneamente, los penalistas se preguntan qué efectos puede tener la mediación en el derecho penal. Los efectos positivos de la mediación respecto del derecho penal se refieren a los fines de prevención general (reafirmación del ordenamiento jurídico por el reconocimiento del autor al reparar, que supone también una reconciliación con la sociedad), prevención especial, particularmente para los menores (incidiendo en el arrepentimiento o motivación y en la reinserción social), así como de consideración hacia las víctimas. Además, puede ayudar a hacer real el principio de *ultima ratio* de este derecho y de la prisión. Como aspectos desfavorables -aunque, a mi parecer, resultan en sí mismos positivos-, se señalan los efectos criminógenos de minar la prevención general negativa o ejemplaridad, el riesgo de privatización y la necesidad de reflexionar sobre los límites formales (gravedad del hecho, configuración como alternativa o complemento, aplicación a delincuentes habituales o reincidentes, relación con la reparación del daño y posibilidad de integración, aplicación en delitos contra el Estado, contra la sociedad o sin víctima¹²⁴⁶).

Como afirma Roger Matthews, las políticas de control del delito no son buenas viajeras: no se adaptan a otro país fácilmente, ya que existen diferencias en valores sociales, económicos y culturales. Las políticas occidentales, según este autor, están dominadas por la experiencia represiva estadounidense -no la minoritaria reparadora-, a pesar de su propia incapacidad, si consideramos sus índices de delincuencia y encarcelamientos (1994, 87)¹²⁴⁷. Las características españolas impiden importar modelos, aunque se observa una apertura propiciada, principalmente, por el trabajo de las

¹²⁴⁶ Así se indican los delitos relacionados con el tráfico de drogas, numéricamente muy importantes en la realidad policial, judicial y penitenciaria de nuestro país.

¹²⁴⁷ En todo caso, a pesar de las diferencias culturales, me pregunto por qué la cárcel se ha impuesto, junto con otros modelos organizativos sociales.

asociaciones, los debates teóricos y prácticos en congresos, etc., quizá con mayor futuro que la propia iniciativa pública. De cualquier forma, cabe preguntarse por qué en España, como es también el caso de Italia, se ha introducido tan tarde la mediación. Faget apunta a causas jurídicas (inexistencia del principio de oportunidad), socio-jurídicas (larga experiencia autoritaria y de dependencia judicial que hace potenciar el principio de legalidad) y sociológicas (persistencia de redes de cohesión como la familia, partidos políticos, Iglesia, etc., es decir, existencia de lugares de encuentro que hacen que no se necesite la construcción estatal de otros espacios de resolución de los conflictos) (1996).

En mi opinión, nuestra legislación sustantiva y adjetiva, penal y penitenciaria, ofrece algunas posibilidades para realizar encuentros constructivos entre víctimas y personas que han cometido un daño tipificado. Ello parece claro si tenemos en cuenta que encuentros similares se han desarrollado en distintos países, con previsiones legales parecidas, aunque luego puedan haber decidido contemplar los supuestos de forma legal más específica o simplemente permitir los proyectos sin legislación precisa. En relación con el nuevo Código penal se ha aludido al debate sobre los problemas dogmáticos (y sociales) de la mediación reparadora en cuanto a su naturaleza, concepto, presupuestos o límites. En todo caso, me decanto a favor de una regulación mínima garantista -sin perjuicio de considerar insuficientes las propuestas limitadas exclusivamente al desarrollo de las figuras existentes, cuya filosofía nada tiene que ver con la llamada justicia restaurativa-. Siguiendo a Tulkens, entiendo que toda reforma o ley debe realizarse conjuntamente entre juristas, criminólogos, sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales, filósofos, políticos, etc., por lo que mi propuesta no es sino un elemento provocador e incompleto a contrastar.

Respecto de la promoción de los programas que ya existen en nuestro país, cabe aludir a la necesidad de evaluaciones externas, ya que las internas se dejan llevar, en ocasiones, por la necesidad de obtener fondos para continuar su funcionamiento. Tomando como ejemplo diferentes análisis, Faget (1996), con más de veinte años de experiencia en mediación en las *Boutique de Droit* en barrios marginales franceses, distingue en los países occidentales dos tipos de mediadores: los románticos (que unen esta práctica a proyectos políticos antiestatales) y los cénicos. Entre estos últimos, diferencia los tecnócratas (actuando con una racionalidad institucional y una lógica de la gestión) y los comerciantes (que analizan las demandas en el mercado de la mediación). Advierte contra la burocratización de las prácticas que hacen perder de vista los objetivos ideales buscados al principio. De cualquier forma, suele ser corriente que los efectos de una acción sean distintos a los objetivos iniciales, pudiendo encontrarse las causas en la esfera individual, estatal, del poder político y/o de las relaciones sociales (1996).

Con todos estos reparos, el desarrollo teórico y práctico del movimiento en favor de la mediación en el campo penal parece imparable (Galaway 1989b, 274-5), se escucha así la idea de la multipartialidad (Salzer 1996), en lugar de la imparcialidad, la idea de la *intermediación* -recordando a la de *intervención* e *interpretación*- (Le Roy 1996), sin perjuicio de que siga sin ocasionar un gran impacto cuantitativo en los sistemas penales (Messmer y Otto 1992; Conrad 1990). En las Partes siguientes se verá cómo, en la potenciación de la mediación, no se trata simplemente de aprender o redescubrir otras formas de justicia, sino de que, esas mismas formas, son parte de unas reivindicaciones más amplias de determinadas minorías.

PARTE CUARTA

**PLURALISMO NORMATIVO: PROCESOS ACTUALES DE
MEDIACION FUERA DEL SISTEMA
JURIDICO-PENAL**

PARTE CUARTA. PLURALISMO NORMATIVO: PROCESOS ACTUALES DE MEDIACIÓN FUERA DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Una vez avanzados los marcos teórico, político-criminal, histórico y jurídico-positivo en las Partes anteriores, me centro ahora en aspectos pertenecientes a la Sociología y Antropología jurídicas, que me permitirán introducir las coordenadas para el estudio de casos de mediación en la Parte final. Esta estructura obedece al planteamiento de una de las hipótesis centrales de la tesis: la mediación, como estrategia de control social -formal e informal-, continúa siendo una actividad cotidiana en la mayor parte de las sociedades. Para demostrarla me apoyo aquí en los estudios sobre el pluralismo normativo, en relación con el concepto de culturas jurídicas. Sigo el principio de que, a una cierta cifra negra, le corresponde una cierta justicia sumergida, en la que se incluyen procesos de mediación. Me referiré a sistemas alternativos de derecho, aunque conviene precisar que, quizá excepto en el último supuesto, se trata de sistemas normativos, en última instancia, *dentro* del Estado, o que cuentan con su reconocimiento explícito o implícito. En todo caso, difieren en sus rasgos de lo que se entiende por derecho (penal) estatal. A lo largo de estas páginas se mencionarán ejemplos de otros países, sin olvidar algunas experiencias dentro del nuestro. Teniendo en cuenta los objetivos de este análisis, en los capítulos segundo y tercero me he ceñido a breves referencias que deben completarse con estudios antropológicos y culturales sobre cada comunidad concreta, evitando no caer en lo anecdótico.

1. EL CONCEPTO DE DERECHO EN LOS ESTUDIOS SOBRE PLURALISMO NORMATIVO Y CULTURAS JURÍDICAS

Black entiende el concepto de **derecho** fundamentalmente como estatal, pero indica que, en relación con la posibilidad de hablar de control social no estatal o no gubernamental, se han utilizado términos como “derecho tradicional o consuetudinario”, “derecho no escrito”, “derecho folclórico”¹²⁴⁸, “derecho popular”, “derecho no oficial” y “derecho indígena”, en las obras de autores como Fuller, Berman y Galanter. Malinowski definía el derecho como una red de relaciones recíprocas (1926). Por su parte, Smith se refirió al mismo como la autorregulación interna por grupos corporativos de sus asuntos públicos (Bengoa 1996, 16). Griffiths alude a los distintos grados de “legalidad” del control social actual, desde la perspectiva del pluralismo normativo. Define este pluralismo como la presencia en un ámbito social de más de un ordenamiento de derecho, constituyendo un factor universal de la organización colectiva. La acción social se desarrolla siempre en un contexto de campos múltiples y superpuestos. Moore identifica el derecho con la autorregulación de un “campo social semiautónomo”¹²⁴⁹, pudiéndose

¹²⁴⁸ La palabra inglesa *folk*, se utilizaba en el siglo XIX para referirse en Europa a los campesinos iletrados. Para Carbonnier el derecho folclórico es un conjunto de fenómenos infrajurídicos que se manifiesta como derecho de supervivencia y derecho popular (1982, 126). Cfr. Dundes y Dundes (1995), para un entendimiento del derecho *folk* como regulación no escrita. En el ámbito antropológico, Martí diferencia el folclore de lo que él denomina “folklorismo”, identificándolo con la “práctica social del folclore cuando se ha tomado conciencia de su existencia y se le han otorgado determinados valores” (1996, 12). Cfr. la distinción entre tradiciones invariables -inclusive las inventadas- y costumbres, en Gran Bretaña y sus colonias africanas, en Hobsbawn y Ranger (1983). En este sentido, ciertas tradiciones que se inventaron desde la revolución industrial, simbolizan la cohesión social, legitiman instituciones y/o socializan. Vid. también, respecto de Senegal, Snyder (1981).

¹²⁴⁹ Caracterizado por aplicarse normas distintas, aunque no de forma totalmente autónoma, ya que el comportamiento jurídico se ve afectado tanto por las normas internas del grupo como por las externas (estatales). Anteriormente se utilizaron términos como el

diferenciar el grado de especialización de dicha autorregulación (1978). Griffiths repasa distintas definiciones (Gilissen 1971; Hooker 1975) y teorías anteriores que, en su opinión, caen en la ideología del centralismo jurídico, lo que explica que se vinculen a las situaciones del derecho consuetudinario en los territorios coloniales y post-coloniales¹²⁵⁰. El derecho que resulta efectivo en la práctica social es el resultado de “modelos, enormemente complejos y generalmente imprevisibles en la práctica, de competición, interacción, negociación, aislamiento y similares” (1986, 39).

De acuerdo con Lucas (1995, 57, nota 8), debe admitirse que, junto al Estado, coexisten órdenes jurídicos paralelos; son jurídicos porque tienen un carácter socialmente vinculante y cuentan con normas primarias y secundarias (sistemas de resolución de conflictos y sanciones). Por su parte, Pérez Luño alude al aforismo romano *ubi societas, ibi ius*¹²⁵¹, refiriéndose a las formas normativas que regulan la convivencia social. En todo caso, resalta las dificultades que suscita la búsqueda del concepto de derecho, en el que habría que distinguir sus dimensiones social, normativa, axiológica e histórica (1997, 20; 24)¹²⁵², lo que puede relacionarse con la forma en que he estructurado las distintas Partes de esta tesis.

de “área jurídica” o “comunidad jurídica” (Strijbosch 1996, 4).

¹²⁵⁰ Sobre éstos véanse Hooker (1975) y Chanock (1985). En opinión de Griffiths (1986, 4): “El pluralismo jurídico es el hecho. El centralismo jurídico es el mito, un ideal, una pretensión, una ilusión.” Las teorías a las que se refiere Griffiths son las de los niveles jurídicos de Pospisil (1971), la de las corporaciones de Smith (1974), la del derecho viviente de Ehrlich (1936) y la de los campos sociales semiautónomos de Moore (1978). De acuerdo con Ehrlich, la dogmática jurídica sólo tiene en cuenta las “reglas de decisión” y no las “reglas de la conducta” de los distintos grupos sociales o asociaciones, por lo que no maneja un concepto científico del derecho.

¹²⁵¹ Que puede relacionarse también con el de *ubi lex, ibi poena*.

¹²⁵² Pérez Luño define el derecho como el conjunto de acciones sociales creadoras ‘de’ o reguladas ‘por’ normas con respaldo coercitivo, que deben establecer un orden justo en un

determinado contexto histórico (1997, 38; 40; 68).

Ya mencioné en la Introducción que, en este trabajo, y especialmente en esta Parte y la siguiente, hablaré de *derecho* en un sentido amplio, pudiéndose distinguir dentro del mismo la legalidad (estatal) y la regulación (estatal o no). Aquí parece interesante el concepto de derecho adoptado por Collier (1995, 28), siguiendo a Barkun (1968): “El derecho es un sistema de símbolos manipulables que funciona como una representación, como un modelo, de estructura social... los símbolos jurídicos tienen ciertos elementos de referencia empíricos... el derecho como un sistema simbólico es un medio para conceptualizar y manejar el entorno social.”¹²⁵³ El lenguaje del derecho supone una manera de imaginar lo real (French 1996, 402). Por lo tanto, el derecho positivo analizado en la Parte precedente constituye tan sólo una pequeña parte de las normas existentes en los grupos sociales, como han puesto de relieve los sociólogos y antropólogos del derecho que se han ocupado del *pluralismo jurídico o normativo*¹²⁵⁴, principalmente desde los años setenta¹²⁵⁵.

¹²⁵³ Collier indica: “Me interesa la brecha entre el momento del quebranto de la ley y su sanción correspondiente, así como la infinidad de decisiones que la gente de carne y hueso ha de tomar entre el momento en que se comete un acto que puede considerarse delito y el momento en que se impone un castigo o se llega a un acuerdo” (1995, 27).

¹²⁵⁴ Para un posicionamiento en favor del adjetivo *jurídico o normativo*, respecto del pluralismo, véase Tamanaha (1993).

¹²⁵⁵ En 1978 se fundó la Comisión sobre Derecho Popular y Pluralismo Jurídico, perteneciente a la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, bajo la iniciativa del Profesor G. van den Steenhoven, del Instituto de Derecho Popular (*Folk Law*) en Nijmegen (Países Bajos). En 1981 celebró su primera conferencia en Italia (Allott y Woodman 1985). Para una diferenciación entre pluralismo jurídico estatal y humano, véase González Galván (1995, 70-5).

El concepto de **pluralismo jurídico** adquiere relevancia en comunidades religiosas¹²⁵⁶, indígenas, gitanas, inmigrantes y otras “subculturas” (en un sentido amplio, incluiríamos colegios profesionales, escuelas, familias...), a pesar de su vaguedad (Olgiati 1994)¹²⁵⁷. Pospósil, a quien alude Griffiths (1986), se refiere a la multiplicidad de niveles legales, afirmando que cada grupo social -y cada cultura- posee su propio sistema jurídico, de forma que cada individuo se encuentra dentro de varios círculos concéntricos de diferentes sistemas que poseen diversas normas, sanciones y procedimientos (así los de la familia, iglesia, comunidad, lugares de trabajo, Estado, etc.) (1967). Para Carbonnier, muchas de las manifestaciones de lo que denomina infrajurídico constituyen un derecho de subculturas. Define lo infrajurídico como un “sistema de normas y de técnicas, encerrado comúnmente en un medio reducido y popular, que *a priori* carece de las condiciones precisas para tener una técnica y unos técnicos”, y el pluralismo jurídico como la existencia de varios espacios que se superponen en un mismo lugar, entendiendo por espacio jurídico “una construcción psicológica, que se encuentra dibujada por una red de relaciones de derecho” (1982, 125; 117). Bajo el prisma del pluralismo, afirma que es posible segmentar y diversificar el espacio jurídico, sin hacerlo coincidir con el Estado, aunque estima que la coexistencia entre el derecho estatal y otros es más bien una ilusión. De acuerdo con Rebecca French

¹²⁵⁶ Según Grönfors (1992, 419), los orígenes de la mediación en Occidente pueden remontarse, en parte, a las prácticas de comunidades étnicas y religiosas cerradas como los cuáqueros en EE. UU. En todo caso, fueron precisamente los miembros de este grupo los que hicieron campaña en favor de la prisión como medio de arrepentimiento y corrección (Zehr 1990, 120). Para una comparación entre comunidades pacíficas en sociedades simples y “enclavadas” -como la de los Amish-, véase Dentan (1994). Sobre la justicia en la cultura baptista del sur de EE.UU., vid. Greenhouse (1986).

¹²⁵⁷ Por contraste, el caso de los terroristas no sería un ejemplo de pluralismo normativo. El terrorista actúa movido por la convicción de que debe cometer un hecho contra determinada persona de acuerdo a un sistema normativo que valora más que el derecho estatal, pero sólo en ese tipo de ataque.

(1996, 401), el concepto de pluralismo jurídico resurge actualmente desde un nuevo énfasis por combinar lo local, global e internacional, con entendimientos diversos sobre lo que significa la familia, la propiedad, la causalidad, el tiempo, etc.

En opinión de Santos (1991, 24-5): “la investigación sobre el pluralismo jurídico llamó nuestra atención sobre la existencia de derechos locales en las zonas rurales, en los barrios urbanos marginales, en las iglesias, en las empresas, en el deporte, en las organizaciones profesionales. Se trata de formas de derecho infraestatal, informal, no oficial y más o menos consuetudinario”, de una legalidad a pequeña escala. Respecto del pluralismo jurídico como concepto clave en una visión posmoderna del derecho¹²⁵⁸, resalta la interjuridicidad¹²⁵⁹, explicando que vivimos en una época de porosa legalidad o de porosidad jurídica, o bien de múltiples redes de órdenes: “...la vida sociojurídica está constituida, en la práctica, por diferentes espacios jurídicos que operan simultáneamente y en escalas diferentes. La interacción y la intersección entre los diferentes espacios jurídicos es tan intensa que, al nivel de la fenomenología de la vida sociojurídica, no se puede hablar de derecho y de legalidad sino de interderecho e interlegalidad” (1991, 26). El paradigma de la modernidad se encuentra ante una crisis profunda e irreversible que conlleva la del derecho moderno y que propone superar mediante una subjetividad jurídica utópica, es decir, mediante el paso de ciudadanos cumplidores del derecho a creadores del derecho. Más que utopía, propone heterotopía o desplazamiento del centro a los márgenes (Santos 1995, 573).

¹²⁵⁸ Véase Henry (1994).

¹²⁵⁹ Cfr. Harrington (1995).

En todo caso, respecto del pluralismo normativo, cabe profundizar en por qué se ejerce el control, por quién, cuándo, en qué casos... En esta Parte pretendo acercarme a la noción de pluralismo jurídico como instrumento alternativo para pensar en posibilidades de mediación no formales u oficiales. Como ha indicado Stuart Henry (1994, xiii; xv), la idea central de dicho concepto consiste en que “las sociedades no poseen un sistema jurídico único, sino una multiplicidad de órdenes normativos contradictorios similares al derecho”, es decir, controles no estatales que en algunos momentos apoyan el derecho estatal, en otros lo contradicen o lo disminuyen. En ese sentido, este autor considera que la teoría de Fitzpatrick de *pluralidad integral* constituye un avance, ya que “reconoce que el derecho estatal obtiene parte de su identidad de su interrelación con formas no estatales y viceversa; que sin esta conexión cada uno sería constitutivamente diferente.”¹²⁶⁰

También Arnaud y Fariñas se refieren a la distinción entre el derecho del Estado, oficial, y los sistemas jurídicos (1996, 284; 292; 315). Estos últimos “frecuentemente sobrepasan el Derecho... son la vida, la carne de esta regulación que no puede ser rigurosamente calificada como simplemente social, lúdica, religiosa, política o económica.” Complementariamente, de forma especial en lo que afecta a la producción de la norma, definen la policentricidad como la multiplicidad de centros de decisión jurídica en un sistema. En su opinión, debemos tener en cuenta cada vez más que: “por un lado, el Derecho no tiene vocación de regular todo, y por otro, que ya no

¹²⁶⁰ De acuerdo con Teubner: “La cuestión crucial de cómo reconstruir, en la arquitectura posmoderna, las conexiones entre lo social y lo jurídico encuentra una respuesta muy vaga: interpenetrante, entrelazada, integral, superpuesta, constitutiva mutuamente, dialéctica... Permanecemos en la ambigüedad y confusión. Después de todo, éste es el verdadero encanto del posmodernismo” (1992, 1444). En mi opinión, la confusión parece un buen comienzo para trascender el dualismo y proponer después conexiones múltiples. De alguna manera, esto se relaciona con la opinión de algunas sociólogas feministas que entienden que la igualdad material implica la transgresión de las dicotomías construidas (Coady & Coady 1992, 129-130; Lacey 1992).

se limita a decir cómo funcionan las relaciones jurídicas, sino que incluye un cierto número de posibilidades para los propios actores de decir cuál será el Derecho.” Finalmente, la desregulación como abandono del Estado de su actividad de dictar normas y aplicar sanciones donde anteriormente lo hacía, no implica su ausencia total y, en todo caso, la desregulación en derecho penal (despenalización) debe contemplarse como una demanda antigua que no se vincula estrictamente al movimiento del neoliberalismo y sus repercusiones en el control jurídico.

En la Parte Segunda ya indiqué que, para Ross (1995, 44), contemplar los conflictos y sus formas de resolución como conducta cultural nos permite investigar “...por qué las disputas sobre asuntos similares aparentemente trascendentes tienen un manejo dispar según la cultura”¹²⁶¹. Existen, en este sentido, distintas culturas del conflicto que, huyendo de la pretensión de extraer recetas, nos pueden impresionar como a Ross, en cuanto que se verifica el principio antropológico de que “estudiar lo que al parecer más se aparta de nuestra vida cotidiana nos permite comprender mejor partes de nosotros mismos, siendo por lo visto este postulado especialmente aplicable al pensamiento que gira en torno al conflicto” (ibídem, 47), ya que éste refleja los valores sociales, los conceptos sobre *el otro*, los medios que se aceptan para conseguir propósitos, etc¹²⁶². De acuerdo con Pedersen y Jandt (1996, 4), la cultura define los valores e intereses que se encuentran en el núcleo de los conflictos, moldea percepciones y alternativas, y determina los resultados como positivos o negativos. En definitiva, dispone que se opte

¹²⁶¹ Cfr. Levinson (1994).

¹²⁶² Según Felstiner la resolución de conflictos se fija por valores culturales, imperativos psicológicos, históricos y por la organización económico-política de cada sociedad (1982).

por una gestión o mero control de los conflictos o una resolución de los mismos, que llegue a su terminación mediante estrategias de carácter competitivo o cooperativo. Todo lo mencionado en este párrafo incita también a cuestionar la construcción de las propias teorías criminológicas¹²⁶³, permitiendo observar lo familiar con ojos nuevos hasta el punto de que empieza a parecernos extraño (Davis 1992a, 8).

¹²⁶³ Cfr. Schneider (1993b).

Hemos llegado así al concepto de **cultura jurídica**¹²⁶⁴. Espero demostrar más abajo el interés del estudio de las culturas jurídicas -incluyendo las indígenas, gitanas y otras minoritarias- que aporten un entendimiento de las variables que condicionan el uso de estrategias de control social compensatorio y/o conciliatorio en distintos contextos¹²⁶⁵. Rebecca French subraya de forma similar, aunque quizá más amplia, el concepto de *cosmovisión jurídica* como condicionante de la importancia de los rituales a través de su componente positivo (costumbres o textos jurídicos) y mítico (creencia en la justicia, seguridad, ética universal, etc.). Entiende las cosmologías en constante cambio interactivo, conteniendo paradigmas aparentemente contradictorios (formal/informal; retribución/conciliación...) y mutando los símbolos su significado. En su trabajo sobre el sistema legal budista encontró que las asunciones y rituales tácitos, que forman y motivan la visión

¹²⁶⁴ Recordando la nota a pie de página de la Introducción, prefiero utilizar el término cultura *jurídica* al ser más amplio que cultura *legal* -traducción literal del inglés-, aunque, tanto respecto de la *cultura* como del *pluralismo*, los calificativos jurídico y legal se entenderán en este trabajo como sinónimos, salvo que se indique lo contrario. Cfr. Ehrmann (1976) y Feest y Blankenburg (1997). Cfr. el concepto de "ideología jurídica" utilizado en la Parte precedente, con el que pretendía circunscribir objetivos señalados por las instituciones. En un sentido más amplio, ideología se identifica con un sistema de ideas para acercarse a la realidad. Sobre los conceptos de cultura e ideología jurídicas, véanse Cotterrell (1997) y Friedman (1997). Para un interesante estudio de la cultura jurídica portuguesa, especialmente centrado en los tribunales, vid. el trabajo de Santos y otros (1996) y cfr., en relación con la opinión sobre los tribunales en distintos países europeos, Gibson y Caldeira (1996). Para un uso tradicional histórico de la expresión "culturas jurídicas", vid. Tarello (1976). Cfr. Herren, Kienapfel y Müller Dietz (1977).

¹²⁶⁵ Cfr. el estudio de Downes (1996), quien entiende que en los Países Bajos se ha pasado de una cultura de la tolerancia expresada en el encarcelamiento como último recurso para los jueces, tal y como se entendió desde mediados de los cincuenta hasta mediados de los ochenta, a una política de "ley y orden". Respecto del orden civil, Blankenburg estima que los bajos índices de litigiosidad en los Países Bajos, como indicadores de la cultura jurídica, se explican por la existencia de filtros y alternativas a los tribunales (1997a). En la comparación del papel del fiscal en Francia e Italia, como indicativo de la cultura jurídica, Guarnieri indica que la negación formal de la discreción refleja una cultura que expresa y reproduce un nivel bajo de confianza interinstitucional (1997). Miyazawa aclara que el sistema penal japonés descansa en una presión social que contiene elementos de exclusión, más que de reintegración, como sugería Braithwaite (1997).

tibetana del mundo (conceptos sobre el tiempo, la naturaleza de la mente, los mitos, el lenguaje ritual, el poder, la jerarquía, la distribución del espacio legal, etc.), son más importantes para entender dicho sistema que los procedimientos institucionales y las normas sustantivas.

El concepto de cultura jurídica abarca elementos culturales y estructurales que hacen difícil su delimitación (Schepel 1996)¹²⁶⁶. Toharia recoge la definición de Friedman: “conjunto de valores y actitudes existentes respecto del sistema jurídico y que determinarían cuáles de sus estructuras y normas se usan, y cuáles no, y por qué” (1987, ix; 1997). Friedman distingue entre cultura legal interna (la de los operadores jurídicos) y externa (la del público en general). Se enfatiza así la relación entre esta cultura y el funcionamiento de la justicia, en cuanto que las percepciones predispondrán a las personas a hacer un uso más o menos frecuente, y a participar en mayor o menor grado, en dicho funcionamiento, pudiendo aplicar preferentemente otros sistemas normativos, lo que se relaciona con el cambio y con el pluralismo jurídico, tal y como ha propuesto Chiba desde una óptica no occidental (1997). Respecto de la autoridad o validez, parte de una distinción entre derecho oficial y no oficial. Dentro del primero, incluye el estatal y otros sistemas jurídicos autorizados oficialmente por aquél. Distingue, respecto de su origen cultural, entre derecho indígena y derecho transplantado, aceptado voluntariamente o impuesto¹²⁶⁷. En cuanto a las formalidades, separa las reglas de los postulados legales. Define la cultura jurídica como los trazos culturales del pluralismo legal de una entidad

¹²⁶⁶ Schepel ha estudiado particularmente el concepto de cultura jurídica europea en relación con la integración de la Unión (1996).

¹²⁶⁷ Sobre el fracaso de los trasplantes jurídicos tras el colonialismo, vid. Arnaud y Fariñas (1996, 309-310). Cfr. Danielsen y Engle (1995).

sociojurídica, o de un círculo de entidades sociojurídicas, y nombra la justicia informal como trazo cultural del derecho indígena.

En esta Parte, por cultura jurídica entenderé un proceso que, en sí mismo, supone una interacción de procesos. No existe como ontología, sino como instrumento metodológico que permite realizar una serie de comparaciones globales y, por tanto, limitadas. Consideraré el concepto de Blankenburg (1997b y c), quien incluye cuatro aspectos relacionados constituyentes de la cultura jurídica: las tradiciones y normativas, las instituciones, los valores y actitudes y el comportamiento efectivo, siendo el reto del investigador analizar cómo opera dicha interacción. Por su parte, Heydebrand presenta dos tipos ideales de modos de orientación y reconocimiento (normativo¹²⁶⁸ e instrumental) y de procesamiento (cooperativo y subordinante) del conflicto y distingue entre la cultura de la negociación, de las reglas, del consenso y de la reciprocidad (1997). Precisamente, señala algunas comunidades indígenas como culturas de reciprocidad, lo que se conecta con la opinión de Carlos H. Durand Alcántara (1997, 14), según la cual la legitimación de algunas autoridades nativas y de su derecho¹²⁶⁹ reside en parte en la reciprocidad, es decir, en la "aceptación recíproca en la que sus miembros reconocen que cualquiera de ellos ulteriormente podrá formar parte de la estructura que aplicará el derecho indígena." Asimismo, la legitimación se encuentra en la búsqueda de la conciliación en la resolución de los conflictos, generalmente en comunidades pequeñas. También Rivera Alarcón se refiere a la "reciprocidad andina" respecto de las comunidades campesinas en Perú (1997, 20; 26).

¹²⁶⁸ En la orientación normativa se da un bajo grado de reconocimiento del conflicto interno e incluso se niega el conflicto social.

¹²⁶⁹ Sobre los rituales de transmisión de poderes en determinados pueblos indígenas de México, vid. Cordero Avendaño de Durand (1997).

2. DERECHOS INDÍGENAS¹²⁷⁰

2. 1 SU RECONOCIMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y ESTATAL Y SU ESTUDIO ANTROPOLÓGICO

2. 1. 1 Reconocimiento jurídico

Carlos H. Durand Alcántara destaca el hecho de que, desde 1994, distintas instituciones de las Naciones Unidas se vengán refiriendo al "sistema" jurídico indígena, más allá de considerar las costumbres (1997). Por sistema jurídico indígena, frente al estatal hegemónico, cabe entender una serie de normas que suponen un concepto diverso sobre la propiedad (especialmente de la tierra y otros recursos naturales), el parentesco, la autoridad, el bienestar, la causalidad, el uso del lenguaje en ciertos actos jurídicos, etc., donde en ocasiones es difícil diferenciar lo social de lo estrictamente normativo y, concretamente, lo civil de lo penal. Se trata de un sistema donde conviven distintas costumbres jurídicas de forma dinámica y compleja que implican la concepción de un orden comunitario.

¹²⁷⁰ Los términos "indígena", "nativo" o "aborigen" se utilizan sin carácter peyorativo -a pesar de su empleo usual-, reconociendo que todos somos indígenas, nativos o aborígenes de algún lugar. Junto con Correas (1994, 102), entiendo que la expresión derecho indígena se refiere a un conjunto normativo en el que conviven normas precoloniales, coloniales y modernas. Algunas comunidades indígenas en México se refieren a la "ley del pueblo". Cfr. Morse y Woodman (1988) y Olivé (1995). Véase la página Web del Centro de Estudios Mundiales Indígenas, conteniendo información sobre poblaciones en África, el Ártico, Asia y Oriente Medio, Europa, Norteamérica, América Central y del Sur, Melanesia, Polinesia y Micronesia, en <http://www.halcyon.com/FWDP/who.html>. Cfr., con referencias especialmente respecto de los aborígenes australianos, la Biblioteca Virtual de Estudios Aborígenes en <http://coombs.anu.edu.au/www/vl/indig-vl.html>. Sobre aspectos jurídicos véase especialmente [Http://www.maxwell.syr.edu/nativeweb/subject/law-lib.html](http://www.maxwell.syr.edu/nativeweb/subject/law-lib.html). Para la problemática latinoamericana, vid. el número tercero de la Revista *Pena y Estado* (en prensa), dedicado a la justicia penal y los indígenas.

Como ya se indicó en la Parte Segunda, existe un paralelismo en el origen y desarrollo de la Criminología y la Antropología, en cuanto que las dos son ciencias sobre “el otro”, “el distinto”¹²⁷¹. Las comunidades indígenas han sido estudiadas por historiadores y antropólogos dando lugar a una serie de análisis sobre formas de control social “primitivas”. En el momento actual, especialmente en sociedades cada vez más pluriculturales, es posible mirar el fenómeno de la criminalización y victimación desde diversas orillas, incluyendo las de las minorías culturales, como son los gitanos, algunas comunidades de inmigrantes, indígenas, etc. Respecto de estos últimos, en determinados países que han experimentado procesos de colonización, en los que sobreviven comunidades preindustriales¹²⁷², como en Latinoamérica, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Canadá, etc., el pluralismo normativo adquiere un carácter político. Se interpreta por movimientos a favor de los derechos aborígenes, reclamando una autonomía relativa que alcanza la forma de hacer justicia, lo que se ha recogido parcialmente en el Convenio nº 169 de 1989 de la OIT (art. 8-10)¹²⁷³. Y todo ello se relaciona con el objeto

¹²⁷¹ Quizá por ello García-Pablos propugna hoy en la Criminología un método empático que, en términos metodológicos propios de la Antropología social y cultural, podría concretarse en el trabajo de campo y la observación. Cfr., relacionando la Antropología y la Criminología comparada, Szabo (1993). Rebecca French define la Antropología jurídica como el estudio de los sistemas jurídicos utilizando el método y la teoría de la Antropología cultural (1996). Vid. también Pospísil (1971).

¹²⁷² El término supervivencia, dadas las penosas condiciones de su existencia, resulta adecuado. La propia pérdida de valores por influencia del mundo de vida occidental o dominante -piénsese en su vida en las ciudades- supone en sí misma un pluralismo o mestizaje, nuevas interpretaciones, sin perjuicio, de que permita recordar que no existen dichas comunidades como entidades idílicas y compactas del pasado. Respecto del proceso del colonialismo británico, aludiendo a las reflexiones sobre el control social de Ross, vid. Sumner (1997a). Se estima que unos 250 millones de personas, el 4% de la población mundial, pertenecen a uno de los grupos indígenas sobrevivientes (Durand 1997, 4).

¹²⁷³ Así como otros instrumentos internacionales de valor diverso. Las observaciones concluyentes del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se han referido en distintas ocasiones a la violación del derecho a la participación en la

de esta tesis, en cuanto que dichas formas de justicia utilizan estrategias compensatorias o conciliatorias ante los conflictos¹²⁷⁴. Así ha sido puesto de relieve por algunos teóricos de la justicia restaurativa, especialmente en el caso de las *Family Group Conferences* en Nueva Zelanda¹²⁷⁵, y mucho antes por abolicionistas que tomaron la ley indígena o el derecho tribal como capital simbólico para pensar en formas distintas de justicia que poco tienen que ver con las críticas a la mercantilización o reprivatización del sistema, sino que enlazan con los valores de colectividad, sanciones positivas y participación. De esta manera, adquiere sentido la relación entre el movimiento indigenista y el abolicionista: la recuperación del poder que,

vida cultural (art. 15 del PIDESC), en cuanto que no se tomaban las medidas suficientes para ayudar a preservar las identidades culturales de las minorías, en países como Suecia respecto de las culturas Sami y gitana, o México en relación con los grupos indígenas (Chapman 1996, 64).

¹²⁷⁴ Con posibles contradicciones aparentes, como ocurre en nuestras sociedades, en donde conviven distintas estrategias de control, dependiendo de la definición del tipo de conflicto y sus protagonistas. Existen, en todo caso, culturas como los yanomanos de Venezuela que los antropólogos han ofrecido como ejemplo de pueblos violentos (Ross 1995, 135; 21-5), aunque dentro de los mismos se den relaciones pacíficas (Lizot 1994), como también podría pensarse respecto de culturas que utilizan la mediación para conflictos en el seno de la familia y la venganza cuando se trata de disputas entre familias -cfr. sobre la ley guajira y su sistema de compensación para evitar la venganza, Perrin y Machado (1984-5)-. Ross distingue entre sociedades de conflictividad baja y sociedades de conflictividad constructiva (1995, 255; 263). Esto puede ponerse en relación con la teoría de Christie de que el mayor número de conflictos expresados indica la buena salud de una sociedad, ya que la cuestión reside en su manejo constructivo (1977).

¹²⁷⁵ Sin perjuicio, de que en ocasiones se caiga en el síndrome del criminólogo que intenta promover “novedosos” controles del delito en Occidente, dentro de una moda de etnoculturalismo que termina por reforzar el etnocentrismo. Se trata de evitar ver en el derecho indígena un derecho exótico o folclórico. Se trata, por el contrario, de una regulación actual y cotidiana, con elementos contradictorios entre sí, como en el derecho occidental. En esta Parte se resaltan aquellos elementos que enfatizan la práctica de la mediación o los caminos hacia la reconciliación, sin obviar que, en determinadas culturas, persisten elementos punitivos. Por otra parte, cabría distinguir entre la interrelación del derecho occidental y el indígena en el momento actual, y en el pasado -posteriormente a la colonización-. Este último aspecto fue estudiado brevemente en la Segunda Parte en relación con la conquista de las Indias, y en el ámbito de la historia del control penal está siendo promovido por autores como Smandych y Linde (1995, 26-7) y en general, los participantes en la compilación de Hazlehurst (1995a y b). Cfr. Smandych y Lee (1995).

entre otros, Hazlehurst pide para los nativos en Canadá, Australia y Nueva Zelanda (1995a y b), Christie la pide, en sus coordenadas, para nosotros mismos como personas colonizadas por el Estado. En esta dirección, conviene recordar el artículo séptimo de la Declaración de Principios Básicos para las Víctimas del Delito y Abuso del Poder de 1985, donde se afirma que deben utilizarse mecanismos informales para la resolución de disputas, incluyendo la mediación, el arbitraje y la justicia tradicional o prácticas indígenas, si ello es apropiado para facilitar la conciliación y la reparación a las víctimas.

Las sociedades sin Estado, acéfalas o segmentarias son aquellas que los antropólogos definen, en general, como comunidades reguladas por relaciones de linaje y clan, sin otro poder superior al tribal, es decir, sin una autoridad personalizada y en ellas resulta difícil distinguir entre lo social, político o religioso (Karanja-Diejomaoh 1982, 57). Se argumenta que, en ellas, se depende en un grado considerable de la mediación para arreglar las disputas, siendo el mediador generalmente una persona mayor, con cierto *status* familiar, de servicio a la comunidad y con reputación de resolver litigios, principalmente mediante la reconciliación. El mediador trata de lograr la paz de la comunidad a través un procedimiento que, normalmente, involucra a los familiares y al resto de los miembros del grupo. Cuando la parte reclamada no admite el daño causado, se recurre a mecanismos como la vergüenza pública, la magia, las ordalías, los oráculos, las competiciones, la venganza, etc. (Stein 1984, 5). A la luz de estas consideraciones, recientes tendencias político-criminales tratan de recuperar o reinventar formas de control social más participativas y menos destructivas, sin perjuicio de demandar, al mismo tiempo, garantías e igualdad formal¹²⁷⁶. El propio borrador de *Handbook* Internacional para la Asistencia

¹²⁷⁶ Aquí entran en juego las críticas por la discriminación de la mujer en las

a las Víctimas, de las Naciones Unidas (Commission 1997a, 84), indica que el trabajo en la esfera internacional resulta enriquecedor en cuanto que “los países desarrollados tienen mucho que aprender de las prácticas tradicionales de los países en desarrollo que se centran en la resolución del conflicto y la reparación a las víctimas; el énfasis reciente en la ‘justicia restaurativa’ en algunos países desarrollados refleja cierto paralelismo que podría hacerse más explícito.”

Además, estas formas de justicia de carácter compensatorio y reconciliatorio constituyen parte de las reivindicaciones del movimiento indigenista que se apoya en determinados textos internacionales¹²⁷⁷, como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el Acta Final de Helsinki de 1975, etc., algunos de los cuales reconocen el derecho a la autodeterminación a los pueblos, consistente en determinar libremente, sin interferencias externas, su posición política y su desarrollo económico, social y cultural. Por pueblo se entiende un grupo de personas que viven en un país o localidad determinados y tienen una raza, religión, lenguaje y tradición que les confiere un sentimiento de solidaridad. Algunos gobiernos discuten si los grupos

sociedades preindustriales. A su vez, sobre la crítica de las mujeres aborígenes a las feministas occidentales, vid. el número especial de la revista *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 30-3, de 1990-1, dedicado a la posición de las mujeres en sociedades en cambio. Cfr. Sinclair (1992), Olivero y Lauderdale (1990), Carrington (1990), Oloka-Onyango y Tamale (1995). De forma diversa, cfr. Foster (1996).

¹²⁷⁷ Ténganse en cuenta las referencias posteriores a las minorías nacionales en el apartado del derecho gitano. Cabe recordar que únicamente los convenios ratificados por España forman parte del derecho interno, pero, en todo caso, las declaraciones, recomendaciones y resoluciones pueden entenderse como elementos que contribuyen a la creación de normas de derecho consuetudinario de las que se originarán obligaciones generales, sin perjuicio de considerarse como obligaciones políticas o morales (Bokatola 1997; Naganathan 1995). Asimismo, en nuestro Estado, estos textos deben tenerse en cuenta en la interpretación de los derechos y libertades (art. 10. 2 CE).

indígenas pueden tener la consideración de “pueblos” y en los borradores de la Declaración de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas se ha incluido este derecho, pero “dentro de los Estados en los que se encuentran” (Palys 1993).

Las primeras resoluciones de las Naciones Unidas sobre temas indígenas fueron las número 275, en 1949, y 1589, en 1971. En la actualidad, se reclama por parte de los movimientos indígenas su paso de meros objetos a sujetos de derecho internacional (Stavenhagen 1995)¹²⁷⁸. En la preparación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre esta temática juega un papel importante el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas integrado en la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, esperándose que se adopte dentro del Decenio Internacional de las poblaciones indígenas (1994-2004)¹²⁷⁹. Tomando en consideración el Proyecto de Declaración del Grupo de trabajo, en su 11.º período de sesiones, su artículo 4 dice: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” El artículo 12 se refiere a su “derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”, incluyendo distintas ceremonias. El art. 20 no olvida el derecho a participar plenamente en la elaboración de medidas legislativas y administrativas que les afecten. Por su parte, el art. 31 dice: “Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”. Según el artículo

¹²⁷⁸ Sobre algunas organizaciones que integran este movimiento en América Latina, véase Mugarik Gabe (1995, 95-105). En general, vid. Anaya (1996), Kempf (1993) y Papadópolo (1996).

¹²⁷⁹ La Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció un grupo de trabajo para la elaboración de una propuesta.

33: “Los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.”¹²⁸⁰ Dice, además, el siguiente artículo: “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.” Finalmente, según el art. 42: “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.”

¹²⁸⁰ Aquí se hace alusión a la posible supervivencia de prácticas, como la eutanasia y el infanticidio, que no reciben sanción alguna, así como de sanciones como la pena de muerte, castigos corporales, exposición pública en la picota, etc. en algunas culturas indígenas.

Tampoco hay que olvidar la Convención 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la de Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, de los Derechos Políticos de las Mujeres, de la Eliminación contra toda Forma de Discriminación contra las Mujeres, contra la Intolerancia y Discriminación basada en la Religión y Creencias, de los Derechos del Niño, etc.¹²⁸¹

Respecto de la Convención 169 de la OIT -en cuya elaboración participó la Organización de Estados Americanos-, ésta tiene como precedentes otras realizadas, desde 1926, en el seno de aquella organización. La Convención 107 (1957) sobre poblaciones y tribus indígenas, revisada en 1989, dio origen al Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes que, con escasas ratificaciones, entró en vigor en 1991¹²⁸² (Barabas 1994, 33). En el preámbulo se reconocen “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida”, a pesar de la erosión de sus leyes, valores, costumbres y perspectivas. Recuerda “la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad”. Su artículo 8 dice: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales...” Según el artículo 9: “1. En la medida en que ello sea compatible con el derecho jurídico nacional y con los derechos humanos

¹²⁸¹ Véase <http://www.bloostreet.com/300block/ablawleg.htm>, sobre derecho internacional referente a aborígenes; en concreto, sobre la internacionalización de los derechos humanos de los indígenas, vid. Burguete y Ruiz (1994).

¹²⁸² Sobre este convenio y su aplicación en Latinoamérica, véanse Hernández Pulido (1994), Ordóñez (1994b) y Staelens (1994).

internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” Continúa el artículo 10: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características sociales, económicas y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.” En todo caso, su artículo 34 indica que las medidas adoptadas de acuerdo con el Convenio “deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país.”

Adicionalmente, cabe señalar que el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) tiene como áreas principales de investigación las comunidades indígenas, el estudio de sus formas propias de control social y la reacción del derecho penal a las mismas (Serrano Rivera 1996, 30).

En relación con las tradiciones y **costumbres**, William Graham Sumner definió los *folkways* como hábitos y costumbres, base para la regulación e imposición de sucesivas generaciones (1906). Distinguió entre los *folkways* o costumbres relativamente periféricas, cuya violación es contestada por sanciones suaves e informales-serían las formas de vestir, saludarse, comer, etc.-, y los *mores*, relacionados con actividades más importantes para el funcionamiento y bienestar de la comunidad, cuya violación conlleva sanciones más rigurosas. Finalmente, el corazón de los valores sociales estaría protegido por sanciones legales (Cosser 1982, 13-4). Carbonnier señala la movilidad histórica de la línea entre lo jurídico y lo social, indicando que

el criterio de la juridicidad se halla en la *coacción* constante de un órgano especializado (1982, 104-5; 108)¹²⁸³.

¹²⁸³ Cfr. Cotterrell (1991, 48-9) y Guibourg (1996, 181-3). Para una distinción entre coacción y coactividad, vid. Pérez Luño (1997, 161-2). Por otra parte, de Jong afirma que la autoridad moral del derecho resulta de la convicción de ser indispensable, más que del miedo a las sanciones (1995, 111).

La costumbre se ha definido como la fuente jurídica principal en los derechos menos complejos, que se abandona con la codificación, cuando se recoge el principio de legalidad penal y procesal. Esta manera de pensar responde a un cierto evolucionismo. En relación con ello es posible entender la crítica de Villavicencio: “La característica de la legislación peruana es ser anticostumbrista, porque se considera que ella pertenece a un momento del desarrollo jurídico sobrepasado por la moderna ciencia del derecho” (1993, 97). Realmente, el derecho consuetudinario se diferencia del legislado, primordialmente por su formalización, no por su contenido¹²⁸⁴. En algunos países se ha intentado positivizar o reconocer oficialmente el derecho indígena entendiendo la costumbre como fuente jurídica, que se recoge, en términos generales, en nuestro artículo primero del Código civil, aunque no se considera así en general por la doctrina penal. Además, la costumbre valorada como fuente por la Escuela Histórica del Derecho¹²⁸⁵, se ha entendido generalmente en nuestro sistema de manera limitada y, hasta 1973, sólo se admitía la costumbre de carácter local¹²⁸⁶.

En el artículo primero del Título Preliminar de nuestro Código civil, la costumbre se admite como segunda fuente del derecho aunque se indica que “sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”. Igualmente, los llamados usos jurídicos, que no sean meramente interpretativos de una declaración de

¹²⁸⁴ Sobre el concepto de derecho consuetudinario, vid. Watson (1995) y de Jong (1995).

¹²⁸⁵ Algunos autores hablan de derecho social, tomando el término de Georges Gurvitch, para referirse al fuero indígena (González Oropeza 1995, 127). Ténganse en cuenta las referencias apuntadas en la Segunda Parte sobre el derecho foral y su supervivencia en nuestro país, aunque sin vigencia respecto del campo penal (Bengoa 1996). Para un ejemplo, referido a cuestiones civiles, de la pervivencia de la junta de parientes como expresión de mediación familiar en Aragón, vid. Salas Murillo (1993).

¹²⁸⁶ Sobre la diferencia entre costumbre y rutina, véase Foguet (1922, 75-83).

voluntad, se equiparan a la costumbre. Siguiendo a Díez-Picazo y Gullón (1988, 139-146), la costumbre puede caracterizarse como un derecho de origen extraestatal nacido en los grupos sociales y manifestado a través de un uso o efectiva acomodación, continuada y uniforme, de la conducta a tales reglas. Ha de tratarse de un criterio utilizado espontánea y reiteradamente en la solución de controversias, considerado norma jurídica, incorporando al ordenamiento un modelo de conducta social.

En cuanto a la costumbre como fuente del derecho penal o *ius non scriptum*, Rodríguez Devesa y Serrano (1993, 258), recuerdan que todo derecho punitivo ha sido, en algún momento histórico o consuetudinario, y citan el artículo 7 del Decreto de 10 de noviembre de 1938, sobre la organización de la justicia indígena en los territorios españoles del Golfo de Guinea, que reconocía la aplicación de la costumbre no contraria “al orden público, a los principios de la moral o a la acción civilizadora del Estado español”¹²⁸⁷. Asimismo, pero en otro sentido, subrayan la base consuetudinaria del *common law*. Conjuntamente, resaltan la importancia de la costumbre en el ámbito del Derecho penal en la fundamentación de las causas de exclusión de la responsabilidad -respecto de lo que se considera deber o ejercicio legítimo de un derecho- y en la fijación de la diligencia debida (ibídem, 259). En definitiva, la costumbre, como fuente mediata, secundaria o derivada -en cuanto que es la ley la que le otorga fuerza obligatoria normativa, según interpretación de los tribunales- no puede ser creadora ni derogatoria, aunque sí integradora, con ciertos límites (Rodríguez Mourullo 1978, 67-9)¹²⁸⁸.

¹²⁸⁷ El art. 8 prohibía “las penas de talión, las de mutilación y, en general, aquellas que sean manifiestamente inhumanas o contrarias al espíritu que inspira las ordenaciones penales españolas.” Sobre el derecho penal aplicable a los indígenas de este territorio, vid. Olesa (1953). Cfr., desde perspectivas etnocentristas, Cova (1956) y González de Pablo (1949).

¹²⁸⁸ Sobre la distinción entre la costumbre *praeter legem, contra legem y secundum legem* y su posibilidad de considerarse como fuente formal subordinada, cfr. Bettiol y

En todo caso, el principio de legalidad penal reserva un espacio muy pequeño a la costumbre ante el monopolio de la *lex scripta* (Jescheck 1993, 99)¹²⁸⁹. Además, como el derecho penal, a diferencia del civil, no se aplica por los particulares, sino por los tribunales, la costumbre en los tratados doctrinales viene a identificarse con la interpretación jurisprudencial (Antón Oneca, 1986, 113), lo que difiere del planteamiento de este capítulo.

En opinión de Díez-Picazo y Gullón (1988, 145): “En los tiempos modernos la costumbre se esgrimirá como un arma contra las reformas parlamentarias y como un medio de defensa de los regionalismos, de los separatismos y, en definitiva, como un medio de defensa del *statu quo*.” Según mi criterio, actualmente, la costumbre debe entenderse de forma más dinámica y flexible ante situaciones nuevas, como las que experimentan los pueblos indígenas y que manifiestan en sus reivindicaciones. En este sentido, en cuanto que dichas costumbres contengan elementos creativos en la resolución de conflictos, su estudio resulta relevante y, aún más, su adaptación a las controversias de hoy con las garantías que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho.

Pettoello (1986, 135-40).

¹²⁸⁹ Aunque Jescheck también admite que pueda llenar lagunas teóricas en la parte general, poniendo como ejemplo una decisión del Tribunal Supremo Federal alemán que, basándose en la costumbre, dejó impune determinada acción relativa al derecho de corrección de los maestros (1993, 100).

En relación con lo anterior, cabe considerar, tras la costumbre, los llamados **principios generales del derecho**, como fuente de nuestro ordenamiento jurídico -que recoge también el derecho internacional- y que podrían integrar postulados del derecho nativo. El Código civil les reconoce su carácter informador del ordenamiento jurídico. Ante el desacuerdo doctrinal sobre su significación, en opinión de Díez-Picazo y Gullón (1988, 152; 155-6), los principios generales del derecho son criterios o valores extralegales -aunque no extrajurídicos- y extraconsuetudinarios. Para los autores citados, estos principios manifiestan espontáneamente el sistema de creencias y convicciones en que reposa una organización social. Así, son principios generales del derecho los recogidos en la Constitución en el art. 1.º, 10. 1, y el respeto de los derechos del capítulo 2º, y del capítulo 3º del Título I¹²⁹⁰. Bustos ha señalado la importancia de los principios generales del derecho como fuente complementaria en algunos casos, en razón de la estructura de los tipos y la antijuridicidad (1984, 87-8).

En el reconocimiento de la costumbre indígena como fuente del derecho se plantea la cuestión de su posible codificación. Según conversación con el Prof. Julio Andrés Sampedro sobre la opinión de sus alumnos indígenas en la Universidad Javeriana en Colombia, es importante la codificación para reafirmar su derecho, a pesar de que ello puede suponer, a la larga, su muerte¹²⁹¹. Se manifiesta en contra de la codificación, entendida como

¹²⁹⁰ También pueden encontrarse principios del derecho en los distintos códigos, como en el art. 1.902 del Código civil referido a la obligación de reparar el daño causado culposamente, sin perjuicio de que paulatinamente se haya producido una objetivización de la responsabilidad. Cfr., desde la Sociología jurídica, la distinción de Chiba entre reglas y postulados (1996).

¹²⁹¹ En todo caso, también indicaban la importancia de la palabra frente a lo escrito. Así no entendían la necesidad de escritura de un contrato, ya que para ellos la palabra bastaba porque, en el fondo, un contrato escrito presupone la posible mala fe de una de las partes -esta percepción se sigue encontrando también en nuestro país en determinados ámbitos-. A favor de la codificación en África, vid. Elias (1995); en cuanto a sus dificultades metodológicas, Roberts (1995).

asimilación, González Oropeza (1995, 123-4). En opinión de Stavenhagen (1991, 413), una posible codificación del derecho consuetudinario conllevaría la desventaja de despojarlo de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas. Por otra parte, no rechaza el reconocimiento estatal de la existencia del derecho consuetudinario, ya que ello abre un espacio para la aceptación del pluralismo legal y jurídico para mejor defensa de los derechos humanos. En todo caso, algunos autores destacan que muchos derechos indígenas utilizaban originariamente tanto la tradición oral como la escrita y, si se renunció a esta última, fue por el deseo de supervivencia a través de la primera, durante y posteriormente a la colonización (González Galván 1995, 153; Toj 1995, 65).

2. 1. 2 Estudios antropológicos

González Galván distingue entre dos paradigmas jurídicos: el del evolucionismo¹²⁹² y el del pluralismo. Enfatiza que los pueblos indígenas son históricamente contemporáneos, no pertenecen a la prehistoria y el encuentro entre las distintas culturas es siempre un fenómeno de influencias recíprocas (1995, 14-5; 43-4; 203). El derecho indígena es también una manifestación contemporánea de cultura jurídica. En la Segunda Parte se han mencionado las aportaciones de los antropólogos del derecho, que buscaban líneas evolutivas, teniendo en cuenta los pueblos considerados exóticos y/o salvajes, cuyo conocimiento interesaba a la administración colonial¹²⁹³. Así Sir Henry Maine entendió que, primitivamente, la restitución era una decisión de un tercero que decidía para cada caso concreto, de forma arbitraria, dentro de una

¹²⁹² Cfr. Schwartz y Miller (1964).

¹²⁹³ Véase la eficacia de la reacción de las autoridades coloniales ante los homicidios rituales en Sierra Leona a fines del siglo XIX, en Kabba (1992).

sociedad que constituya un agregado de familias. Por su parte, A. H. Post intentó escribir una historia universal de las instituciones jurídicas utilizando un método comparativo, concluyendo que en el mundo primitivo las decisiones tomadas entre la infracción y la ejecución de la sanción se basan en un cierto instinto, sin que la aplicación de las normas tuviera contenidos preconcebidos.

En el siglo XX se desarrolló una reacción al evolucionismo, presente en los trabajos de Boas, Malinowski y Schmidt (Kuppe y Potz 1995, 11-4)¹²⁹⁴. En los años cuarenta se publicaron una serie de estudios sobre el control social en las sociedades tribales, comenzando por el de Llewellyn y Hoebel¹²⁹⁵ en 1941, titulado *The Cheyenne Way*. Le siguieron otros en sociedades africanas, que más tarde influirían en el movimiento de Resolución Alternativa de Disputas¹²⁹⁶, siendo criticados algunos de ellos por aplicar conceptos jurídicos occidentales al derecho tribal¹²⁹⁷, y caer en un cierto positivismo que impedía observar el derecho fuera de las instituciones formales (Kuppe y Potz 1995, 31).

¹²⁹⁴ Cfr. Kuppe y Potz (1996).

¹²⁹⁵ Hoebel, dentro de lo que llamaba la jurisprudencia comparada, había hablado de las sanciones socialmente previsibles recogidas en normas jurídicas distintas de la costumbre (Kuppe y Potz 1995, 17-8).

¹²⁹⁶ Desde los sesenta, la Sociología del Derecho, especialmente estadounidense, estudiaría la relación entre la organización social y el tipo de instituciones diseñadas para enfrentarse a las disputas, cfr. Abel (1974), Aubert (1963), Felstiner (1974), Ferrari (1982), Gulliver (1979) y Avruch, Black y Scimecca (1991), y en relación con la Antropología Levine (1961) y Snyder (1981). En la actualidad, se critica que la teoría y práctica de la resolución de conflictos se realiza fundamentalmente desde el marco cultural occidental (Clements 1996, ix).

¹²⁹⁷ Sobre esta crítica, véase la argumentación de Gluckman (1969). Cfr. Tropea (1991) y Makoba (1992).

En opinión de Collier (1995, 10-1), la Antropología del derecho cambió en los años sesenta, al menos en los estudios estadounidenses, al seguir las propuestas de autores como Laura Nader, quien pedía dedicar mayor interés al estudio de cómo las personas perciben y manejan los conflictos de la vida cotidiana, antes de centrarse en analizar cómo los jueces u otros terceros llegan a una decisión. Se recurrió así a la Antropología lingüística con el objetivo de observar el proceso del conflicto (el derecho como un lenguaje para tratar conflictos)¹²⁹⁸ y a la Antropología política para examinar factores sociopolíticos. A su vez, en los años ochenta se pidió una mayor atención por parte de antropólogos y juristas, como John Comaroff y Simon Roberts (1981)¹²⁹⁹, hacia la producción de los preceptos y acuerdos normativos del conflicto, abandonando el estricto campo de la Antropología jurídica y centrándose, no en la función del derecho, sino en las relaciones de poder en los distintos ámbitos. El estudio del poder en su perspectiva histórica haría florecer los análisis del derecho indígena durante el colonialismo y su pervivencia actual, con aportaciones de intelectuales indígenas. Recientemente, algunos autores han pedido que cese el “robo de la palabra” por parte de los antropólogos (Caravantes 1995, 85; 83), aunque, en mi opinión, las perspectivas del “otro” siempre arrojan luz sobre la cultura,

¹²⁹⁸ Cfr. la influencia del estructuralismo antropológico, basado en el lingüístico, en las obras de Claude Lévi-Strauss. Fruto de esta concepción fue la obra de René David, publicada en 1964 en francés, *Los grandes sistemas de derechos contemporáneos*. Se llegará así a una clasificación de tres familias principales: la romano-germánica, la del *common law* y la de los derechos socialistas, incluyendo como otras maneras de concepción de la organización social los derechos musulmán, hindú, judío, chino, japonés y africano -olvidando, entre otros, los sistemas indoamericanos- (González Galván 1995, 66-70). Estas ideas incidirán en el concepto de pluralismo jurídico.

¹²⁹⁹ En un estudio de los Tswana (Botswana), concluyen que no es posible verificar los presupuestos de lo que denominan el paradigma de las normas o estudio del derecho indígena (como distinto del paradigma del proceso de resolución de conflictos). En ambos se olvida que el campo del derecho se relaciona sistemáticamente con aspectos socio-culturales más amplios, por lo que se cuestiona la autonomía de la Antropología jurídica (1981, 18; 244-5).

siquiera la del propio observador¹³⁰⁰. Finalmente, hoy se percibe un cambio del método casuístico hacia un enfoque sobre las narraciones, prácticas, sucesos y procesos, con menor énfasis en el fondo contextual holístico. Abandonando en cierta forma el estudio centrado en los conflictos y disputas, se ha comenzado a analizar el consenso, como muestra Laura Nader (1990; 1997). Esta antropóloga ha estudiado en la comunidad de los zapotecas de México el ideal cultural de la armonía, que parece encontrarse con la confrontación sistémica con lo no armónico (French 1996, 402).

¹³⁰⁰ Cfr. en este sentido la compilación sobre culturas legales en cambio de Feest y Blankenburg (1997, 4).

De acuerdo con Nader, a quien ya nos hemos referido en la Tercera Parte en su crítica al movimiento ADR¹³⁰¹, las ideologías de resolución de disputas constituyen un mecanismo utilizado para la transmisión de ideas hegemónicas, reflejando una construcción cultural que es respuesta a una demanda, un producto de los intereses gobernantes o el resultado de un conflicto de clase. Recogiendo datos de investigaciones antropológicas sobre África y el Pacífico, y aplicándolo a su estudio en México, indica que lo que se denomina como derecho consuetudinario indígena es, en buena parte, el derecho que trajeron los misioneros. El discurso utilizado por éstos fue que, para ser civilizados, tenían que ser pacíficos. Por tanto, resulta interesante observar los cambios en la concepción del calificativo “civilizados”, en relación con la forma de resolver conflictos. Tras un paso por el sistema adversativo occidental “civilizado”, vuelve a preconizarse ahora el uso de modelos alternativos de carácter armónico, presentándose como los auténticos modelos “civilizados”, aunque en realidad encubren toda una serie de valores¹³⁰². Parece que es el turno del derecho armónico, basado en la conciliación y compromiso. A este respecto, Nader afirma que la armonía y la controversia pertenecen al mismo continuo, donde ninguna de las dos es necesariamente buena o mala y, en todo caso, cualquier manejo de un conflicto nunca es totalmente pacífico. Por último, expresa su preocupación en cuanto al interés de algunos antropólogos y políticos africanos por revivir su derecho consuetudinario, basado en procesos no violentos, olvidando que este continente, junto con

¹³⁰¹ Se suma así a las objeciones que, desde los Estudios Jurídicos Críticos, entre otros, han formulado distintos autores respecto del funcionamiento concreto de la mediación en las sociedades occidentales actuales. Sobre las mujeres y los riesgos del proceso de mediación, especialmente si resulta obligatorio, véase Trina Grillo (1991), quien resalta que el problema reside en que, a través de dicho proceso, se dice a las personas que son protagonistas, cuando en realidad están siendo forzadas a consentir su propia opresión. En el mismo sentido y pidiendo la politización de los conflictos, en lugar de su legalización informal, para poder hacer frente a sus causas, véase Abel (1985, 282).

¹³⁰² En esta dirección, véanse el cuadro comparativo y las reflexiones de Faria (1997).

otros y otras regiones, continúa siendo víctima de las consecuencias del colonialismo, aunque ahora oculto bajo el libre comercio internacional. Es necesario relacionar los problemas en el ámbito local y estatal con su contexto internacional, sin olvidar los conflictos bélicos, el genocidio, el hambre, el tráfico de armas, etc¹³⁰³.

¹³⁰³ Cfr. Westermark, en relación con Papua-Nueva Guinea, para quien las cuestiones del derecho local deben conectarse con los procesos transnacionales (1996).

Como ya he indicado, algunas de las preocupaciones expresadas por Laura Nader son extensibles al tema de este trabajo. Sin embargo, si nos ceñimos al campo penal, podemos advertir que, en la mayor parte de las ocasiones, el conflicto penal en su tratamiento habitual tiene poco que ofrecer a ambas partes, ello no implica que no siga siendo necesario el ejercicio de acciones judiciales colectivas en determinados casos especialmente graves, pero se debe tener en cuenta qué es lo que se va a obtener a través del sistema oficial y si es eso lo que verdaderamente se persigue. Este es el debate subrayado por René van Swaaningen en alusión a algunas reivindicaciones feministas.

Antes de comentar brevemente los sistemas normativos de comunidades indígenas concretas, a modo de ilustración, haré referencia a una explicación global expuesta, a comienzos de los noventa, por el antropólogo del derecho René Kuppe. Este autor ha presentado un esquema de la solución de conflictos en las sociedades simples -intentando una liberación de la preconcepción analítica positivista- que puede resumirse en seis puntos (Kuppe y Potz 1995, 34-8):

1. Existe una variedad de modelos de reacción social ante un conflicto¹³⁰⁴, dependiendo su elección de la evaluación personal de la situación, especialmente de los costes y beneficios, pero también de los valores culturales y características individuales de los afectados.

2. No se dispone de instituciones preestablecidas para el manejo de los conflictos a modo de tribunales, aunque sí modelos en los que juega un papel importante -pero no definitivo- el parentesco¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴ Kuppe recalca la importancia de la separación espacial, provisional o definitiva, como forma de tratar conflictos de forma institucionalizada, aunque apenas estudiada.

¹³⁰⁵ Stavenhagen señala que suelen distinguirse, en todo caso, ofensas contra miembros individuales y contra toda la comunidad (1991, 401).

3. No existe una determinación clara del tipo de conflictos a tratar, ni de la argumentación a utilizar, aunque se considera la previsión de las relaciones futuras entre los implicados, teniendo en cuenta sus situaciones concretas y globales.

4. Los conflictos anteriores pueden volver a actualizarse en la resolución de otro posterior.

5. Si los afectados no aceptan el modo de tratar el conflicto, éste puede desviarse hacia la violencia, la magia, etc., aunque es preciso valorar la presión social hacia un compromiso, que no tiene que ser necesariamente equitativo.

6. Un conjunto de intervenciones definen la solución de cara a todos los aspectos relacionados con el conflicto, especialmente los orientados al futuro. La reintegración social del transgresor es tenida en cuenta, sin abandonar a la víctima. En principio, no se piensa en ganadores y perdedores.

Por su parte, Harris indica tres razones por las que los aborígenes australianos -y podría generalizarse a muchas sociedades sin Estado- no necesitan de mecanismos jurídicos propios de las sociedades posindustriales: se trata de grupos pequeños, donde el parentesco adquiere importancia, y se da una ausencia aparente de desigualdades (1994, 295)¹³⁰⁶.

2. 2 EJEMPLOS ILUSTRATIVOS DE DERECHOS INDÍGENAS

En general, la situación en que se encuentran las comunidades indígenas puede calificarse, al menos, de preocupante, cuando observamos los indicadores de detenciones, encarcelamientos, muertes en prisión, desempleo,

¹³⁰⁶ Sobre la relación entre lo tribal y lo moderno, vid. Clifford (1995, 229).

pobreza, falta de recursos, alcoholismo, discriminación, etc¹³⁰⁷. Sin pretensión de exhaustividad o profundidad, relataré a continuación algunos ejemplos de derechos indígenas actuales, comenzando por el continente americano -donde me detendré de forma especial en Canadá, citando el completo estudio de Palys (1993)-, para pasar después a África, Oriente Medio, Asia y Oceanía.

2. 2. 1 Norteamérica

¹³⁰⁷ Por otro lado, en sociedades como la colombiana, encontramos campesinos, mestizos, negros, mulatos, vagabundos, desarraigados urbanos, etc. con problemáticas similares a las indígenas, pero agravadas por una marginación mayor, al no contar con ningún tipo de solidaridad (Grau 1997, 49).

Las comunidades aborígenes de Canadá viven en reservas y poblaciones de mayoría occidental¹³⁰⁸. La Constitución les reconoce explícitamente su originalidad y su derecho de autodeterminación (Ordóñez Cifuentes 1995, 84). La promoción de la justicia indígena se basa también, como ocurre en otros países, en la sobrerrepresentación de estas minorías en los índices de detención, de condena y de internamiento en prisión (Boldt y Long 1985; Greschner 1992; Law Reform Commission of Canada 1991; Lyon 1992; MacKay 1992; Monture-Okanee y Turpel 1992; Sawatsky 1992; Canada's Correctional Service 1991; Dilip 1993).

¹³⁰⁸ Cfr. Nielsen (1992), Royal Commission on Aboriginal Peoples (1993), LaPrairie (1987; 1988; 1992), McDonnell (1992), Clairmont (1996) y Depew (1996). La legislación relativa al derecho aborígen puede encontrarse en <http://www.bloorstreet.com/300block/ablawleg.htm>.

Según la Ley India (*Indian Act*) de 1979, artículo 107, si la víctima o el infractor es indio, un Juez Nativo de Paz tiene jurisdicción sobre los delitos de crueldad contra animales, agresión física y robo con violencia. Palys distingue entre las estrategias de acomodación y de autonomía en la promoción de la justicia aborigen (1993), las cuales han despertado interés respecto de las propuestas de mediación (Jackson 1992)¹³⁰⁹. Dentro de las primeras -que suponen una mera desviación del modelo occidental-, se han desarrollado servicios de justicia penal basados en la comunidad, especialmente para delitos sexuales, y programas culturales, que recogen prácticas tradicionales. Cabe destacar la promoción de las llamadas reuniones en círculo o *community sentencing*¹³¹⁰ *circles* que, como círculos de enjuiciamiento comunitarios, dependen en última instancia de los jueces legos de paz y de la policía local (Stuart 1996; Crnkovich 1996)¹³¹¹. Dichos círculos han sido promovidos por el Juez del Tribunal Territorial de Yukon, Barry Stuart, especialmente desde su decisión en el caso Philip Moses v. Queen en 1992, recordando a las *Family Group Conferences* neozelandesas¹³¹², aunque estos círculos incluyen también a adultos. Se da una discusión en círculo y participan distintos miembros de la comunidad, suspendiéndose la condena al llegar a un acuerdo sobre un compromiso futuro. En segundo lugar, como ejemplo

¹³⁰⁹ Como también despiertan interés ciertas prácticas indígenas respetuosas del medio ambiente dentro del movimiento ecologista actual (Shutkin 1991).

¹³¹⁰ Se intenta sustituir el término "sentencing", ya que equivale a la imposición de penas y conlleva dicotomías punitivas, las cuales pueden obstaculizar el arrepentimiento y la rehabilitación comunitaria, como aspectos importantes en la justicia de las primeras naciones (Byrd 1997, 219, nota 7). Cfr. Arnot (1994) y Crnkovich (1996), quien incluye la visión crítica de las mujeres sobre su utilización en delitos sexuales.

¹³¹¹ Estos círculos, con su enfoque holístico, igualitario y participativo, propio de algunas minorías culturales, se utilizan también como técnica de resolución de conflictos dentro de las políticas sociales con personas aborígenes en las ciudades, cfr. Byrd (1997).

¹³¹² En todo caso, este tipo de conferencias o encuentros familiares existían o siguen existiendo en otras culturas, así p. ej. en Hawai (Shook 1985).

de acomodación, tendríamos el Proyecto de la Isla del Sur en la Colombia Británica, consistente en la creación de un esquema de *diversion* por el que, cuando un caso reúne ciertas condiciones es posible que se llegue a un acuerdo entre víctima e infractor, dándole un enfoque holístico, propio de las comunidades indígenas de la zona, de manera que se consiga una reconciliación con la ayuda de los ancianos que cuentan con autoridad. En tercer lugar, Palys menciona los Tribunales Nativos o Aborígenes, que existen también en otros países como EE.UU. y Australia. Se trata de tribunales canadienses que han introducido algunos elementos de la cultura indígena, pero que básicamente siguen aplicando el código penal dentro de los procedimientos adversativos.

Todo lo anterior puede suponer un paso muy pequeño para aquellos que demandan un reconocimiento constitucional efectivo de la autodeterminación aborígen (Corntassel y Primeau 1995). Ello sin olvidar que, en el seno de estos grupos, surgen también voces que plantean cuestiones críticas en cuanto a las jerarquías y grupos vulnerables preexistentes (Griffiths y Hamilton 1996). En todo caso, el control que se ejerce en la justicia aborígen pone énfasis en el calificativo "social", fundamentalmente a través de la familia entendida en un sentido amplio. Parece ser más tolerante con respecto a determinados comportamientos definidos por las sociedades occidentales como delito, presentándose problemática dicha definición, lo que recuerda las críticas de la teoría del etiquetaje en cuanto a la ontología del crimen. Lo que sí se reconoce es la existencia de comportamientos dañosos que afectan a la resolución del conflicto, insistiendo en la idea de responsabilidad objetiva y colectiva. El infractor es responsable de la restauración de la armonía grupal, tras un ritual de reconocimiento donde se enfatiza el consenso. Si el daño supone una acción contra la comunidad, la resolución se busca entre las personas que conocen al infractor y a la víctima. La idea de justicia no consiste en una parcela separada del resto de las actividades

sociales cotidianas, sino que es parte de la red de relaciones comunitarias, centrándose en la reconciliación cara a cara, con la ayuda de los ancianos, antes que en el castigo, siendo el destierro la reacción más severa (Palys 1993).

Ante estas diferencias con la justicia occidental, algunos autores y organizaciones piden una justicia separada autónoma, que no termina de cuajar por diversas razones de orden jurídico, cultural, administrativo-financiero y político -aquí se subraya que, en todo caso, en Canadá ya se da un pluralismo jurídico teniendo en cuenta la existencia de las comunidades anglófona y francófona-. Los derechos individuales como reacción ante los abusos estatales son propios de la tradición ilustrada occidental y no de la aborígen en cuanto que en ellas no existe esa concepción de Estado. Pero, si se permite una justicia aborígen: ¿qué ocurre entonces con el derecho a la no autoinculpación, a un juez imparcial, a recurrir, a penas no crueles, a la no discriminación por razón de sexo? Algunos autores proponen un código mínimo que controlaría en última instancia esta justicia. Igualmente, recurren a la posibilidad de optar entre una u otra. Quedaría, por fin, la crítica de diversos sectores que apuntan al problema de la pobreza, de la desintegración social y la asimilación que sufren estas comunidades, recalcando que sus relaciones armónicas e igualitarias son visiones románticas del pasado (Palys 1993).

Como ejemplo de justicias aborígenes concretas, Dickson-Gilmore describe la justicia de la nación Kahnawake Mohawk (1996), cuya gente vive actualmente en una reserva a ocho millas en dirección oeste de Montreal¹³¹³. Algunos tradicionalistas entienden que la institución del Juez Nativo de Paz es una imposición gubernamental y proponen un modelo alternativo basado en un sistema separado de justicia tradicional, donde se recojan las promesas sobre instituciones autónomas, hechas por los holandeses en el Tratado de

¹³¹³ Véase su página Web en <http://www-vms.oit.umass.edu/^kahonwes/mohawk.html>.

Albany, en 1664, con las Cinco Naciones Iroquois, ratificadas posteriormente por los británicos. El llamado *Gran Derecho de Paz (Kaianerakowa)* ha sido traducido de su forma oral original a un texto escrito, que cuenta con tres versiones, la primera de ellas de 1885. Al no contener previsiones específicas sobre conflictos que serían considerados delitos, los tradicionalistas se han inspirado en la resolución tradicional de disputas y en los procesos del Consejo de la Nación Mohawk, elaborando una nueva tradición de justicia penal Mohawk. Según la historiografía existente, sólo se conocerían cuatro tipos de acciones a las que se reaccionaría con sanciones: la brujería, el homicidio, el adulterio y el robo. A pesar de que el adulterio conllevaba latigazos en público, otros actos desviados -como el homicidio- se trataban dentro de la jurisdicción del clan y si se producía un homicidio entre clanes, el clan del infractor intentaría que éste confesara el acto y reparase, demostrando su arrepentimiento al otro clan con una serie de obsequios que ofrecía la comunidad y que, si eran rechazados, significaría el deseo de venganza y la huida del homicida. Los tradicionalistas proponen un sistema en que se recupere la idea de la responsabilidad social generalizada y de la restitución, facilitada mediante personas con autoridad que actuarían como mediadores intentando, en primer lugar, que las partes lleguen a una autocomposición, que supervisarían para evitar abusos. Se trataría de un proceso no adversativo de reconciliación y compensación.

Otras propuestas de justicia separada autónoma son las de las naciones Gitksan-Wet'suwet'en, en la Colombia británica, de una *Unlocking Aboriginal Justice*, donde la autoridad basada en el respeto personal, más que en el poder, rige la toma de decisiones dirigidas a la compensación y la restauración de la armonía. Quienes cometen una infracción pierden su autoridad. Se enfatiza el derecho dentro del contexto general de las relaciones sociales, en las que la máxima autoridad es el jefe del grupo familiar. También aquí se reconoce

la necesidad de ciertos profesionales, que estarían bajo la autoridad de dicho jefe. Asimismo se indica que puede existir una tensión en aspectos concretos, como las garantías del procedimiento, entre la tradición occidental de los derechos individuales y las preocupaciones colectivas¹³¹⁴. En todo caso, esta propuesta se sugiere extensible a las comunidades rurales no nativas (Palys 1993)¹³¹⁵.

Finalmente, Palys cita el ejemplo de los Mi'kmaq de Nueva Escocia que practican un sistema de justicia aborígen dentro de un contexto amplio de autodeterminación, basándose fundamentalmente en un esquema de reparación de daños, siendo el ideal la armonía, más que la justicia (1993). El derecho consuetudinario se define como un proceso de reconciliación basado en ejemplos compartidos o modelos de conducta.

¹³¹⁴ Sobre los derechos colectivos, cfr. Sanders (1991).

¹³¹⁵ Cfr. las propuestas para el reconocimiento e institucionalización del derecho indígena en México en González Oropeza (1995, 127-9) y González Galván (1995, 168), demostrando las dificultades y complejidades de tales empresas.

En el caso de EE.UU., donde también se aprecia un control jurídico-penal discriminatorio (Siedschlaw y Gilbert 1994), unas 145 tribus indias gestionan actualmente sus propios tribunales, existiendo tres tipos¹³¹⁶: tribunales de ofensas indias; tribunales tribales; y tribunales tradicionales o convencionales -con el reconocimiento del Tribunal Supremo, a principios del siglo XIX, como “naciones dependientes domésticas”- (Palys 1993). Después de que se creasen las reservas para los indios¹³¹⁷, el gobierno estableció los tribunales de ofensas indias (“Courts of Indian Offenses”), en 1883, con la intención de lograr una justicia al estilo de EE.UU. con jueces indios. Pero éstos estaban demasiado cerca de los litigantes como para comportarse como jueces blancos y buscaban, como los ancianos de la tribu, llegar a acuerdos y conciliaciones, más que seguir la legalidad (Black 1993, 147). En cuanto a los tribunales tribales, los más comunes son los establecidos según la Ley de Reorganización India de 1934, que permitía que las tribus tuvieran su propia constitución y códigos de orden, bajo la supervisión de la Oficina de Asuntos Indios (Palys 1993). Puede citarse el ejemplo de los tribunales tribales de la nación de los Indios Navajos en Nuevo Méjico. Adicionalmente, en 1982 se establecieron los tribunales del pacificador navajo, basándose en formas más tradicionales de justicia reparativa y comunal, tratando especialmente de casos civiles (Yazzie y Zion 1996)¹³¹⁸.

¹³¹⁶ Véase <http://www.bloorstreet.com/300block/ablawleg.htm> y, en general, National Institute of Justice (1996), sobre la legislación estadounidense en este aspecto.

¹³¹⁷ Utilizo en esta Parte el término “indios”, aunque reconozco que supone caer en un reduccionismo heredado del descubrimiento de América y que se aplica a poblaciones que nada tienen que ver entre sí, en todo un continente. En este sentido, vid. Palys (1993).

¹³¹⁸ Para una comparación de estas formas con las tradicionales de los Comités de Justicia Juvenil de Alberta (Canadá), vid. Nielsen (1996). Vid. sobre los sistemas jurídicos de los nativos americanos Colegio Oficial de Psicólogos (1995) y el monográfico de *Mediation Quarterly* (1993). Respecto de la discriminación femenina, cabe recordar que, histórica y paradójicamente, fueron los blancos quienes se negaron a hablar con las mujeres que contaban con la autoridad en algunos pueblos indios, por lo que fomentaron el dominio masculino.

En opinión de Galanter (1981; 1985, 67-8), puede concluirse que el derecho indígena nunca se encuentra en su forma pura, sino que toda regulación implica una combinación, por lo que habla de interacción entre el orden indígena y el estatal.

2. 2. 2 Latinoamérica

Respecto de Sudamérica puede comenzarse con el caso de Guatemala¹³¹⁹. La Constitución vigente de 1965 a 1985 otorgaba al presidente de la República la función de “organizar y desarrollar planes y programas encaminados a resolver de manera efectiva y práctica la integración de la población indígena a la cultura nacional” (Reyes y León-Dell 1994, 30). Según el art. 66 de la Constitución de 1985: “El Estado reconoce, respeta y promueve sus (de los grupos indígenas) formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...” A pesar de representar entre el 40 y 50% de la población guatemalteca¹³²⁰, los indígenas siguen victimizados en toda una serie de campos. El derecho indígena pervive en la forma de costumbres no escritas y donde la administración de justicia particular se rige por el elemento de la reconciliación a través de un consejo de ancianos y algún intermediario aceptado por la comunidad, sin que suelen acudir a los tribunales ordinarios. Por otra parte, algunas costumbres indígenas, como puede ser su medicina, se

¹³¹⁹ Tanto en Guatemala, como en Perú y Bolivia, la población india es mayoritaria. Véase sobre el derecho indígena en Sudamérica, en general, Stavenhagen e Iturralde (1990) y Chenaut y Sierra (1995). Desde la perspectiva de la Criminología crítica, cfr. Colmenares (1995). En cuanto a la descentralización, cfr. Cabrero (1996). Sobre el pluralismo jurídico en el continente y el control social, vid. respectivamente Bergalli (1995) y Tineo (1993); la utopía de José María Arguedas respecto de la añoranza del indigenismo, en palabras de Vargas Llosa (1996). Cfr. Terena (1993) y Pérez y Álvarez (1996) y, específicamente en Ecuador, Guerrero (1996). Sobre la justicia indígena en Costa Rica, Neuman (1997, 123-5).

¹³²⁰ Presentándose problemas de definición (oficial y subjetiva) sobre qué es ser indígena (Reyes y León-Dell 1994, 6-7).

tipifican como delito, sin tener en cuenta que es la única a la que tienen acceso o aceptan según sus valores (ibídem 18-20; 24-5)¹³²¹.

Distintas de las comunidades indígenas en sentido estricto, son las llamadas Comunidades Populares de Resistencia que se formaron durante la guerra civil. Constituyen verdaderas sociedades paralelas que se crearon huyendo de la guerra y de las cuales no se tuvo conocimiento en mucho tiempo. En el momento actual siguen funcionando sobre bases comunitarias, conviviendo gentes de distintas etnias con un modelo donde lo único privado es la casa y la huerta. Se rigen asambleariamente y tienen su propio comité de vigilancia.

En Venezuela, Colmenares apuesta por que el pluralismo jurídico sea una derivación del Estado social y democrático de Derecho y quede plasmado en una reforma constitucional. Según la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, publicada en la Gaceta Oficial, número extraordinario 4.817, de 21 de diciembre de 1994, se crea una jurisdicción especial con tribunales y procedimientos específicos para resolver conflictos interpersonales de forma directa y rápida, basándose en la equidad. En el art. 22 de dicha ley se indica que el Concejo Municipal deberá establecer condiciones en las comunidades indígenas. Esta justicia recuerda a ciertos aspectos de la ley wayúu o guajira en cuanto fomenta la compensación con intervención de terceros. Precisamente, la Sección de Antropología Jurídica de la Universidad del Zulia está llevando a cabo un proyecto de investigación para analizar el contenido del derecho consuetudinario wayúu relativo a la resolución de conflictos, que pueda repercutir positivamente en la justicia penal formal venezolana: “que conlleven formas de compensación y restitución frente a la víctima

¹³²¹ Pueden establecerse paralelismos entre la reivindicación del derecho y de la medicina propios (Ramírez Hita 1996) y, en su caso, de los derechos de propiedad intelectual (Nugkuag 1995, 32-5).

(indígena o no) y que generen una resistencia a la violencia producida por la pena restrictiva de libertad” (Colmenares 1995, 47; 1996).

En el caso de México¹³²², los indios de Chiapas han incluido dentro de sus reivindicaciones de autogobierno el tema de la administración de justicia, que quieren ver reflejado en una reforma de la Constitución. Chiapas, estado más pobre de México, cuenta con 3, 2 millones de habitantes, de los que un millón son indios de distintos grupos -algunos campesinos, jornaleros, fabricantes de carbón vegetal y artesanos-, y más de la mitad son analfabetos¹³²³. Ante su marginación y la influencia de la teología de la liberación, dirigida por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se desató la insurrección de Chiapas en 1994¹³²⁴.

¹³²² Sobre el derecho indígena, en general, en México, véase la Comisión Nacional de Derechos Humanos (1994) y en América Latina Stavenhagen e Iturralde (1990). Se insiste en que existen conductas que algunos indígenas consideran no desviadas, como la caza y la pesca de animales que han pasado a ser protegidos, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas (cabe recordar que según la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de Venezuela se excluye al indígena de la culpabilidad si consumen drogas durante rituales mágico-religiosos), mientras que otras como la brujería no son tomadas en cuenta por los Códigos penales y sí por el derecho indígena. Asimismo, en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso para preservar la armonía interna a través de un consejo de ancianos o un intermediario. Lo jurídico se encuentra imbricado en la estructura social. Los conflictos entre indígenas se resuelven de acuerdo con su propio derecho, mientras que si afectan a un indígena y a un no indígena se suele acudir a las instituciones estatales (Stavenhagen 1991).

¹³²³ En México se reconocen cerca de 2.000 comunidades indígenas y cabe señalar que la capital es la metrópoli latinoamericana con más presencia indígena (Ordóñez 1994a, 19; Huerta Lara 1992).

¹³²⁴ Brevemente, sobre las claves de este conflicto, véase la información del Centro Internacional para la Paz en <http://www.cip.fuhem.es/chiapas.htm>. Igualmente, cfr. Bolaños (1994) y El País, 20-1-1996, p. 9.

Frente a las demandas indígenas, la propuesta, de 29 de noviembre de 1996, de la llamada Comisión de Concordia y Pacificación sobre las reformas constitucionales recogía la siguiente redacción para el artículo cuarto de la norma fundamental ¹³²⁵: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originariamente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” A continuación se reconocía su derecho a la libre determinación como autonomía dentro del Estado mexicano para “aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres; sus procedimientos, juicios y decisiones serán convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.”¹³²⁶ Al mismo tiempo: “Para garantizar el acceso pleno de los pueblos indígenas a la jurisdicción del estado, en todos los juicios y procedimientos que involucren individual y colectivamente a indígenas, se tomarán en cuenta sus prácticas jurídicas y especificidades culturales, respetando los

¹³²⁵ En 1992 se reformó el artículo cuarto, añadiendo un párrafo que reconocía la existencia de los indígenas y su derecho a practicar sus costumbres y mantener su organización social. También se admitía la consideración en los procedimientos agrarios de las costumbres jurídicas indígenas. El problema reside en determinar qué costumbres son jurídicas (Collier 1995, 21). Véase la página Web del Frente Zapatista de Liberación Nacional en: <http://www.ezln.org/> y sobre el mismo, en relación con sus demandas respecto de la justicia indígena, cfr. Samano (1997). En general, cfr. Gómez González y Ordóñez Cifuentes (1995).

¹³²⁶ Téngase en cuenta el ejemplo, en México, de las expulsiones de algunos habitantes del municipio de Chamula en el estado de Chiapas, que atentan contra la libertad de movimientos y de culto y plantean cuestiones relativas a la igualdad jurídica frente a los fueros o jurisdicciones especiales indígenas (Estrada 1997); cfr. Sobre este tema Ana Laura Nettel (1996). Sobre la tensión entre la reivindicación de los derechos indígenas y la razón práctica, cfr. Kraemer (1997).

preceptos de esta Constitución.” Además: “El Estado establecerá las instituciones y políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas...” Se reconocen las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los indígenas pueden compurgar sus penas preferentemente en los establecimientos más cercanos a su domicilio “de modo que se propicie su integración a la comunidad como mecanismo esencial de readaptación social” (art. 18).

En todo caso, las propuestas gubernamentales eran más restrictivas y no han satisfecho al FZLN por lo que las negociaciones deberán continuar. Se pide un “pluralismo jurídico que acepte el uso del derecho indígena como un derecho alternativo” (Ordóñez 1994a, 27). Bartolomé habla del derecho a la existencia cultural alterna, cuestionando su posibilidad dentro de una estructura estatal (1994b).

Dentro de la problemática del estado de Chiapas, resulta interesante la reciente publicación de un libro sobre el *derecho zinacanteco* que tiene su origen en una investigación doctoral antropológica publicada, en 1973, por Jane F. Collier, donde se indicaba que el interés de los zinacantecos no se centraba en el crimen y el castigo, sino en arreglar los conflictos para prevenir la venganza sobrenatural. Collier indica que, en los años setenta, a medida que los promotores de la resolución alternativa de disputas acudieron a los estudios antropológicos en busca de modelos de tribunales de conciliación, se volvió más escéptica sobre la posibilidad de adaptar los procedimientos zinacantecos para su empleo en los barrios urbanos de los Estados Unidos (1995, 15; 19; 21). Los contextos sociales diferían. Los zinacantecos compartían el valor social de cada individuo y un sistema político-económico que recompensaba a los poderosos por atender a los carentes de poder que buscaban imparcialidad. La mayoría de los transgresores eran fácilmente reintegrables a la comunidad mediante una conciliación que contaba

con su participación activa. Hoy en día, los cambios socio-económicos ocurridos desde el trabajo de campo de Collier harían necesario un reanálisis del derecho zinacanteco. Parece ser que los zinacantecos han creado un concepto de costumbre opuesto al concepto ladino¹³²⁷, reprochándose el recurso a los tribunales antes que poner en práctica un proceso de conciliación. En todo caso, Collier subraya que, así como el derecho occidental actual es una tradición viva desarrollada tras la Ilustración, “el derecho consuetudinario zinacanteco no es, ni ha sido jamás, un conjunto estático de normas y procedimientos conservados desde tiempos remotos. Se trata de una tradición que los zinacantecos elaboran, modifican y construyen, según van interpretando y manejando sus relaciones actuales con los miembros de la comunidad y con los forasteros.” En este sentido, en el examen del derecho indígena en el estado de Puebla, Valle insiste en considerar dicho derecho más allá de su aspecto consuetudinario, en cuanto que es expresión de cómo la comunidad manifiesta su identidad y relación con la sociedad global (1994, 50).

De acuerdo con Ordóñez (1994a, 12), entre las demandas jurídicas de los pueblos indígenas de Centroamérica se incluye el etnodesarrollo¹³²⁸, la garantía de representación directa en las instancias de gobierno y la legitimación de sus formas propias de autoridad y administración de justicia. En el IX Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en EE.UU. en 1985, se pedía el reconocimiento de las normas de derecho consuetudinario y la adecuación de los sistemas penales y civiles a la especificidad sociocultural de los pueblos indios, teniendo en cuenta dicho derecho. Los movimientos de los pueblos indígenas adoptan, de esta forma, el lenguaje (¿occidental?) de los

¹³²⁷ Este término tiene un sentido distinto en castellano, pero en esta Parte se emplea, tal y como lo utilizan las comunidades indígenas de Latinoamérica.

¹³²⁸ Sobre la definición del llamado etnodesarrollo, véase Stavenhagen (1995, 114-5).

derechos humanos para reivindicar su propio sistema normativo (Ramírez 1994)¹³²⁹.

¹³²⁹ Sobre dichos movimientos véanse, entre otros, Barre (1988), Bonfil (1988) y Díaz-Polanco (1991). Abad González cita encuentros recientes, en nuestro país, relativos a los movimientos indígenas (1995, 87-8). Para una reflexión sobre la cultura mexicana que no olvide los pueblos indígenas, vid. Alegría y otros (1995).

En el caso de Colombia, viven dentro de sus fronteras ochenta y dos pueblos, cada uno con su propia cultura. Este país tiene la población indígena más variada de América¹³³⁰. Además del artículo 7 de su Constitución, que “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural”, el artículo 246 dice: “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 contrarias a la Constitución y leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.” Ante la necesidad de desarrollo legal de dicha coordinación, se redactaron dos proyectos. El primero se presentó por la Organización Nacional Indígena de Colombia en 1991 y el segundo, en 1992, por el Ministerio de Justicia, pero ninguno de los dos conseguiría ser aprobado. En principio, el fuero indígena se rige por criterios personales y geográficos y la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre conflictos de jurisdicción, determinando que debe apreciarse el caso concreto y la cultura involucrada, así como ponderar la tensión entre el derecho colectivo a la diversidad y los derechos fundamentales individuales.

¹³³⁰ Y, como otras muchas, se enfrenta a las amenazas de la falta de tierras, la destrucción medioambiental..., unidas a las agresiones de grupos paramilitares y guerrilleros. Quizá, como reacción, el movimiento indígena en Colombia es uno de los más firmes.

El sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos desarrolla un proyecto de investigación en colaboración con una universidad colombiana para trazar el paisaje de las justicias articuladas en Colombia, distinguiendo, entre otras: la justicia oficial, indígena, campesina y de la guerrilla (1997). Perafán diferencia cuatro sistemas coexistentes y, en ocasiones, sucesivos o yuxtapuestos, de solución de conflictos en el derecho indígena (1995, 21-2): el segmentario¹³³¹; el de las autoridades comunales permanentes; los religiosos; y los de compensación directa¹³³². En el primero, la autoridad interviene cuando la persona pertenece al grupo de su jurisdicción de parentesco, actuando como árbitro, sólo si una conciliación previa no prospera. Su jurisdicción se reduce a ese conflicto en concreto. Respecto de las autoridades comunales permanentes, destacan los cabildos como órganos centrales producto de la colonización. Los cabildos andinos se eligen popularmente cada año y suelen estar integrados por jóvenes, ya que se trata de una actividad que debe cumplirse por todos. El sistema religioso se basa en la autoridad de los detentadores del conocimiento mágico o representantes de instituciones religiosas (curas de parroquia, samanes, etc.). Finalmente, el sistema de compensación directa opera previa o posteriormente al funcionamiento de la jurisdicción formal, siendo común la existencia de especialistas en componer amigablemente las contiendas. En principio, no existe límite a la posibilidad de compensar las ofensas con bienes y servicios. Cuando estos recursos fracasan o no se cuenta con la posibilidad de acudir a ellos, se aplican estrategias violentas.

Acercándonos al contenido de estos sistemas, y utilizando conceptos dogmáticos occidentales, en la jurisdicción indígena no existe una

¹³³¹ Siguiendo el modelo de Evans-Pritchard en su estudio de los Nuer del Sudán (1940).

¹³³² Menciona, además, los de los grupos guerrilleros que administran su justicia tanto respecto de personas externas que les piden ayuda como de sus propios miembros.

diferenciación de órdenes jurisdiccionales. Entre los actos sancionados encontramos los que tienen que ver con los procesos de acumulación que van en contra de la economía tradicional o con la explotación de recursos naturales no ritualizados. Por el contrario, actos como la poliandria o la consideración de la responsabilidad de los padres respecto de los hijos -ya que toda la comunidad es responsable- no se tienen en cuenta en diversos sistemas indígenas. Dependiendo del conflicto, la imputabilidad puede extenderse al grupo familiar inmediato o incluso a toda la comunidad. La responsabilidad recae en la unidad de organización social del ofensor. Es, por tanto, de carácter social, aunque el ofensor puede ser sancionado por su familia o comunidad. En cuanto a la punibilidad, operan reglas sobre compensaciones y pagos tendentes a la reparación, que se discute y negocia según cada caso. Se incluyen penas de exposición, situando al ofensor en un lugar público para que los demás puedan observarlo, mientras que se pregona su comportamiento (Perafán 1995, 37-41) -subsiste, además, la pena de muerte para casos de brujería-.

El reconocimiento constitucional otorgado en Colombia desde 1991, similar al de otros países¹³³³, supone que los mecanismos de control social

¹³³³ La Constitución de Paraguay dice en su artículo 64: "...Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución..." Según el art. 5 del Estatuto de Comunidades Indígenas de Paraguay, en su artículo 5: "Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público." La Constitución boliviana dice en su artículo 171: "...Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes." Para más referencias sobre la situación de los indígenas, en relación con el control jurídico-penal, véase Pardo (1995) y Colanzi (1991). La Constitución de Nicaragua de 1986 afirma en su art. 89 que las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de "...dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones". Nicaragua, junto con Chile, Uruguay y Venezuela, no ha ratificado ni el convenio 107 ni 169 de la OIT. La Constitución

indígena, basados en la solidaridad comunitaria plasmada en sistemas de compensación/conciliación, se constituyen como parte de la estructura jurídica oficial, en ocasiones, como jurisdicción especial, sin perjuicio de que, en muchos casos, falte un desarrollo legal de los preceptos constitucionales¹³³⁴. Sin embargo, incluso su recepción en la norma fundamental resulta insuficiente, si no va acompañada de la voluntad política que fomente la adopción de ciertas medidas (Huilcaman 1995, 70) y especialmente de un giro en la educación de los operadores jurídicos (Correas 1994; 1995; 1996). Asimismo, este hecho no determina, en mi opinión, que la “antropología jurídica, analizando y documentando el derecho indígena, alcance una función paralela a la de las disciplinas dogmáticas jurídicas convencionales”, aun a salvo de “seducciones positivistas” (Kuppe y Potz 1995, 43).

de Brasil dedica un capítulo a los indios, tras otro referido a los niños, jóvenes y ancianos. Según el art. 231, se reconoce a los indios su organización social, costumbres, idiomas, credos y tradiciones, así como sus derechos originales a las tierras que han ocupado tradicionalmente. Para una compilación de las Constituciones de América Latina, vid. Quiroga (1994).

¹³³⁴ En palabras de Perafán (1995, 16), el conjunto de los sistemas jurídicos indígenas se incorporan al ordenamiento jurídico.

En todo caso, se advierte un cierto cambio en cuanto que la dogmática jurídica deja de contemplar al indio como inimputable (Sotomayor 1996; Yrureta 1981), lo que se recogía y aún recoge en numerosas legislaciones latinoamericanas e incluso en el Código Penal Tipo¹³³⁵. Para Stavenhagen declarar al indígena incompetente o incapaz es despojarlo de sus derechos de ciudadanía, lo que viola sus derechos humanos (1991, 407). Zaffaroni y Maier se encuentran entre los autores latinoamericanos que apoyan que el derecho penal no secuestre los conflictos que no le pertenecen y que encuentran solución satisfactoria en el ámbito de la propia cultura (García Vitor 1992, 283). Otra posibilidad es considerar el error de prohibición, lo que recuerda, en la teoría criminológica, la tesis del conflicto cultural de Sellin (1938)¹³³⁶. García Vitor encuentra en el error de comprensión una solución al error culturalmente condicionado, es decir, aunque se conozca la prohibición no se comprende que la acción es mala y, en todo caso, se actúa de forma normal dentro de su espacio cultural (1992, 286-9). Villavicencio cita algunas de las soluciones que se han propuesto respecto del derecho procesal, así la creación de un jurado de carácter comunitario, la potenciación de la conciliación mediante la reparación del daño que extinguiría la acción penal

¹³³⁵ La Corte Suprema de Justicia colombiana estableció, el 20 de septiembre de 1984, la consideración de inimputables para los indígenas “siempre y cuando su condición de indígena le impida conocer el sentido antijurídico de su comportamiento”, aplicándoles la medida del artículo 96 del Código penal que supone la reintegración a su comunidad. En su argumentación se decía que no es que el indígena -como opuesto al hombre civilizado- fuera inmaduro, sino que se trataba de dos visiones diferentes del mundo (Perafán 1995, 18). Por su parte, el Código penal de Bolivia de 1973 considera inimputable al “indio selvático” y semi-inimputable al “inadaptado cultural” (García Vitor 1992, 282; 1996). Sobre estas cuestiones, véanse Benítez (1988), Flórez Silva (1992) y Sampedro (1987; 1997). Sobre las reformas procesales de comienzos de los noventa en Latinoamérica, vid. Maier (1992b).

¹³³⁶ Sobre la misma, en comparación con otras tesis sobre el conflicto, vid. Lilly, Cullen y Ball (1989). Asimismo, véase su prólogo en la obra de Drapkin (1989) y su biografía escrita por Weitekamp y Kerner (1995).

-con un tribunal arbitral comunitario que diseñaría y admitiría la reparación y la admisión de la costumbre *in bonam partem* (1993, 98-9).

La Constitución del Perú dice en su artículo 149: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.” A través de una ley de 1986 el gobierno peruano reconoció la existencia de las rondas campesinas pacíficas, aunque sus integrantes debían acreditarse debidamente ante la autoridad política. Se consideran como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad, contribuyendo al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidistas. Se rigen por las normas de la Constitución y el Código civil, y según la citada ley: “Tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.” El Código penal de 1991 contempla el error de comprensión culturalmente condicionado, lo que abarca posibles usurpaciones de la función de administrar justicia (art. 15).

Por tanto, se distingue en Perú entre el derecho indígena y el campesino, aunque las fronteras no quedan siempre claras¹³³⁷. A continuación me centraré en el campesino, como aspecto innovador de lo dicho hasta el momento. El derecho campesino tiene como fuentes las prácticas, las actas comunales y los libros de jueces no letrados competentes en el medio rural. Se refiere

¹³³⁷ Para una distinción entre el derecho en las comunidades campesinas, rondas campesinas y comunidades del Amazonas, vid. Villavicencio (1993). Para una visión de las rondas como justicia comunitaria, vid. Núñez Palomino (1996) -quien señala que el Estado ha creado, a principios de los noventa, rondas armadas, inspiradas en aquéllas-, cfr. Revilla y Price (1992). Según el Decreto Ley n.º 22175 de 1978, por el que se aprueba la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, artículo 19, se faculta a las comunidades para resolver conflictos civiles y faltas. Los tribunales deben considerar las costumbres, tradiciones, creencias y valores socioculturales de la comunidad, por lo que determinados abogados solicitan informes antropológicos. Específicamente sobre las comunidades campesinas, vid. Marcos (1996).

al régimen sobre las tierras, las familias y los delitos. El lema: “Entre nosotros arreglamos” resume el principio más importante de su derecho, basado en los valores comunes de la cooperación, reciprocidad y solidaridad. Algunos campesinos han formado un tipo de asociación de vigilantes -aunque actualmente asumen mayores funciones- conocida como ronda campesina, organización de autodefensa para la prevención, investigación de los delitos y detención de los infractores. Se reúnen regularmente, eligiendo sus autoridades y resolviendo mediante asambleas eventuales conflictos entre ronderos.

Se trata de una adaptación ante las condiciones de miseria y dominación. Estos campesinos se resisten a ser considerados como indios o indígenas por su connotación negativa y articulan formas de justicia popular (Brandt 1991). La identidad central proviene de su pertenencia a la comunidad o a la ronda (Vidal 1991). Los campesinos utilizan para referirse a su sistema normativo expresiones como: “su derecho”, “derecho campesino”, “justicia campesina”, “la ley en el campo” para diferenciarlo del derecho formal. Sus orígenes abarcan instituciones modernas, coloniales y prehispánicas. Los acuerdos de las asambleas comunales y las rondas se consideran ley entre los campesinos, a las que se llegan por consensos de las mayorías. Las autoridades son respetadas y elegidas por los campesinos, e imponen sanciones, generalmente severas, aunque también pueden aplicarse amonestaciones. Las multas van destinadas a las obras comunales, en las que participan todos los comuneros. Conjuntamente, en las rondas campesinas, suelen determinarse trabajos como el rondar en la noche o el trabajo comunal de día. Sin embargo, también subsisten, aunque se han ido reduciendo, castigos físicos que se aplican a los ladrones (Vidal 1991), criticándose también el autoritarismo y la falta de formación de algunos miembros de las rondas, que quiere paliarse creando comisiones de derechos humanos. Se trata de hacer una justicia

gratuita, buscando que ambas partes reconozcan sus errores y con la participación de toda la comunidad. En la justicia rondera ambos litigantes o “problemistas”, en asamblea pública, definen el problema y se estrechan las manos, habiendo firmado en ocasiones un acta de compromiso y reconciliación.

2. 2. 3 África

Pasando al continente africano, existen en él numerosas culturas que siguen utilizando formas de mediación y/o compensación como estrategia para la resolución de determinados conflictos¹³³⁸. Asimismo, esta tradición, como ya se indicó, influye en la configuración de un sistema de conciliación previsto en la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos (Weston 1985). Algunos intelectuales han pedido la institucionalización de las formas de control social informal, aunque con los matices necesarios para que no pierden su eficacia (Oloruntimehin 1996).

¹³³⁸ Vid. Allott (1995), Shaidi (1992), Nsereko (1992), Chanock (1985), Moore (1992), Brillon (1985), Black y Mileski (1973), Lempert y Sanders (1986), Elias (1956; 1995) y Rotimi y Oloruntimehin (1992). Específicamente sobre la responsabilidad por daños, vid. Epstein (1995). Respecto de la resolución de conflictos en África en general, vid. Ogbonnaya (1991), Designe (1992), Griffiths (1986), Shaidi (1989), Banton (1980), Grelet (1992), Le Roy y von Trotha (1993), Burman y Harrell-Bond (1979), Raynal (1992; 1994), Soumbou (1992) y varios (1975). En particular, durante el colonialismo, Lombardo (1986) y sobre el “redescubrimiento de alternativas”, Vyas (1995). Cfr. Zips y van Rouveroy (1997).

Por una parte, existe el llamado parlamento tradicional o reunión pública como medio de participación en los asuntos socio-políticos, encontrándose en casi todas las comunidades africanas. Dichos asuntos incluyen también conflictos de intereses o de violación de normas y reglas sociales. Supone un mecanismo participativo de resolución de conflictos destinado a llegar a un acuerdo informal¹³³⁹. El objetivo del parlamento no es proteger a la sociedad sino tratar de recuperar al infractor para beneficio de todos. El parlamento tradicional supone un debate organizado y abierto en el que todas las personas, independientemente de su sexo y edad, pueden participar, para mantener el consenso comunitario, recordando valores ancestrales, como es la importancia de la palabra en lugar de la violencia (Armstrong y otros 1982, 6-7)¹³⁴⁰. Las reuniones suelen acompañarse de comida y bebida. Según Armstrong (1982, 14): “Las sociedades del África occidental son sociedades consensuadas. Presuponen que la discusión producirá un consenso si se continúa durante el tiempo necesario, aunque requieran aplazamientos. De la misma manera, el principio básico de las cortes europeas y americanas es que los litigantes no necesiten verse nuevamente después del juicio, pero las cortes tradicionales del África occidental funcionan de acuerdo a la idea de que los litigantes y sus familias son vecinos y deben permanecer siéndolo después del juicio.” Bakomba compara un juicio penal en París con la práctica de los parlamentos tradicionales en el Zaire, especificando que, en éstos, todo es diferente (ritmo, lenguaje,

¹³³⁹ Parece ser que los términos “parlamento” o “palabra” fueron utilizados por los comerciantes portugueses, en la costa occidental, para describir una charla entre nativos (Karanja-Diejomaoh 1982, 43).

¹³⁴⁰ En algunas zonas de Etiopía existe una clase de parlamento tradicional llamado *awuchachigne* (“ayúdame”) que se reúne a instancia de las autoridades oficiales y ancianos para charlar sobre cómo detectar el paradero de un infractor. Se describen las circunstancias del delito y las sospechas sobre una persona, abriéndose la sesión a todos los participantes (Beseat 1982, 33-4).

procedimiento) (1982, 88-94). El conflicto nacido de una ofensa constituye, en primer lugar, un acto social. El infractor no se encuentra sólo, sino acompañado por su familia y toda la comunidad. El proceso se basa en los sentimientos humanos y la comunidad entera se siente responsable. La invitación a participar implica la responsabilidad de cada persona en la resolución de la disputa y al aceptarla se rechaza la violencia, lo que se simboliza en la comida final.

Karanja-Diejomaoh analiza cómo el conflicto, las relaciones de poder y la autoridad informal o no institucionalizada se utilizan durante el parlamento tradicional¹³⁴¹ (1982, 46-59). Es preciso tener en cuenta, para su correcto desarrollo actual, la desintegración social ocasionada durante el colonialismo¹³⁴². En todo caso, Bakomba indica que: “Los tribunales del estado competían con el parlamento tradicional hasta tal punto que los colonizadores se vieron obligados a crear -¿era verdaderamente necesario, pues ya existían?- tribunales de derecho consuetudinarios presididos por los ‘jefes nativos’” (1982, 82; 85-6). Las demandas se resolvían así aplicando las costumbres de cada grupo étnico. En la actualidad, algunos autores insisten en no perder lo que se entiende como una forma de democracia que recrea la cohesión mediante un acto social colectivo consistente en resolver oralmente un conflicto, como un “coro hablado” donde existe un espacio y lugar para el canto, el llanto, la risa, las fábulas, los proverbios¹³⁴³, las historias, etc. (Bakomba 1982,

¹³⁴¹ En algunos grupos étnicos en Kenia, según la naturaleza del conflicto, es el cabeza de familia o el clan de ancianos -en ciertos pueblos se incluye a las ancianas- quienes cuentan con esta autoridad y responsabilidad de resolver los conflictos y mantener la paz en la comunidad. En ocasiones, el culpable paga una multa en especie (chivo, cerveza, etc.) que suele consumir con sus vecinos (Karanja-Diejomaoh 1982, 47-9).

¹³⁴² Sobre la revitalización del parlamento africano durante los procesos de independencia y desarrollo político posterior, concretamente en Tanzania, véanse Katoke y Ndagala (1982).

¹³⁴³ Hablando del Zaire, según expresa Bakomba (1982, 84), en el siglo XVI, en Mbanza-Kongo (San Salvador), se elegían a los hijos de ciertas personas para entrenarles

83). Urge, por tanto y teniendo en cuenta los cambios sociales, que no se pierda la rica tradición oral de los ancianos (Beseat 1982, 38-9). Refiriéndose al caso del Zaire, Bakomba aclara que el objetivo del parlamento tradicional no es impartir justicia, sino restablecer la paz. Se rechaza el castigo como apartamiento espiritual de la comunidad por haber cometido una ofensa momentánea. Al final del parlamento tradicional, se rehabilita a la parte culpable como miembro de la comunidad. De hecho, todos sus miembros se sienten culpables por no haber podido impedir el surgimiento de la disputa (1982, 85).

En opinión del profesor Hamdesa Tusso (1996), del Instituto de Análisis y Solución de Conflictos de la Universidad estadounidense de George Mason, existen sociedades indígenas que conservan formas de convivencia, prevención y resolución de conflictos mucho más eficaces y desarrolladas que las civilizaciones dominantes¹³⁴⁴. Explica la situación de los Oromo, unos 30 millones de personas que viven en los Estados de Etiopía, Somalia y Kenia. Los Oromo no confían en el sistema jurídico estatal y resuelven el conflicto según sus costumbres. Su visión del mundo se basa en la importancia de la paz y la armonía para la vida social, de manera que se entiende que la comunidad puede resolver todo conflicto, incluyendo la reconciliación, la cual requiere limpiar la atmósfera, es decir, mantener las relaciones de armonía con los vecinos y la naturaleza. El sistema *Gada*, de organización socio-política compleja, impide que se perpetúe el poder en los mismos grupos familiares, previniendo la corrupción y potenciando un sistema participativo. Si se

en los procedimientos legales. Al convertirse en hombres comenzaban a practicar como jueces con sus conocimientos de los proverbios.

¹³⁴⁴ En relación con ello, la UNESCO desarrolla un programa de "Cultura para la Paz", llevando a cabo experiencias piloto en Nicaragua, Ecuador, Guatemala, Burundi, Mozambique y Ruanda, basándose en la recuperación y aplicación de las prácticas tradicionales de negociación oral.

produce un hecho violento, se entiende que existe una responsabilidad colectiva de la comunidad de pertenencia del agresor, obligada a iniciar un proceso de reconciliación y reparación, en el que las mujeres realizan una importante labor.

En Sudáfrica se da una coexistencia de distintos órdenes: justicia popular, cívica, religiosa y tradicional. El interés del Estado es controlar todas las formas de justicia¹³⁴⁵, pero en la práctica no ha podido regularlas, pudiéndose hablar quizá de complementariedad. En todo caso, la resolución de conflictos de competencia no está institucionalizada, pero sí opera en la práctica (Nina 1997; Nina y Schwikkard 1996). Koyana ha resaltado las notas de vergüenza, reconciliación y reparación presentes en la justicia tradicional de los Transkei, un pueblo que agrupa en la actualidad a unos cuatro millones de personas (1980; 1996). A partir del siglo XIX, cuando culminó la conquista de los Boers, se inició la coexistencia entre el derecho occidental y el tradicional, aunque éste sólo fue reconocido parcialmente. Se admitió su práctica, en tanto en cuanto no fuera contrario a los principios esenciales del sistema legal y del derecho natural. Ante esta abstracción, la limitación era bastante amplia. Sistemas como la *lobola* o dote, base de la familia tradicional, permanecieron. A pesar de que, a fines del siglo XIX, se había producido un proceso de aculturación, la mayoría de la población continuaba viviendo de acuerdo con el derecho consuetudinario, caracterizado frente al occidental por su énfasis en la comunidad -lo que explica la creencia en los procedimientos de reconciliación y reparación-; por la concreción y visibilidad pública de las instituciones jurídicas y sus prácticas; y por la ausencia de límites temporales, lo que elimina, por ejemplo, la prescripción

¹³⁴⁵ Así, por ejemplo, justicia y reconciliación han sido unidos por el Estado desde 1994 en el proceso constituyente y con el surgimiento de la Comisión de Verdad y Reconciliación (sobre la misma, véase la Tercera Parte). Sobre la nueva Constitución, vid. El País (16-12-1996, p. 10).

de penas y delitos. A partir de los años sesenta, ante la presión del Congreso Nacional Africano, el gobierno decidió devolver una serie de poderes a los jefes tradicionales¹³⁴⁶, aunque el presupuesto seguía siendo controlado por aquél. De acuerdo con los cambios constitucionales más recientes, la actividad de los jueces se reorganiza en provincias y se reconoce el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario, mientras no entre en conflicto con la Constitución, cuestión a dilucidar en los tribunales, ocupados, en su mayor parte, por blancos. Por otra parte, Anne Griffiths ofrece una visión crítica de lo que se supone un modelo de justicia popular en Botswana que, en realidad, sigue controlado por el Estado y donde no se satisfacen las demandas de igualdad de las mujeres (1996).

2. 2. 4 Oriente Medio

¹³⁴⁶ Seleccionados entre los hijos de jefes anteriores o entre quienes demuestren su capacidad de argumentar o, paradójicamente, de luchar.

En lo que respecta a Oriente Medio, en un estudio sobre las tribus de beduinos y otras tribus árabes en el Estado de Israel actual, Joseph Ginat concluye que se da una influencia mutua entre las estructuras estatales y tribales (1997). Dichas tribus, que viven de la agricultura o el pastoreo -implicando cierto nomadismo-, practican la venganza de sangre basada en la responsabilidad colectiva y el honor, pero por miedo a sanciones penales estatales, no se da en la práctica o se intenta llegar a acuerdos (*sulha*)¹³⁴⁷. Estas tribus también tienen sus propias estructuras de mediación para determinados casos. Fuera de ello, los funcionarios gubernamentales suelen mediar antes que imponer decisiones judiciales, o pueden considerar un acuerdo como circunstancia atenuante si se trata de casos leves de venganza, como en general ocurre con los delitos menores.

En cuanto a las estructuras de mediación propias de estas tribus, especialmente si son sedentarias, al mediador -generalmente varón- se le conoce con el nombre de *wasita* o *wasta*, quien suele ser un forastero, pero con cierta relación con las partes en conflicto. Cuenta con una buena reputación que le ayuda a facilitar un acuerdo a través del pago del dinero de sangre (*diyya*) o un acuerdo de paz (*sulha*). Es el grupo acusado el que busca los servicios de un mediador voluntario¹³⁴⁸, quien suele realizar una mediación indirecta en casos de venganza de sangre. En todo caso, éste es un ejemplo de cómo, con dificultades, sobrevive una práctica sin que esté siendo promovida por el Estado y que probablemente irá cayendo en desuso al incorporarse los miembros de estas tribus a la economía general e ir adquiriendo una conciencia más individual, si bien es cierto que son también

¹³⁴⁷ Otras posibles sanciones son el ostracismo y la vergüenza extensible a toda la familia.

¹³⁴⁸ En ocasiones los mediadores pueden pasar a ejercer funciones de adjudicación retribuida.

los primeros en sufrir la crisis económica y retornar a sus comunidades. De cualquier forma, existen iniciativas por parte de las propias tribus, y así en un campamento beduino en Galilea se ha creado un comité, compuesto por mediadores y ancianos, cuya tarea es determinar si las disputas serán resueltas internamente o mediante la aplicación del derecho estatal, favoreciendo la primera opción y enfatizando la importancia que aún tiene la vida colectiva (Ginat 1997, 55-99; 192-3).

La psicóloga Eileen Borris, dentro de la organización *Peace Initiatives*, ha narrado el proceso palestino de resolución de conflictos de carácter colectivo y local, denominado *atwah* o *sulh ash'a'iry*, cuya meta es acortar el tiempo entre la disputa y la resolución para prevenir conflictos sangrientos (1994) y que se encuentra presente en varios países árabes del llamado Creciente Fértil como tradición tribal pre-islámica¹³⁴⁹. Si una persona mata a otra, el homicida debe acudir inmediatamente al grupo de notables de la comunidad. Tiene que visitar a todos los que compondrán luego una delegación, diciendo ciertas palabras que significan una petición de ayuda. La delegación, una vez formada, va a la casa de la víctima, pretendiendo restaurar el honor de la familia ofendida, reconociendo lo ocurrido, expresando su dolor y pidiendo un armisticio que suspenda la posible venganza. Si la familia quiere escuchar y hablar, la delegación ofrecerá una compensación, explicando en todo caso que no existe cantidad de dinero alguna con la que poder reparar -las familias no necesitadas no suelen aceptar el dinero, aunque prometan no vengarse-. La delegación vuelve a la casa de la

¹³⁴⁹ En países como Siria y El Líbano el gobierno llega a reconocer resoluciones adoptadas según el derecho tribal en regiones alejadas de los centros urbanos. En Jordania se han homologado las decisiones de los tribunales familiares mediadores como oficialmente vinculantes. En Gaza y Cisjordania se utiliza este sistema como resistencia a aceptar el sistema jurídico israelí. Se afirma que el *atwah* es tan popular entre árabes cristianos y musulmanes porque se enmarca dentro de una sociedad donde se enfatiza la vergüenza y el honor (Queibo).

víctima muchas veces -inclusive años-, tras varios días de duelo, ofreciendo ayuda. Se fijará una fecha para que las autoridades con los implicados se reúnan en un lugar público. La delegación llevará al homicida con una bandera blanca y se dirigirá hacia la familia de la víctima. Se hará un nudo en la bandera para simbolizar una paz que no se rompe y el infractor estrechará la mano de los familiares. Finalmente, hablarán las autoridades, y la familia de la víctima invitará a tomar café amargo -representando la amargura de lo sucedido-. La familia del ofensor invitará a los otros a comer y partir el pan juntos. Esta forma de justicia tradicional, anterior a la formal, subsiste en algunas comunidades, aunque el derecho oficial tiene prioridad -a veces se pide a las autoridades que se le conceda un permiso penitenciario al ofensor para poder realizar esta ceremonia, independientemente de la condena-.

2. 2. 5 Asia y el Pacífico

También en el ámbito de la región de Asia y el Pacífico, Jandt y Pedersen hacen referencia a estrategias de mediación, identificando cuatro elementos presentes para una mediación constructiva (1996b, 258; 260; 263)¹³⁵⁰: los mediadores son parte de la comunidad local y están familiarizados con el contexto en el que ocurre el conflicto; no necesitan ser neutrales, sino gozar de credibilidad ante las partes en disputa; la mediación supone un proceso interesado en la reconciliación duradera y no meramente en la fijación de la culpa; y, por último, se enfatiza el bienestar de la unidad social como aspecto más importante que los derechos individuales. Asimismo, los casos presentados en el libro editado por dichos autores, muestran que la mediación puede complementar el ordenamiento legal de forma beneficiosa para ambos sistemas. Este pluralismo existió anteriormente durante la colonización en

¹³⁵⁰ Sobre el derecho indígena asiático en general, véase Chiba (1986; 1989).

determinadas zonas. Así en Indonesia se permitía elegir entre ser juzgado por el derecho holandés o por el tradicional, sobreviviendo el derecho consuetudinario y formas indígenas de mediación. Algunos países han intentado reconocer formalmente la legitimidad de este derecho dentro del sistema jurídico. En Filipinas, una comisión presidencial redactó un borrador de decreto estableciendo un sistema de resolución de disputas en la esfera local, basado en parte en tradiciones de conciliación existentes antes de la colonización. En este país, desde la Ley de 1978 de Katarungang Pambarangay¹³⁵¹, se establecieron órganos locales de conciliación que, generalmente, constituyen un paso previo para acceder a los tribunales, intentando recuperar la tradición. Sin embargo, los musulmanes del sur de las Filipinas y otras tribus en la región de la Cordillera se resisten a esta regulación y siguen sus propias formas de resolución de disputas mediante la intervención de las autoridades comunitarias (Tadem 1996).

En Sri-Lanka la mediación se utilizaba como medio de resolución de conflictos desde el siglo V a. C. y, recientemente, se ha tratado de reintroducir esta práctica. La Ley de Juntas de Conciliación de 1958 se aprobó para reconocer los acuerdos de conflictos suscitados en los pueblos y el programa de mediación actual se rige por una Ley de 1988 que estableció juntas de mediación en el país, creadas en 1990. El sistema de mediación persiste como suplementario o preliminar y se rige, más que por el principio de legalidad, por el de moralidad, teniendo presentes los sentimientos humanos (Rubasinghe 1996). En el sur de Tailandia, los habitantes de comunidades pequeñas han continuado acudiendo a los ancianos y monjes budistas para resolver sus problemas. Como la mayor parte de la población es budista, los monjes son considerados personas con el respeto y el prestigio suficientes

¹³⁵¹ Vid. Silliman (1985) y Tan y Pulido (1981).

para actuar como mediadores, utilizando una serie de rituales (Songsamphan 1996)¹³⁵².

¹³⁵² Vid. sobre la cultura tibetana, el proceso del Carma y Darma, que introduce la idea de compasión, French (1995). Cfr. Ratnapala (1993) y Yü Li (1995) sobre el delito y su respuesta en el budismo y, en general, sobre la compasión Horigan (1996).

Los maoríes en Nueva Zelanda o, como es conocida por ellos, Aoteraoa, han desarrollado una justicia basada en la reparación¹³⁵³. Jackson, encargado por el Departamento de Justicia de este país del informe sobre la sobrerrepresentación de los maoríes en el sistema penal, recomendaba un sistema de justicia separado, para lo que se necesitaría un reconocimiento previo de su soberanía, presupuesto que explica el rechazo gubernamental a su propuesta (1988; 1994). En todo caso, además de las conferencias de grupo familiar descritas en la Parte Tercera, existen iniciativas locales en forma de audiencias basadas en el *marae* -lugar de encuentro- para tratar a personas que han abusado sexualmente de niños¹³⁵⁴, así como procedimientos de *diversion* policial y propuestas a la junta de libertad condicional para que se produzca la reinserción en determinadas comunidades (Pratt 1996, 151-2).

¹³⁵³ Para un esquema comparativo respecto del sistema penal europeo, véase Pratt (1996, 143). En cuanto a los primeros estudios etnográficos sobre la variedad en las islas de Oceanía, sobre la escasa importancia del derecho como medio de control social y la afirmación de que la base del mismo se encontraba en la dependencia mutua y la conformidad, véase Drapkin (1989, 363-97). Sobre la legislación relativa al derecho aborigen en Nueva Zelanda y Australia, vid. <http://www.bloorstreet.com/300block/ablawleg.htm>; la situación de los aborígenes en Nueva Zelanda, en general, Havemann y Turner (1994; y Carmichael (1994), sobre el perdón respecto de conductas categorizadas como delito en la cultura de los Samoa, Filoiali'i y Knowles. Respecto de Papua-Nueva Guinea, cfr. Weisbrot (1982) y Westermarck (1986; 1996).

¹³⁵⁴ Cfr. para un caso de conflicto entre la población tribal local y personas no maoríes que deseaban construir un hotel, Tangiora (1996).

También se aprecia, para el caso australiano, la sobrerrepresentación de personas aborígenes en prisión y su alta tasa de suicidios en ella (Walker y McDonald 1995; Harring 1994)¹³⁵⁵. Diversos autores han destacado sus formas constructivas de socialización y pacificación ante los conflictos. Mueller y Adler han descrito la actuación de los grupos tótem entre los aborígenes australianos¹³⁵⁶. Algunas familias se dedican al culto para mantener el equilibrio del mundo y el curso regular de la naturaleza. Transmiten los secretos de la vida pacífica a los jóvenes, que para ellos se concretan en la obediencia a los padres y la observación de los tabúes de la comunidad (1996, 55). Puede recordarse que, en 1977, la Fiscalía General del Estado australiano pidió a la Comisión de Reforma Legal que informase sobre el reconocimiento de las leyes consuetudinarias aborígenes, considerando dos cuestiones: la posible acomodación de la legislación positiva de dichas leyes y la aplicación propia, incluyendo sus sanciones. Las polémicas críticas a que se enfrentaron estas propuestas giraron en torno a la excesiva complejidad

¹³⁵⁵ Para un análisis del derecho penal, a principios del siglo XIX, vid. Byrne (1993) y el comentario de su obra en Kercher (1995). En relación con la socialización de los aborígenes y los controles informales, téngase en cuenta que, según el informe de la Comisión Australiana de Derechos Humanos, titulado *Llevándolos a casa*, hecho público en mayo de 1997, desde finales del siglo pasado hasta los años sesenta, el Estado australiano llevó a cabo una política de asimilación, consistente en el traslado forzoso de decenas de miles de niños aborígenes. Sobre la discriminación de las agencias de control jurídico penal respecto de los menores aborígenes, vid. Gale, Harris y Wundersitz (1990); cfr. Bonta, LaPrairie y Wallace-Capretta (1997). Respecto de los suicidios en prisión, cfr. Roberts (1996) y la situación de los jóvenes aborígenes en relación con la justicia, Carrington (1990). Cabe indicar que la situación de estas comunidades, como otras en diversos países, se encuentra tan deteriorada que el gobierno puso en marcha, en abril de 1997, un controvertido programa consistente en enviar tropas a las reservas para ayudar a mejorar sus condiciones sanitarias y de vida en general (El País, 10-4-1997, p. 8). Sobre aspectos de la cultura Maorí, vid. Malykke (1991) y Cowan (1992).

¹³⁵⁶ Desde finales de 1970, la Criminología radical en Australia comenzó a acercarse a la cuestión de las minorías, incluyendo los aborígenes (Brown y Hogg 1992, 152; 168-9). Sobre la justicia penal aborigen en Australia, véanse Hazlehurst (1986; 1988; 1990), McKillop (1993), Cunneen (1992), Lafargue (1996) y Schneider (1993b). Sobre sus reivindicaciones en general, en relación con el derecho, vid. Watson (1996).

y desigualdad que implica el pluralismo jurídico y a la inexistencia de leyes genuinamente tradicionales (Kirby 1985).

3. SISTEMAS NORMATIVOS DE OTRAS MINORÍAS CULTURALES EN OCCIDENTE

Autores como Kly han distinguido entre minorías nacionales, inmigrantes y sociales (1997, 193). En este apartado voy a centrarme en la minoría gitana, pero no por ello quiero dejar de aludir a comunidades inmigrantes¹³⁵⁷. De alguna manera, considerando los diversos estudios que se refieren al concepto de subcultura en relación con el control social, cabría entender que muchas de estas comunidades, occidentales o no, conservan sus propias tradiciones y apenas acuden a la justicia penal como víctimas de los ciudadanos del país o de conflictos internos, especialmente si no son graves. Sí lo hacen como infractores, ya que en este aspecto se encuentran generalmente sobrerrepresentados.

Aquí también pueden darse conflictos de valores que implican la intervención de la justicia estatal, como en casos de bigamia, ventas sin permisos, mutilación de órganos, etc. (Facchi 1994). Bierbrauer ha estudiado elementos de la cultura jurídica de grupos kurdos y libaneses en Alemania, contrastándola con la de los alemanes. Esta última parece ofrecer elementos de un mayor individualismo que se refleja en una preferencia por procedimientos legales, mientras que la cultura de los grupos de inmigrantes estudiados se presenta con elementos colectivos que otorgan valor a las normas

¹³⁵⁷ Se incluye en este término los problemas de las llamadas segundas generaciones. Vid., respecto de las familias magrebíes en Francia y Bélgica, respectivamente, Rude-Antoine (1986; 1995) y Foblets (1994); y sobre conceptos de solidaridad en comunidades inmigrantes indonesias en los Países Bajos, Strijbosch (1985). Cfr. sobre las sociedades multiculturales y el pluralismo jurídico en general, Lucas (1995), Greenhouse y Strijbosch (1993), Burman (1978) y Ostrowetsky (1996). En relación con el derecho penal, vid. Ghezzi (1996) y Shusta *et al.* (1995). Sobre el multiculturalismo, las minorías y el Estado, vid. Narbona (1996) y Siesby (1996). Podría aludirse también a lo que llamaría subculturas de turistas extranjeros en las zonas costeras de países como el nuestro, quienes generalmente suelen conservar sus costumbres, aunque cambien de geografía (Jurdao 1992).

de la tradición y la religión en el tratamiento de sus propios conflictos (1994).

Por su parte, Yuen J. Huo ha analizado los efectos de la diversidad cultural en la resolución de conflictos en los EE.UU.-con incremento constante en la proporción de personas de origen asiático y latinoamericano-, desde la perspectiva de la Psicología social, en cuanto que el derecho se basa en códigos morales de lo correcto e incorrecto y en asunciones sobre los motivos humanos (1997). Huo distingue dos modelos: el relacional y el instrumental. El *relacional* se explica por las teorías de la identidad social, y asume que las personas actúan por su deseo de alcanzar reconocimiento y *status* como miembros legítimos de grupos valorados. Los individuos reaccionarían ante un conflicto según sus percepciones de la justicia con que fueron tratados, se fijarían más en el proceso y les importaría el mantenimiento futuro de las relaciones. Este modelo se encontraría especialmente en culturas comunitarias donde existe una preocupación por la solidaridad intergrupala y la armonía interpersonal, por lo que se favorecerían procesos de mediación. El *instrumental* se explica por la teoría del intercambio social y asume que las personas se ven impulsadas por el interés propio y el deseo de maximizar sus recursos y otros bienes tangibles. Los individuos, ante un conflicto, se fijarían en la evaluación de sus resultados favorables. Este modelo sería el propio de las culturas individualistas, donde existe una mayor preocupación por la autonomía y los logros personales, por lo que se acude a procesos judiciales.

Teniendo en cuenta estos dos modelos, según un estudio con estudiantes de origen asiático, latinoamericano, africano y anglosajón, no existían grandes diferencias, ya que mayoritariamente se daba más importancia al proceso que al resultado de la resolución de los conflictos. Esto lleva a concluir a Huo que puede que exista un grado mayor de acuerdo entre grupos

étnicos diversos sobre la forma de resolver conflictos, que el que predicen los teóricos culturales, aunque naturalmente esta conclusión puede verse condicionada por el diseño limitado de dicho estudio. Sin embargo, respecto de los conflictos entre personas de diferentes grupos étnicos, parece ponerse mayor énfasis en procesos adversativos. Ello se explicaría porque las personas tienden a percibir a los miembros de fuera de su grupo en términos de estereotipos negativos. Indica que las personas se preocupan por un proceso justo sólo cuando se ven implicadas otras con las que se identifican y de las que ven depender su *status* y reconocimiento¹³⁵⁸. A la luz de sus investigaciones empíricas, propone enmarcar los conflictos entre personas de diferentes culturas en un orden superior a ambas, más inclusivo, asumiendo que los individuos pueden pertenecer simultáneamente a grupos diversos. De esta manera, su experiencia del conflicto se guiaría por su preocupación por un proceso justo -que requiere un sistema social, político y económico justo-, más que por el interés propio.

En relación con otros aspectos culturales, algunos tribunales de nuestro país, ya han aceptado la apreciación del error de prohibición para

¹³⁵⁸ Cfr. la teoría de Habermas sobre los mundos de vida y, anteriormente, la afirmación de Gluckman (1954) en cuanto que se distinguen las relaciones múltiples de las de interés único. Las primeras se caracterizan por ser difusas, multidimensionales y normativas, siendo más comunes en las sociedades pequeñas. Por su parte, las relaciones de interés único son formales, especializadas, específicas funcionalmente, instrumentalizadoras y orientadas a una meta, siendo propias de áreas urbanas extensas. Cfr. la distinción sobre lenguajes de derechos -individuales- o de relaciones en O'Barr y Conley (1990). Cfr. La dicotomía formulada por Vilhelm Aubert entre conflicto de intereses y conflicto de valores en relación con las formas triádicas de resolución de los mismos (1963). Véase el artículo de Fuller sobre las formas y límites de la adjudicación, en relación con su distinción de las dos formas de orden social: el basado en la reciprocidad y el basado en el interés común. Fuller concluye que la adjudicación tiene sus límites en aquellas áreas donde la efectividad de la asociación humana se destruiría si fuera organizada según "rights" and "wrongs" definidos formalmente (1978, 371). Igualmente, indica dos límites intrínsecos de la mediación: no puede emplearse cuando se encuentran involucradas más de dos partes; y presupone un engranaje de intereses de una intensidad suficiente que haga que las partes estén dispuestas a colaborar en el esfuerzo de mediar (1971, 330).

determinadas prácticas¹³⁵⁹. Se vuelve a recordar la teoría del conflicto cultural de Thorsten Sellin, que formulaba, en los años treinta, poniendo como ejemplo a inmigrantes sicilianos que cometían una serie de delitos relacionados con su valor del honor¹³⁶⁰. Por otro lado, algunos autores han subrayado las paradojas de una llamada vulnerabilidad multicultural en la que chocan el derecho oficial y el de la minoría étnica, sin que determinados grupos, como las mujeres, puedan obtener una tutela satisfactoria por parte de uno u otro (Shachar 1996). En relación con su tesis descrita en la Primera Parte, Braithwaite indica lo siguiente: “La justicia penal apenas constituye una respuesta creíble al pluralismo moral porque supone una tradición unicultural, unívoca -un juez pronuncia la ley de un pueblo siguiendo procedimientos de justicia enmarcados en la cultura dominante en la sociedad. Un atractivo de la justicia restaurativa es que puede ser multicultural... Esto es así porque los procedimientos restaurativos que menos se parecen al legal crean un espacio donde los participantes pueden ser protagonistas con el control del proceso” (1996, 93-4). Este argumento debe volver a enfrentarse con las críticas que hablan de una mera apariencia de protagonismo dentro de procesos vulneradores de los derechos de los más marginados (Nader 1997).

¹³⁵⁹ Así, respecto de un caso de mutilación genital femenina en Barcelona, donde se pidió el informe de una antropóloga. Sobre ablación femenina, vid. Breuilly (1990). Sobre las dificultades que presenta el trabajo de distintos profesionales -antropólogos, trabajadores sociales, etc.-, que informan a los tribunales sobre el derecho consuetudinario no escrito de las minorías étnicas en países europeos, véase Strijbosch (1996).

¹³⁶⁰ Cfr. sobre la situación actual de la mafia en Italia, Normandeu (1995), Blanco (1997, 46-9) y Catanzaro (1992), destacando los valores del honor, la violencia o la amistad instrumental como aglutinantes sociales. Por otra parte, respecto de los estados del sur de EE.UU., en lo que sería la “subcultura de la violencia sureña”, algunos autores se han referido al uso de la violencia para resolver conflictos interpersonales en la vida cotidiana y sus actitudes en favor de la pena de muerte (Borg 1997; Bohm 1992; Grasmick y McGill 1994).

Finalmente, respecto de la valoración de las subculturas en los estudios criminológicos -por parte de los interaccionistas, la Escuela de Chicago, Sutherland, Cohen, Cloward y Ohlin, etc.-, puede subrayarse el interés actual por las llamadas **tribus urbanas**¹³⁶¹. Sin embargo, en su tratamiento, no nos interesan aquí su código de valores y prácticas, ya que muchas de estas bandas utilizan estrategias violentas. Contrariamente a los ejemplos expuestos hasta el momento, para las tribus urbanas destructivas, como los *skin heads*, la violencia se valora positivamente en sí misma, lo que explica determinados actos de agresión expresiva, simbólica o gratuita, reafirmando el poder que se siente al ejercerla sobre personas consideradas inferiores (homosexuales, inmigrantes, gitanos, mendigos, etc.). La cuestión fundamental en este apartado es que sus acciones obedecen a ese código interno compartido frente a la mayoría (Pérez Tornero, Costa y Tropea 1996). En relación con estos aspectos, Ferrell y Sanders proponen una Criminología cultural crítica que estudie, mediante una “inmersión etnográfica”, los comportamientos sociales que obedecen a un significado y estilo subcultural determinado¹³⁶², que refleja su conexión con la cultura dominante (1995a y b).

3. 1 LA MINORÍA GITANA EN ESPAÑA¹³⁶³

3. 1. 1 La adaptación al derecho estatal como respuesta a la discriminación

¹³⁶¹ Cfr. las bandas juveniles de la posguerra en EEUU y su reflexión criminológica.

¹³⁶² En particular, sobre los estilos subculturales como formas estéticas, vid. Ferrell (1995, 169-70), quien define el estilo como “un elemento concreto de la identidad personal y grupal, fundado en las actividades cotidianas de la vida social”, y construido dentro del comportamiento colectivo a través de la interacción social.

¹³⁶³ Mi exposición no pretende entrar de lleno en la complejidad del pueblo gitano en la sociedad española actual, sino tan solo tratar limitadamente aquellos puntos relacionados con el tema que nos ocupa.

Dedico este subapartado al sistema normativo de una minoría cultural concreta, existente en nuestro país desde hace siglos. La historia del pueblo gitano no cuenta con fuentes muy fiables y los estudios son escasos (San Román 1997, 1; Vargas González 1997). Originarios del norte de la India, emigraron a partir del siglo X en grupos nómadas a muy diversos países, diseminándose en el siglo XIV por Europa¹³⁶⁴. Principalmente por razones políticas -nacimiento de los Estados unificadores-, a mediados del siglo XVI ya habían sido expulsados de España, el Sacro Imperio, Francia, Inglaterra y Roma. En todo caso, estas políticas de eliminación fracasarían. En la Península penetraron a comienzos del siglo XV. Se sabe que el rey Alfonso V, de Cataluña y Aragón, otorgó un salvoconducto al “Conde Tomás de Egipto Menor”, en 1425, cuando se dirigía en peregrinación a Santiago de Compostela, indicando que fueran bien tratados. A lo largo del siglo, se les fue concediendo este tipo de salvoconductos. Ya desde finales del siglo XV se les acusa de robos, hechicería, asociación con bandoleros y práctica de costumbres extrañas¹³⁶⁵. Los autóctonos se dieron cuenta de que el proyecto de permanencia se alargaba, lo que suponía una competencia en el terreno político y, específicamente, en el del control social (San Román 1997, 20). En 1499, una Real Pragmática de los Reyes Católicos exigió que se asentaran, sirvieran a un señor y tomaran oficio, abandonando su lengua, forma de vestir, costumbres y relaciones. La alternativa era el exilio y, si no se cumplía, la pena de deportación, galeras o esclavitud. Este mandato se repitió posteriormente, pero ante su ineficacia, Felipe IV en una Pragmática de 1633 lo abolió, aunque se les siguió

¹³⁶⁴ Cfr. Kenrick (1996), a quien se ha criticado ciertas inexactitudes y la pretensión teórica de buscar el origen de los gitanos en un grupo de intocables hindúes.

¹³⁶⁵ Para un cuadro sintético de la evolución de las medidas legislativas adoptadas respecto de los gitanos en Francia desde el siglo XVI al XIX, véase Liégeois (1987, 114-5).

imponiendo determinadas obligaciones en cuanto a lugares de residencia, oficio, etc¹³⁶⁶. Incluso, se prohibirá el uso de la palabra “gitano”¹³⁶⁷.

¹³⁶⁶ Cabe recordar el *Discurso contra los gitanos*, editado en 1631, de don Juan Quiñones, alcalde de Corte, para quien los gitanos no eran sino personas que habían huido de sus pueblos al haber cometido delitos. Sobre la (mala) imagen de los gitanos en las obras de Cervantes, cfr. Starkie (1954). Sin embargo, para Martínez-Pereda (1993, 526), Cervantes no deja de mostrar “profunda simpatía por este pueblo y por su deseo de libertad.”

¹³⁶⁷ Aunque el caso histórico es distinto, también se prohibió llamar a una persona agote por una ley de las Cortes de Pamplona de 1818, lo cual había sido ordenado por diversas autoridades en el siglo XVI. Ya en 1786 la obra de Lardizábal y Uribe *La apología por los Agotes* intenta disminuir la discriminación. Los denominados agotes -aunque existen distintas teorías- parecen ser personas procedentes de Centroeuropa que, huyendo de las guerras, se refugiaron en leproserías, de donde serían expulsados, llegando algunos al Baztán en el siglo XV, trabajando allí como mano de obra barata. Se les atribuían rasgos físicos distintos: rubios, de piel blanca, ojos azules, ciertas peculiaridades en las orejas, etc.; algunos habitantes tendían también a relacionarlos en determinados momentos con la población musulmana, judía o gitana (Antolini 1989).

Desde el siglo XVII se constituye un cuerpo de funcionarios responsables de la vigilancia y persecución de los gitanos que iban en partidas -lo que recuerda los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento de 1943 de la Guardia Civil que señalaban también esta función de especial vigilancia sobre los gitanos¹³⁶⁸-. Era un momento en que muchos tenían a los gitanos por delincuentes o peligrosos, indicando los textos de la época que, en los gitanos, existía “un segundo concepto genérico de vagos e inobedientes a las leyes para que, en calidad de tales, sean separados preventivamente para atajar sus delitos y ociosidad” (Gómez Alfaro 1993, 12)¹³⁶⁹. Una orden de 1747 de Fernando VII, promovida por Ensenada, provocó el apresamiento de 9.000 a 12.000 personas gitanas, inclusive mujeres y niños, y su reclusión en presidios, en arsenales y en las minas de Almadén, separando las familias¹³⁷⁰. Posteriormente, el rey tendría que revocar la orden ante sus funestas y caóticas consecuencias. En 1765 Carlos III ordenó la liberación de los que quedaban en los arsenales, cuando al mismo tiempo Campomanes le recomendaba que los enviara a América¹³⁷¹. En todo caso, se advertirá un signo de cambio

¹³⁶⁸ A mediados de siglo, una publicación no dudaba en hablar de judíos, negros y gitanos como “razas criminales” (Martínez-Pereda 1993, 523). En contraste, véase en la actualidad la Instrucción de 14 de noviembre de 1995, de la Dirección General de la Policía, sobre la actuación policial en relación con las personas o grupos pertenecientes a etnias o culturas diferenciadas.

¹³⁶⁹ Aunque la situación ha cambiado, resultan reveladoras las palabras contenidas en un informe de 1986 de la Secretaría General de Política Interior, Servicio de Asistencia Administrativa y Población: “El gitano -que con la mayor naturalidad muestra absoluto ‘pasotismo’ ante la ley escrita, que incide en una situación de clandestinidad e ilegalidad, al tiempo que conlleva un grado de delincuencia ‘cuasi’ permanente por la incitación al robo y al hurto a los que se ve abocado... es perfectamente consciente del rol actual que desempeña en nuestra sociedad, pues sabido de todos es que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (Presencia Gitana 1991, 68).

¹³⁷⁰ Surgieron protestas de payos y gitanos. Entre las de estos últimos, Gómez Alfaro recoge la de Sebastián Franco, “mesonero en la ciudad de Lorca, respetado personaje de su gitanería, buscado por propios y extraños para mediar en algunos conflictos...” (1993, 48).

¹³⁷¹ Véase su informe en el *Resumen del Expediente que trata de la policía relativa*

en la Real Pragmática de 1783 que proclamó la ciudadanía española de los gitanos. La homogeneización se extendió a la prohibición de usar su lengua, vestido, y de realizar otras actividades que los diferenciase de la mayoría; los niños debían ir a la escuela y los padres los perderían si no los educaban adecuadamente. Se penalizaban a los payos que obstaculizaran su integración, así como a los propios gitanos que desobedecieran la Pragmática, castigándose la reincidencia con la muerte (San Román 1997, 43-5)¹³⁷².

Más tarde, la Revolución Industrial y las guerras producirían un mayor desarraigo en los siglos XIX y XX -período del que se carece de información adecuada-. De cualquier forma, se irá consolidando su sedentarización, sobre todo en algunas zonas de Andalucía, Cataluña y Madrid.

a los gitanos para ocuparles en el ejercicio de la vida civil del resto de la Nación, editado en 1763. Vid. de Castro (1996).

¹³⁷² "...el Estado debe devorar a sus ciudadanos y que en el Estado-nación no hay cabida para la diferencia cultural más inocente, porque si se atenta contra la unidad de cultura se atenta contra la unidad del Estado" (San Román 1997, 46).

Actualmente, los roma son reconocidos, por distintas organizaciones internacionales, como una minoría nacional transfronteriza¹³⁷³. Siendo una sociedad sin Estado¹³⁷⁴, es explicable que no hayan participado como grupo conjunto en guerras¹³⁷⁵, ni hayan sido conquistados. Sin embargo han sufrido como víctimas, especialmente, en la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron exterminados no menos de 250.000 en campos de concentración alemanes (Kenrick y Puxon 1972), donde el doctor Mengele intentó encontrar el gen del nomadismo para explicar la “anormalidad” de estas personas (International Romani Union 1996)¹³⁷⁶. Aunque, en general, su situación mejorará con la llegada del llamado Estado de Bienestar, tras la Guerra Fría, se advierten persecuciones claras contra gitanos en Rumania -donde fueron esclavos, tras su llegada-, Hungría, Chequia, Rusia y Bulgaria, sin olvidar ataques alteróforos en Europa occidental.

¹³⁷³ En 1979 las Naciones Unidas reconocen a los gitanos como un pueblo sin reivindicaciones territoriales. En países como el Reino Unido o EE.UU. se consideran como un grupo racial diferente.

¹³⁷⁴ Recientemente se ha constituido, tras los sucesos en el Este, el Congreso Nacional Roma para proteger y representar a los roma apátridas y refugiados, operando fundamentalmente en la esfera europea y con su oficina central en Hamburgo. Uno de sus principios es que los roma constituyen una nación europea. Este grupo promueve la firma de una Carta Europea de los Derechos de los Romaníes.

¹³⁷⁵ Sobre su escasa participación en la guerra civil, vid. brevemente San Román (1997, 213). Sobre la prohibición histórica del acceso al ejército, véase Presencia Gitana (1991, 41).

¹³⁷⁶ Precisamente, la solución de los conflictos en la cultura gitana como aportación al concepto de paz de otros pueblos fue tema de debate en el II Congreso Internacional por la Paz en Europa, celebrado en Vitoria-Gasteiz y Gernika-Lumo, del 9 al 13 de julio de 1996, organizado por la Unión Internacional Romaní.

En esta Parte utilizaré el término de *gitanos*, sin connotaciones peyorativas, como equivalente al de *Roma*¹³⁷⁷. El estudio de un caso de mediación en cierta comunidad gitana, en la Parte siguiente, justifica una mayor extensión de este apartado. En primer lugar, describiré a rasgos generales cuál es el contexto socio-cultural en que se encuentra esta población, especialmente en Europa y en España, concretamente en relación con el sistema penal. En segundo lugar, daré unas breves referencias sobre el llamado derecho gitano tradicional, es decir, vinculado a los grupos roma europeos más antiguos, teniendo en cuenta, en todo caso, que existe una gran variedad entre ellos, con divergencias en ciertas prácticas.

3. 1. 2 Aspectos socio-culturales¹³⁷⁸

Las distintas comunidades de gitanos¹³⁷⁹, que en Europa agruparían entre siete u ocho millones y medio de personas, constituyen la minoría étnica más

¹³⁷⁷ El término gitanos se debe a la creencia de que estas personas eran originarias de Egipto. Por otra parte, la palabra cingaro procede del griego y se relaciona con una secta religiosa del Imperio Bizantino, independiente de los roma, aunque, de forma peyorativa, el gobierno rumano ha recomendado utilizar este término. En la actualidad, diversas asociaciones han pedido que se utilice el término roma, procedente de su propia cultura, incluso utilizando una doble "r" (rroma) para acercarlo a su pronunciación romanó y distinguirlo de patronímicos como Rumania, Roma, etc. Estas recomendaciones han tenido su repercusión en los textos de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa (Tanaka 1995, 1; 2). Por otra parte, los sinti son un grupo de roma cuyo lenguaje tiene influencias del alemán. Véase sobre la minoría sinti y roma en Alemania, Jansen (1993). Particularmente, respecto del trato policial, cfr. Feuerhelm (1987).

¹³⁷⁸ Sobre su historia, forma de vida y cultura en general, véanse los textos recogidos en <http://www.pangea.org/edualter/material/gitanos.htm>. Para el Reino Unido, véanse Caffrey y Mundy (1995), sobre su posición marginal en las ciudades de dicho país, vid. Sibley (1981) y cfr. respecto de EE.UU. el trabajo de campo de Gropper (1975a y b) y Sutherland (1975). Cfr. Sway (1988). Sobre su cultura en general, vid. Greenfield (1977), en una perspectiva comparada, vid. Tomasevic (1988), Fraser (1992; 1995) y Kenrick y Puxon (1972); en España, Yoors (1974) y el trabajo de campo entre 1978 y 1981 en Madrid de Wang (1981), para una referencia de carácter histórico, vid. Borrow (1841).

¹³⁷⁹ En el mundo serían aproximadamente doce millones, distinguiéndose unos cien grupos

importante. En la actualidad en este continente sólo un 5% de la población romaní es nómada, siendo el resto seminómada o sedentaria. Según de que comunidad se trate, sus miembros hablan o no dialectos del romanó -basado en el sánscrito antiguo-¹³⁸⁰, viven en zonas urbanas o rurales y tienen diversos niveles de educación.

En el caso español, aproximadamente un 66% residen en el mismo lugar desde hace más de cinco años. De los 500.000-700.000 gitanos, más del 40% viven en la zona sur (Pérez Senz 1997, 72). Teresa San Román, historiadora y antropóloga que ha estudiado durante un cuarto de siglo la situación de los gitanos en nuestro país, advierte del error de la generalización cuando se habla de la cultura gitana (1997, xi; xv; 78-84). Si quiere salvarse, debe distinguirse entre:

distintos (Pérez Senz 1997), aunque es preciso advertir la dificultad de dar cifras exactas. En Rumania se encontrarían unos 2,5 millones, en Bulgaria 800.000, después estaría España. Para el caso español, Teresa San Román advierte que las cifras suelen variar dependiendo del objetivo de su utilización y ella misma sitúa en menos de 500.000 a los gitanos en España, aunque reconoce que es tan sólo una estimación. Según cifras del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la CSCE serían unos 700.000. En Hungría, Eslovaquia, Chequia, Rusia, Serbia-Montenegro y Turquía vivirían unos 500.000. Vid. Ledda y Pau (1994).

¹³⁸⁰ En España es el Romanò-kalo que, en opinión del Presidente de la Unión Romaní, Juan de Dios Ramírez-Heredia (1996a), se halla "muy enfermo". Conviene recordar que, en esa relación histórica gitanos-agencias de control formal, un director de la prisión provincial de Sevilla elaboró un Diccionario, según las palabras recogidas en la cárcel, que resulta criticable por su evidente olvido de otros contextos. Sobre el carácter reivindicativo del movimiento gitano español: "...sería una grave irresponsabilidad por nuestra parte ignorar que, sólo en la medida en que reafirmemos nuestra conciencia de pueblo con una historia definida, con unas costumbres peculiares y con una cultura única, estaremos en el mejor camino para defender nuestros derechos y exigir el respeto que merecemos" (de Dios Ramírez-Heredia 1996b).

- los gitanos-*gitanos* o gitanos *calé*, grupo mayoritario;
- los gitanos *húngaros* procedentes de Centroeuropa;
- y los gitanos *ciganos* de origen portugués, cuya presencia ha aumentado en los últimos años.

Dentro de cada grupo se diferencian, a su vez, por el lugar de origen familiar y la posición social¹³⁸¹. En todo caso, debido principalmente a la sedentarización, para Teresa San Román (1997, 82): “A pesar de estas fisuras, distancias, renunciadas, negaciones, los gitanos tienen un sentido claro de colectividad, fraccionada pero colectividad, incluso de pueblo, si se entiende como identidad étnica histórica compartida y se toma laxamente. Sus relaciones efectivas y reales están exclusivamente en el interior del parentesco o, reciente e incipientemente, del vecindario. Pero su identidad trasciende nítidamente las relaciones, categorías y grupos para definirse por oposición a los payos y en referencia a símbolos culturales compartidos, como la lengua, las pautas de pureza, el respeto a los muertos, la cohesión de la familia, la autoridad del padre, el valor de la alianza del matrimonio y tantos otros que, después, en cada categoría, grupo, subgrupo, comunidad y familia, adoptarán formas variadas en extremo.” Se recalca así la importancia del grupo para la identidad y el reconocimiento del individuo. La filiación cumple una función de defensa de las personas y los territorios, debilitándose su importancia cuando dicha defensa no resulta necesaria. Tras las migraciones de finales de los cincuenta, la mayoría viven en las ciudades¹³⁸², trabajando muchos de ellos como peones, en espectáculos, compra/venta, mercadillos, como chatarreros¹³⁸³, y también realizando

¹³⁸¹ San Román se refiere fundamentalmente a los gitanos en situación de marginación.

¹³⁸² Para un breve resumen de la inhumanidad con que se desarrollaron los desalojos de los años sesenta y setenta y sus consecuencias, vid. San Román (1997, 217-24).

¹³⁸³ Piénsese en los conflictos para poder recoger material de los vertederos ante

actividades agrícolas, y otras como la venta de kleenex y limpieza de parabrisas. A ello hay que sumar los salarios por asistir a una serie de cursos y la mendicidad de las mujeres y niños. El trabajo asalariado es escaso. Sus actividades se definen por la complementariedad y alternancia. Las actividades delictivas parecen aumentar en momentos de crisis, así en los ochenta se observa la venta de droga, cuando anteriormente fue el asalto de caminos o el estraperlo (1997, 150; 161; 177-9; 183-91)¹³⁸⁴. Por otra parte, las actividades precarias desarrolladas por los gitanos comienzan a cubrirse por otro colectivo marginal: los inmigrantes de países empobrecidos.

A finales de los setenta se fundaron las primeras asociaciones de gitanos. En los inicios de dicha década, parecía estimularse la integración por la sociedad paya, pero dirigida más bien hacia la asimilación. Los propios gitanos, conservando su identidad, deseaban salir de la marginalidad. La invitación de los payos, como explica San Román, era: “entrad, pero dejad de ser”. La gente pensaba que los gitanos eran todos sucios, vagos y maleantes, inmorales, estafadores, inconstantes y aprovechados. Y en ese contexto la invitación resultaba paradójica.”

En la actualidad, persisten muchas pautas culturales de los gitanos, aunque con elementos perdidos, junto con grupos anómicos (ni gitanos ni payos). En todo caso la necesidad de la solidaridad del grupo doméstico ante la marginalidad sigue siendo evidente. San Román distingue una serie de tipos de vida que no son estancos -siendo los mayoritarios los cuatro primeros-:

el aprovechamiento de residuos (San Román 1997, 180), así p.ej. la recogida de papel de contenedores de reciclaje.

¹³⁸⁴ La venta de droga constituye, según Teresa San Román, la alternativa ilegal más importante en este momento para las poblaciones más marginales, de consecuencias devastadoras -habiéndose enganchado especialmente los jóvenes-, llegándose a constituir redes jerárquicas y violentas (1997, 183; 185; 189-9; 238). Los tíos reaccionaron para evitar la identificación entre gitanos y delincuentes, actuando por sus propios medios, con resultados escasos. Para una interpretación diversa del fenómeno de la droga como elemento del cambio actual, vid. Anta (1994, 90-1).

gitanos muy pobres ocupando chabolas o poblados aislados; pequeños vendedores de droga; gitanos pobres de barrios de chabolas, poblados de infravivienda vertical y pisos de barriada; gitanos no asalariados, especialmente vendedores, con un nivel de vida estándar de las clases populares, ocupando pisos; gitanos integrados antiguos, generalmente acomodados que trabajan como autónomos; nuevos integrados plenos a través de puestos de responsabilidad en asociaciones o en el culto Aleluya¹³⁸⁵; y gitanos dedicados al tráfico de droga como vendedores directos y estables, viviendo en pisos (1997, 192-3; 199-211).

¹³⁸⁵ Para una valoración aparentemente negativa de lo que ha supuesto su influencia en el proceso de cambio actual, vid. Anta (1994, 86-8).

Revisando la historia, ante su persecución y deportación -que continúa hoy de forma especialmente dramática en el Este de Europa-, puede concluirse que se trata de culturas cerradas a la intromisión de los no gitanos, por lo que se utiliza el término de “escondidas” –téngase en cuenta, entre otros factores, el predominio de la endogamia étnica-. Esta cerrazón como defensa ha sido, en parte, la causa de que se mantengan muchas de sus costumbres, pero también del desconocimiento de las mismas por la mayoría de la población en la que viven, que sigue manteniendo sus prejuicios heredados de la historia. De alguna manera, ha sido el propio derecho estatal¹³⁸⁶ el que ha creado un derecho gitano autónomo. Ante la persecución y la deportación, el derecho gitano -junto con otros elementos culturales que integran su modo de vida¹³⁸⁷- ha servido para preservar su identidad, siendo el resultado de una adaptación y resistencia en circunstancias históricas diversas. Tradicionalmente, el propio derecho gitano ha estigmatizado la familiaridad

¹³⁸⁶ Para un caso reciente piénsese en la Ley británica de Justicia Penal y Orden Público, de 1994, que reduce el número de lugares disponibles para los gitanos con caravanas en un intento de frenar su nomadismo (Mercer 1996; Spencer 1996; Odley 1996). Aunque no se discutió el carácter discriminatorio de dicha ley que criminaliza el modo de vida gitano, el TEDH la consideró en el caso Buckley v. UK. En su decisión de 25 de septiembre de 1995 no condenó al Reino Unido por entender que, entre otras cuestiones, no se había violado el derecho a su domicilio en cuanto que el gobierno intervino legalmente mediante una medida necesaria (art. 8. 2 CEDH). La Señora Buckley, gitana, compró un terreno en el que después instaló su caravana, sin cumplir con la legalidad urbanística -cometiéndolo un delito de ocupación-, al no obtener un permiso para dicha instalación, inicialmente por razones de seguridad y control de las carreteras. Posiblemente, el Tribunal Europeo tenga que pronunciarse en relación con este problema en otros casos que han sido presentados por gitanos nómadas del Reino Unido (O’Nions 1995).

¹³⁸⁷ Así respecto del nomadismo en una perspectiva histórica, como indica San Román (1997, 244, nota 3), mientras que existieron leyes que les obligaron a asentarse, otras disposiciones locales o policiales no les permitían permanecer más de dos o tres días en determinado lugar. En resumen, para la autora citada: *“Es la resistencia como respuesta a la escasez y precariedad de las alternativas, fundamentada en estrategias adaptadas a esta precariedad, posiblemente incluso ya anteriores a su entrada en la Península, que configuraban a su llegada tanto una cultura (normas, modo de vida, valores, creencias) como una regulación de las relaciones intra e interétnicas orientada a la supervivencia y la reproducción de las estrategias culturales centrales de resistencia”* (ibídem, 245) (cursivas en texto original).

con los payos. En definitiva, ante la disidencia de la cultura gitana, el derecho estatal ha sido utilizado, en primer lugar, como instrumento de asimilación¹³⁸⁸, prohibiendo ciertos elementos culturales que harían a estas minorías iguales a la mayoría, y, en segundo lugar, como instrumento de clara exclusión o expulsión¹³⁸⁹ -podría añadirse de explotación-.

¹³⁸⁸ San Román destaca que la venta de la droga está creando asimilación, de forma que puede peligrar su supervivencia en mayor grado que en otros momentos históricos: “Hay muchos tipos de acoso, de persecución y de presidio. Se están aplicando los más acordes con la apariencia democrática... están desertando de su cultura e identidad a cambio de lo peor de la nuestra. Esa es la verdadera oferta de asimilación para los gitanos más pobres” (1997, 203-4).

¹³⁸⁹ Combinación de asimilación y exclusión, como alternativa, así en Inglaterra, en 1530, Enrique VIII ordenó su expulsión en 40 días, salvo que abandonasen su vida “mala, ociosa e impía” (O’Nions 1995, 2). Vid. Hunt (1995, 25).

Finalmente, en lo que se refiere a la convivencia actual, la Unión Romani en España y otras instituciones y asociaciones promueven programas específicos de formación de mediadores interculturales y educadores gitanos (anteriormente ya se potenció la existencia de animadores culturales) (Maiztegui 1995, 76-7). Así, por ejemplo, un mediador puede procurar evitar el absentismo escolar como puente entre escuelas y familias¹³⁹⁰. Dentro del programa *Horizon* de la Unión Europea se desarrollan en diversos países proyectos de formación de mediadores gitanos –junto con otros árabes y senegaleses, para el caso español– (Nevipens Romani 1997, 1-15 de junio, p. 8). Se trata más bien de intermediarios entre la Administración, los vecinos payos y las comunidades gitanas -por lo que deben personas respetadas en ellas-, que actúan para la resolución y prevención de conflictos¹³⁹¹.

¹³⁹⁰ Como se ha fomentado por parte del Departamento de Educación de la Generalitat catalana (Nevipens Romani 1996, 1-15 abril, p. 7).

¹³⁹¹ Sobre esta experiencia en diversos países europeos, véanse Gheorghe (1996), Peto (1996) y Sejdinov (1996).

Respecto de la **reacción del derecho oficial ante la discriminación** sufrida por los gitanos en los espacios políticos, administrativos, laborales, educacionales y, en general, sociales¹³⁹², a los que se ha unido recientemente la violencia física (Calvo Buezas 1996; Zabalza 1995), cabe recordar que, en el apartado referente al derecho indígena, he hecho referencia a algunos textos internacionales sobre las minorías nacionales, entre las que se incluirían tanto los indígenas como los romas. Conviene indicar que no existe un acuerdo sobre la definición de minoría, ante los temores de su utilización por movimientos separatistas (Kly 1997, 225-37). En el ámbito de las Naciones Unidas, habría que tener en cuenta el art. 27 del PIDCP y de la Convención de los derechos del niño, ambos vinculantes en nuestro país, como parte del derecho interno. Por otra parte, tenemos la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüística, de 18 de diciembre de 1992, adoptada por la Asamblea General en su resolución 47/135, y la Declaración de Viena y su Programa de Acción adoptados en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. En el ámbito específico de la UNESCO, pueden citarse -teniendo en cuenta su distinto valor jurídico- la Convención de 1960 contra la discriminación en la educación, la Resolución de 1982 de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales y las Declaraciones sobre la raza y el prejuicio racial de 1978 y sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966.

¹³⁹² Ténganse en cuenta los prejuicios (imágenes del gitano ladrón, vago, parásito, artista...), recogidos en los medios de comunicación. El Real Decreto 250/1979, de 11 de enero, creó en España una Comisión Interministerial para el estudio de los problemas que afectaban a la comunidad gitana, sin que los programas de desarrollo del pueblo gitano, propuestos en 1985, y otras leyes -inclusive las normas penales sobre discriminación- hayan resultado efectivas.

En el ámbito de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa¹³⁹³, son relevantes: el Acta Final de Helsinki de 1975, el Documento de Conclusiones de Viena de 1989, el Documento de Copenhague de la reunión sobre la Dimensión Humana de 1990, la Carta de París de 1990, de los Jefes de Estado o gobierno, el Informe final del encuentro de expertos en minorías nacionales de 1991¹³⁹⁴ y los convenios bilaterales de cooperación que incluyen artículos sobre el trato de minorías nacionales. Asimismo, en 1992, se decidió crear un Alto Comisionado sobre Minorías Nacionales que actuase en la prevención de los conflictos. Por otra parte, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa creó, en 1994, un punto de contacto para los roma y sinti, que funciona como centro de información. Distintas organizaciones, como el *European Roma Rights Center*, con sede en Budapest, utilizan el derecho estatal, promoviendo el acceso a la justicia formal como reacción ante violaciones de derechos humanos y posibilidad de mejorar su situación.

¹³⁹³ Es preciso recordar que, aunque los documentos elaborados en su seno tienen una naturaleza política y no jurídica, algunos autores entienden que pueden llevar a la creación de normas de costumbre regionales en Derecho internacional (Kly 1997, 232; Gibson y Niessen 1993, 1-11).

¹³⁹⁴ Que recogía iniciativas de formas de gobierno descentralizadas o locales.

En el marco del Consejo de Europa, tenemos la Recomendación 285 de la Asamblea General, de 1961, que proponía añadir un protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos para garantizar los derechos a las minorías nacionales. Fue reiterado en sus Recomendaciones 1134 (1990) y 1177 (1992)¹³⁹⁵. En 1992 se adoptó la Carta para las Lenguas Regionales o Minoritarias. Finalmente, la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales está abierta para su firma desde el primero de febrero de 1995¹³⁹⁶. La definición de minoría nacional queda al criterio de los Estados firmantes, a los que se les exige que promuevan las condiciones necesarias para que mantengan y desarrollen su cultura y preserven los elementos esenciales de su identidad (art. 5. 1), favoreciendo el conocimiento de los mismos (art. 12. 1) y la participación efectiva en los asuntos públicos (art. 15). En todo caso, el art. 21 niega cualquier derecho a la independencia o secesión.

Específicamente sobre la minoría gitana, cabe recordar: la Recomendación 1203; la Resolución 249 del Consejo e Europa; la Resolución (75) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la situación social de las poblaciones nómadas en Europa; la Resolución 125 (1981) de la Conferencia de poderes locales y regionales de Europa sobre la función y las responsabilidades de las colectividades locales y regionales, frente a los problemas culturales y sociales de las poblaciones de origen nómada -invitando a los gobiernos a reconocer como minoría étnica a los gitanos-;

¹³⁹⁵ La Comisión Europea de Derechos Humanos ha concluido que un grupo minoritario tiene, en principio, el derecho de demandar que se respete su particular estilo de vida, dentro de lo que se recoge en el CEDH como derecho a la vida privada, familiar y domicilio, aunque se debe demostrar que esta necesidad sobrepasa a las de la población general. El derecho a la no discriminación (art. 14) sólo puede alegarse en conexión con otros derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, por lo que no puede conectarse con el derecho al respeto de una cultura de una minoría nacional, así en el caso *Kalderas Gypsies v FRG and the Netherlands* (1977) 11 DR 221 (Wheatley 1996).

¹³⁹⁶ A 31 de octubre de 1996, 33 Estados lo habían firmado, pero sólo Chipre, Hungría, Rumania, la República Eslovaca y España lo habían ratificado.

y la Recomendación (83) 1 del Comité de Ministros sobre los nómadas apátridas. Dentro de la Unión Europea puede mencionarse, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 1984, sobre la situación de los gitanos en la Comunidad¹³⁹⁷.

3. 1. 3 Derechos gitanos¹³⁹⁸

¹³⁹⁷ Donde se indica que el Parlamento Europeo comprueba que “los Gitanos continúan siendo víctimas de discriminaciones de hecho y de derecho, como consecuencia de su modo de vida, extraño a las clasificaciones tradicionales”.

¹³⁹⁸ Sobre el derecho de los gitanos en general, vid. Samuels (1992) y Blaker (1995), en la Europa del Este y la ex-URSS, vid. Crowe (1996).

A comienzos de los setenta Carbonnier señalaba que una tribu gitana nómada constituye un espacio jurídico, aunque carezca de ámbito territorial (1982, 117). Weyrauch y Bell (1993), en su análisis antropológico de los gitanos en Norteamérica, han empleado el término de “creación autónoma del derecho” para hacer referencia a su sistema de regulación y justicia que les permite evitar acudir a las instituciones formales. Por su parte, Caffrey y Mundy (1995), han mostrado que las comunidades gitanas -tradicionalmente vistas como criminógenas- tienen algo que ofrecer a la sociedad y, en particular, ilustran bajo qué condiciones operan con éxito los controles informales. Esto tiene especial trascendencia en un momento en que se enfatiza el papel de la comunidad en el control del delito, como han puesto de relieve los criminólogos realistas y otros como Braithwaite. En todo caso, la potenciación de los controles informales se enfrenta, según estos autores, a dos limitaciones: su existencia en una sociedad industrial cambiante y las posibles injusticias dentro de este tipo de comunitarismos, sin asegurar antes la igualdad. Para Caffrey y Mundy (1995, 26), la cuestión reside en utilizar mecanismos tradicionales eficaces en hacer partícipes a los miembros de la sociedad para ejercer control y, al mismo tiempo, en prevenir la victimación sistemática de ciertos miembros vulnerables.

En general, el control social en las comunidades gitanas se ejerce difusamente pero de forma marcada en cuanto que la comunidad importa más que el individuo. Existen una serie de reglas que se refieren al concepto de limpieza y pureza. En la resolución de conflictos cuenta el consenso y los procedimientos de acuerdos (Liégeois 1987, 69): “La sociedad gitana no conoce un poder centralizado, sino que se presenta segmentada en innumerables microunidades basadas en el linaje, que administran, mediante consejos más o menos formales designados por consenso en la comunidad, una función de autoridad y de jurisdicción en ciertas esferas de competencia reconocidas

por todos para impedir la violación de las normas, para imponer eventuales sanciones, para decidir en los problemas entre los grupos, para proveer al mantenimiento del orden social y para defender el grupo en los casos de hostilidad externa” (Nicolini 1996, 483). Se intensifican los elementos de control informal: “Resulta... evidente la necesidad para la sociedad gitana de una evolución desarrollando la propia *Gemeinschaft* con estructura de la *Gesellschaft* y viceversa, para la sociedad compleja de garantizar como fundamento de su estructura *Gesellschaft* (y) procesos profundamente humanos de la *Gemeinschaft*” (*ibíd.*, 485). Se valoran el honor, la tradición, la generosidad, la sabiduría, la fertilidad, la virilidad, etc. (Servicio de Documentación de Cáritas 1995, 26) -lo que en principio, permite plantear algunas cuestiones respecto de la igualdad de las mujeres-.

Letizia Mancini realizó un estudio de campo sobre la resolución de las disputas entre un grupo de gitanos en Italia (1990), resaltando cómo el control de tipo informal continuo suple la ausencia de controles centralizados, a pesar de la progresiva asimilación y desintegración (Robotti 1996). La cohesión se basa en una autoridad que reside en las cualidades de las personas que inspiran respeto. El derecho gitano tiene un fuerte carácter comunitario, siendo difícil distinguir entre lo público/privado, entre lo penal/civil según nuestros criterios. Mancini separa fundamentalmente los conflictos intrafamiliares de los extrafamiliares. El modelo de tratamiento de las disputas se define como creativo para cada caso concreto, generalmente con la intervención de terceros, aunque concluye que, en general, en los conflictos graves, se acude a la justicia penal formal.

*Marime*¹³⁹⁹ es el código sobre la impureza de los gitanos. Rige su vida y se refiere tanto al estado de impureza como a la decisión de expulsión que

¹³⁹⁹ Otros nombres que se utilizan son *moxadó*, *metali*, *mageradó*, *mokadi*, *kulaló*,

se impone ante la violación de ciertas normas. El derecho roma actúa como una fuerza de unión para proteger sus tradiciones o mantener su identidad, considerándose como el único derecho. Determinados comportamientos permitidos por el derecho estatal se conciben por los grupos gitanos como desviados de sus normas. El propósito es lograr un estado de equilibrio o *kintala* que agrade a los espíritus de sus ancestros.

Cada grupo roma puede determinar su forma de mediación. Conviene separar entonces: la nación, la alianza de familias del mismo área geográfica unidas por razones socioeconómicas en un campamento, los clanes y la familia consistente en una familia extensa. Cada unidad asociada participa en la administración de justicia, desde la más pequeña -la familia-, arreglando los conflictos menores informalmente, hasta la más amplia, con un incremento de las formalidades.

limaló, prastló, palecido, gonimé o bolimé. Esta información y la contenida en los siguientes párrafos, salvo otra indicación, se halla en *The Patrín* en <http://www.geocities.com/Paris/5121/law.htm>. y se refiere de forma particular a los gitanos del Centro y Este de Europa, aunque, a su vez, está tomada en parte del interesante artículo sobre la comunidad gitana en EE.UU. de Weyrauch y Bell (1993).

Cada comunidad se gobierna por un jefe varón, elegido por su edad, experiencia y sabiduría, actuando como arreglador de conflictos. Sin embargo, cuando el asunto se considera serio -robos, adulterio, violencia física, etc.-, se acuerda llevar el caso a un tribunal o *kris*¹⁴⁰⁰ (Liégeois 1987, 69; Gropper 1975b; Mancini 1990, 108-116), que debe ser pedido por la parte agraviada y que no se disolverá de forma satisfactoria hasta que todas las partes hayan llegado a un consenso, que deberá ser respetado por todos y cada uno de los individuos. Una reunión de ancianos de las tribus seleccionará uno o más hombres que actúen como *krisnitorya* o jueces -normalmente ancianos, con autoridad personal, valorados como sabios y símbolos de justicia-. El reclamante deberá elegir un juez que puede ser vetado por el reclamado. Las personas que asisten al "juicio" -en los que antiguamente sólo se permitían hombres- tienen la posibilidad de participar, expresando sus puntos de vista¹⁴⁰¹. El *kris* es un acontecimiento fundamental en la vida de los roma y reservado sólo a ellos. Se prohíbe acudir a abogados y si la víctima es anciana, muy joven, o se encuentra enferma, el pariente varón más cercano presentará los hechos ante el *kris*. Cuando sea necesario, puede ser el clan el que presente el caso. Es común aludir a la mitología en las audiencias¹⁴⁰². Los argumentos se desarrollan con una oratoria especial que difiere gramaticalmente del romaní ordinario. Si los testigos tienen que prestar juramento, lo hacen a veces ante un altar de justicia consistente en iconos

¹⁴⁰⁰ Que también puede resolver casos de divorcio al determinar cuánto debe devolverse de la dote a la familia del novio. Asimismo, puede resolver casos en que se entiende violada la unidad económica de un grupo. Respecto del matrimonio, cabe recordar que sólo si es mujer el miembro de la comunidad gitana que se casa con un payo, pasando a la familia del hombre, ésta y sus hijos pierden su identidad social de gitanos, aunque puedan conservarla subjetivamente. Sobre la situación de la mujer gitana, vid. Wang et al. (1990).

¹⁴⁰¹ Igualmente, intervienen testigos que, si la audiencia estima que mienten, pueden ser objeto de sus burlas. En casos como el adulterio, puede prescindirse del público.

¹⁴⁰² Cfr. la tradición recogida en cuentos gitanos, Tong (1997).

del clan. En casos de asuntos complejos, el juez puede pedir la opinión de expertos de jefes o ancianos. El juez indica su decisión, que es definitiva y vinculante, en público. Si se llega a la ausencia de responsabilidad, se pasa a una celebración, prestándose un juramento de paz. En relación con el pluralismo normativo, cabe recordar que, incluso en comunidades gitanas de España y EE.UU., consideradas por algunos autores como semi-asimiladas, tras un juicio estatal, se celebrará un *kris* -aunque las formalidades descritas anteriormente varían de manera importante-.

Siempre que se considere responsable a la persona, se le impondrán penas que van, según la seriedad del caso, desde el pago de los costes del tribunal -que incluye la comida y la bebida de los jueces-, pasando por las multas y castigos corporales -especialmente en supuestos de infidelidad de la mujer¹⁴⁰³-, hasta la más seria consistente en destierro de la comunidad roma. Antiguamente se aceptaba la pena de muerte pero se creía que el espíritu del ejecutado podría vengarse en su ejecutor, por lo que participaba la comunidad completa. La multa debe pagarse por todo el linaje del infractor. Las sanciones son siempre sociales en cuanto que implican reprobación de toda la comunidad (Liégeois 1987, 69-70). Presuponen unos valores compartidos que señalarán la vergüenza, no existiendo un lugar especial para la ejecución del castigo, sino que éste ocurre dentro de la visibilidad de la comunidad, en la que se reconoce la desigualdad de ciertos miembros (Caffrey y Mundy 1995, 12; 16).

No existe en la comunidad roma nada parecido a la cárcel, policía o administración que se ocupe de la ejecución de la pena, sino que opera la presión social¹⁴⁰⁴, siendo el castigo más severo el destierro por el rechazo

¹⁴⁰³ Vuelven a plantearse cuestiones de igualdad.

¹⁴⁰⁴ Cuando ésta falla, puede recurrirse a la justicia estatal como medio de presión para que se acepte la justicia gitana.

que implica como muerte social. No se trata de corregir al culpable, sino de corregir el acto en concreto (Caffrey y Mundy 1995, 16). En algunos casos pueden ser objeto de este castigo todos los miembros de la familia del infractor. El destierro puede durar días o años, siendo infrecuente el perpetuo, salvo para asesinatos. Si se trata de un robo entre romaníes, el ladrón será avergonzado en público y desterrado de la comunidad hasta que repare a la víctima. El *kris* puede imponer algo parecido al trabajo en beneficio de la comunidad.

Cuando el conflicto surge entre diversas alianzas o clanes, se forma un *divano* o procedimiento informal donde los jefes de varios clanes tratan de mediar, sin necesidad de la presencia de las partes, que no se ven obligadas necesariamente a seguir las sugerencias del jefe, aunque, normalmente bajo la presión social, intentan arreglar el asunto de ese modo ante aquél. Cuando no se llega a un arreglo amigable, puede formarse un *kris* en un campamento neutral. Antiguamente el *kris* mediaba tres tipos de casos: pérdida de propiedad, asuntos de honor y cuestiones morales o religiosas, incluyendo la violación de los tabúes *marime*. Si se trata de asuntos serios entre diferentes clanes o alianzas se formará otro tribunal.

El derecho no se ha escrito o codificado, sino que ha sido transmitido oralmente de generación en generación, siendo interpretado según el estado actual de las costumbres, aunque exista la sensación de una clara definición de la ley. Se consideran crímenes contra la sociedad romaní los tabúes contra la explotación o el robo de un miembro de la comunidad, la violencia y la asociación no comercial con los payos. La etiqueta de *marime* puede quitarse mediante el perdón de la parte ofendida, con el transcurso del tiempo o por otro *kris*. La readmisión a la sociedad roma tras una sentencia de *marime* se celebrará con una fiesta.

Refiriéndose a la situación de los gitanos calé en nuestro país, Teresa San Román explica la falta de demanda de la justicia oficial por parte de los gitanos por tres motivos: la existencia propia de un código no escrito y de formas organizadas de resolución de litigios, la apreciación de actitudes discriminatorias por parte de la Administración y la precaria situación jurídica de los gitanos. Sólo parecen acudir a la justicia oficial, cuando han fracasado o carecen de recursos culturales propios para la solución autónoma o dichos recursos resultan conflictivos. Según estudios realizados, los gitanos experimentan miedo ante la policía y los tribunales, especialmente los marginados de las ciudades -que precisamente son los que con mayor frecuencia son detenidos¹⁴⁰⁵- y los que conservan fuertemente sus valores (1997, 146-150).

¹⁴⁰⁵ Especialmente chatarreros, busqueros del vertedero municipal y mendigas. Además eran detenidos con mayor frecuencia aquéllos no inscritos en el Registro, sin cartillas de beneficencia y viviendo en alquileres y propiedades ilegales. Aunque el estudio a que se refiere Teresa San Román es el realizado por el equipo Grupo Interdisciplinario de Estudios de Marginación Social en 1974 en Madrid, creo que la situación no ha cambiado radicalmente, aunque en la actualidad las detenciones ya no pueden fundarse en la Ley de Peligrosidad Social.

En el caso concreto de los gitanos en España, San Román distingue entre grupos domésticos, comunidades locales de parientes o *patrigrupos* y agrupaciones vecinales¹⁴⁰⁶ (1997, 87; 106; 209). El parentesco gitano se caracteriza, según esta autora, por seis elementos: tendencia a la patrilocalidad; ideología de propiedad de los hombres sobre los hijos y las mujeres; androcracia; priorización de las relaciones entre hombres; autoridad última paterna; e ideología machista. Los ancianos tienen la obligación de mantener las relaciones y la pacificación interna¹⁴⁰⁷. En el grupo doméstico, el anciano de respeto o *tío* cuenta con una autoridad que hace que se recurra a él para la resolución de conflictos internos, aunque su campo de acción, su capacidad de intervención, su rol mediador y catalizador del consenso ha disminuido en la actualidad. Un *tío*, como *hombre de respeto*, contará con autoridad en cuanto que se la conceda la comunidad, aunque en general será un hombre de cierta edad, con una familia extensa, astuto en los negocios, con capacidad de expresarse en público y que muestra respeto por los demás (Liégeois 1987, 71; Ardévol 1986b, 94-5). La edad no resulta un requisito totalmente imprescindible. De acuerdo con el *Tío Dimas*, de Bizkaia, a él ya le llamaban con veinticinco años para arreglar conflictos en su pueblo de Castilla. Su palabra tiene valor de ley: “Si a una persona se le respeta su palabra es como un contrato firmado. No tengo miedo a equivocarme porque siempre empleamos pocas palabras, a veces con veinte sobran ya que lo que nosotros hacemos es atestiguar nuestras leyes” (Rubio 1996). Se puede afirmar que estas personas son autoridades del pueblo gitano que cumplen funciones de consejeros y mediadores (Wang et al. 1990, 131).

¹⁴⁰⁶ Algunos definen su organización social como un autogobierno expresivo de cierta anarquía (Surgam 1988, n. 386, 33).

¹⁴⁰⁷ Los ancianos que no tienen hijos o los han perdido, los dementes y seniles no son *tíos*, sino simplemente viejos que frecuentemente se encuentran marginados (San Román 1997, 134).

Con el paso del tiempo se perciben las dificultades para mantener la *ley gitana* como derecho consuetudinario “cuyas normas se refieren cada vez más a situaciones inexistentes o imposibles de medir en sus términos, cuya ejecución descansa en una organización desmontada y en una autoridad olvidada”, aunque ello no es así en todos los grupos (San Román 1997, 233). Según el *Tío* Caquichu, un gitano de 70 años de León, que ejerce la justicia, simbolizada en un bastón de mando: “Nuestras leyes gitanas antes se respetaban. Cualquiera cosa que decía un anciano a un muchacho ni levantaba los ojos, y ahora hablas a estos chicos drogadictos y se revuelven. Casi se revuelven, porque a mí todavía me respetan... La Ley habla del respeto universal. Primero, a los difuntos, lo más sagrado para nosotros; después, respeto a los ancianos; respeto a la honradez de la gitana... La Ley también fija los castigos, pero siempre un castigo con el respeto que merece todo ser humano. El castigado es un hombre igual que los demás” (Nevipens Romani 1996, 1-15 de febrero, p. 2)¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁸ Por otra parte, en los ochenta se observa el papel que realiza el hombre más respetado entre los *tíos* de una comunidad de parientes que forma una agrupación vecinal para erigirse como representante, alcalde o presidente de barrios o poblados e incluso como cacique local, aunque ello parece responder a las presiones de la Administración en los barrios marginales, con signos de interlegalidad (San Román 1997, 141-3). Conviene recordar que los términos clan y patriarca son nuevos y payos (ibídem, 106). En opinión de Jorge Félix Alonso (1996): “...los nuevos líderes gitanos a la vez que deben encarnar el respeto de los *arregladores*, deben saber moverse en las nuevas situaciones que se originan en nuestra cambiante sociedad” (cursivas del autor).

En la comunidad local de parientes y en el grupo disperso de parientes, el *tío* actúa colegiadamente con otros *tíos*. Existen además los que, como *hombres de respeto*, cuentan con un mayor prestigio y autoridad, de forma que otras comunidades de parientes pueden pedir su intervención. Dice Teresa San Román: “Muchos gitanos llaman a estos hombres *jueces*. Sin embargo no sentencian: negocian, median, arbitran”¹⁴⁰⁹. En caso de una reyerta o, utilizando términos gitanos, *quimera*, generalmente cuando resulta una muerte¹⁴¹⁰, los hijos, hermanos y padre de la víctima tienen la obligación de vengarse¹⁴¹¹. La responsabilidad compartida de la *raza* que causó el perjuicio y la objetividad en la atribución de culpa son fundamentales. La venganza producirá una espiral de venganzas, pero si no encuentran al responsable, se liberarán de su obligación sagrada. Para evitar esta solución, se llama a varios jueces que deben ser aceptados por cada raza como mediadores. El objetivo es que las razas en reyerta no vuelvan a encontrarse, lo que supone un acuerdo de adjudicación de territorios. Los jueces van indicando las propuestas a las personas de ambos bandos, y recibirán de cada parte la palabra

¹⁴⁰⁹ Cursiva de la autora.

¹⁴¹⁰ Situaciones proclives a la violencia se dan en casos de competencia económica y concentración forzosa de grupos de parientes distintos (San Román 1997, 109).

¹⁴¹¹ Aunque desde los setenta se apreciaban quejas de jóvenes sobre esta obligación. En todo caso, la mayor sedentarización, los pactos y la incidencia de *los Aieluyas*, los pentecostales (de la Iglesia Evangélica gitana) con el surgimiento de predicadores -movimiento nacido en Francia en los años 50-, que criticaban la violencia, contribuyeron a una mayor pacificación y como efecto indirecto a una debilitación de la importancia de la filiación como instrumento de defensa. En opinión de un *gitano de respeto*, la renuncia a comportarse de determinada manera tradicional en casos de conflictos se ve de forma contradictoria, aunque de hecho así se evitan enfrentamientos (Wang et al. 1990, 137). De cualquier forma, la violencia se reactiva actualmente ante la obligación que les imponen las administraciones de convivir grupos de parientes distintos y, por otra parte, la venta de droga (que reclama otra vez solidaridad -sin perjuicio de tratarse de otra forma más autoritaria que termina corrompiendo las estructuras parentales-, y crea situaciones conflictivas) (San Román 1997, 193-4; 202-3). Como bien indica Iniesta (1981, 215), este tipo de ajuste de cuentas persiste también en otras subculturas actuales. Sobre las subculturas juveniles en Norteamérica, vid. Bynum y Thompson (1996).

de respeto del acuerdo, quien lo rompa nunca más podrá acudir a los jueces, y será objeto inevitable de venganza. Entre los gitanos estudiados por la autora citada, no se encuentra el tribunal más formal denominado *kris*, aunque en todo caso persiste la base del consenso (San Román 1997, 140-6).

El criminólogo finlandés Martti Grönfors realizó, como observador participante, durante año y medio (1976-1977) una investigación sobre la venganza de sangre en la sociedad gitana finesa -como medio de control social- y sus relaciones con la policía, volviendo sobre el tema en 1986. La venganza de sangre se produce en casos muy graves, fundamentalmente de homicidio, entre grupos distintos. Estas hostilidades se consideran por los antropólogos como un estado de violencia prolongada, aunque conllevan en sí mismas los mecanismos para parar la cadena de venganza, que consiste primordialmente en la huida o en la negociación, mediante mediadores, de la adjudicación de territorios que los separen, en su caso para siempre¹⁴¹². Según Grönfors, tanto la venganza de sangre misma como cualquier otra organización institucional de evitación o limitación de la acción de venganza se explican por el interés de supervivencia del grupo como colectividad, más que como protección de sus miembros ante la violencia, aunque de hecho se terminan salvando vidas individuales (1986, 117). Paradójicamente, explica Grönfors, la pervivencia de esta sanción legal como mecanismo de control social -originariamente creado para la supervivencia de la comunidad gitana finlandesa- provoca la intervención del control oficial en el marco de un proceso de asimilación, donde las cosas no funcionan como lo hacían antes.

¹⁴¹² Grönfors subraya que en otras sociedades que emplean la venganza de sangre, un mecanismo utilizado para frenarla es el acuerdo de una compensación. No se trata meramente de una compensación dineraria por una vida perdida -lo que sería una ofensa para la familia de la víctima-, sino de una válvula de escape para la finalización de las hostilidades como reconocimiento de que los grupos en disputa tienen que continuar viviendo juntos (1986).

4. JUSTICIA POPULAR

Actualmente, las alternativas a la justicia tradicional no proceden tan sólo del sistema normativo aborigen o indígena superviviente o de las regulaciones de diversas minorías étnicas en Occidente. De forma complementaria, un concepto interesante para esta Parte es el de *justicia comunitaria o popular*¹⁴¹³, en cuanto que ésta se basa en la mediación como forma participativa consensual e informal de resolver conflictos. Fitzpatrick, analizando el programa de mediación comunitaria de San Francisco, concluye que la justicia popular en Occidente, entendida como alternativa al Estado, resulta imposible y constituye realmente una extensión de la regulación legal oficial, aunque existen posibilidades de que el propio derecho reavive este tipo de justicia como jurisdicción alternativa, persiguiendo la cohesión del barrio (1992a)¹⁴¹⁴.

Por justicia popular, Merry y Milner entienden una justicia controlada localmente, ejercida mediante no profesionales en procesos informales y basada en normas comunitarias¹⁴¹⁵ (1993, 3). Para los autores citados, la justicia popular supone un ideal diferente al de la justicia coercitiva

¹⁴¹³ De cualquier manera, algunos autores incluyen dentro de la justicia popular la aborigen, en que, a diferencia de las sociedades occidentales, se trata de “comunidades de parientes y amigos”, no de extraños (Depew 1996). Cfr. Santos (1984). Por otra parte, no me refiero en este apartado a los movimientos de autodefensa ante el miedo al delito y la desigualdad social (cfr. para un caso en Portugal, Seixas 1996). No se trata de organizaciones *ad hoc* y/o vecinales estables con funciones de denuncia, identificación del delincuente, grupos de vigilancia, etc. ante la incapacidad policial. Ni tampoco del empleo de una justicia privada a través de la policía privada y los seguros. Tampoco me refiero aquí a tribunales como los revolucionarios durante la guerra civil española. Cfr. la distinta terminología empleada en el art. 125 CE, cuando dice que los ciudadanos pueden participar en la administración de justicia a través de tribunales consuetudinarios y tradicionales.

¹⁴¹⁴ Cfr. Milovanovic (1989).

¹⁴¹⁵ Cfr. en relación con la prevención comunitaria y privada Merry (1993).

estatal¹⁴¹⁶ -cuestión distinta es la teoría del uso alternativo del derecho, que no derecho alternativo¹⁴¹⁷ -.

¹⁴¹⁶ Puede que la justicia popular no utilice la coerción, pero ello no implica que la comunidad en que se aplica no sea violenta, dándose casos de venganza -así en algunos suburbios sudafricanos-, maltrato en la familia, o el mismo conflicto llevado a aquélla (ibídem, 7). En todo caso, en una concepción amplia de derecho y justicia, se puede hablar de distintas formas de coerción (institucional, psicológica, etc.).

¹⁴¹⁷ Sobre el derecho alternativo en Iberoamérica, vid. Herrera Flores (1993) y, en general, Saavedra (1994) y, utilizando los términos de “vergonzante” y “vergonzosa”, sin dar demasiadas explicaciones (Sánchez de la Torre 1988b, 83). Sobre control social alternativo, Aniyar de Castro (1991) y Villavicencio (1993). El *uso* alternativo del Derecho se refiere a la interpretación progresiva del mismo a favor de las clases sociales trabajadoras u oprimidas en general (Pérez Luño 1997, 99-100), intentando forzar el principio de igualdad (Pérez Lledó 1996b, 89-91).

Merry distingue cuatro tradiciones de justicia popular: la reformista, la socialista, la anárquica y la comunitaria (1993, 40-9). Merry y Milner -retomando la opinión de Fitzpatrick- se preguntan si es posible ese ideal en sistemas de derecho estatal, ya que la autoridad de ese modelo de justicia descansa en un orden social diverso. La respuesta se realiza mediante diversas contribuciones en el libro que los autores coeditan, destacando las contradicciones inherentes en el concepto de justicia popular, como es el empleo de símbolos y términos de la justicia estatal, sin perjuicio de la posible influencia de aquella sobre ésta¹⁴¹⁸. Como ya se ha indicado, un ejemplo clásico de justicia popular lo constituyen las Juntas de la Comunidad de San Francisco (DuBow y McEven 1993; Thomson y DuBow 1993; Shonholtz 1993; Shook y Milner 1993; Rothschild 1993; y DuBow y Currie 1993), a las que se ha hecho una breve referencia en la Parte Tercera.

Por su parte, Alan Norrie entiende que es preciso superar la pretendida antinomia entre justicia popular y derecho formal. Deben entenderse los sistemas de justicia popular como sistemas formados de manera *distinta*, más que *informal*, y puede cuestionarse la idea de que la justicia popular resulta inherentemente opuesta a los derechos individuales (1996). Matthews, en la obra *Informal Justice*, ya criticó la oposición dicotómica de lo formal/informal, conservador/liberal, legalización/deslegalización (Brown y Hogg 1992), idea recogida también por Santos.

¹⁴¹⁸ Estos autores concluyen que la justicia popular crea un modo no adversativo de arreglo que utiliza los rituales y, finalmente, la coerción del derecho estatal, pero en todo caso, al construir una visión alternativa de la justicia, enfrenta al sistema jurídico a una crítica persistente (ibídem, 9).

Quizá el aspecto más interesante que cabe resaltar, y que se relaciona con el caso gitano, es que existen toda una serie de poblaciones marginadas, así en las favelas brasileñas o en los comités creados en Cape Town (Sudáfrica), o en general en guetos o barrios pobres de las grandes ciudades (Santos 1981; 1991, 24; Arnaud y Fariñas 1996, 312; Stavenhagen 1991, 405; Merklen 1995)¹⁴¹⁹, que no acuden al derecho estatal por desconfianza y, en muchas ocasiones, por imposibilidades socio-económicas¹⁴²⁰. En una revisión de las obras antropológicas en torno a la pobreza urbana, Pilar Monreal afirma que, en muchos casos, se encuentra “la vitalidad y creatividad de sus redes sociales y la estructura y organización de sus comunidades, frente a los autores que los han calificados de individualistas e insolidarios” (1996, 17).

En definitiva, surgen dos alternativas a modo de justicia popular: incentivar el acceso a la justicia oficial o fomentar alternativas no oficiales de regulación de los conflictos. En ambos supuestos, pero

¹⁴¹⁹ Cfr. en India Baxi (1982) y Vicentnathan (1992). En general, desde la Criminología crítica, vid. de Haan (1990) y cfr. Cain (1985).

¹⁴²⁰ Aquí conviene recordar la teoría de cultura de la pobreza de Oscar Lewis (1975) y la réplica de Charles Valentine (1970), quien habla más bien de subcultura como proceso de adaptación. Cfr. San Román (1986, 235), quien se refiere a la cultura de la marginación, y Cebrián (1992) quien utiliza el término de marginalidad, concepto desarrollado para aplicarse a la pobreza de las ciudades del Tercer Mundo. Adicionalmente el concepto de subclase fue estudiado por Wilson (1987). Sobre Lewis y Valentine véanse las valoraciones que realiza Monreal (1996), indicando también las aportaciones de la Escuela de Chicago y las teorías marxistas, entre otras. Vid., al respecto, el estudio del realojamiento de un grupo de gitanos en Málaga, Anta (1994, 18-27). Para este autor, determinadas comunidades se articulan en el interior de un gueto, recreando un corpus normativo, no necesariamente de una cultura propia, sino más bien de una interpretación subcultural de una cultura general, para que el mundo sea vivible. En este sentido, la *liri callí* (ley de los gitanos) cubre un vacío entre la persecución, el abandono excluyente o el intento de represión en distintos momentos históricos (Presencia Gitana 1991, 13). Cfr. Reig (1990) y Giménez Adelantado (1994); desde una perspectiva marxista, véase sobre el pluralismo jurídico Delgado Ocando (1978); y téngase en cuenta el concepto explicativo de excluidos de Boaventura de Sousa Santos en relación con el contrato social (1997).

especialmente en el primero, el derecho estatal persiste, actuando como instrumento unificador o inclusivo (presuponiendo la identidad de ciudadano dentro de un Estado). Pero la cuestión de la fractura social rebasa lo estrictamente jurídico, el derecho oficial no puede pretender obviar la manifestación de una exclusión previa y circular.

A modo de ejemplo, puede aludirse brevemente a las formas de justicia popular sudafricanas¹⁴²¹, que, como explica Nina (1995; 1997), son distintas de las tradicionales. En aquéllas, la noción de justicia se basa en cuestiones ético-morales de la comunidad con la pretensión de resolver sus desigualdades, saliéndose del esquema estatal. Se trata de los llamados foros o cortes populares, comités de base, vecinales, etc., que en los ochenta se tradujeron en lucha política, pero que en la actualidad se mantienen con otra metas. Son estructuras paralelas al Estado con poder soberano, basándose en procedimientos de reconocimiento y de representación, y separándose de las concepciones occidentales (Nina 1997). De todas formas, es muy difícil escapar de dichas concepciones y así, la noción de poder soberano es, en gran parte, deudora de la Ilustración, es decir, un principio occidental trasplantado con el colonialismo.

¹⁴²¹ Sobre la justicia popular en Sudáfrica, véanse, además, los artículos recogidos en *Imbizo* (1996). En Mozambique, vid. Sachs y Welch (1990). En China, Tcheo-Hao (1977); cfr., en relación con la mediación comunitaria, Zhan y otros (1996), Fu (1991), Wall y Blum (1991) y Xu (1995) y en Corea, Sohn y Wall (1993).

5. LA PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL Y LA EVASIÓN ESPONTÁNEA HACIA OTRAS AGENCIAS DE CONTROL

El derecho formal se encuentra inmerso en nuestra vida cotidiana, seamos o no conscientes de ello, antes incluso de que se produzcan conflictos. Constituye, por tanto, un marco de referencia (Smart 1995, 2-3; Sarat y Kearns 1993), aunque siempre interrelacionado y dependiente de otros (Selznick 1963).

Por otra parte, es posible hablar de justicias sumergidas (Cohen 1994, 80). Existen prácticas cotidianas que no adquieren ese carácter de derecho, permaneciendo como pautas sociales que suponen una evasión de la red del control social. Este hecho se relaciona con la cifra negra o criminalidad no registrada. La mayoría de los delitos no se denuncian y, si se denuncian, no llegan a una sentencia. Cabe preguntarse entonces en qué contextos dichos delitos/conflictos se tratan de forma compensatoria y/o conciliatoria -estas formas competirían con otras como la venganza o la evitación-. Precisamente, a lo largo de esta tesis, trato de demostrar que la mediación, como estilo de control, está enormemente extendida en la vida social y, concretamente, en aspectos que pudieran caer bajo el control jurídico-penal. De cualquier forma, todavía no existen los suficientes estudios que permitan generalizar lo enunciado en este breve apartado. Black ha señalado reiteradamente que cuanto más estudiamos el derecho, y añadiría que cuánto más nos adentramos en su práctica cotidiana, más nos damos cuenta de su escaso uso para resolver conflictos. Con esta constatación, se trata de averiguar qué mecanismos son utilizados con ese fin. En definitiva: “¿Fuera del derecho, en qué consiste el universo más extenso del control social?” (1993, 2).

Bonafé-Schmitt ha distinguido entre *actividades* de mediación que cualquier persona realiza en su ámbito de influencia e *instancias* de mediación, llevadas a cabo por un tercero independiente y cualificado. Entre las actividades de mediación incluye las que se realizan espontánea e inconscientemente en el seno de la familia, la vecindad, el trabajo, o conscientemente, pero no de forma organizada, por parte de los trabajadores sociales, operadores jurídicos, etc. (San Martín Larrinoa 1996, 368-70). También fiscales y jueces realizan, en ocasiones, actividades de mediación.

Las conclusiones a que llega Hartmann, en su parte etnológica sobre el estudio de este tema, pueden resumirse en la afirmación de que la conciliación institucionalizada se ha dado en sociedades concretas, tanto de linajes como estatales, urbanas e industrializadas (1995, 37). Al preguntarse por el desarrollo de la conciliación en las sociedades actuales, tiene en cuenta cinco aspectos determinantes: demanda de instancias de conciliación frente a las ventajas y desventajas de otros modos de tratar los conflictos; papel del mediador-conciliador; el proceso de la mediación con sus fases y objetivos; el resultado de la mediación o conciliación y el papel de la reparación; y la relación con el derecho penal moderno. Respecto de este último punto, Hartmann afirma: “La relación entre las instancias de conciliación, los tribunales y el derecho penal moderno es compleja. La justicia penal moderna y las instancias de conciliación se sitúan primeramente en una relación de competencia sobre la regulación de los mismos conflictos. Los resultados etnológicos muestran que esta situación de competencia no debe conducir forzosamente a una sustitución de las instancias de conciliación”¹⁴²². Habría que matizar que Hartmann olvida la

¹⁴²² Para este criminólogo alemán, una justicia moderna puede promover la extensión y el éxito de las instancias de conciliación como equivalentes de los mecanismos, que aparecían en las primeras sociedades como presupuesto de esa conciliación. La existencia del procedimiento penal puede servir de control formal que estimule la conciliación y asegure un tratamiento igual en una sociedad pluralista (1995, 39-40).

complementariedad entre instancias y actividades de conciliación en casi todas las sociedades.

Fuera de toda previsión legal, dentro del fenómeno denominado informalismo, cabe destacar, por tanto, la práctica cotidiana de diversas agencias de control social formal. Así un trabajo de campo en la policía de Bonn en 1991 revelaba que, para ataques físicos, la policía usaba preferentemente una estrategia de pacificación de las partes, dejando permanecer el conflicto en el ámbito de lo privado, frente a los delitos de tráfico y contra la propiedad, donde se imponían sanciones o se continuaba el procedimiento penal público. En todo caso, la actitud de los policías era más pasiva que activa -cuando intervenían más allá de la ley, no lo hacían aplicando técnicas de resolución de conflictos de manera consciente¹⁴²³ - (Walter y Wagner 1996, 280-2).

¹⁴²³ Como se propone en un modelo de policía, promovido en el Reino Unido, en cuanto agencia de pacificación (Matthews 1994).

En relación con los distintos tipos de delitos, puede pensarse que los económicos reciben, en ocasiones, un trato más negociador que penal. También en otros delitos no convencionales, como por ejemplo, contra los consumidores -en cuyo caso puede haberse acudido previamente a una oficina municipal que utiliza el arbitraje-, la definición de delito no queda tan clara, y la evasión hacia otras vías e incluso órdenes jurisdiccionales, distintos del penal, es posible¹⁴²⁴.

Finalmente, pueden mencionarse como ejemplo de pluralismo jurídico en España: la **autorregulación comunitaria de ciertos pueblos**¹⁴²⁵ o **barrios**, o la existente en determinadas actividades laborales¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ Al contrario, puede invocarse el derecho estatal para reclamar la competencia en el tratamiento de un conflicto, generalmente de forma más severa, por parte de jurisdicciones especiales como la militar. La comisión encargada de preparar el llamado Libro Blanco de la Justicia propuso suprimir la jurisdicción militar en tiempo de paz, dejando a salvo el régimen disciplinario castrense. Sin embargo, en la aprobación del Libro por el pleno del CGPJ, en septiembre de 1997, no hubo consenso sobre su supresión y no se mencionó. Sobre la jurisdicción militar como manifestación de pluralismo jurídico, véase San Cristobal (1996). Téngase en cuenta la reciente polémica sobre la penalización del adulterio entre miembros del Ejército estadounidense, con desigual aplicación en la vida real respecto de las mujeres militares.

¹⁴²⁵ Para una visión, en mi opinión, reduccionista, de la autorregulación en el pueblo guipuzcoano de Oñati, vid. Santos Alvins (1994). Esta autora olvida que las comunidades pequeñas también pueden ser opresivas, como apunta Cohen (1988, 195). Santos Alvins se refiere, respecto de esta población guipuzcoana, a la justicia informal comunitaria.

¹⁴²⁶ Respecto de las cofradías de pescadores vascos, vid. Martínez Leunda y Antón Más (1988) y Saavedra (1988).

REFLEXIÓN FINAL

Partiendo de los conceptos de pluralismo normativo y cultura jurídica, se han analizado diversos espacios, en distintos países y entendiendo el término en sentido figurativo, donde el derecho penal positivo no se aplica de forma general. En esas grietas, es posible encontrar zonas en las que la mediación opera espontáneamente como respuesta a los conflictos, incluyendo los más graves. Ello no significa que esta estrategia de control sea más respetuosa con los derechos y necesidades de las personas involucradas, de la comunidad y de la sociedad en general, pero tampoco implica necesariamente lo contrario. En realidad, he tratado de mostrar la complejidad de la cuestión.

Puede observarse en las líneas anteriores que la mediación sigue constituyendo una estrategia de control social respecto de acciones que se definen como delitos. Dicha estrategia se emplea no sólo dentro del sistema penal oficial, como he señalado en la Parte precedente, sino fuera del mismo, en familias, comunidades culturales y subculturas. Si la mediación se da de hecho, ello me lleva a concluir que no puede resultar tan problemática ni su extensión ni cierta regulación o reconocimiento oficial. Cuestión distinta es que no deba regularse para no pervertir la espontaneidad de estas prácticas.

Respecto de la variedad de culturas y grupos sociales, Bergalli indicaba la necesidad de que las agencias oficiales de control social estén compenetradas en la siguiente idea "...que sus actividades deben, antes que nada, asumir la heterogeneidad social y desarrollar todas sus posibilidades para contribuir a una convivencia democrática" (1983, 73; 1994). De acuerdo con Recalde (1995, 141), un orden democrático supone un conjunto de garantías frente a la violencia privada, pero también frente al ejercicio del poder

y el autoritarismo del mismo sistema de la mayoría. En todo caso, debe existir un consenso mínimo, expresado en la Constitución y que garantiza que las formas de justicia no estatales no impliquen el mantenimiento de situaciones de opresión para las minorías, entendiendo el término en un sentido cualitativo -aunque sus miembros puedan no percibirlo así-, ni castigos crueles en ciertos casos. Ese consenso, unido a los elementos estructurales, puede hacer precisamente que se favorezcan estrategias de mediación. Según Jandt y Pedersen (1996b, 256), es preciso encontrar otra identidad más amplia que permita que se den expectativas positivas compartidas, por lo que determinados aspectos del manejo pacífico y constructivo de los conflictos pueden formar parte de dicha identidad.

Como afirma Lucas (1995, 53), no existe cultura sino como diversidad. El pluralismo es un ingrediente en el proceso de construcción de la cultura que resulta importante en la configuración de una identidad múltiple y dinámica de la ciudadanía. Además, el concepto de pluralismo no es algo propio del posmodernismo, sino que quizás encuentre algunas raíces en la Ilustración y en la idea de la tolerancia (Castro Jover 1995)¹⁴²⁷. Lo que sí puede resaltarse son las propuestas recientes de nuevos paradigmas más allá de la pura gestión de la conflictividad penal, enfatizando marcos de resolución de disputas a través de un pluralismo local o de un control local disperso (Raine y Willson 1993, 216; Vourc'h y Marcus 1995), siempre teniendo en cuenta ciertos límites, lo que enlaza con los estudios sociojurídicos sobre la relación entre la globalización y la localización (Taylor 1994).

Con regulación o sin reconocimiento formal, existe una inevitable conexión entre la justicia estatal y no estatal, aunque debe evitarse la caída en dicotomías abstractas. Así los proyectos de justicia popular en las

¹⁴²⁷ Vid. en relación con el pluralismo político, las culturas y la Constitución española, Prieto de Pedro (1993). Cfr. Bergalli (1994).

sociedades occidentales han sido criticados por esconder realmente una presencia estatal, aunque sin las debidas garantías. En las sociedades actuales los controles no oficiales basan su legitimidad en la participación o, en su caso, en la tradición, mientras que los oficiales se legitiman, en parte, mediante una premisa jurídica positivista: la ley difiere de la política y garantiza la igualdad formal y la imparcialidad.

Existen muy diversas concepciones de justicia por parte de los distintos grupos llamados primeras naciones, pueblos originarios, cuarto mundo¹⁴²⁸ o comunidades culturales minoritarias. Sin embargo, es posible resaltar el elemento común de énfasis en la armonía de la comunidad y la reconciliación, sin perjuicio de distinguir entre lo que existió en algún tiempo pasado, lo que existe y lo que se propone que pueda existir, dándose una cierta unión entre dichos grupos ante el reto de la llamada “aldea global”. Lo cierto es que, como indica Carmen Cordero para el caso de México (1997), los derechos indígenas, evolutivos y flexibles, son en gran medida producto de una mezcla y reacción ante el período colonial, cuando en muchos lugares se crearon o permitieron jurisdicciones especiales que fueron abolidas con los procesos de independencia, al proclamarse la igualdad jurídica. Hoy, aunque no exista un reconocimiento jurídico, y mucho menos un desarrollo legal, en la práctica suele dejarse a las partes que opten por el derecho indígena o el estatal. Al primero acuden habitualmente en casos de delitos menores, aunque no exclusivamente. Al derecho estatal le ha convenido esta coexistencia, a pesar de que, formalmente, las soluciones del derecho indígena no eran válidas. Lo que ha ocurrido con las demandas de los movimientos (políticos) nativos es que su justicia forma parte de las reivindicaciones

¹⁴²⁸ Aunque este término se emplea también para designar las poblaciones en extrema pobreza y marginación en las ciudades del primer mundo. Sobre la determinación por parte del Derecho internacional de los términos “indio”, “pueblo” y “minoría”, véase Ordóñez Cifuentes (1995).

presentes y el Estado se enfrenta al problema de su reconocimiento y validez, especialmente difícil en cuanto que algunos grupos dentro de las comunidades indígenas -primordialmente los jóvenes- no quieren respetar dicho derecho. El derecho aborígen ha dejado de ser un mero objeto de estudio por parte de los antropólogos del derecho y plantea importantes cuestiones filosófico-jurídicas y políticas.

Reitero que, dentro de las culturas, las comunidades o los grupos que utilizan estrategias de mediación, encontramos también formas de evitación e incluso de represión o destrucción, dependiendo de una serie de factores sociales. Igualmente, cuando se aplica la mediación, no siempre se realiza con unas bases democráticas (ej.: igual participación de hombres y mujeres)¹⁴²⁹. Con ello quiero evitar caer en generalizaciones -como lo es en el fondo el llamado relativismo cultural- y apuntar la necesidad de investigar los presupuestos y condiciones para la puesta en práctica de medios pacíficos de resolución de conflictos. Siguiendo a Gregor y Sponsel (1994, xvii-xviii), nos encontramos con ejemplos de culturas no occidentales que, en determinados contextos, aplican mecanismos de paz socializadora, restaurativa y/o separadora. En esta última se incluye el mantenimiento pacífico de las relaciones a través de la separación física de posibles antagonistas, del miedo a la venganza o a la agresión, como prevención general negativa¹⁴³⁰. Por lo tanto, en estas sociedades o comunidades existen también prácticas e instituciones -que como el derecho penal- contienen y generan miedo con la esperanza de ayudar a construir sistemas de paz. En todo caso, los autores citados creen en la existencia de culturas donde se advierte una ausencia

¹⁴²⁹ En todo caso, como afirman Jandt y Pedersen, las culturas cambian y, por ejemplo, la mediación tal y como se ha diseñado en ciertas comunidades, sin modificaciones, sólo será efectiva en contextos donde se acepte la dominación masculina (1996b, 253).

¹⁴³⁰ Una excesiva búsqueda de la armonía puede acrecentar el conflicto latente (Pedersen y Jandt 1996, 8).

de guerras, aunque se den otro tipo de conflictos menores. Por otra parte, es imposible no incurrir en contradicciones y, al mismo tiempo que los pueblos indígenas u otras minorías reclaman sus formas de justicia, demandan también la aplicación de sanciones formales represivas, por ejemplo, ante casos de racismo o discriminación. Es preciso evitar caer en un romanticismo mal entendido. Si el derecho estatal es injusto: ¿por qué no puede serlo el indígena? En mi trabajo adopto una perspectiva restringida, tratando de contrastar elementos positivos y no la globalidad y, en cualquier caso, no pretendo una transposición. Es cierto que uno de los rasgos manifiestos de nuestra cultura es el individualismo. Se espera que cada persona se ocupe de sí misma y, quizá, de la familia más próxima, cada vez más reducida. Por el contrario la colectividad se resalta en sociedades donde se da una interdependencia grupal, donde la lealtad proporciona protección durante toda la vida (Hofstede 1991, 51).

A lo largo de esta investigación me he preguntado hasta qué punto las estrategias de mediación son adecuadas, respecto de conflictos calificados penalmente, en las sociedades occidentales de fines del siglo XX. Como ocurría en las sociedades pre-estatales, según lo señalado en la Parte Segunda, en las comunidades indígenas actuales y en otras culturas, las mediaciones suelen encontrarse a menudo bajo la presión del ambiente social o el miedo a un poder más concreto, pero se sigue hablando de consenso (Wesel 1985, 329) que, se dice, no existe en nuestros contextos postindustriales. Teresa San Román ha dejado claro que la “incidencia de la actividad y del pensamiento del pueblo gitano a lo largo de la historia en el devenir de la mayoría, y de sus instituciones y procesos, ha sido insignificante, mientras que la incidencia de éstos en la población gitana ha sido inmensa” (1997, 249), quizá es tiempo, como ha sugerido la Magistrada, Manuela Carmena, que comiencen a revisarse las aportaciones de la cultura gitana y otras minorías, relativas a sus

prácticas constructivas de regulación de conflictos¹⁴³¹. En todo caso, esta empresa, más allá de sus efectos teóricos o prácticos, merecerá la pena al profundizar en un mayor conocimiento que evite el etnocentrismo en nuestras sociedades y permita reflexiones diversas¹⁴³².

La autoridad de los ancianos, tan importante dentro de las instancias de mediación, se desvanece en algunas de las comunidades aludidas, como hace tiempo se desvaneció en las sociedades occidentales. Los ancianos pertenecen a un tiempo en que la autoridad se fundamentaba en la sabiduría, que sólo podía adquirirse por la observación directa y las experiencias¹⁴³³. Hoy el concepto de sabiduría ha variado y también la forma de adquirir conocimientos que capacitan a los profesionales, “dueños de los conflictos”, así como los rasgos que aportan la autoridad social. Reconociendo los cambios y las diferencias estructurales y culturales, es importante la memoria para que no se pierdan valores. Recordando las palabras de Benoît Atanga referidas a África¹⁴³⁴: no

¹⁴³¹ Propuso una estancia de 10 ó 15 días en el seno de una familia gitana “para aprender su cultura y su justicia”, aunque abogados gitanos indicaron que las familias no aceptarían fácilmente que un payo estuviera presente en la aplicación de la justicia (Nevipens Romaní 1995, 1-15 de julio, p. 3). Por su parte, la Comisión de la Unión Europea ha valorado -quizá tan sólo retóricamente- el hecho de que los grupos gitanos e itinerantes sean una población comunitaria por excelencia y la lengua romanó la más extendida geográficamente -encontrándose en todos los Estados miembros- (Pérez Senz 1997, 71-2).

¹⁴³² Aun considerando los escasos estudios de investigación criminológica en nuestro país, especialmente de observación de campo, llama la atención la carencia de análisis criminológicos no etnocentristas de la criminalización de los gitanos en España -aunque este es el caso también de otros países europeos-, de sus estrategias de adaptación, combinando actividades legales e ilegales, de cómo repercute la droga en el pueblo gitano, del papel de la familia y su espiritualidad como agencia/mecanismo de control social informal, de las diferencias en cuanto a la aculturación, su situación en las cárceles -distinguiendo la de los hombres, mujeres y jóvenes-, etc. Como precedente de estudio criminológico en España, puede pensarse en las obras de Salillas, aunque siempre considerando el contexto teórico en que se inscriben, propio de su época, así cita a Lombroso quien veía en los gitanos una raza de delincuentes (Martínez-Pereda 1993, 528). Cfr. REEP (1947, 134-6).

¹⁴³³ La misma noción de ancianidad ha variado en Occidente al prolongarse la vida con los avances en el campo de la salud.

¹⁴³⁴ Citado en Bakomba (1982, 94).

se trata de caer en la nostalgia reivindicando instituciones pasadas que han perdido su espíritu, sino de recordar los valores positivos de ese espíritu que puedan contribuir al bienestar de las sociedades actuales.

Algunos autores como Hall han hablado de la comunicación de “contexto alto” en las culturas comunitarias, en las que la mayoría de la información se encuentra en el contexto físico o internalizada por la persona, en un marco de homogeneidad e interés por la comunidad, de manera que en la resolución del conflicto se tienen en cuenta relaciones históricas y resultados duraderos¹⁴³⁵ (1976). Por el contrario, en las culturas de “contexto bajo” se necesita un código explícito debido a la heterogeneidad, siendo importante el individuo y la confrontación manifiesta para llegar a una solución inmediata, minimizando las relaciones entre las partes, incluso si se utilizan estrategias de mediación -ya que se realizan en un plano más abstracto que contextual- (Pedersen y Jandt 1996, 10-3). Precisamente, Jandt y Pedersen presentan una serie de hipótesis, que serán tenidas en cuenta en la Parte siguiente, sobre la posibilidad de mediación en culturas de contexto bajo y alto (1994; 1996b, 13-5). Destaco e interpreto las seis siguientes, entendiendo los contextos como tipos ideales:

POSIBILIDADES DE MEDIACIÓN	Culturas de contexto bajo	Culturas de contexto alto
Aceptación y reconocimiento del conflicto, previa mediación	Por parte de los individuos afectados	Por parte de los grupos tradicionales
Proceso	Privado	Público, incluyendo los momentos previos a la mediación
Habilidad para mediar	Aprendizaje de técnicas y capacitación	Ejercicio de forma preventiva y proactiva
Definición de la mediación y	De forma individual por las	

¹⁴³⁵ Cfr. los mundos de vida y la teoría de la acción comunicativa de Habermas, en la Parte Primera.

POSIBILIDADES DE MEDIACIÓN	Culturas de contexto bajo	Culturas de contexto alto
de la resolución del conflicto	personas involucradas	De forma colectiva
Importancia de los rituales	Escasa ¹⁴³⁶	Amplia, incluyendo la espiritualidad
Acceso a los tribunales estatales ¹⁴³⁷	Se considera un derecho	Se considera un fracaso de la comunidad

Además de los aspectos culturales, las cuestiones sociales, como la edad y el sexo, pueden tener una gran influencia en determinados conflictos, incluso por encima de la nacionalidad o la etnicidad. Jandt y Pedersen enfatizan la necesidad de unas coordenadas comunes de las partes, de cara a un futuro acuerdo, ya que deben existir unas expectativas compartidas de algún modo (1996b, 251; 256). Precisamente, puede pensarse que la recuperación de la interdependencia cooperativa entre los intereses individuales y colectivos proporciona identidades o afiliaciones más amplias con esperanzas positivas comunes, como se ha dicho al inicio de esta reflexión¹⁴³⁸.

¹⁴³⁶ Creo que se trata de rituales distintos, pero rituales al fin. Sobre la importancia de los símbolos en el derecho consuetudinario, vid. Krstic (1995) -con referencias al yugoslavo-, Bailey (1995) -en relación con tribus de beduinos- y cfr. Hazard (1995) y Reik (1995), sobre la relevancia de la distribución del mobiliario en un tribunal occidental, así como de los ritos de reconstrucción de la "verdad" en un proceso penal occidental.

¹⁴³⁷ En grupos que combinan culturas de ambos contextos, predominará el estilo de resolución de conflictos del grupo más poderoso. Asimismo, en organizaciones de contexto bajo dentro de culturas de contexto alto, se tenderá a evitar estrategias tradicionales de resolución alternativa de disputas y preferirán soluciones judiciales.

¹⁴³⁸ Cfr. las propuestas de Melossi para la construcción europea (1997a).

De todos modos, es preciso tener en cuenta los contextos históricos, políticos, económicos, sociales, culturales y personales de la mediación que hacen que resulte satisfactoria para los implicados y los observadores, en determinadas situaciones y lugares¹⁴³⁹. Discrepo, parcialmente, con Jandt y Pedersen en cuanto que no creo posible identificar unos criterios para el éxito de la mediación en distintas culturas, aunque sí unas variables relativas a los participantes, al objeto y su contexto como se mostrará en la Parte siguiente -véase también la Parte Segunda-.

Gurutz Jáuregui afirma que vivimos en una época de vuelta a la cultura, donde debemos estar atentos a que las particularidades no ahoguen al individuo, cayendo en un tribalismo destructivo. Aun así, cree posible una compaginación entre los valores universales y particulares, entre unos y otros podría encontrarse el *pluriversalismo* (1997). Las diferencias entre las costumbres no significan la superioridad o inferioridad de unas sobre otras, sino que constituyen hechos analizables a la luz de sus múltiples contextos, iluminándolas en mayor o menor grado -sin perjuicio de ciertos valores morales, más o menos universales-. No pretendo, por tanto, un trasplante, sino mostrar estos hechos en relación con el control social. En todo caso, es preciso no olvidar el enfoque integral que contrasta los valores con el comportamiento efectivo (Alum 1985, 47), constituyendo ambos aspectos parte de la cultura jurídica.

Más allá del pluralismo, sería más correcto aludir a la interlegalidad y al mestizaje jurídico, fruto del eclecticismo y de la propia evolución político-constitucional. El mestizaje es algo que siempre ha existido en la construcción del derecho, producto de incrustaciones y evoluciones (González Oropeza 1995, 122)¹⁴⁴⁰. Quizá pueda hablarse, en relación con la posmodernidad

¹⁴³⁹ Cfr. Felstiner (1982).

¹⁴⁴⁰ Asimismo, conviene recordar que el control social presenta un esquema de

y aplicando la teoría de la retroevolución de Salvador Pániker (1997), de una era en la que “todo tiende a ser híbrido, a la vez innovador y tradicional, superando el espejismo historicista que es el espejismo del tiempo lineal”, donde “el genuino progreso es retroprogreso, dialéctica ascendente/descendente, movimiento en espiral hacia la complejidad y hacia el origen, hacia lo individual y lo colectivo, hacia el espíritu y hacia la materia.”

influencias, basado en la noción de relaciones sociales interactivas entre grupos sociales, pero al hablar de influencia mutua no se excluyen los elementos de desigualdad y desequilibrio de las relaciones sociales (Janowitz 1996, 10).

PARTE QUINTA

ESTUDIO DE DIVERSOS CASOS DE CONTROL SOCIAL A TRAVÉS DE PROCESOS DE MEDIACION: PARALELISMOS Y CONTRASTES

PARTE QUINTA. ESTUDIO DE DIVERSOS CASOS DE CONTROL SOCIAL A TRAVÉS DE PROCESOS DE MEDIACIÓN: PARALELISMOS Y CONTRASTES

1. PRECISIONES METODOLÓGICAS

En la Tercera Parte se ha efectuado lo que se conoce con el nombre de un análisis *macro* (el derecho y sus fuentes) y *meso* (las instituciones afectadas), que se completa ahora con un estudio *micro*, es decir, desde la experiencia y valores de los individuos concretos -aunque a través de narraciones de terceros-. A pesar de su menor extensión, la autonomía de esta Parte queda justificada al contribuir a las conclusiones generales, aportando matices importantes. Se realizará un estudio de diferentes casos de mediación, en una investigación que combina una pluralidad de métodos. Se pretende aprovechar la creatividad propia de los exámenes cualitativos, admitiendo, eso sí, que sus conclusiones no son generalizables. El método casuístico o de estudio de casos enlaza, de algún modo, con la historia oral e historias de vida¹⁴⁴¹ que recogen los recuerdos personales, junto con fuentes documentales. Cabe recordar que estas técnicas fueron utilizadas en un trabajo pionero en Criminología por parte de Thomas y Znaniecki, al que se ha hecho referencia en la Parte Primera (Giddens 1994, 732). A modo de ejemplo, en nuestro ámbito, otras investigaciones de carácter no solo histórico, son las de Antolini (1989) sobre la exclusión de los llamados agotes en el Baztán navarro; la de Ríos (1993), relativa a los menores infractores en la Comunidad

¹⁴⁴¹ Cuestión distinta es el método casuístico como metodología en la enseñanza del Derecho, vid., por ejemplo, Zugaldía, Maqueda y Lorenzo (1996) y, de forma general, a fines del siglo XIX, Jhering (1993). Cfr., resaltando que el derecho (positivo) nace de la experiencia histórica de conflictos concretos de intereses, en la búsqueda de sus soluciones o tratamiento, Díez-Picazo (1993).

de Madrid; o la de Elzo (1996), centrada en las alternativas para drogodependientes en la Comunidad del País Vasco.

Específicamente, en el campo de la Antropología jurídica, tras el abandono de la pretensión de elaborar una lista de normas como método para el estudio científico del derecho consuetudinario, se puso interés, a partir de Hoebel (1954)¹⁴⁴², en la recapitulación sistemática sobre casos concretos de conflictos y su resolución. Según indica Stavenhagen (1991, 402): “A través del estudio de casos concretos de resolución de disputas o contiendas, el investigador desentraña las normas y reglas jurídicas no solamente como enunciados abstractos sino como elementos vivos y dinámicos del derecho de una sociedad.” Igualmente, se reconoce la necesidad de situar las disputas en su contexto diacrónico (histórico) y sincrónico (estructural), advirtiendo la “prehistoria” y las “consecuencias sociales” de los distintos conflictos. Más que de derechos estáticos, se habla de procesos -de ahí la importancia de la justicia procedimental-, en los que intervienen las reglas jurídicas junto con los valores culturales, las ideologías y las psicologías de los actores individuales, así como el mundo de los signos y símbolos (ibídem, 403)¹⁴⁴³.

Recordando las palabras de Adorno sobre la investigación social empírica: “El problema cognoscitivo de su desarrollo autocrítico sigue siendo que los hechos escudriñados no reflejan fielmente las relaciones sociales que los subyacen, sino que al mismo tiempo integran el velo con el que éstas se embozan” (en Adorno y Horkheimer 1979, 228)¹⁴⁴⁴. En el estudio de casos

¹⁴⁴² Cfr. Gulliver (1969).

¹⁴⁴³ Desde la Antropología jurídica, Conley y O’Barr proponen completar esta metodología, de manera que se tengan en cuenta los contextos culturales más amplios (1993).

¹⁴⁴⁴ Además: “El estudiante ha de aprender en el campo de su propia ciencia que sin un excedente de libertad, sin cierto juego del espíritu, sin la fuerza del sujeto que sobrepasa al objeto, no existe por ninguna parte un conocimiento de lo objetivo, sino mera estabilidad;

propuesto se intenta ser consciente de que yo misma estoy construyendo mi objeto de reflexión (Steier 1991), es decir, que realidad objetiva y subjetiva van juntas (Berger y Luckmann 1993), siendo importante la reflexión sobre ello. En este sentido puede definirse el estudio de un caso como el análisis de la particularidad y complejidad del mismo (Stake 1995, xi).

tiene que ejercitar la reunión de contrastación crítica de los hechos y la fantasía productiva, de cautela y perspicacia, de liberalidad y capacidad intuitiva" (Horkheimer 1979, 86). Al mismo tiempo, comentando a Max Weber, Kocka afirma que si la realidad se presenta como algo infinitamente complejo y variado, el conocimiento empírico-científico sólo puede ser un conocimiento parcial (Kocka 1989, 26).

De acuerdo con Yin (1994, 13) -haciendo uso de un concepto más estricto del que manejo aquí-, los estudios de casos son investigaciones empíricas centradas en un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto de vida real, apoyándose en distintas fuentes de evidencia, de carácter cuantitativo y/o cualitativo¹⁴⁴⁵. Esta estrategia de investigación resulta especialmente adecuada en preguntas sobre el cómo y el porqué de cierto suceso social actual, y permite afrontar el problema planteado por Adorno. Se trata de unir lo individual con lo estructural, teniendo en cuenta los aspectos que inciden en la toma de decisiones (Arthur y Marenin 1995, 208-10); de partir de lo descriptivo para llegar a lo analítico, aunque considerando sus influencias mutuas. En todo caso, esta técnica de indagación continúa recibiendo críticas relativas a la falta de rigor, debida a la importancia de las percepciones del investigador¹⁴⁴⁶; a la imposibilidad de generalización de los resultados; y a la necesidad de un tiempo excesivo para su correcto desarrollo. Sin embargo, según Yin, es fácil encontrar contracríticas a estos argumentos ya que el requisito de la reflexión del investigador, la posibilidad de realizar

¹⁴⁴⁵ Como ejemplos de estudios de casos en sentido amplio, en el ámbito criminológico, cfr. Merry y Milner (1993) sobre la justicia popular; Ladd y Lynch (1979), sobre un programa de *diversion* en EE.UU.; Jandt y Pedersen (1996), sobre la gestión constructiva de conflictos en Asia y el Pacífico; sobre la manipulación del concepto de jefe tribal en Sudáfrica, vid. Quinlan (1988); Fletcher (1992), sobre la legítima defensa y posibles discriminaciones; Peláez (1996), sobre la mediación familiar en Córdoba (Argentina); Sponsel y Gregor (1994), sobre la antropología de la paz; Jefferson (1993), sobre el juicio por violación al boxeador Tyson en EE.UU.; Hourihan (1987), sobre la participación del público en la prevención del delito en una localidad irlandesa; en relación con las prisiones privadas en Australia, vid. Moyle (1995); McManus (1995), respecto de la policía privada en el Reino Unido; Williams (1988), para una biografía de discriminación racial; y Brigham sobre ejemplos de formas de manifestación del derecho en EE.UU. Como modelos de estudios de casos, en una acepción más estricta, vid. sobre un supuesto de robo en un domicilio, sujeto a un programa de mediación víctima-autor en EE.UU., Umbreit (1993); y sobre el manejo de un conflicto familiar en Botswana, Griffiths (1986). Por otra parte, superando los meros estudios de casos, en cuanto a la posibilidad de un análisis comparativo internacional de carácter longitudinal de los modelos de litigación, véase Ietswaart (1990). Cfr. Blee y Billings (1996).

¹⁴⁴⁶ Vid. Ortega y Gasset (1969) y Augé (1996).

estudios comparativos de distintos casos en orden a la generalización¹⁴⁴⁷ y la utilización de varios medios de obtención de información, de menor coste en tiempo, pueden servir de correctores. Finalmente, la calidad del diseño de la investigación se basará en los cuatro puntos siguientes: validez respecto de su construcción (relacionando fuentes diversas de evidencia y facilitando la revisión del informe final a los “expertos” o protagonistas); validez interna, si se trata de estudios explicativos, estableciendo relaciones causales; validez externa (en cuanto que el estudio pueda repetirse con los mismos resultados en otros contextos); y fiabilidad (si el mismo desarrollo de la investigación se repite con idéntico resultado en el mismo contexto) (Yin 1994, 9-11; 33).

¹⁴⁴⁷ Aunque me ha resultado difícil encontrar estudios en España que permitiesen la comparación.

La meta de mi trabajo es tanto descriptiva como explicativa. Comprende un análisis de cada caso de mediación que se presenta y un examen comparativo interrelacionado de todos ellos¹⁴⁴⁸. Utilizando el principio de triangulación, las fuentes de información proceden del análisis de contenido de documentos oficiales, narraciones, bibliografía sobre el tema, observación directa y entrevistas. Con un protocolo de recogida de datos he tratado de identificar, de forma flexible, las principales cuestiones que intento responder, cuya formulación se basa en varias hipótesis -inspiradas teóricamente¹⁴⁴⁹ -, planteadas a lo largo de las Partes precedentes. Posteriormente, los datos han sido analizados categóricamente, de forma lo más relacionada posible, favoreciendo el contraste entre las distintas interpretaciones, en un marco explicativo más amplio. La conexión entre la teoría y la recogida de datos permite hablar modestamente de una “teorización enraizada” (Hammersley y Atkinson 1994, 191).

¹⁴⁴⁸ Los casos escogidos difieren en multitud de variables (objeto del conflicto, características de los intervinientes, etc.), aunque se ubican en el mismo contexto geográfico general y ocurrieron recientemente. No se ha buscado mayor similitud en otras variables en aras de un análisis más rico en contrastes.

¹⁴⁴⁹ Precisamente, en el estudio de los casos, trataré de demostrar, entre otras cuestiones, algunas hipótesis de Jandt y Pedersen (1996), así como de Felstiner (1980).

2. PRESENTACIÓN DE LOS CASOS: CONTEXTO, NARRACIÓN DEL PROCESO DE MEDIACIÓN, VARIABLES EXPLICATIVAS E INTERPRETACIÓN

A continuación, se analizará un caso de mediación en la justicia de menores, seguido de otros en la justicia de paz, en una oficina de asistencia a la víctima y en una comunidad gitana, teniendo todos ellos en común el haberse realizado recientemente en la provincia de Gipuzkoa. El primero afecta, estrictamente, a dos menores y los restantes a adultos. Todos, excepto el último, se producen en relación (variable) con la justicia oficial penal.

2. 1 CASO DE MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA OFICIAL DE MENORES¹⁴⁵⁰

2. 1. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación

¹⁴⁵⁰ Quiero agradecer profundamente la colaboración de los miembros del equipo técnico del Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, quienes relataron este caso dentro de un curso de formación sobre la materia, organizado por el Gobierno Vasco, en 1997. Este supuesto aparecerá más detallado que el resto ya que se dispone de una narración por escrito -sin perjuicio de que, además, existan más detalles al tratarse de un procedimiento con una cierta estructura formal-. En los demás casos se realizaron entrevistas, por regla general, con personas que habían actuado como mediadores. He querido preservar el anonimato, dando sólo los datos estrictamente necesarios para el entendimiento del asunto. Cabe recordar que, en todos los supuestos planteados, la breve narración que se realiza del manejo del conflicto no pretende ser exacta, sino reproducir los aspectos más importantes que, bajo mi punto de vista, condicionan su tratamiento y revisten interés para una reflexión más profunda. Todas las inexactitudes del relato y, por supuesto, de la interpretación son de mi sola responsabilidad.

El caso que presento fue objeto de intervención en el Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, siguiendo el procedimiento propio de esta jurisdicción. En ella se advierte la tensión entre el interés público y el del menor, según ha sido descrito en la Tercera Parte. Allí se indicó el escaso protagonismo de las víctimas, tema que se tendrá en cuenta en la futura ley reguladora de la justicia de menores. Ante la denuncia, el caso llega al Juzgado de Menores de San Sebastián, sin que en ninguno de los tres juzgados existentes en la Comunidad Autónoma Vasca exista un programa estable de mediación como en Cataluña, aunque los profesionales cuentan con cierta formación y experiencia. Entre los problemas propios de la Comunidad vasca se encuentra el de la denominada violencia callejera, protagonizada por jóvenes simpatizantes de las acciones terroristas de ETA, lo que influye también en las controversias sobre la distribución de las competencias dentro de dicha Comunidad, respecto de los servicios sociales relativos a los menores. Por otra parte, el número de casos que llegan a los tres Juzgados de Menores es más reducido que en otras Comunidades¹⁴⁵¹.

¹⁴⁵¹ Según la Memoria del CGPJ, durante 1995, se registraron 13.413 asuntos en la jurisdicción de menores en todo el Estado, resolviéndose 13.600, de los cuales 8.498 fueron sin medida. Las Comunidades donde se registraron más asuntos fueron, por este orden, la andaluza, catalana, valenciana y madrileña; se registró el menor número de asuntos, por este orden, en Cantabria (75), La Rioja, Navarra, Asturias, Murcia, Canarias, Galicia, Aragón y País Vasco (467). En el País Vasco, en 1995, teniendo en cuenta 96 asuntos pendientes del año anterior, del total se resolvieron 174 con medida y 269 sin medida. De los 467 asuntos registrados en 1995, 262 lo fueron en el Juzgado de Bilbao, 129 en el de San Sebastián y 76 en el de Vitoria.

En 1993, de acuerdo con la Memoria Anual de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián, se registraron 183 denuncias en Gipuzkoa. En 89 casos se incoaron expedientes, en 13 se remitieron a la Diputación -por tratarse de menores de 13 años- y 74 se archivaron por no proceder la incoación. Según la Memoria de la Fiscalía de dicha Audiencia, relativa a 1996¹⁴⁵², vemos que, de más de 200 denuncias, se levantaron 126 expedientes, número equivalente al de 1995¹⁴⁵³. De ellos, 102 fueron archivados a propuesta del fiscal, según indicaciones del equipo técnico. De acuerdo con la página 114 de dicha Memoria: "Es de destacar que muchos de los expedientes se archivan como consecuencia de haberse alcanzado gracias a la intermediación de los equipos técnicos, la mediación entre víctima y autor." De los 204 menores afectados por dichos expedientes, en 1996, 36 eran reincidentes. Destacaban los delitos o faltas contra el patrimonio y, muy por debajo, los delitos contra la integridad física, de desórdenes públicos, contra la salud pública y contra la libertad sexual. De las 60 medidas impuestas, 49 fueron de amonestación, 5 de libertad vigilada, 3 de prestaciones en servicio de la comunidad -era la primera vez que se imponía este tipo de medidas, desde su regulación en la Ley 4/1992- y 6 de internamiento.

En la Tercera Parte se ha hecho referencia a los procesos de reparación en la justicia de menores de forma expresa para la CAPV. A través de entrevistas mantenidas con los profesionales del Juzgado, se aprecia que la actitud de éstos respecto de la mediación/reparación es positiva. En

¹⁴⁵² En donde tienen mención destacada, como principal rasgo de la evolución de la criminalidad en dicha provincia, los actos de terrorismo y violencia callejera, estos últimos, especialmente desde 1995, protagonizados por jóvenes de 14 a 25 años. Cfr. sobre dicha evolución, en particular en la ciudad de San Sebastián, Guardia Municipal (1996).

¹⁴⁵³ Una interesante revisión de más de 300 expedientes, relativos a 1994 y 1995, del Juzgado de Menores de San Sebastián, destaca que más del 77% de los menores actuaron en grupo y que un 51,02% de las víctimas eran conocidas por el menor (Ortiz González 1996). Cfr. varios (1997).

concreto, el representante de la Fiscalía se manifestó claramente a favor de una total desjudicialización¹⁴⁵⁴. Indicó que ni el juez ni el fiscal pueden hacer nada en la mayoría de los casos -con sus propias palabras, se requiere una “imaginación” de la que ellos carecen-, por lo que quizá es mejor que no intervengan y que se remitan los expedientes a la administración de los servicios sociales, siempre dejando la posibilidad de acudir al juez, si se considera que ha habido violación de derechos. En todo caso, antes de promover la mediación, en opinión de dicho fiscal, deberían estudiarse los costes y realizar estudios científicos -que no se limiten a meras copias de la legislación extranjera-, teniendo en cuenta que existen otras necesidades prioritarias en estos órganos. De acuerdo con el fiscal de menores, en principio, no deberían existir límites respecto de los casos objeto de mediación en cuanto a su gravedad, mostrándose igualmente a favor de su extensión a los adultos, especialmente en los delitos de daños.

De acuerdo con las personas que trabajan en el Juzgado, en general, no se colabora con la Oficinas de Ayuda a la Víctima -situada en la planta baja del edificio donde se encuentra el Juzgado-. Por otra parte, se subraya la necesidad de coordinación, al depender de la Diputación la ejecución de las medidas (véanse la disposición adicional tercera de la LO 4/1992, el art. 10. 12, 10. 14 y 10. 39 EA LO 3/1979 y la Ley 5/1982 de servicios sociales, art. 5, pfo. 5º, 8 y 10). Finalmente, cabe recordar que algunos profesionales del equipo técnico y los delegados de asistencia al menor, ante el traspaso de las competencias a la Comunidad, se encuentran en situación de indefinición, con lo que existe un malestar respecto de esta cuestión.

¹⁴⁵⁴ Entrevista mantenida con el entonces Fiscal de Menores de Donostia, el 4 de octubre de 1995, en la sede de la Fiscalía.

Una vez definido el contexto institucional donde será tratado el suceso, indicaré el contenido de éste. El conflicto, objeto del caso que se relata, se origina cuando en la madrugada de un sábado de 1996, se encontraron A y B a la salida de un cine y decidieron entrar en el Polideportivo Municipal de una localidad guipuzcoana, rompiendo el cristal de una de las puertas de entrada y apropiándose de unas cajetillas de tabaco de la cafetería, momento en el que fueron sorprendidos por la Ertzaintza (Policía Autónoma Vasca), alertada por la alarma.

2. 1. 2 Narración del proceso de mediación

Dentro de la actividad rutinaria de esta jurisdicción, el proceso se inició con una entrevista de las tres personas del equipo técnico con los menores (A y B) y sus familias, para determinar la idoneidad de la mediación en el contexto de la “exploración” previa. De A, el equipo destacó que se trataba de un menor reincidente, que reconocía su participación en los hechos, pero que no asumía ninguna responsabilidad, ni manifestaba sentimiento de culpa alguno. El equipo concluyó que dicho menor presentaba necesidades más amplias -entre las que se detallaban las dificultades de autocontrol y escasa empatía, escolares y familiares (toda la familia se encontraba incluida en un programa de intervención familiar, con evaluación negativa)-. No consideraron oportuna una respuesta extrajudicial, por lo que no se le preguntó por su voluntariedad para participar en una reparación o conciliación.

Por el contrario, según la entrevista mantenida con el equipo técnico, B asumió su participación y responsabilidad en los hechos, habiendo reflexionado sobre los mismos, junto con su familia. El equipo describió su malestar y sensación de deuda con el Polideportivo, con la justicia, la

sociedad y consigo mismo; y sus deseos de reparar el daño causado, siendo capaz de situarse en el lugar de las víctimas en cuanto a los perjuicios materiales (cristal y cajetillas) y morales (sentimientos de inseguridad, pérdida de tiempo y molestias causadas). Ante su deseo de conciliarse con las víctimas, de restablecer la normalidad en la relación con ellas -a la señora de la cafetería la conocía-, ya que seguirá acudiendo a dicha instalación, se le explicó el proceso judicial y sus alternativas, manifestando su voluntariedad -que concordaba con la de su familia- de llegar a una conciliación-reparación.

Por tanto, tras las entrevistas, el equipo valoró que la conciliación-reparación no era una respuesta viable en el caso de A (para quien continuó la tramitación del expediente, aplicándole finalmente una medida educativa), pero sí en el de B, en cuanto que se apreció responsabilización, voluntariedad y disponibilidad, para afrontar personalmente el conflicto, de manera que, si se resolvía con éxito podría elevar su autoestima y autonomía, eliminando temores respecto de su relación con las víctimas. La actividad en beneficio de éstas, en opinión del equipo, aportaría aspectos educativos porque se exigiría al menor el cumplimiento de horarios, responsabilidad, aprendizajes, etc.

El equipo solicitó la autorización de la fiscalía de forma verbal y ésta informó positivamente sobre la misma, también verbalmente. Ello permitió contactar con las dos víctimas: la persona que regentaba el bar y el polideportivo, a través de su gerente. La primera, aunque no concedió importancia al daño material, señaló sus sentimientos de inseguridad y consideró que participar en la reparación-conciliación le generaría tranquilidad, por lo que estaba dispuesta a encontrarse con el joven¹⁴⁵⁵. El gerente del Polideportivo precisó que le gustaría que fueran reparados el

¹⁴⁵⁵ Sobre la racionalidad de las creencias, deseos y acciones cfr. Nudler (1996).

cristal y las molestias causadas a consecuencia del hecho, asimismo deseaba que se le asegurara, en la medida de lo posible, que el menor no lo volvería a repetir. Aunque no conocía al autor, era favorable a participar en la conciliación-reparación.

Una persona del equipo se encargó de la organización del encuentro, contactando con el menor y su familia, y con las víctimas. Se fijó el día, la hora y el lugar para el acto de conciliación, encuadrando el proceso. Dos personas del equipo se encontraban presentes en el acto de conciliación, cuando las víctimas tuvieron la oportunidad de conocer al autor del daño, que inicialmente pensaban era otro. Expusieron sus vivencias y se dieron cuenta de los estereotipos atribuidos al menor, quien pidió disculpas y se comprometió a no repetirlo, solicitando poder reparar el daño. La actividad reparatoria se concretó en la limpieza y ordenación en el almacén del polideportivo, que debería hacerse en dos horas durante cuatro días, de 4 a 6 de la tarde, fuera del horario escolar, facilitándose la ducha diaria tras el trabajo, con flexibilidad en el horario y la actividad. Se aplazó el inicio unos días, al encontrarse el menor en exámenes.

Se redactó el Acuerdo de la Actividad Reparadora y se firmó por las víctimas, el mediador -una de las dos personas intervinientes- y el menor, entregándoles a ambos una copia, de la que también disponía el mediador. A las víctimas se les dejó un protocolo de Evaluación de la Reparación víctima-menor para ser cumplimentado al finalizar la actividad -en teoría debe rellenarse conjuntamente, pero, en realidad, lo hace sólo la víctima, quedando después en manos del mediador-. Dicho protocolo, con las referencias sobre el caso, la tarea acordada, su duración, la asistencia y reparación efectiva, la actitud con sus compañeros y con la persona responsable, así como otras observaciones, terminaba con la fecha y firma del perjudicado, del menor y del mediador, siendo la frase final la siguiente: "Efectuado el programa de

mediación-reparación y teniendo en cuenta la valoración satisfactoria que de él han hecho las dos partes, éstas dan el conflicto por solucionado.” Finalmente, se emitió un informe a la Fiscalía de Menores, exponiendo los trámites llevados a cabo y solicitando la conclusión de la tramitación, habiendo sido el proceso positivo. El fiscal solicitó al juez el sobreseimiento y éste lo acordó, dando por finalizado el proceso.

2. 1. 3 Variables explicativas e interpretación

Respecto del significado del derecho y la mediación en este caso, el derecho que regula la reacción ante las infracciones penales cometidas por menores difiere, en gran medida, del penal para adultos. Se trata de una regulación que, a la espera de que se apruebe una Ley más completa, contiene una serie de lagunas y ambigüedades. Aunque puede hablarse de un centralismo jurídico, existe cierta dispersión en el actuar cotidiano. Jueces y fiscales comparten su trabajo en el Juzgado con profesionales no juristas, aplicando unos preceptos que dan pie a una mayor flexibilidad. A pesar de advertir el paso de un modelo tutelar a otro de responsabilidad, se sigue concibiendo la intervención con un carácter educativo y en interés del menor. Ello hace que la mediación que se produce se configure como la vía para llevar a cabo una reparación extrajudicial, que dará lugar al archivo del expediente, pretendiendo fundamentalmente evitar la estigmatización del menor, para lo que se solicita la colaboración de las víctimas. La mediación se constituye, por tanto, como una alternativa al proceso. Se pone en práctica sin un programa estructurado, teniendo en cuenta los preceptos de la Ley 4/1992, y obedeciendo a una tendencia actual en este tipo de experiencias.

En cuanto a las personas implicadas, según se ha podido leer anteriormente, los protagonistas del conflicto estudiado son dos chicos,

menores de 16 años, que se conocían. Tanto la dueña como el gerente del Polideportivo creen saber qué jóvenes han cometido el robo, guiándose por una serie de estereotipos, que luego no se corresponderán con la realidad. Uno de los chicos, A, es reincidente y pertenece a una familia con una serie de carencias y problemas ya detectados por los servicios sociales. En la entrevista preliminar del equipo técnico, éste concluye que no asume su responsabilidad ni siente culpa alguna, aunque no se explica cómo llegan a estas conclusiones. Y, en todo caso, sí acepta haber intervenido en los hechos. El otro chico parece encontrarse en una mejor posición, ya que cuenta con el apoyo de su familia y dice aceptar su responsabilidad.

El “conflicto”¹⁴⁵⁶ se pone en evidencia cuando salta la alarma que avisa a la policía, lo que pone en marcha una denuncia que hace actuar a la fiscalía y al equipo técnico. Los hechos son definidos legalmente, no como conflicto entre personas, sino como delito, es decir, la violación de unas normas previamente establecidas en el Código penal que hacen que se cataloguen como robo con fuerza en las cosas, aunque el tratamiento¹⁴⁵⁷ difiere en razón de la edad.

En un análisis sociológico podría suponerse un conflicto de valores, al desear los jóvenes, de clase media-baja, unos cigarrillos. Este deseo está permitido por la sociedad, pero no la forma ilícita de adquirirlos. Obran de este modo en el caso concreto, ya que no admitirían que otras personas se

¹⁴⁵⁶ Se utilizará este término de acuerdo con un análisis socio-jurídico. Agnes Heller distingue los conflictos de las disputas. Los conflictos (debates o discusiones) constituyen formas de fricciones cotidianas, motivadas por valores (principalmente morales) e implican la posibilidad de cambios, ya que conllevan una relación con lo colectivo. En este sentido, la mediación puede entenderse como propiciadora de un debate o discusión, en donde uno escucha los argumentos del otro. Por el contrario, cuando se disputa, no existen respuestas, sino repeticiones de argumentos, donde de involucran intereses y afectos particulares (1977, 394-6).

¹⁴⁵⁷ Aunque podría interpretarse así, en esta Parte, el término de “tratamiento” del conflicto no tiene carácter clínico.

comportasen con ellos así. De algún modo, conciben su comportamiento como una aventura o un riesgo, sin visualizar las víctimas.

No se trata de un hecho objetivamente grave, tampoco subjetivamente para las víctimas, aunque la dueña del bar manifieste cierta inseguridad. Sólo afecta a un cristal cuya reparación será cubierta por un seguro, y a unas cajetillas de tabaco que fueron devueltas. Las víctimas no estaban allí en el momento del robo, lo que aminora el miedo a delitos futuros. Además, trabajan de día rodeadas de gente. Sin embargo, este conflicto es de gran trascendencia para la vida de los menores. Por una parte, A -reincidente- añade otro delito a su expediente, y B experimenta su primer contacto con la justicia, que traerá una serie de consecuencias familiares y de otro tipo. Puede decirse que el tratamiento del conflicto no abarcará conflictos anteriores o implicaciones más amplias de aquél, pero en cierta manera repercutirán en su manejo.

Las funciones y las actividades del mediador (quién debe obrar como tal, su número, etc.) no están claramente determinadas en la ley. El poder del equipo técnico como agencia de control definidora resulta patente. Según sus interpretaciones de la situación psicológica y social de cada menor, concluirán si deben ofrecerle o no la posibilidad de realizar una reparación extrajudicial. Ello hace que A quede excluido de esta alternativa -que ni siquiera se le plantea, lo que puede suponer una discriminación basada en su marginación preexistente-. Este hecho subraya la supervivencia del carácter tutelar de la jurisdicción de menores y puede suponer una violación del principio de igualdad.

Asimismo, el equipo es bastante libre a la hora de organizar la mediación -influido por el programa catalán-, decidiendo, por ejemplo, que actuarán dos profesionales del mismo como mediadores, lo que justifican como un medio para reforzar el apoyo de uno sobre otro. Se trata de un hombre y

una mujer, psicólogo y trabajadora social, de clase media, trabajadores en la administración de justicia y que no han recibido formación especial alguna como mediadores. No conocían previamente ni al menor, ni a su familia, ni a las víctimas. Estas personas parecen verles más como figuras de poder que de autoridad. Su neutralidad puede ser cuestionada en cuanto que su intervención se orienta en interés del menor. Además, la voluntad del menor puede ponerse en entredicho, al existir cierta coacción porque, si no acepta, continuaría un procedimiento que se entiende más estigmatizante. Cabe pensar también en la influencia de los padres. Por su parte, las víctimas actúan guiadas por su interés de ayudar al menor. No se da una relación cercana entre los implicados -aunque el menor conoce a la dueña del bar- y se percibe un cierto temor hacia la administración de justicia y una confusión respecto del rol de los mediadores.

El protagonismo de los mediadores sólo cuenta con la supervisión del fiscal que, en este caso, solicita el sobreseimiento, en ejercicio del principio de oportunidad regulado en esta jurisdicción. El proceso se realiza de forma más bien rápida y con ahorro de recursos, aunque conlleva un esfuerzo por parte del equipo. El acuerdo al que se llega se recoge por escrito y supone fundamentalmente la limpieza del Polideportivo. En esta actividad persiste una cierta noción de castigo, o al menos de aflicción. Su cumplimiento será supervisado por la víctima, el equipo y el fiscal, existiendo la amenaza¹⁴⁵⁸ de continuación de la tramitación del expediente ante el incumplimiento -o ante el desacuerdo en la reparación-.

Entre los aspectos positivos de todo el procedimiento se resalta la responsabilización del menor, más que la reparación a las víctimas, y entre los negativos -que el mismo equipo manifiesta- las dudas respecto de posibles discriminaciones en el tratamiento de A. Se advierte la convivencia de dos

¹⁴⁵⁸ O salvaguarda, según se interprete.

lógicas: la de la adjudicación -matizada respecto del interés del menor-, propia del juez y del fiscal; y la de la reparación extrajudicial a través de la mediación, desarrollada por un equipo interdisciplinar (psicólogo, trabajador social y educador) como medida socio educativa positiva. Este tipo de medida, en el conjunto de la actuación del Juzgado, no tiene aún grandes repercusiones, a pesar de que diversas instancias públicas han manifestado interés en su potenciación. Su trascendencia, como reacción reductora de estigmatización y victimación, dependerá, en mi opinión, de un cambio de mentalidad y de una mayor inversión en la infraestructura.

2. 2 CASO DE MEDIACIÓN EN LOS JUZGADOS DE PAZ¹⁴⁵⁹

2. 2. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación

¹⁴⁵⁹ Agradezco la ayuda del Juez de Paz de Andoain (Gipuzkoa), D. Ramón Iriarte, -y de la Juez de Hernani, también presente- por su amabilidad en la entrevista mantenida, el día 24 de julio de 1997, en la sede de su Juzgado.

El funcionamiento de los Juzgados de Paz depende de las distintas poblaciones en que se ubican¹⁴⁶⁰. Para patentizar esta diversidad, aquí tendré en cuenta tres juzgados, representativos de situaciones diferentes, por su número de habitantes y por la provincia a que pertenecen. En principio, aunque están aumentando los Jueces de Paz que son licenciados en Derecho, los legos siguen constituyendo un gran número. En algunos lugares, especialmente poblaciones pequeñas, aunque cualquier vecino puede presentarse para ejercer esta función, está mal visto que lo haga, ya que suele determinarse previamente por el Ayuntamiento, que pregunta después a la persona en concreto, para proceder a designarla oficialmente¹⁴⁶¹. Los no licenciados en Derecho muestran, en ocasiones, su preocupación por la falta de conocimientos jurídicos, ya que “la ley es la ley... y si metes la pata...”, sintiéndose un poco discriminados en las reuniones con otros jueces profesionales que no les consideran “verdaderos jueces”. En todo caso, en colaboración con las comunidades autónomas, el CGPJ organiza cursos periódicos sobre temas de actualidad, como el Código penal o la Ley del Jurado. Por otra parte, respecto de la población en la que se encuentran, algunos Jueces de Paz mencionan que, cuando son nombrados, la gente parece tratarles de otra manera, “como si hubiesen subido su *status*”, ostentado -como otros jueces conocidos socialmente- poderes formales e informales. De alguna manera, el Juez de Paz representa una más de las formas de autoridad que, en algunas poblaciones pequeñas -cada vez menos-, siguen siendo el maestro, el cura o el alcalde -lo que se conoce como “fuerzas vivas”-.

¹⁴⁶⁰ Sobre su regulación, véase lo indicado en la Tercera Parte.

¹⁴⁶¹ El Reglamento 3/1995, de 7 de junio, de los Jueces de Paz regula los requisitos formales de los acuerdos municipales sobre los procedimientos de elección, estableciéndose el régimen de recursos, así como el relativo a la condición de capacidad e incompatibilidades, junto con las licencias, permisos y régimen disciplinario.

Rosa María Canela Balsebre, trabajadora social y Juez de Paz de una pequeña población en la provincia de Tarragona, vocal de la Asociación de Jueces de Paz de Cataluña -y que era la Juez de Paz más joven de esta Comunidad, elegida en noviembre de 1995 con veintidós años-, se sorprendía de que las tendencias de mediación no hubieran tenido en cuenta la función del Juez de Paz -aunque existía la propuesta de una justicia municipal en Barcelona¹⁴⁶²-. En su opinión, los Jueces de Paz “median, aplicando la ley”. En todo caso, a pesar de su nombre, no parece que se les forme especialmente recalando su función mediadora o el uso de su sentido de equidad. De cualquier forma, con sus peculiaridades, se trata de una justicia informal, donde todas las personas suelen sentarse alrededor de una mesa y sin la presencia de la policía. Mantiene que persiste una cierta imagen pública idealizada del Juez de Paz, primordialmente en los pueblos pequeños, como persona honesta, conciliadora y con grandes cualidades humanas y morales. En cierto modo, las imágenes sociales tradicionales sobre la autoridad del Juez de Paz excluían a las mujeres¹⁴⁶³ y jóvenes -a pesar de que, en la actualidad, poco a poco se van cambiando estas percepciones, valorándose más los conocimientos jurídicos-. El prototipo clásico de Juez de Paz ha sido el de un hombre casado, padre de familia, de cierta edad, con una actividad económica vinculada al pueblo y un cierto prestigio. Por otra parte, Canela cuestionaba su neutralidad, en cuanto que todos son vecinos y se conocen y, además, el Juez de Paz es elegido por los grupos políticos del Ayuntamiento. Finalmente, la vocal catalana creía que esta figura se mantiene, principalmente, por motivos económicos, ya que al ser el cargo honorífico, la Administración de Justicia

¹⁴⁶² Véase la Parte Tercera.

¹⁴⁶³ Estas percepciones tenían su manifestación en el derecho. Hasta 1969, continuó la discriminación legal por razón de sexo. El Reglamento Orgánico de dicho año permitió el acceso de las mujeres al cargo y redujo la edad mínima de 23 a 21 años.

ahorra dinero (1996)¹⁴⁶⁴, opinión compartida por los Jueces de Paz entrevistados en Gipuzkoa¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁴ Entrevista mantenida el 29 de marzo de 1996, en Donostia-San Sebastián, con ocasión del IV Congreso de Estudiantes de Antropología del Estado español.

¹⁴⁶⁵ La propia Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1981 decía: “la supresión no es aconsejable...(considerando) imposible llevar a cada término municipal un Juez Letrado. Es incosteable, porque su función sigue siendo cualitativamente precisa, pero cuantitativamente es escasa. La supresión supondría alejar la Justicia del justiciable y plantearía serias dificultades el auxilio judicial.” Sobre la intervención de los jueces en materia de auxilio judicial, véase el Reglamento 5/1995 de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

En Gipuzkoa funcionan 82 Juzgados de Paz. De acuerdo con los dos Jueces de Paz entrevistados -con doce y cinco años de experiencia en el cargo-, pertenecientes a poblaciones de menos de 19.000 habitantes, la situación difiere enormemente de la manifestada por la juez catalana, cuya situación se entiende mejor por actuar en un pueblo pequeño. Además, los Jueces de Paz guipuzcoanos se encuentran con la coyuntura política del País Vasco, sufriendo incluso ataques a sus bienes (a uno de ellos le quemaron el coche). En su opinión, al problema de la forma de designación, se añade el que en esta provincia “todo se politiza” y los ciudadanos terminan calificando al juez como perteneciente a uno u otro partido. Adicionalmente, manifiestan un descontento general con su cargo, ya que aunque es honorífico, requiere un gran trabajo, que se ve aumentado por las delegaciones que otros órganos realizan, especialmente de temas engorrosos¹⁴⁶⁶. Estos problemas serán planteados en un congreso que reunirá a todos los Jueces de Paz del Estado, previsto para finales de 1997 en Vitoria.

Los dos entrevistados, hombre y mujer, son jóvenes licenciados en Derecho, lo cual -dicen- no influye en su percepción y actividades de mediación, que realizan siempre de forma esporádica y espontánea, ya que no han recibido formación o cursos del CGPJ para ello. Ambos conservan las formalidades en los juicios, llevando toga, celebrándolos en lugares preparados solemnemente y estiman que, incluso en caso de una mediación, son necesarias las formas que inspiran autoridad, ya que, si no, “las personas no hacen caso”. Creen que los jueces de carrera les tratan correctamente y

¹⁴⁶⁶ Respecto del personal que trabaja en estos juzgados, téngase en cuenta el Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Justicia e Interior y el Gobierno Vasco, publicado en el BOE de 19 de febrero de 1996, para la creación y funcionamiento de Agrupaciones de Secretarías de Juzgados de Paz. Vid. también la Orden de 10 de julio de 1997, del Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, del Gobierno Vasco por la que se regulan las ayudas a los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma para la atención de los Gastos de Funcionamiento y de Inversiones de los Juzgados de Paz y para la Promoción de Agrupaciones de Secretarías.

que la opinión de sus vecinos respecto de su posición social, en general, no ha cambiado, aunque depende de las personas.

Respecto del tema concreto de la mediación, la ven más posible en asuntos civiles, aunque las conciliaciones previstas legalmente en esta jurisdicción constituyen, de hecho, un mero trámite. Se muestran escépticos respecto de los autores que relacionan los Juzgados de Paz con la justicia popular y pesimistas ante la potenciación de la mediación, dentro de sus actividades, aunque la valoran y, en la práctica en determinados casos -inclusive excepcionalmente de carácter político-, actúan de forma conciliadora, tratando de que los conflictos no se agraven¹⁴⁶⁷. Para un mayor funcionamiento de la mediación en el ámbito que les afecta, como sugiere el proyecto de justicia municipal, ven necesario un cambio de mentalidad y cultura, además de las reformas legales oportunas que lo posibiliten (se refieren a los límites respecto de los delitos públicos). Aprecian que las personas que acuden a su juzgado van “para que el juez les dé la razón”, quieren pleitear -especialmente en el ámbito penal, menos costoso que el civil, y primordialmente los jóvenes-. En ocasiones, los denunciados y víctimas no entienden, e incluso se enfadan, cuando se les propone una mediación, ya que ellos habían pedido inicialmente la intervención de una autoridad con poder. Esto explica que, para evitar la confusión, propongan -una vez sugerida la idea por el entrevistador- un centro de mediación, distinto del Juzgado de Paz. Hay que entender que, en estos juzgados, se tramitan toda una serie de asuntos de carácter diverso, donde las faltas penales ocupan un espacio reducido en su actividad¹⁴⁶⁸. La gente ve en el Juez de Paz primeramente un

¹⁴⁶⁷ En todo caso, en un principio, quizá porque entendieron el motivo de la entrevista en otro sentido, se mostraban muy pesimistas respecto del éxito de la mediación, ya que “falta educación”, “las personas no quieren”... y al preguntarles por algún caso en que hubieran mediado y del que se sintieran satisfechos, contestaron con dificultad.

¹⁴⁶⁸ En opinión de los entrevistados, las estadísticas disponibles no ofrecen una base

juez y le piden que actúe como tal, y no como un “hombre bueno” que pacifica las relaciones.

Según las últimas estadísticas del INE, relativas a la actividad de los juzgados de paz en 1994, en este año se incoaron en Gipuzkoa 405 juicios de faltas, siendo resueltos por sentencia 64; además, en estos juzgados, bajo la denominación de “otras actuaciones”, se registró un número de 9.102. En 1994, hubo en dicha provincia 36 sentencias condenatorias -implicando a 92 acusados-, la mayoría a multas. De las 36 sentencias condenatoria, 18 se referían a faltas contra las personas y 16 contra el orden público. De las 50 personas condenas, 40 eran varones (INE 1996, 27; 31-2)¹⁴⁶⁹.

El caso que propongo a continuación como ejemplo ocurrió en 1997. Una mujer de un municipio guipuzcoano denunció por amenazas a su marido (art. 620 CP). Los protagonistas se encontraban en proceso de separación. La causa fue vista en un juicio de faltas ante el juez de paz.

2. 2. 2 Narración del proceso de mediación

sólida para realizar estudios.

¹⁴⁶⁹ En todos los juzgados de paz del Estado se incoaron 8.492 juicios de faltas, siendo resueltos por sentencias 1.616 -de las que 587 fueron condenatorias, la mayoría a multas-; y practicándose otras 194.917 actuaciones. Curiosamente, fue en la provincia de Santa Cruz de Tenerife donde se incoaron más juicios de faltas (824), mientras que en la provincia de Madrid sólo se incoaron 103. La mayoría de las sentencias condenatorias se referían a faltas contra las personas (384), seguidas por las de orden público (121) (INE 1996, 27; 32).

En este supuesto, en que no intervienen abogados, la juez no intentó contactos previos entre las partes, lo cual suele ser habitual en otras ocasiones¹⁴⁷⁰. Iniciado el juicio oral -con las formalidades habituales de un juicio de faltas-, la juez cuestionó qué deseaba la víctima y las implicaciones de la denuncia. La víctima quería un cambio de conducta del agresor, pero nada más, por lo que la juez sugirió que se retirara la denuncia para no agravar aún más el conflicto, siempre y cuando el agresor consintiera en dicho cambio de comportamiento. Se dictó sentencia absolutoria por falta de acusación, llegando antes a ese acuerdo, recogido por escrito en el acta de la celebración del juicio, sin que se haya tenido noticia de su incumplimiento, aunque en todo caso, no se ha vuelto al juzgado. Es preciso indicar que se trata de una falta semipública y que en su enjuiciamiento, por los motivos expuestos en la Tercera Parte para este tipo de juicios, el Fiscal se encuentra ausente.

2. 2. 3 Variables explicativas e interpretación

El derecho que se está aplicando en este caso es el relativo a los juicios de faltas, dentro de lo que se ha definido como centralismo jurídico¹⁴⁷¹, aunque existe un cierto margen en la práctica ante la proximidad y levedad objetiva de los casos, realizándose lo que la juez-mediadora denomina una “mediación inconsciente”. Este tipo de mediaciones han sido siempre frecuentes -más en los orígenes de los Juzgados de Paz y, actualmente, más en poblaciones pequeñas y poco conflictivas socialmente-. Es decir, la

¹⁴⁷⁰ Indicando que, incluso en ocasiones, es mejor no juntar al denunciante con el denunciado.

¹⁴⁷¹ Presidido por el principio de celeridad, pero en el que han de respetarse también los de acusación, concentración, inmediación, publicidad, oralidad, audiencia y contradicción.

mediación aquí no responde a una tendencia político-criminal reciente, como en el caso de la justicia de menores.

Los hechos que llegan al Juzgado configuran a la mujer como víctima de las amenazas, objetivamente leves, de su marido. Ambos, sin hijos, se encuentran en un proceso de separación, son de mediana edad y de clase media. Se trata de un conflicto definido por la mujer al presentar una denuncia que pide la aplicación del Código penal, reclamando la intervención de la autoridad judicial. Sociológica e interpersonalmente, estamos ante un conflicto surgido de la convivencia cotidiana, donde quizá se enfrentan distintos valores del hombre y la mujer. En el tratamiento de la juez no se abarcarán otros conflictos anteriores, aunque éstos pueden repercutir en algunas de sus decisiones.

Este caso pasará de un proceso judicial a una mediación, a instancias de la Juez de Paz, actuando en principio con neutralidad, y por su sensibilidad para no agravar los problemas ante la cercanía de las partes. La juez-mediadora es una licenciada en Derecho de mediana edad y de clase media. La mediación se realiza dentro de la solemnidad de lo que fue un Juzgado de distrito, con cierta espontaneidad e inmediatez, lo que supone un ahorro de dinero y tiempo para la administración de justicia. Las partes cuentan con un escaso protagonismo, habiendo sido persuadidas por la Juez de Paz de que el acuerdo es mejor que continuar con el procedimiento judicial. Esta mediación no contará con un control superior y puede cuestionarse si se postergan los derechos de la mujer quien, en un principio, deseaba acceder a la tutela judicial y puede sufrir futuras amenazas.

Se llega a un acuerdo, donde no está presente la noción de castigo, aunque quizá sí de cierta reprensión, que se recoge por escrito dentro del archivo de la denuncia. El acuerdo supone el compromiso futuro de que cesen las amenazas y se intente una convivencia lo más pacífica posible durante el

trámite de separación. No existe supervisión del cumplimiento de este acuerdo, aunque no se han presentado hasta el momento denuncias similares, lo que no quiere decir que no se hayan producido hechos más graves que vayan a una instancia superior o simplemente no se denuncien.

La espontaneidad con que se realiza este proceso, iniciado a criterio de la juez, hace cuestionar el respeto del principio de igualdad y la posible negación de acceso a la justicia de la parte más vulnerable. Finalmente, en cuanto a la trascendencia global de la mediación, cabe recordar que los juicios de faltas no suponen la máxima actividad del Juzgado de Paz, que cuenta además con un clima agravado por el contexto político, como ya se ha señalado anteriormente.

2. 3 CASOS DE MEDIACIÓN EN LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA A LA VÍCTIMA¹⁴⁷²

2. 3. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación

¹⁴⁷² Agradezco la ayuda proporcionada por el equipo del Servicio de Donostia-San Sebastián, especialmente por la entrevista que pude mantener con la trabajadora social, Concha Aizpurua, y la psicóloga, Gregoria Mendiguren, el día 22 de julio de 1997, así como, de forma más breve, con la jurista. Se hará referencia, fundamentalmente, a la Memoria del Servicio relativa a 1995 -única disponible en el momento de redacción de esta Parte-, aunque se incluyen datos de la de 1996, como elementos de comparación de una situación que, de forma básica, no ha cambiado.

Como ya se indicó en la Parte Tercera, el Servicio de Asistencia a la Víctima de Donostia-San Sebastián (SAVD) fue creado en octubre de 1994 por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, dentro de la promoción de los derechos humanos. Este Servicio está gestionado por el IRSE¹⁴⁷³, habiendo surgido otros similares en Bilbao (1991) y en Vitoria (1995). Atiende a todo el territorio de Gipuzkoa ofreciendo una atención pública que implica acogida social, tratamiento psicológico y/o asesoramiento jurídico en aras a evitar la victimación secundaria. Según la Memoria relativa al año 1995 -en la que se mencionan dos intentos de mediación realizados en el apartado de “gestiones”-, entre las acciones del SAVD se distinguen tres niveles de intervención: la fase primaria o preventiva, la secundaria y la terciaria (esta última encaminada a evitar una nueva victimación). Dentro de la segunda fase, el SAVD “plantea la posibilidad de mediación en el conflicto para lograr entre las partes una solución conciliadora, en los casos que así lo permitan las leyes” (IRSE-EBI 1996, 13), ello se corresponde con lo que ya se indicó en la Tercera Parte como uno de los objetivos de estos servicios en el País Vasco. El equipo profesional de la Oficina de San Sebastián está compuesto por una administrativa, una asistente social, una jurista y una psicóloga.

De acuerdo con la citada Memoria, durante 1995, se atendieron 452 nuevos casos, de los que 212 dieron lugar a la apertura de un expediente, por tratarse propiamente de víctimas de delitos¹⁴⁷⁴. De los 212 usuarios, el 29% eran hombres

¹⁴⁷³ Instituto de Reintegración Social de Euskadi. Se trata de una asociación que colabora también prestando el Servicio de Asistencia al Detenido.

¹⁴⁷⁴ Del resto, intervenciones sin expedientes, un 69% implicaban problemas civiles. Los ciudadanos manejan un concepto de víctima más amplio que el jurídico-penal, con un fuerte sentimiento de haber sufrido una serie de injusticias. De acuerdo con la Memoria relativa a 1996, en dicho año aumentó el número de usuarios hasta 480 -especialmente hombres-, subiendo el porcentaje de expedientes, incrementándose también la actividad de seguimiento de casos de años anteriores. Por otra parte, como objetivos primordiales para 1997 se recogía el “continuar con la materialización de la propuesta hecha por la Dirección de Derechos Humanos de incluir al Servicio en la instauración de un programa de mediación para jóvenes infractores, en alguna de sus fases” (IRSE-EBI 1997, 150).

y el 71% mujeres. En el resto de las intervenciones, 60% de las víctimas eran mujeres y 40% hombres. En el 27% de los casos los usuarios se encontraban en la franja de edad de 26 a 35 años, le seguía en un 17% la franja de 36 a 45 años y en un 14% de 56 a 65 años. Estos porcentajes son similares a los que se registran en las intervenciones sin expediente. El 48% residían en la ciudad de San Sebastián, el 11% en el partido judicial de Rentería y el 8% en el de Irún. Estos porcentajes también son similares a los que se daban en las intervenciones sin expediente. El mayor porcentaje de usuarios estaba en situación laboral activa en más de un 30%, seguido por población desempleada y amas de casa.

Respecto del lugar de la comisión del delito, éste se correspondía con la ciudad en un 48% de los casos. Del 79% de las mujeres que dijeron sufrir un ilícito penal, un 62% indicaron que éste se produjo en su domicilio, el 16% en las inmediaciones y el 1% en su trabajo. También del 62% de hombres víctimas de un delito, un 36% destacaron que lo fueron en su domicilio y un 2% en el lugar de trabajo. Por lo que se refiere al agresor, en el 73% de los casos atendidos, era un conocido de la víctima (en un 52% de los casos con víctimas varones y en un 82% con mujeres). Un 56% de los casos que se relataban eran faltas, destacando las realizadas contra las personas (53%), especialmente en el ámbito doméstico y vecinal¹⁴⁷⁵. Un 13% se trataban de delitos contra la libertad y seguridad (abandono de familia, impagos de pensiones, amenazas y coacciones). Un 9% eran delitos contra la propiedad y un 8% delitos contra la libertad sexual. En general, un 37% de los perjuicios sufridos fueron físicos, un 36% psíquicos y un 26% económicos.

En el 58% de los casos, los usuarios acudieron tras haber interpuesto una demanda en las dependencias policiales o Juzgado de Guardia, siendo generalmente derivados por los propios juzgados. Un porcentaje relativamente

¹⁴⁷⁵ En todos estos datos se tiene en cuenta el ACP.

considerable acudieron al ser informados del servicio por conocidos. Se destacan los casos de victimación repetida y de denuncias recíprocas entre el agresor y la víctima. Un 25% de los usuarios no interpusieron denuncia por conveniencia personal¹⁴⁷⁶. Un 7% de los mismos acudieron tras conocer el auto de archivo o sobreseimiento. Generalmente, se demanda del SAVD información y apoyo emocional. En un 49% de la totalidad de las demandas sin expediente y en un 39% con expediente se pidió asesoramiento jurídico. Ello explica que un 58% de las entrevistas fueron realizados por la jurista. La actividad de la misma se centra en la información sobre los procedimientos policiales y judiciales -especialmente respecto de los derechos para hacer efectiva la responsabilidad civil- y el seguimiento de las actuaciones judiciales hasta su finalización (incluyendo la posibilidad de mediación).

¹⁴⁷⁶ Aproximadamente un 34% de las personas que acuden al Servicio no han interpuesto denuncia. Por parte de la jurista se realiza una labor de “concienciar a la persona de la importancia de denunciar, pese a los inconvenientes que puede ocasionarle el trámite del procedimiento judicial. Tanto en el caso anteriormente expuesto, como en el de la víctima que, tras interponer la denuncia, vacila ante la posibilidad de continuar con el procedimiento, se les explica la importancia de su colaboración y las garantías y beneficios de su acción” (IRSE-EBI 1996, 99). En 1996 se incrementó el porcentaje de usuarios que interpusieron denuncia tras acudir al Servicio (pasando de un 7 a un 16%) (IRSE-EBI 1997, 71).

Una de las labores más importantes de la Oficina son sus funciones de coordinación de los recursos sociales (Aizpurua 1996). Realiza mediaciones -en mi opinión, preventivas de conflictos-, a pesar de que no existe una estructura u organización sistemática o material¹⁴⁷⁷. Ante las quejas, especialmente si son poco graves, se intenta desviar el caso a asociaciones¹⁴⁷⁸ u otra serie de servicios de la comunidad o del vecindario. Aunque, en ocasiones, ante este desvío, muchas personas dicen: “o sea, que no se puede hacer nada”. De alguna forma, estas personas vienen ya “reenviadas” por otros servicios públicos y piden en ese momento la intervención de un tercero con autoridad de juez que les resuelva su conflicto, expresando que ellas no pueden resolverlo¹⁴⁷⁹. En la memoria relativa a 1995, del SAVD de San Sebastián, se dice respecto de la actividad de la trabajadora social (IRSE-IBE 1996, 69): “...se puede observar que sectores de población, en concreto comunidades de vecinos, donde problemas relacionados con la adaptación a grupos marginados (minorías étnicas) o la tolerancia, buena educación, ruidos, ropa mal tendida, etc., provocan situaciones de enfrentamientos que pueden derivar en actos violentos y que de estas agresiones verbales pasen a hechos delictivos./ Ante este tipo de situaciones, la tendencia de mucha gente es la de acudir al Juzgado a denunciarse mutuamente, por lo que nos encontramos con la realidad de que los vecinos quieren denunciarse entre sí, los padres quieren denunciar a sus hijos por problemas de disciplina, los hijos a sus padres porque no cumplen con sus obligaciones, etc., buscando

¹⁴⁷⁷ Según entrevista mantenida, el 4 de octubre de 1995, con la trabajadora social del Servicio para víctimas de dicha ciudad.

¹⁴⁷⁸ Indicó que en un caso en que una vecina se quejaba de los malos olores que procedían de una casa de personas gitanas, se contactó con una asociación de esta comunidad.

¹⁴⁷⁹ Cfr. en la Parte Primera la tesis de Christie sobre el “feeling of disempowerment”, ocasionado por el robo del conflicto por el Estado.

en el fondo una figura superior relacionada con la Justicia, que ejerza la autoridad que ellos son incapaces de asumir.”¹⁴⁸⁰

¹⁴⁸⁰ De acuerdo con la Memoria relativa a 1996, el trabajador social “tiene que tener la habilidad de resumir y sintetizar la demanda desde otro prisma... Este momento es importante ya que la implicación y participación en la resolución del conflicto será básico a la hora de abordar el problema. Nunca con manipulación, ni inducción, ni paternalismos.” Por otro lado, en el apartado sobre la actividad de la jurista, se destacan tres intentos de conciliación, sin especificar nada más. (IRSE-EBI 1997, 87; 139; 142).

En la citada Memoria se resaltan casos donde la importancia de la mediación residiría en su función de prevención de ilícitos penales, así en la p. 72 se dice, en el apartado relativo a la actuación de la trabajadora social: “Primero se busca como solución personas de su entorno, que puedan actuar como mediadores naturales, como puede ser algún representante de la comunidad de vecinos o algún familiar más respetado y que pueda influir a la hora de limar asperezas en las relaciones que ya están ‘viciadas’./ Si esto no es posible se ha abierto la vía de ofrecer nuestro Servicio como campo neutral donde pueden verbalizar sus discrepancias y donde se pretende llegar a un entendimiento, antes de entrar en la vía judicial. En este sentido se han llevado a cabo experiencias de mediación entre vecinos o entre familiares comprometiéndose a acatar una serie de normas mínimas.”

Las trabajadoras de la Oficina manifiestan su interés por la mediación. Se encontraban ilusionadas con las expectativas creadas en torno al desarrollo de la misma en su servicio. Sin embargo, hasta el momento no han recibido ni formación particular ni apoyo institucional. Existe, además, cierta frustración ante la inestabilidad laboral y la falta de comunicación y participación con los órganos responsables de tomar las decisiones. En ocasiones, se percibe la sensación de que no hay interés en la promoción del servicio, ello no impide que trabajen con un patente entusiasmo y profesionalidad.

De cualquier forma, aquí resultan interesantes esas mediaciones espontáneas o, según sus propias palabras, “caseras”, que los miembros de la Oficina no se atreven a considerar propiamente como tales. Al mismo tiempo, no hay que olvidar que el propio Servicio, especialmente por parte de la jurista, cumple una función de apoyo en la tramitación de la denuncia -con la intención de reducir la cifra negra-, aunque finalmente será la víctima la que decida. Por otra parte, al sugerir la idea de un servicio independiente

de mediación, una de las trabajadoras de la Oficina indicó que quizá ello sería positivo para garantizar la imparcialidad, ya que existen víctimas que no entienden que se quiera contactar con el agresor, cuando acuden a un servicio que, suponen, está destinado para ellas.

A continuación recojo dos casos de mediación, que quizá puedan entenderse dentro de la fase primaria de actuación de la Oficina, el primero, y de la secundaria, el segundo.

-Caso 1: Un administrador de una casa acudió a la Oficina con la intención de denunciar a una pareja de vecinos que tenían unos perros, causantes de mucho ruido y suciedad, habiendo degenerado el asunto en injurias y amenazas.

-Caso 2: Una joven se presentó en la Oficina solicitando su ayuda por unos hechos que habían conllevado una denuncia de amenazas ya interpuesta. Se trataba de una joven que había tenido una niña con otro joven, ambos siendo adolescentes. No vivían juntos, ella continuaba viviendo con sus padres. La chica se quejaba de que él llevaba una mala vida y no cumplía con orden sus obligaciones de padre, por lo que en ocasiones se negaba a dejarle ver a la hija, con las consiguientes amenazas por parte de él. A su vez, el chico acudió a la Oficina por separado con sus argumentaciones.

2. 3. 2 Narración del proceso de mediación

-Caso 1: La trabajadora social decidió contactar con la ONCE ya que los vecinos propietarios de los perros eran ciegos. Habló con un abogado de la organización y decidió concertar un encuentro entre el administrador como representante de los vecinos, el abogado de la ONCE y los dueños de los perros. Las partes aceptaron, actuando el abogado como facilitador de la comunicación con las personas ciegas. Existiendo voluntad para ello, se llegó a un acuerdo para evitar las molestias de los animales, que incluía el contacto con la

familia de los ciegos para que pudiesen ayudarles. Se pudo hablar de los malentendidos creados y se evitó la interposición de la denuncia. No han vuelto a saber nada del caso y la mediadora lo considera un proceso satisfactorio.

-Caso 2: En el caso de los padres adolescentes, al darse cuenta la psicóloga y la trabajadora social de que se trataba de un mismo asunto, decidieron concertar un acuerdo. Durante el encuentro actuaron de mediadoras las dos profesionales de la Oficina, reflejando cada una de ellas un cierto apoyo para cada parte -en cuanto que habían mantenido contactos previos-. Se acordó con el fiscal el archivo de la denuncia de la chica, siempre y cuando hubiese un seguimiento del acuerdo, por parte de la Oficina¹⁴⁸¹, consistente en el cese de amenazas y el cumplimiento de un régimen de visitas establecido. Las mediadoras manifestaron su satisfacción por este caso y achacaron el éxito, entre otras cuestiones, a la buena voluntad de las partes, una vez que se superó la “rabieta un poco inmadura” de los protagonistas.

Ambos casos, 1 y 2, se ubicarían en el art. 620 CP como falta semipública. En ninguno de los dos procesos intervinieron abogados como tales.

2. 3. 3 Variables explicativas e interpretación

¹⁴⁸¹ Seguimiento que continúa en la actualidad. Ya que el servicio público de mediación familiar, abierto en Bilbao, quedaba muy lejos a las partes, no se las remitió al mismo, como tampoco ocurrió respecto del caso narrado del Juzgado de Paz.

La mediación que se ha relatado tiene lugar en el contexto de lo que se define como un servicio público de asistencia a las víctimas de delitos, ubicado junto a la Audiencia Provincial. En principio, entre sus funciones se incluyen las de asesorar en la activación de procedimientos penales o, si no se trata de delitos, reenviar el caso a los servicios pertinentes. Actúan, a diferencia del equipo técnico de menores, dos profesionales no juristas -psicóloga y trabajadora social-, encargadas de las cuestiones personales y sociales del conflicto, junto con otra jurista, quien tiene en cuenta el derecho estatal. En todo caso, ellas mismas definen sus actuaciones como “mediaciones caseras”, aunque, dentro de cierta tendencia político criminal reciente -les gustaría profundizar más en este aspecto, siempre y cuando contasen con apoyo-. El centralismo jurídico puede observarse también en las relaciones con la fiscalía, cuando se ha interpuesto una denuncia.

En el primer supuesto relatado están implicadas dos personas ciegas -hombre y mujer-, de clase media y mediana edad, y una serie de vecinos -representados por el administrador, hombre de clase media-. Sociológicamente estamos ante un conflicto -que aún no ha sido definido de forma jurídica provisional, al no existir denuncia- que supone una relación de convivencia deteriorada. El segundo suceso también conlleva roces de convivencia entre dos jóvenes padres que tienen una hija. La joven cuenta con el apoyo de su familia, mientras que él se encuentra en una posición más marginal. En esta relación deteriorada se refleja la personalidad un tanto inmadura de ambos, en opinión de la psicóloga, que había provocado que la joven le denunciara por amenazas.

En los dos casos se observa un conflicto de intereses y valores. Las personas acuden a la Oficina porque tienen un problema que no saben cómo manejar y piden la intervención de la autoridad judicial -con base en el Código penal- y el apoyo del servicio. Finalmente, el conflicto planteado

terminará abarcando otros relacionados, y fundamentalmente sus causas, desviándose a una mediación, no sin cierta sorpresa y resistencia de los implicados.

La mediación se realizará con alguna discrecionalidad por parte de los profesionales del servicio -lo que puede cuestionar su neutralidad-, buscando la trabajadora social, en el primero de los casos, otros mediadores "naturales" como es el representante de la ONCE -que además es abogado-. En el segundo caso, intervendrán dos profesionales del servicio -la psicóloga y la trabajadora social-, apoyando cada una a una parte. En ambos casos las mediadoras, mujeres jóvenes de clase media, no conocían a los sujetos implicados.

El proceso de mediación se realiza en la Oficina, con espontaneidad, sin que, realmente, actúen las profesionales del Servicio estrictamente como mediadoras, aunque sí dan unas pautas en este sentido. Se incide en la comunicación, los sentimientos y las lógicas de las personas en disputa. En general, esta experiencia supone un ahorro de recursos para la administración de justicia, a pesar de que su organización por el servicio conlleva un tiempo considerable. El acuerdo, que implica sustancialmente un cambio en los comportamientos futuros de las personas involucradas -sin que suponga una noción de castigo-, se realiza sin publicidad y sin supervisión, en el primer caso. En el segundo, al haberse interpuesto denuncia se transmite al fiscal, quien insiste en la supervisión de su cumplimiento por el Servicio. En caso de incumplimiento, continuaría el proceso de denuncia o se interpondría una nueva, con dudas respecto de la repercusión de dicho acuerdo.

Aunque puede pensarse en el aspecto positivo de estas experiencias, que suponen haber dado a los implicados el poder y el protagonismo de resolver sus propios problemas, igualmente, podría argumentarse que se ha denegado su acceso a la justicia, a pesar de que la exigencia de voluntariedad ha

posibilitado que sean ellos quienes elijan. Por otra parte, no siempre se facilita esta elección, es decir, no se ofrece la posibilidad de mediación a todas las personas que acuden al Servicio, para lo cual se necesitaría una inversión en infraestructura, una mayor formación e independencia de los mediadores. La ausencia de estos elementos provoca el escaso impacto que tienen estas experiencias en la actividad general del Servicio.

2. 4 CASO DE MEDIACIÓN EN LA COMUNIDAD GITANA

2. 4. 1 Descripción del contexto del conflicto y de la mediación

El caso que comento a continuación, en relación con lo señalado en la Cuarta Parte, supone enfrentarse a los estereotipos de los gitanos como delincuentes o víctimas, según se ha recogido en distintas investigaciones sobre representaciones sociales¹⁴⁸². Al mismo tiempo, sus valores culturales y su marginación permiten cuestionar la sobrerrepresentación de los gitanos en las cárceles españolas y, en general, su separación, en la práctica, en la vida cotidiana carcelaria.

¹⁴⁸² Véase, a modo de ejemplo, la realizada sobre las representaciones sociales de la delincuencia en jóvenes de Bayona y San Sebastián, elaborada por el equipo de investigación del IVAC-KREI (Beristain y otros 1996, 2 y 3).

En 1987 Cáritas publicó dos estudios, realizados el año anterior, sobre la situación de la comunidad gitana en la comarca de San Sebastián y en el gran Bilbao. Respecto de la primera, se resaltaban -en toda la provincia de Gipuzkoa- los conflictos ante las percepciones de los payos sobre la sedentarización y distribución de drogas por parte de los gitanos¹⁴⁸³. La convivencia interétnica se definía como conflictiva, aunque la mayoría de los payos entrevistados declaraba no haber mantenido nunca relación alguna con personas gitanas, desconociendo sus costumbres y destacando los estereotipos sobre suciedad, robo, bodas y fiestas. Por su parte, todos los gitanos manifestaban haberse relacionado con payos, rechazando su racismo y criticando el ingreso de sus ancianos en un asilo, así como el egoísmo de la sociedad actual. Un 27% de los payos entrevistados explicaba que sí existían conflictos, relacionándolos con peleas, robos y drogas, y mostraban su preocupación por la seguridad personal y económica. En contraste, sólo un 3% de los gitanos entrevistados entendían que existían problemas relacionados con peleas, robos y drogas, manifestando su preocupación por la discriminación¹⁴⁸⁴. Esto explica que, ante la pregunta sobre la solución a estas cuestiones, un 27% de los payos pidieran la adaptación de los gitanos -y un 24% que se marcharan-, mientras que un 44% de los gitanos veían la solución en una mayor convivencia, lo que debe conectarse con las necesidades expresadas con mayor intensidad: una vivienda digna y recursos.

Según el censo del estudio mencionado, en 1986 vivían en dicha comarca 628 personas gitanas, distribuidas en 101 hogares, cuyo tamaño medio era de 6, 2 personas, predominando familias nucleares. Un 25% llevaban residiendo

¹⁴⁸³ Se utilizaron diversas técnicas de investigación, incluyendo entrevistas y grupos de discusión con gitanos, payos, trabajadores sociales y responsables públicos.

¹⁴⁸⁴ Ello no impide que alguna persona gitana entrevistada manifieste que sus mejores amigos son payos.

menos de cinco años en la comarca y un 12% eran originarios de la misma. De esas 628 personas, 294 eran hombres -con una media de edad de 15,6 años- y 334 mujeres -con una media de 15 años-. Se señalaban las discriminaciones de la mujer gitana, aunque se apreciaban cambios en las más jóvenes. A los investigadores les llamaba la atención la resignación y el “estoicismo casi patético” de algunas mujeres (1987a, 116). Sin embargo, al mismo tiempo, a muchas mujeres gitanas les sigue sorprendiendo y apenando el poco tiempo del que disponen las payas y su modo de vida “liberado”.

Considerando que han transcurrido más de diez años desde que se elaboró el estudio que manejo, y según una entrevista con un miembro de la asociación *Kamelamos Adikerar*, con sede en Donostia-San Sebastián¹⁴⁸⁵, cabe indicar que la población de la provincia ha aumentado hasta llegar a unas 2.000 personas en la actualidad, lo que se explica por una afluencia creciente y por su temprana nupcialidad, entendida dentro de su cultura, que lleva aparejados unos índices más altos de natalidad. En todo caso, existen problemas en la confección de un censo actualizado, ya que, en ocasiones, los Ayuntamientos dicen no disponer de él -en cuanto que ello implicaría cierta segregación- o no consideran determinados grupos como gitanos. En este punto, la asociación citada realiza una gran labor. La mayoría de la población actual es sedentaria y se trata de gitanos calé.

Puede deducirse de los datos presentados en el censo de 1986 que, en comparación con la población general, se trataba de un colectivo muy joven, donde los mayores de 64 años sólo representaban un 1,7%. De los 310 niños contabilizados, 62'2% asistían regularmente a la escuela (mayoritariamente a escuelas puente o especiales para gitanos), aunque un número importante

¹⁴⁸⁵ Quisiera expresar mi agradecimiento, especialmente a su presidente José Ramón Giménez -también vocal de la Unión Romání- por su hospitalidad, el día 21 de julio de 1997, en la sede de la Asociación *Kamelamos Adikerar*, única asociación gitana en Gipuzkoa.

lo hacía en niveles más bajos que los correspondientes por su edad. La educación es entendida como una experiencia unida al grupo, comenzando a valorarse la escuela como instrumento práctico, aunque no de socialización. En la actualidad existe una mayor concienciación de los enseñantes hacia la cultura de los gitanos; a su vez estos demuestran su interés por esta institución, aunque nunca llegará a sustituir el papel educativo de la familia. El rechazo hacia la escuela persiste porque los gitanos entienden que no enseña nada de su vida.

La comunidad gitana se distribuía, en 1986, en siete localidades de la comarca de San Sebastián, a saber: Hernani, Lasarte, Lezo, Oyarzun, Pasaia, Renteria y San Sebastián. El mayor número se encontraba en esta última población (204), aunque sólo representaba un 0,11% de la población general, mientras que, por ejemplo, en Lezo constituían un 1,96%. La nupcialidad era temprana y los solteros escasos, habiendo además sólo siete personas separadas. Estos datos repercuten en las elevadas tasas brutas de natalidad.

Se destacaba su alta movilidad, a la que contribuía su dedicación a actividades económicas marginales y no estables. El trabajo es concebido como un sistema laboral de tipo familiar cooperativo y de aprendizaje, mediante la acción. Las dedicaciones principales eran y continúan siendo la recogida de chatarra, seguida por la venta ambulante -con requisitos cada vez más difíciles de lograr-, la compra y venta de antigüedades, el trabajo de vendimia, como peones, la mendicidad, etc. Asimismo, se mencionaban actividades ilegales (relacionadas con la droga, hurtos, extorsiones...). Según el estudio de 1987, la ilegalidad de estas acciones no era asumida como tal, ya que se trataba de una comunidad sujeta a una normativa propia, por lo que la transgresión de una ley, que no es la suya, no les supone un conflicto moral, aunque en todo caso, identifiquen el delito, ya que preguntados por

sus fuentes de ingreso, no se referían a estas actividades (Grupo PASS 1987a, 60-1)¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁶ Letizia Mancini, a cuya investigación realizada conviviendo con una comunidad gitana en Italia he aludido en la Parte Cuarta, se refiere a estas cuestiones (1990). En la actualidad, se encuentra trabajando sobre la posibilidad de que los tribunales consideren, en casos de hurto, la cultura propia de los gitanos (artículo de próxima publicación en la Revista *Dei Delitti e delle Pene*). En relación con ello, revisando la jurisprudencia de nuestro TS, desde 1979 hasta mediados de 1997, he encontrado escasas sentencias que se refieran a la apreciación del error de prohibición en conexión con la pertenencia a una comunidad gitana. En general, las sentencias de la Sala 2ª del TS mencionan a las personas de etnia gitana para recalcar el enfrentamiento entre familias, grupos de la misma o con payos (así las STS de 29 de septiembre de 1984, de 4 de octubre de 1984 y de 27 de septiembre de 1986, todas ellas declarando que no ha lugar a un recurso de casación) y para desestimar las alegaciones de discriminación (así la STS de 20 de noviembre de 1985 respecto del trato en comisaría y la de 9 de marzo de 1993 en relación con la muerte de un gitano por un disparo de un guardia civil que creía obrar en legítima defensa). En general, los delitos que tratan son de tráfico de drogas. Por otra parte, pueden indicarse dos resoluciones del TS que se aproximan a la cuestión del error de prohibición: el auto de 8 de mayo de 1996 y la STS de 3 de octubre de 1996. En la primera se declara no haber lugar a un recurso de casación en que, entre otras cuestiones, se alegaba error de prohibición respecto del suministro de droga de una gitana a su marido payo toxicómano. En la segunda no se aprecia la existencia del ejercicio legítimo de un derecho (de corrección) de un gitano respecto de su hermana, quien renunció a las acciones, pero ello no impidió que continuase el proceso por delito de detención ilegal y falta de lesiones. En dicha sentencia tampoco se aprecia estado de necesidad bajo la pretensión de que el hermano tratase de evitar que la mujer “se diese a la mala vida”.

Se concluía que 192 personas realizaban alguna actividad económica, manteniendo a las 436 restantes, lo que hace visible su difícil situación, paliada en ocasiones con pensiones del fondo de asistencia social del Gobierno Vasco, considerando además que el trabajo informal -el cual, generalmente, conlleva ciertos riesgos- no permite beneficiarse de la Seguridad Social. Un 45% carecían en la práctica de cobertura sanitaria. Por otro lado, y de forma contradictoria con lo apuntado en la Cuarta Parte, el estudio del Grupo PASS destacaba que, entre los gitanos de la comarca, el deficiente mental o físico no estaba socialmente estigmatizado o marginado, al no existir la estratificación social de nuestras sociedades en función productiva (1987a, 69). Por lo que se refiere a sus condiciones de vida, se observaban graves carencias. De las 101 viviendas mencionadas, 32 -habitadas por 183 personas, un 30% de la población- eran chabolas, estructuras inacabadas, fábricas en ruinas, caravanas y carros. Las otras 69 eran infraviviendas y viviendas normalizadas. Igualmente, el estudio de 1987 explicaba también la movilidad motivada por las leyes gitanas, ya que la denominada “ley de los contrarios” obliga a todos los miembros de una familia extensa a abandonar el territorio ante una disputa con otra familia.

Se enfatizaba la función de la familia gitana, cuyas competencias son mayores que las de la familia paya actual, estructurándose su organización “a través de todo un cuerpo de leyes consuetudinarias propias, siendo el grupo familiar extenso el órgano conductor y ordenador de su sistema social.” La fuerza del jefe era comunitaria y se valoraba la corresponsabilidad más que las funciones individuales, de forma que cada persona recibe una posición en el grupo “que es el resultado de todas las relaciones que vinculan a esta persona con todas las demás.” Sin embargo, ya se advertían grupos entre la organización tradicional y la sociedad moderna, donde se apreciaban el

desmembramiento y la segmentación de la familia (Grupo PASS 1987a, 31; 39)¹⁴⁸⁷. La cohesión persistía en los grupos más segregados y aislados de las influencias de la sociedad mayoritaria. Hoy se observa con preocupación, por parte de asociaciones gitanas, la desintegración y desorientación que está provocando el consumismo, potenciado por los medios de comunicación, lo que, en cierta medida, explica un conflicto mertoniano entre medios y fines, que influye en la venta de droga.

Precisamente por estos motivos y con la intención de evitar la identificación entre los gitanos y las drogas, se creó a comienzos de los noventa la asociación guipuzcoana *Kamelamos Adikerar*. La ley gitana, que perdura y se aplica cotidianamente como elemento fundamental de identidad, no contemplaba el supuesto de la venta de drogas, aunque la reacción cada vez más habitual es el ostracismo para las personas que la practican -no se les permite ir a las bodas ni funerales, no se les saluda, etc.-, con la esperanza de que asuman su responsabilidad y renuncien a ella. El aislamiento resulta especialmente duro en cuanto que, habitualmente, tampoco pueden contar con la sociedad paya.

¹⁴⁸⁷ El estudio habla, en un diagnóstico global de la situación, de “una profunda crisis ideológica y de legitimación” a la que se enfrenta el sistema de organización social, “como consecuencia de la marginación política y cultural y del proceso de asimilación a que se ha sometido al pueblo gitano” (1987a, 133).

Por otra parte, y en términos generales, aunque las personas entrevistadas en 1986 manifestaban su cansancio por las discriminaciones sufridas, seguían estando orgullosos de su identidad gitana -no sintiéndose especialmente vascos¹⁴⁸⁸-. Esa identidad supone querer mantener sus costumbres, fundamentalmente las relacionadas con la solidaridad y que implican “cumplir las leyes”, lo que no impedía que algunos manifestaran sus críticas respecto de las consecuencias de la “ley de contrarios” (1987a, 89), que se sigue aplicando en la actualidad. De cualquier forma, hoy se continúa reconociendo al gitano como una persona pacífica¹⁴⁸⁹, siempre con límites, cuyo lema es vivir y dejar vivir, valorando la salud y la libertad -lo que dificulta aún más su encarcelamiento-. En general, huyen de las imposiciones y valoran el consenso. Sin embargo, en opinión de la persona entrevistada en el Secretariado de Cáritas, las personas gitanas son muy impulsivas y como saben que pueden llegar a ser violentas, han articulado un sistema por el cual intervienen los ancianos, con el fin de impedir respuestas destructivas. Quizá esto tenga que ver con la falta de autocontrol que algunas personas de dicho Secretariado observan en los niños gitanos, “a los que se les permite hacer lo que quieran”. Esta apreciación resulta paradójica en vinculación a los estudios que concluyen la existencia de un fuerte control social, aunque con otros valores y especialmente respecto de las niñas.

En cuanto a la religión, en 1986, un 95,9% se manifestaban creyentes, siendo un 32,9% aconfesionales, un 36,3% católicos y un 26,7% cristianos evangélicos -de los cuales un 50% asistían diariamente a rituales-. Se indicaba que el poder del *tío* tenía su réplica en el del pastor, siendo un

¹⁴⁸⁸ Aunque, según el Secretariado de Cáritas, se dan diferencias entre los gitanos vascos y los llegados recientemente.

¹⁴⁸⁹ Precisamente se señala que ellos ya eran, desde hace tiempo, objetores de conciencia.

gitano respetado. Junto con otras cuestiones, ello permitía afirmar que la Iglesia evangélica ha facilitado cierta “recomposición comunitaria”, especialmente en zonas urbanas (1987a, 86). En la actualidad, el número de evangélicos ha aumentado espectacularmente¹⁴⁹⁰ y los pastores ejercen una gran labor en la promoción del sentimiento de la comunidad y en la prevención del consumo y distribución de drogas.

¹⁴⁹⁰ Algunos ven en la reciente beatificación, el 4 de mayo de 1997, del gitano español Ceferino Giménez Malla una reacción de la Iglesia Católica ante la pérdida de feligreses.

Según los trabajadores sociales entrevistados por Cáritas en 1986, en ocasiones apreciaban una actitud de pasividad y dependencia por parte de los gitanos¹⁴⁹¹. Sus críticas también se dirigían a los Ayuntamientos, en cuanto que éstos se preocupaban del chabolismo como foco de delincuencia, y a las instituciones públicas en general, que intervenían en casos concretos. Así, actualmente se critica que se desentiendan de muchos problemas argumentando que ya se dan salarios sociales de inserción. Algunos trabajadores sociales señalaban su percepción de la comunidad gitana como un grupo encerrado en sí mismo, viviendo al día y sin previsión, ya que su objetivo consiste en conseguir lo necesario para cada momento. Sin embargo, se apreciaban diferencias según las distintas familias (1987a, 119-123).

Han pasado más de diez años desde la realización del estudio del Grupo PASS, sin que se haya elaborado otro similar. Al preguntar en el Secretariado Gitano de Cáritas de San Sebastián -promotor de dicho estudio- sobre posibles cambios, fui informada de que, en opinión de la persona responsable del mismo¹⁴⁹², pueden apreciarse, de forma resumida, seis variaciones que afectan, primeramente, al incremento en la escolarización de los niños, siendo el porcentaje de niños escolarizados en San Sebastián del 95%, según la Memoria relativa a 1995, del Departamento de Caritas que se ocupa del colectivo gitano y otras minorías. Esa misma Memoria indica que el porcentaje de analfabetismo entre los adultos es alto y muy frecuente entre los jóvenes de 16 a 25 años. También se aprecia una mejora en la vivienda, en cuanto que un 14,7% de las familias de San Sebastián viven en chabolas, frente a un 85,2% que viven en

¹⁴⁹¹ Según conversación, a mediados de 1997, con un trabajador social que ha estado colaborando con la población gitana de la comarca, ésta parece encontrarse en una encrucijada: asimilación o reafirmación activa de su cultura.

¹⁴⁹² Entrevista realizada gracias a la amabilidad de Concha Franco, en la sede del Secretariado, el 7 de agosto de 1997. La asociación gitana de la provincia no mantiene relaciones fluidas con el Secretariado, al reprocharle cierto paternalismo que crea una serie de dependencias y defiende ciertos intereses.

pisos. En ellos, ante la falta de recursos y la negativa de los payos a alquilarles viviendas, se presentan problemas de hacinamiento. La problemática de la drogodependencia, en cuanto desestructuradora de las familias, está causando el ingreso de algunos niños gitanos en centros de asistencia -cuya socialización será rechazada por la propia comunidad gitana-, y de forma más aislada, de algunos ancianos. Al mismo tiempo, sigue incrementándose el número de personas adheridas al culto, lo que -siempre en opinión de la persona entrevistada- ha sido negativo, por ejemplo, en lo que se refiere al abandono de ciertas costumbres¹⁴⁹³. Otra modificación afecta a una cierta emancipación de las mujeres, habiendo aumentado la edad de nupcialidad en general. Por otra parte, la convivencia con los payos sigue siendo de cortesía o indiferencia, según los casos.

¹⁴⁹³ Así el baile de las mujeres en las bodas, etc.

Finalmente, dicha Memoria distingue entre los gitanos vascos, que viven en la provincia desde hace tiempo y están más enraizados con la población mayoritaria, aunque a la vez son los que mantienen sus costumbres de forma más fuerte; los gitanos llegados en los últimos años (desde Castilla-León, Asturias y Aragón), y colectivos diversos -algunos no gitanos- que se han instalado recientemente. Esta diversidad, unida a la de las diferencias entre las distintas familias y los problemas de la drogodependencia, dificultan el ejercicio de la autoridad por parte de los ancianos o *tíos*.

Respecto del caso de mediación que tomaré como objeto de estudio, en 1997, se produce un suceso, dentro de la comunidad gitana de la comarca de San Sebastián, que podría ser calificado como delito semipúblico de abandono de familia, según el art. 226 CP. Se trataba de una mujer con dos hijos, cuyo marido les abandonó, aunque seguía viviendo en la misma población¹⁴⁹⁴.

2. 4. 2 Narración del proceso de mediación

Conocedora de los hechos, la comunidad gitana de la zona reclamó la intervención de los ancianos, quienes se reunieron en un domicilio, escuchando a los distintos miembros de la comunidad y acordando al final, por consenso, el destierro del marido, por la aplicación de la ley gitana¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁴ Según una entrevista con un *gitano de respeto*: “Si un Gitano llegara a maltratar a su mujer, en caso de que la situación se resuelva con la *dejada* del hombre -o separación temporal o definitiva, según la gravedad del problema-, corresponde a la familia del marido intervenir en amparo e incluso hacerse cargo, de ella y de los hijos” (Wang et al. 1990, 134). Sin embargo, según la experiencia de la persona entrevistada en el Secretariado de Cáritas, la separación implica que la mujer, si lo pide, irá a vivir a casa de sus propios padres. La separación se asocia al maltrato, en el que los *gitanos de respeto* discutirán si la mujer se lo merecía o no; aunque las mujeres se han vuelto más reivindicativas en este aspecto, lo que no impide que la mayor parte de las veces se reconcilien-. En el caso relatado no consta el maltrato.

¹⁴⁹⁵ De acuerdo con la persona entrevistada en el Secretariado, el destierro ya no es lo que era y consiste más bien en una prohibición de entrada, cada vez más limitada

Se trataba, por tanto, de un destierro consensuado ya que el transgresor conocía cómo operaba la ley gitana, que todos respetaban -aunque existía, en todo caso, la amenaza de represalias por parte de la familia de la mujer, si violaba el destierro. De cualquier forma, la principal amenaza sería el aislamiento social de toda la comunidad respecto de un miembro que no obedece la ley. Dicho destierro no era perpetuo, ya que con él se quería lograr el arrepentimiento del transgresor, mientras que la mujer esperaba una reconciliación, que sería considerada comunitariamente.

geográficamente.

2. 4. 3 Variables explicativas e interpretación

En este caso opera el derecho gitano, oral y consuetudinario, que tiene un fuerte arraigo en la conciencia de los miembros de esta comunidad y responde a un pluralismo normativo en la sociedad general donde se ubica. Es un derecho que se aplica para el caso concreto utilizando técnicas de mediación, como proceso natural colectivo no impositivo, dirigido por *hombres de respeto* y ritualizado por la tradición. No obedece a una tendencia actual, más aun, antiguamente contaba con mayor trascendencia y homogeneidad.

Siguiendo la teoría del tercero de Black y Baumgartner -véase el capítulo cuarto de la Primera Parte-, podría cuestionarse si nos encontramos realmente ante una mediación. Los mediadores, según dicha teoría, no pueden imponer un acuerdo a las partes. Los árbitros proponen una resolución del conflicto, aunque no tienen capacidad para ejecutarla. Los jueces sí pueden imponer sanciones, cuando no se obedece su resolución. Creo que, en el caso presentado, estamos ante formas mixtas de control social trilateral. Aquí existe un derecho flexible que regula estas formas y las decisiones a adoptar. Entiendo que, después de una mediación, se termina imponiendo una sanción, que también es mediada en su contenido y objetivos. Por tanto, los *hombres de respeto* actúan primero como mediadores y después como árbitros -e incluso, quizá, como jueces, porque, a pesar de la "coacción cultural" que lleva al infractor a aceptar su sanción (la expulsión), si al final no lo hace, puede imponerse por la familia interesada-.

El caso implica a una mujer y un marido, jóvenes y con dos hijos, con unas condiciones socio-económicas marginales, lo que responde a la situación de un número considerable de gitanos de Gipuzkoa. El conflicto se define por la comunidad, consciente de lo ocurrido -el abandono del marido-, y es ella misma la que pone en marcha el proceso de mediación según las leyes gitanas.

Sociológicamente, se trata también de un conflicto de convivencia que implica valores familiares, especialmente relativos a la importancia de los hijos. En el tratamiento de este problema se valorarán otros conflictos previos o más amplios que afecten al caso -probablemente, reivindicaciones de maltrato-.

No se trata de que las partes acepten la mediación, que no es cuestionada por nadie, ni siquiera por ellos, ocurre así de forma “natural” o tradicional. De esta manera también se entenderá que los ancianos, los *hombres de respeto* -de posición socioeconómica similar, generalmente media/baja, aunque de *status* comunitario superior y que conocen a las partes- actúen como mediadores dentro de unos rituales. Reuniéndose en el domicilio de uno de los miembros del grupo, cerciorándose de que el marido no quiere volver con la mujer ni ocuparse de sus hijos, actuarán con neutralidad “aplicando las leyes gitanas”. El tiempo no es una cuestión importante, la mediación puede durar todo el día. El proceso constituye un acontecimiento significativo para todo el grupo, pero, los verdaderos protagonistas son estos *hombres de respeto*, más que las partes a quienes oirán, junto con sus familias y demás miembros de la comunidad. Cabe hablar quizá de una mediación indirecta que cuida de los aspectos comunitarios. El proceso se ve con satisfacción por todos los implicados porque existe una confianza en las leyes y en los mediadores, sin que se dé un control superior del mismo.

Se llega al acuerdo del destierro, que en sí mismo supone una sanción negativa, aunque realmente se espera con él una reconciliación posterior. El acuerdo es público y su incumplimiento podrá acarrear el ostracismo e incluso la venganza. Implicará también la articulación de la ayuda a la mujer por parte de la comunidad y las familias.

En este proceso puede observarse cómo se resuelven conflictos intentando frenar respuestas violentas y buscando la cohesión de la comunidad

alrededor del valor de la familia y la sabiduría de los ancianos, así como de las leyes gitanas en general, ante el rechazo de una justicia paya que temen y consideran discriminatoria. El mecanismo de resolución de conflictos tiene, por tanto, una importancia clave en la vida social de esta comunidad. Puede cuestionarse la falta de respeto de los derechos de defensa y la proporcionalidad de la pena del destierro, que resulta, tanto en la concepción de las sanciones gitanas como en la práctica, una reacción severa. En este supuesto, no se aprecia una discriminación por sexo, aunque cabe preguntarse cuál hubiera sido la respuesta si es la mujer la que abandona al marido.

3. COMPARACIÓN DE VARIABLES E INTEGRACIÓN TEÓRICA

Esta es la fase más analítica, donde se tratará de generar conceptos y tipologías, relacionándolos con teorías criminológicas y socio-jurídicas, como la de Tönnies y las relativas a las culturas jurídicas, señaladas en la Primera y Cuarta Parte, respectivamente. De cualquier forma, junto a las motivaciones y las actitudes individuales, es preciso tener en cuenta los contextos sociales, tanto el más inmediato, como el más amplio (que abarcaría la economía, la religión, la educación, etc.). A la luz de la comparación puede modificarse la teoría y señalar las implicaciones prácticas (posibilidad de fomentar la mediación en esas instancias u otras, dificultades a salvar, etc.).

Los cuatro foros de mediación descritos se ubican en la provincia guipuzcoana, la mayoría en la comarca de la capital, contando con unas características económicas, sociales, políticas y culturales concretas. El análisis comparativo que realizo se basa en un protocolo-guión de recogida de datos que consideraba siete grupos de variables, expuestos a continuación -y a los que he aludido en las interpretaciones anteriores-.

En primer lugar, se aclara el significado del término derecho -en sentido amplio- y mediación -como estrategia de manejo de conflictos, que el derecho oficial califica de penales-. En segundo lugar, se tienen en cuenta los aspectos subjetivos, es decir, las relaciones entre las personas implicadas, así como sus psicologías, experiencias conflictivas anteriores, identidades y rasgos socio-demográficos (edad, género, estado civil y familiar, ocupación, grupo socio-económico, etnia). Después se consideran los aspectos objetivos del conflicto o su contexto diacrónico y sincrónico: historia del caso, comunidad e instituciones afectadas, organización económica, social y política, valores culturales y posible complementariedad,

simultánea o sucesiva, de los procesos de mediación con otras estrategias de control. Además se observan la definición y canalización del conflicto: base y naturaleza del mismo (conflicto de intereses o valores) ¹⁴⁹⁶, gravedad (civil/penal), trascendencia en la vida social y de los sujetos, límites en su contenido (abarca otros anteriores o más amplios, se consideran relaciones anteriores y futuras, cuestiones culturales, etc.), existencia de un cuerpo jurídico sustantivo y procesal, que suponga su formalización (centralismo/pluralismo; institucionalización/aceptación de dispersión) y la posibilidad de elección y coerción (alternativas y, en su caso, definición del castigo). En definitiva, se muestra el tipo de control social que se va a aplicar (penal, conciliador, compensatorio y/o terapéutico; exclusivo/incluyente-participativo; local/central, etc.).

Otra variable la constituyen los elementos de poder, primordialmente a través del papel del mediador. En particular, se precisa cómo se llega a un tercero (juez, mediador, árbitro...) o, por el contrario, se utilizan formas unilaterales y bilaterales de control. En el caso de la mediación, se verán el proceso de designación del mediador, su número y su situación: rasgos sociodemográficos, profesionalización, dependencia, especialización, conocimiento de las partes, posición social, valoración, neutralidad y existencia de presiones externas.

Más tarde, se analiza el procedimiento: cómo se define el proceso de mediación del conflicto; cuáles son sus fases y el protagonismo de los involucrados en ellas -así como la fijación de reglas (contactos, lugar y tiempo de la mediación); los comportamientos efectivos ante el litigio y sus

¹⁴⁹⁶ Aplicando la teoría de la litigación de John Griffiths (1983), puede hablarse más que de conflicto, de pretensión o queja normativa -como unidad de análisis-, viendo a través de las distintas relaciones cómo emerge y se desarrolla en determinado contexto.

diferencias con los valores expresados¹⁴⁹⁷ (interacción entre las partes -distancia relacional¹⁴⁹⁸, conflicto dentro y fuera del grupo-, con el mediador, con las instituciones y otras personas); y satisfacción ante el *proceso* de mediación: atención de sus intereses, sentimientos y voluntariedad; comunicación directa, intervención de miembros de sus familias, amigos, abogados, comunidad; tiempo, dinero y esfuerzo necesarios; y respeto de los derechos fundamentales y principios básicos, junto con la existencia de un control superior.

¹⁴⁹⁷ Para un listado de distintas variables sobre el uso diferencial de instituciones de manejo de disputas, en alusión a diversos estudios realizados, sobre las mismas, vid. Benda-Beckmann (1985, 191).

¹⁴⁹⁸ Black la define como el grado cuantificable en que las personas participan en la vida de otra (1995).

A continuación se ven los aspectos prácticos que abarcan el cumplimiento del acuerdo: supervisión del mismo y reacciones ante su incumplimiento, así como la publicidad y sus efectos; y criterios sobre el “éxito” del *resultado* de la mediación. Por último, se consideran las implicaciones socio-jurídicas más amplias, incluyendo cuestiones polémicas del proceso global (discriminaciones por sexo, edad, posición socio-económica...). Se observan creencias, actitudes y valores sobre el sistema de manejo de los conflictos (ideologías), su repercusión en la vida social y viceversa.

Antes de pasar a analizar cada uno de los siete grupos de variables, trazaré un cuadro esquemático, desde la perspectiva del control social¹⁴⁹⁹, que también será explicado a lo largo de este apartado.

Diferencias en el control social	Justicia de menores	Justicia de paz	Oficina de Ayuda a la Víctima	Justicia gitana
Unidad que ejerce el control	Estado/Comunidad Autónoma (servicios sociales adscritos al Juzgado) y la familia	Estado (poder judicial, aunque los jueces no son profesionales)	Comunidad Autónoma (Sección derechos humanos)	Comunidad familiar (ancianos con autoridad)
Lugar del control	Juzgado de Menores y lugar de realización de la reparación	Juzgado de Paz	Oficina	Disperso: domicilios de los implicados y toda la comunidad
Foco del control	El menor y su familia, que se consideren aptos para este tipo de reacción	Concentrado: las personas implicadas, según estime el juez	Las personas implicadas y terceros relacionados, según estimen los	Difuso: toda la comunidad, en todos los casos

¹⁴⁹⁹ Este cuadro sigue el modelo del realizado por Nanette Davis (1996, 66), tomado a su vez de un trabajo anterior de Davis con Szasz.

Diferencias en el control social	Justicia de menores	Justicia de paz	Oficina de Ayuda a la Víctima	Justicia gitana
			profesionales	
Visibilidad del control (garantías)	Público con limitaciones	Público	Invisible, privado	Invisible, "público"
Categorización de la desviación por la unidad de control	Basada en la edad, en el hecho y en la personalidad y circunstancias del menor	Basada en el hecho y las relaciones personales (inclusive con el mediador)	Basada en el hecho y las relaciones personales	Basada en los valores comunitarios sobre las relaciones familiares, especialmente entre marido y mujer
Hegemonía del derecho y del sistema penal	Regulación positiva con válvulas de escape, aplicadas por profesionales no juristas, con control del fiscal	Regulación jurídica en un proceso simplificado, con posibilidad de que el denunciante lo frene.	No existe todavía o se permite una cierta aplicación del principio de oportunidad por el fiscal	Monopolio del derecho gitano, interiorizado por los miembros de la comunidad, con escaso margen de iniciativa individual
Objeto de la intervención	Comportamiento externo concreto y valores sobre su responsabilización	Comportamiento externo concreto y valores sobre las relaciones personales (pacificación)	Comportamiento externo concreto y valores sobre las relaciones personales (protagonismo)	Valores sobre las relaciones personales/co-munitarias
Teorías sobre la reacción/castigo	Carácter socio-educativo	Incapacidad del derecho penal y la Administración de Justicia	Incapacidad del derecho penal y la Administración de Justicia	Orden social distinto (propio de sociedades más cohesionadas)
Modo de control	Incluyente	Incluyente	Incluyente	Incluyente
Tipo de desviación más habitual	Contra la propiedad y orden público	Contra el honor	Amenazas, lesiones, contra las relaciones familiares y el honor	Lesiones, contra las relaciones familiares, el honor y en relación con las drogas

3. 1. ASPECTOS ESTRUCTURALES Y CULTURALES: DERECHO Y MEDIACIÓN

En los tres primeros foros -Juzgado de Menores, de Paz y Servicio de Asistencia a la víctima-, la mediación desborda el concepto estricto de derecho positivo que comparten los profesionales implicados y sorprende a las personas en conflicto. En el cuarto foro asistimos a un proceso “natural” o normal de articulación del derecho consuetudinario para un caso concreto. Aquí el foro, como espacio de realización de justicia, coincide con toda la comunidad afectada, aunque se sitúe en un domicilio. Por otra parte, la ley gitana se aplica por la pertenencia de una persona a una comunidad, no a un territorio, como sucede generalmente con el derecho positivo.

En ninguno de los cuatro escenarios constituye la mediación la actividad principal de los mismos, por lo que opera en la práctica con limitaciones y con una regulación informal -aunque más ritualizada en el cuarto caso- que se dirige a objetivos diferentes. En el Juzgado de Menores se trata de articular una alternativa para el menor como intervención educativa, que cuenta con la cooperación de las víctimas, generalmente olvidadas. En el de Paz se intenta no agravar el conflicto interpersonal poniendo fin al procedimiento judicial. En el Servicio de Asistencia a la Víctima se pretende que las partes resuelvan el conflicto por sí mismas, incluyendo las implicaciones sociales subyacentes, desistiendo en su caso de continuar un procedimiento judicial. Finalmente, en la comunidad gitana, la mediación se concibe como una reacción espontánea no impositiva ante una desviación de sus leyes consuetudinarias.

Desde la perspectiva del control social trilateral, descrita en la Primera Parte, en el primer caso puede hablarse de un estilo terapéutico,

incluyente¹⁵⁰⁰, aunque coercitivo -porque existe la amenaza de un procedimiento más estigmatizante-, y local. El segundo caso sería un control conciliatorio, inclusivo, utilitario -en cuanto que los implicados actúan buscando una mayor satisfacción- y local. En el tercero, estamos ante un control conciliador/terapéutico, incluyente, utilitario y local. Finalmente, en la comunidad gitana vemos cómo opera un control penal/conciliador/compensatorio, con rasgos de inclusión/exclusión, coercitivo/normativo y de carácter local. Se trata de un control normativo en cuanto que existe una interiorización de las normas aceptadas como legítimas, dando lugar a una conformidad en la conciencia y en los comportamientos, que permiten, en cierto modo, prescindir de sanciones negativas, según la tesis de Etzioni, aludida en la Primera Parte. Este control normativo se relaciona con el concepto de autocontrol que implica una cooperación en la respuesta a la conducta desviada. De cualquier forma, puede apreciarse que no se cumple el postulado de Durkheim, según el cual una sociedad sin delitos -por otra parte, imposible- sería aquella en que los sentimientos ofendidos por ellos estuviesen fuertemente arraigados en todas las conciencias individuales, lo que supondría haber encontrado el mecanismo de control social más eficaz. Afortunada, desafortunadamente en determinadas ocasiones, incluso en contextos similares a los descritos por Durkheim aún subsisten las motivaciones individuales.

¹⁵⁰⁰ Siguiendo los términos de Pat Carlen (1995), mientras que Melossi habla de control positivo, según se ha descrito en la Primera Parte.

Asimismo, en los diversos casos narrados se trata de controles reactivos, aunque existen elementos preventivos, de forma más explícita en el caso de los vecinos que acudieron al Servicio de Asistencia a las víctimas. En los distintos supuestos, nos encontramos con agencias formales de control social, salvo en el caso de la comunidad gitana. Los destinatarios de dichas agencias son los menores (Juzgados de Menores), las víctimas y acusados en procedimientos de faltas (Juzgados de Paz), las víctimas de delitos en general -que, según la Memoria, son principalmente mujeres- (Servicios de Asistencia a las Víctimas), y los transgresores y víctimas de la comunidad gitana, que invoquen sus leyes. Podría concluirse que en todos los supuestos se aprecia la insuficiencia de las categorías sociológicas relativas al control social ante la complejidad y contradicciones prácticas.

Respecto de la interacción entre los controles formales e informales, sólo en los casos del Servicio de víctimas y de la comunidad gitana actúan los controles formales tras haber fracasado los informales en el tratamiento del conflicto, ya que en los restantes se acude directamente ante la agencia de control formal (Juzgado de Menores y de Paz). Estas agencias formales actúan cotidianamente con cierta informalidad, como ya se ha señalado. Por último, un aspecto ciertamente relevante es la legitimidad de los controles informales en cuanto modos de evitación de los formales -considerados más estigmatizantes-.

3. 2 ASPECTOS SUBJETIVOS: RELACIONES DE LAS PERSONAS EN CONFLICTO

De acuerdo con los capítulos precedentes, según Horwitz (1990, ix) y Black, las distintas relaciones sociales-interpersonales (conocidos, aliados, miembros de un grupo, dependientes, etc.) condicionan las variaciones en los sistemas de control social. También Christie en su modelo

de justicia de la aldea explica que, cuanto más cerca están los que deciden de los participantes del conflicto, más necesario es procurar la paz (1993, 148). Por su parte, Huo afirma que las personas parecen preocuparse por un proceso justo sólo cuando se ven implicadas otras con las que se identifican y de las que ven depender su posición social y reconocimiento. Estas hipótesis se verifican en mi estudio de casos.

Todos los conflictos, salvo -de forma estricta- el primer caso, se produjeron entre conocidos, entre quienes se va deteriorando la convivencia y agravándose los roces. En tres de los supuestos, de los cinco relatados, se trata de relaciones familiares, concretamente de la pareja hombre y mujer. El estrato socio-económico de las partes en conflicto es similar (medio-bajo) y, entre ellos, todos pertenecen al mismo grupo étnico. Su deseo de participar en la mediación varía, mostrándose sorprendidos los que se relacionan con la justicia oficial. En ellos se pretende, por parte de los profesionales, evitar la estigmatización y/o victimación que se asume produce aquélla, según defiende la teoría del *labeling*. En el caso de la comunidad gitana, la mediación implica claramente a los familiares y a toda la comunidad, y sólo en el caso de los menores y el de los vecinos -tratado en el Servicio de Asistencia a las víctimas- se solicitó la colaboración de los familiares de las personas más directamente afectadas.

3. 3 ASPECTOS OBJETIVOS: EL CONFLICTO CONCRETO

Jandt y Pedersen, a quienes me he referido en la Cuarta Parte, indicaron una serie de hipótesis sobre el manejo creativo de los conflictos y la mediación en la región asiática, distinguiendo entre culturas de contexto bajo y alto (éstas últimas con valores más colectivos o comunitarios) (Pedersen y Jandt 1996, 13-5; Hall 1976). Aquí nos interesan dos de dichas

hipótesis: 1. La aceptación y reconocimiento del conflicto, previa mediación, se realiza por parte de los individuos afectados en culturas de contexto bajo, y por parte de los grupos tradicionales, en culturas de contexto alto. 2. El acceso a los tribunales estatales se considera un derecho en las culturas de contexto bajo y un fracaso en las relaciones comunitarias en las culturas de contexto alto. Puede concluirse que, respecto del estudio de casos, estas hipótesis se verifican, entendiendo la comunidad gitana como una cultura de contexto alto de comunicación.

Los conflictos que se relatan no son objetivamente graves, aunque en todo caso cabría diferenciar entre la percepción más o menos objetiva de las normas y la subjetiva de los sujetos implicados. Dichas normas o derecho, según se comentó en la Parte Cuarta, constituyen códigos de lo correcto e incorrecto socialmente y expresan también valoraciones sobre las motivaciones humanas. En el supuesto de los Juzgados de Menores, los transgresores atacan el valor de la propiedad (privada y pública), desviación castigada desde tiempos inmemoriales y que configura el estigma del ladrón. En el caso del Juzgado de Paz se protege la libertad e integridad de la persona, como ocurre también en el Servicio de Asistencia a las víctimas. En ambos foros se dirimen conflictos que afectan a la convivencia familiar y vecinal, siendo las amenazas en procesos de separación un acontecimiento corriente desde que la legislación admitió esta posibilidad. Anteriormente, en conflictos similares, intervenían otras instancias informales (familiares, párroco, etc.). Finalmente, en el caso de la comunidad gitana, la desviación del hombre pone en cuestión los valores comunitarios de la familia.

En los tres primeros foros estamos ante un centralismo jurídico, es decir, un control normativo, que implica una especialización y profesionalización de las personas que intervienen, aunque no necesariamente en mediación y se da una presencia del Estado, que en la comunidad gitana

sólo se evoca como amenaza a la que puede acudirse, si no se respetan sus leyes. Por su parte, las personas que se dirigieron a los juzgados y al Servicio de Asistencia no buscaban la mediación. En el caso del Juzgado de Menores, el proceso de control jurídico-penal se activó de oficio -siendo fundamental el que la policía acudiese rápidamente al oír la alarma, de otro modo, el caso formaría parte de la cifra negra y quizá los jóvenes continuarían sus vidas sin mayores problemas con la justicia-. En la jurisdicción de menores, si el equipo no hubiese decidido proponer la mediación a B, las víctimas no hubieran tenido participación alguna, salvando quizá su actuación como testigos. En los casos del Juzgado de Paz y el Servicio de Asistencia se trataba de faltas semipúblicas, que exigían una denuncia de la víctima, lo cual da juego para su posterior retirada. En la comunidad gitana el proceso de control se puso en marcha espontáneamente y en él las partes implicadas tuvieron un protagonismo similar al de otros miembros de la comunidad.

3. 4 ASPECTOS DE PODER: EL MEDIADOR

Según Jandt y Pedersen la habilidad para mediar en culturas de contexto bajo depende del aprendizaje de técnicas y de cierta capacitación, mientras que en las de contexto alto se ejerce de forma preventiva y proactiva (Pedersen y Jandt 1996), lo que se ha verificado en los diferentes casos presentados aquí. Los mediadores de los tres primeros foros no tienen formación especial alguna, mientras que en la comunidad gitana la condición de *hombres de respeto* (de contexto socio-económico similar al de las partes, aunque de mayor *status*) les otorga, según la tradición, la autoridad para mediar. En los tres primeros foros, los mediadores son tanto hombres como mujeres, predominando estas últimas. Se trata de personas jóvenes que tienden a diferir -salvo en el Juzgado de Paz- del contexto social de las personas que acuden a ellos. Por

otra parte, en un marco histórico, y aún actualmente en poblaciones pequeñas, podrían señalarse similitudes en la consideración comunitaria del Juez de Paz y el *hombre de respeto* gitano en su papel de mediador, incluyendo el peligro de posibles discriminaciones tradicionales por razón de sexo.

En cuanto al número, en todos los casos, salvo en el del Juzgado de Paz y en un supuesto del Servicio de Asistencia, actúan dos o más mediadores, en ocasiones, apoyando cada uno a una de las partes. Sólo en el supuesto del Juzgado de Paz y en el de la comunidad gitana los mediadores conocían a las personas en conflicto. Respecto de la imparcialidad del mediador, siguiendo la tesis de Black, un aspecto común en todos los casos es que la persona o personas que actúan como tales no desempeñan únicamente este rol, sino que además pueden ejercer -simultánea o sucesivamente- cierta actividad de pacificadores, negociadores, terapeutas, e incluso jueces. En el Juzgado de Menores, los mediadores actúan también como terapeutas, buscando la "normalidad" o responsabilización del menor. En el Juzgado de Paz se persigue, más bien, la pacificación, sin entrar en el contenido concreto del conflicto. En el Servicio de Asistencia intervienen además, junto con otras personas, como negociadores, apoyando a una parte en concreto, pero trabajando para un acuerdo entre las dos.

Por otro lado, la autoridad del tercero dependerá del formalismo (invocación a normas escritas u orales), de la posibilidad de que su decisión dé la razón a los argumentos de una de las partes y de que pueda activar medios coercitivos. Estas tres variables se aprecian flexiblemente en los hechos acaecidos en la comunidad gitana.

3. 5 ASPECTOS PROCEDIMENTALES: LAS DISTINTAS FASES

De acuerdo con Jandt y Pedersen el proceso de mediación en las culturas de contexto bajo es privado, siendo público -incluyendo los momentos previos a la mediación- en las de contexto alto. En las primeras la definición del proceso se realiza de forma individual por las personas afectadas, con escasa importancia de los rituales, mientras que en las de contexto alto, la mediación se define de forma colectiva y los rituales adquieren relevancia (Pedersen y Jandt 1996). Esto también puede comprobarse en el estudio de casos presentado. En el supuesto del Juzgado de Menores únicamente se da entrada a los familiares, en el de Paz intervienen sólo las partes y en el Servicio de Asistencia se buscan apoyos de familiares y representantes de grupos a los que pertenecen los protagonistas (como es el caso del abogado de la ONCE para los ciegos). En la comunidad gitana, el proceso involucra a toda la comunidad y adquiere un carácter público y comunitario. Cabe destacar que, en ninguno de los foros, intervienen abogados como tales, lo que podría cuestionar los derechos de defensa -a pesar de que, reitero, estamos ante procesos divergentes del enjuiciamiento, donde no se habla de derechos-.

En el Juzgado de Menores el proceso obedece a una cierta estructura que proporciona la ley y otros modelos de mediación, con un papel directivo por parte del mediador y con supervisión del fiscal. En el Juzgado de Paz la mediación se realiza con espontaneidad, dando posibilidades a los protagonistas para opinar, aunque dirigidos por el juez, sin que, en principio, el acuerdo sea susceptible de control posterior. Esto ocurre también en el Servicio de Asistencia, aunque en él se permite una mayor participación de las partes. Finalmente, en la comunidad gitana se otorga gran importancia a los rituales -aunque el lugar no sea tan solemne como el de los Juzgados o el Servicio de Asistencia-, teniendo los *hombres de respeto* un papel fundamental. La posibilidad de que la mediación sea un verdadero proceso de comunicación depende en cada caso, con variaciones también

respecto de la expresión de los sentimientos. Igualmente, resulta difícil evaluar los procesos en cuanto a su eficacia en el ahorro de recursos.

Como se ha visto en la Cuarta Parte, Heydebrand distingue entre la cultura de la negociación, de las reglas, del consenso y de la reciprocidad (1997). La comunidad gitana respondería a una cultura de la reciprocidad. Igualmente, he mencionado que Huo diferencia dos modelos de resolución de conflictos: el relacional y el instrumental. El relacional asume que las personas actúan por su deseo de alcanzar reconocimiento y una cierta posición social, como miembros legítimos de grupos valorados. Los individuos reaccionarían ante un conflicto según sus percepciones de la justicia con que fueron tratados, se fijarían más en el proceso y les importaría el mantenimiento futuro de las relaciones. Este modelo se encontraría especialmente en culturas comunitarias donde existe una preocupación por la solidaridad intergrupala y la armonía interpersonal, por lo que se favorecerían procesos de mediación. El instrumental asume que las personas se ven impulsadas por el interés propio y el deseo de maximizar sus recursos. Los individuos, ante un conflicto, se fijarían en la evaluación de sus resultados favorables, siendo este modelo propio de culturas individualistas. Esta tesis también parece verificarse, entendiendo que la comunidad gitana sigue el modelo relacional.

3. 6 ASPECTOS PRÁCTICOS: EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

De forma general, en todos los supuestos parece valorarse más el proceso que el resultado, del cual podría discutirse si es reflejo de una justicia subjetiva concreta. Realmente, sólo en el primer caso puede hablarse de una mediación para la reparación, consistente en la limpieza del lugar del robo, que no deja de tener ciertos elementos punitivos. En el Juzgado de Paz y en

el Servicio de Asistencia se llega al acuerdo de un comportamiento recíproco, mientras que en la comunidad gitana se acuerda el destierro, tras intentar una conciliación, aunque éste opera como presión para una futura convivencia. Al mismo tiempo, se decide cómo ayudará la comunidad (y concretamente las familias afectadas) a la mujer e hijos abandonados, lo que supone una reparación colectiva o control compensatorio. En todos los casos, permanece la noción de las relaciones futuras, a mayor o menor plazo.

En el Juzgado de Menores, aunque existen dificultades prácticas de supervisión, el fiscal será informado del cumplimiento del acuerdo. En el Juzgado de Paz, queda reflejado en las tramitaciones judiciales, aunque no existe posibilidad de controlar su cumplimiento, lo mismo ocurre en el Servicio de Asistencia, salvo en el supuesto de los padres jóvenes del que debe informarse al fiscal. En el caso de los ciegos se trata más bien de un acuerdo privado. En la comunidad gitana se da una publicidad a la sanción acordada y el cumplimiento será supervisado por toda la comunidad. En todos los supuestos parece que el acuerdo se ha cumplido y las partes han manifestado su satisfacción.

3. 7 ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS GENERALES

Respecto de la aludida inexistencia de una cultura de la mediación, observando los supuestos narrados, los tres primeros foros responden a los valores de sociedades heterogéneas, complejas, con individuos cada vez más independientes. En ellas se deteriora el control familiar -siendo esta agencia más reducida en miembros- y se aprecia un énfasis en el ahorro de tiempo y promoción de soluciones personales -aunque al mismo tiempo los individuos se van haciendo dependientes, pero ya no de una forma interpersonal, sino de determinadas burocracias y de profesionales de la

tecnología-. Aun así, persisten valores que son adecuados para el ejercicio de la mediación, pese a no existir fórmulas o teorías generales para todos los casos que expliquen su fracaso, de acuerdo a distintos criterios.

En las sociedades actuales puede reconocerse la mezcla de rasgos de comunidad y sociedad de la que habla Janowitz (1996, 9), en relación a la teoría de Tönnies¹⁵⁰¹, opuesta a interpretaciones como la de Schafer. De cualquier forma, es cierto que la mayor parte de los ciudadanos, y en concreto los que acceden a ellos, desconocen la faceta mediadora de los foros relacionados con la administración de justicia. Por ello es comprensible su sorpresa cuando se les ofrece esta posibilidad, considerando que acuden reclamando la adjudicación -aunque no suelen ser conscientes de sus implicaciones-. Pueden observarse así las diferencias con los valores -y ciertas condiciones sociales- de la comunidad gitana, que recuerdan a los de las sociedades del pasado o a las estudiadas por los antropólogos del derecho.

¹⁵⁰¹ Concretamente, Janowitz explica: "...la organización social incluye en cualquier momento histórico elementos imprescindibles y elaborados de ambas -de la comunidad y de la sociedad- de variada intensidad, escalas y consecuencias. El análisis del control social, es un análisis del entramado de esas variables que pueden ser referidas a los atributos tanto de la comunidad como de la sociedad."

Se aprecian diferencias entre un lenguaje jurídico-positivo, que habla de derechos, y otro normativo, que se refiere a las relaciones comunitarias y de pacificación. Surgen, cuando se realizan mediaciones en foros que tradicionalmente han estado relacionados con la adjudicación, confusiones en cuanto a los objetivos de aquéllas: ¿pretenden los Juzgados de Menores la responsabilización del menor?, ¿los de Paz la mitigación de las situaciones problemáticas y el ahorro para la administración de justicia? y ¿los Servicios de Asistencia a la Víctima el protagonismo de las partes en la resolución propia de los conflictos? Por su parte, el objetivo de la mediación en la comunidad gitana es explícito: trata de patentizar valores tradicionales comunitarios que afectan a la concepción de la familia, la autoridad y la convivencia, dentro de un contexto social en profundo cambio. En él, sin embargo, siguen conservando su propio sistema de justicia, que constituye en sí misma un proceso de socialización, un contacto intergeneracional, en palabras de Giddens (1994), donde los grupos primarios tienen una importancia fundamental, amén de las posibles discriminaciones. En contraste, aunque se pretenden transmitir valores de responsabilidad, pacificación y capacidad para resolver conflictos, no creo que los procesos de mediación en los foros de justicia oficial constituyan mecanismos de socialización efectivos. Esta conclusión se basa en que, en ellos, intervienen grupos secundarios donde las relaciones con el mediador son de carácter impersonal -incluso de inferioridad, al tratarse de una institución pública- y, en algún caso, con fines prácticos concretos. Cuestión distinta es si estos foros *deben ser* instrumentos de socialización.

Siguiendo a Coser, el conflicto en la comunidad gitana es funcional en cuanto refuerza sus valores y no cuestiona la legitimidad del sistema de justicia propio -como, sin embargo, ha ocurrido en otros casos de aplicación de la ley de los contrarios, por el rechazo de sus efectos gravosos que

implican a toda la familia del agresor-. Los otros supuestos presentados son disfuncionales porque el manejo del conflicto a través de la mediación cuestiona la vía judicial penal. De cualquier forma, su disfunción es muy limitada. En una consideración más general, siguiendo con los teóricos del conflicto social, concretamente con Dahrendorf, el conflicto resulta necesario para el cambio social¹⁵⁰², aunque su regulación judicial imposibilite que las partes se vean como iguales. Pero quizá, ni siquiera la mediación pueda conseguir esta ambición, en el sentido de la identificación aludida por Christie y recogida en la Primera Parte. Quizá el único escenario apropiado para expresar las emociones sea el de la justicia de la aldea, difícil de encontrar hoy. Junto a ello, se pone de relieve la importancia de la legitimación e ideologías de la mediación, así como de la autoridad (¿ poder?) del mediador.

Para la identificación a la que hago referencia, el concepto de ciudadanía actual resulta demasiado frío. Reckless explicaba, en su teoría de la contención respecto del control interno, que éste actúa especialmente cuando uno siente que pertenece a una comunidad. Para ello, no hay que volver al tribalismo. Lemert ya indicó que un control social activo supone un proceso de puesta en práctica de metas y valores, ofreciendo motivos para actuar de una manera positiva, y siendo especialmente posible en democracia, frente al control pasivo de los regímenes autoritarios basado en la censura y la amenaza. Habermas ha explicado que la crisis del control social actual obedece al fracaso del subsistema cultura en la producción de valores y motivaciones individuales, debiéndose pasar de una racionalidad tecnológica a otra

¹⁵⁰² La ideología de la mediación puede resultar, como indicaba Faget (1996), homeostática en cuanto que descalifica el conflicto, olvidando que es elemento de aprendizaje y cambio social.

discursiva, basada en la participación y en la comunicación, más que en la coerción.

En todo caso, las cuestiones culturales -entendiendo aquí cultura en un sentido más limitado- son importantes para entender determinados delitos, recordando la teoría de Sellin de los conflictos secundarios -véase en la Primera Parte-. Asimismo, conviene mencionar las teorías de las subculturas que, desde una perspectiva criminológica, muestran el carácter pluralista del orden social. Recordando a Matza y Sykes, en algunos conflictos, el código de valores puede ayudar a poner en marcha las técnicas de neutralización que impiden al infractor reconocer su responsabilidad (así en las tensiones de pareja, los maridos agresores suelen indicar sin reparos que “ellas se lo merecían”). Posiblemente, el caso de los menores responda a una cultura juvenil¹⁵⁰³ o de la marginación¹⁵⁰⁴, el de los maridos que amenazan y abandonan a su mujer e hijos a una cultura machista, el de los vecinos a una cultura poco tolerante, etc. Ello no significa pronunciarse sobre la bondad o maldad de estos valores, sino simplemente reconocerlos para estudiar cómo es posible su construcción social, y ofrecer la posibilidad de discutir sobre los mismos en contextos más abiertos, como podrían ser los de la mediación, sin perjuicio de todas las medidas estructurales necesarias para la existencia de sociedades más democráticas y de la necesidad de la adjudicación para determinados casos.

Los procesos de mediación en relación con la justicia oficial deben cuidar con esmero que no se amplíe la red de control social, lo que no obedece a ningún fin conspirativo, pero sí trae consecuencias funestas y no ayuda a

¹⁵⁰³ Cfr. en la Primera Parte, limitadamente, la teoría de Bloch y Niederhoffer sobre la influencia de la edad en las subculturas.

¹⁵⁰⁴ Cfr. en la Primera Parte, también con limitaciones, la teoría de Miller sobre las subculturas y las clases bajas, donde, igualmente, puede revisarse la interpretación de la teoría de Merton por parte de Cloward y Ohlin.

reducir la prisión o el internamiento. Fue precisamente Lemert quien se refirió al escaso éxito de las medidas de derivación o *diversion* y restitución para evitar lo que él conceptualizó como desviación secundaria, dentro de la teoría del etiquetaje, a la que también contribuyeron los términos de estigma de Goffman y de ceremonias de degradación de Garfinkel. El mismo año que Lemert criticó estos proyectos, Austin y Krisberg se refirieron también al *net widening*, en lo que algunos han llamado la perspectiva revisionista del control social. En ella destacan Stanley Cohen y Stuart Henry.

Cabe preguntarse si los procesos de mediación aludidos ponen en marcha una vergüenza desintegradora o reintegrativa, como propone Braithwaite. Para esta última se precisa un control comunitario que este autor veía en grupos como los Maoríes, pero también en determinados sectores de la sociedad occidental actual. Sin embargo, recordemos las críticas formuladas desde perspectivas feministas, que ponen de manifiesto que los controles informales pueden ser más intrusivos para los grupos minoritarios. También podría plantearse, en esta perspectiva, si existe una cultura femenina donde el razonamiento moral es más proclive a la conciliación, como propone Gilligan, algo que no he podido plantear ante la limitación de mi estudio de casos.

Una gran parte de los conflictos que se dirigen hacia la mediación son entre familiares y, concretamente, entre personas con una relación afectiva. Incluso debe recordarse que la mayor parte de los delitos se cometen entre personas conocidas, lo que de algún modo cuestiona el énfasis en la seguridad frente al miedo al delito -influyendo en la creación de servicios de protección a las víctimas, reales y potenciales-, que otorgan algunas teorías como la realista de izquierdas. Ésta podría completarse con la visión más amplia de la Criminología constitutiva que permite observar la relación discursiva entre las partes, cuestionando nociones de poder/ideología, y subrayando la interjuridicidad. En concreto, en la relación entre víctima y

autor, se recuerda las nociones de la Victimología sobre la posibilidad de su intercambio y la importancia de la víctima como llave del sistema penal, especialmente en delitos semipúblicos.

Debe indagarse si estos supuestos de mediación constituyen ejemplos de justicia restaurativa, es decir, si se centran más en la reparación que en el castigo. En el Juzgado de Menores se empleó como un instrumento de *diversion*, más bien pedagógico, destinado al menor cuyo contenido consistió en una reparación acordada. En el Juzgado de Paz y en el Servicio de Asistencia a la víctima, la mediación tuvo un carácter de pacificación de las relaciones de convivencia, consistiendo el acuerdo en un cambio de actitudes de difícil control. En la comunidad gitana el proceso se destinó a una conciliación que, como no se logró en primer término, se intentó propiciar mediante el destierro. El destierro, en general, supone una sanción aflictiva de cierta gravedad en dicha comunidad -ya que implica una situación de carencias materiales y afectivas, especialmente para un gitano que difícilmente podrá contar con la ayuda de los payos- y viene a implicar una modalidad forzada de control social unilateral en cuanto que conlleva alejamiento o huida¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰⁵ Que podría relacionarse, en ocasiones, con el concepto de asilo -especialmente el propuesto por Bianchi (1994)-.

Agnes Heller, en su reflexión sobre el paso de las comunidades tradicionales a las de elección, indica que, en las sociedades comunitarias, la expulsión constituye también un juicio de valor. Al expulsado no se le da nunca la razón, “la catarsis típica de quien pertenece a una comunidad natural es el *retorno* a la comunidad... quien es expulsado de una comunidad natural *reconoce* el derecho de ésta a expulsarlo” (1977, 81; 83)¹⁵⁰⁶. En todo caso la espontaneidad implica una racionalidad y, así, Radcliffe-Brown incluía la expulsión entre las sanciones organizadas, según se vio en la Parte Segunda.

Von Hentig calificó el destierro como la forma más primitiva de autodefensa. De hecho, el destierro sería, en sus orígenes, el reconocimiento de esa huida voluntaria del infractor, ante la persecución de la víctima o la justicia, prohibiéndose su vuelta, como parece sugerirse por Adler y Mueller respecto del Neolítico. La expulsión o separación supone una cierta purificación de la comunidad afectada, teniendo que discernirse si es de carácter permanente o temporal y si afecta o no a un miembro del grupo. El destierro ha sido recogido por muchas regulaciones como la ley mosaica, las XII Tablas, el derecho islámico, japonés, azteca, el Fuero Juzgo, diversos fueros, el Fuero Real, las Partidas, el Tribunal del Santo Oficio, las pragmáticas y disposiciones contra los gitanos y otros marginados, etc. Pervivió en la época moderna y barroca en nuestro país, considerado en ocasiones como pena corporal, con la modalidad de las colonias penitenciarias¹⁵⁰⁷ y llegó hasta el ACP, donde se distinguía del confinamiento y del extrañamiento -véanse las Partes Segunda y Tercera-.

¹⁵⁰⁶ Cursivas de Heller.

¹⁵⁰⁷ Véanse Arenal (1877), Lastres (1877) y Cidrón (1948).

Según el ACP podía imponerse como pena, sustitutiva de la caución, en el delito de amenazas (art. 495), teniendo un carácter aflictivo y preventivo. Se recogía como pena grave restrictiva de libertad de hasta doce años de duración, afectando hasta un radio de 250 kilómetros, según determinase concretamente la sentencia. El ofendido podía pedir que dicho radio comprendiese el lugar del delito, la residencia de la víctima y de los parientes o del infractor, por lo que algunos autores estiman que podía considerarse como una “pena semiprivada” (de la Mata 1994b, 152). Otras características de la pena del destierro eran las dificultades técnicas de su ejecución, que dependía en gran parte de la voluntad del condenado, así como las desigualdades en sus efectos. Igualmente, el destierro constituía una medida de seguridad y pudo imponerse también el destierro gubernativo según la Ley de Orden Público. El NCP ya no recoge el término de destierro, aunque sí la prohibición de residir y acudir a determinados lugares como pena principal privativa de derechos con una duración de hasta cinco años (art. 48). Además, se regula como medida de seguridad no privativa de libertad en el art. 96. 3 y como obligación en la suspensión de la ejecución de la pena¹⁵⁰⁸.

El destierro como respuesta al conflicto narrado difiere de la pena que existía en nuestra regulación jurídico-positiva¹⁵⁰⁹. En primer lugar, no cuenta con esas dificultades técnicas de ejecución ante la internalización de la ley gitana por todos los miembros de la comunidad, inclusive el infractor. Además, puede cuestionarse su carácter exclusivamente de pena y, desde luego, no se trata de la aplicación de una venganza o del talión. Quizá cabría hablar en este supuesto de una paz socializadora y separadora, más que

¹⁵⁰⁸ Téngase en cuenta la posibilidad de expulsión, bajo ciertas circunstancias, de los extranjeros que delinquen en nuestro país.

¹⁵⁰⁹ Por otra parte, el acuerdo de ese destierro podría, incluso, llevarse ante los tribunales de la justicia paya como delito de amenazas, lo que evidencia el monopolio de ésta del *ius puniendi*.

restaurativa -aunque se aspire a ella-. En todo caso, como indicaba Roberts desde la Antropología jurídica, las formalidades procesales, las normas como base de las decisiones y las sanciones coercitivas no están necesariamente unidas a la adjudicación estatal, por lo que es preciso rechazar cualquier visión idealizada de la mediación o de la adjudicación y de los contextos en que se producen (1989). De alguna manera, se ratifica también el esquema de Kuppe, aludido en la Parte Cuarta, referente al sistema de resolución de conflictos en las sociedades menos complejas.

No existe en la comunidad gitana una diferenciación entre derecho civil y penal, entre lo público -como espacio de responsabilidades colectivas- y lo privado -como espacio de la autonomía y los derechos individuales-, lo que puede relacionarse con el concepto de víctima y trasgresor. Si se recuerda la tesis de Black de que la frecuencia y severidad en el castigo, decidido por terceros, aumenta si aumenta la desigualdad social y la ruptura de las relaciones cercanas, pueden estudiarse las condiciones que hacen que en las comunidades gitanas se prescindiera del castigo en determinadas ocasiones.

En todo caso, desde una consideración garantista se plantean problemas porque, cuando se producen castigos de cierta gravedad, surge la necesidad de respetar principios penales (de legalidad, publicidad, proporcionalidad, humanidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesales (tutela judicial, principio acusatorio, derecho de defensa -presunción de inocencia-, principio de inmediación, oralidad y contradicción, de legalidad, del juez ordinario predeterminado por la ley e imparcial, del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas), algunos de los cuales también se ponen en duda en mediaciones relacionadas con la justicia oficial.

Finalmente, este análisis comparativo sólo puede terminar presentando más interrogantes que respuestas, ya que se advierten contradicciones entre los valores personales y colectivos, y entre éstos y los comportamientos

efectivos. Los procesos de mediación en los distintos foros variarán según el número, las características y motivaciones de las víctimas, infractores, mediadores y otros intervinientes, a lo que habrá que unir aspectos estructurales. Todo ello hace difícil hablar de un concepto de cultura jurídica explicativo de estos aspectos de forma general, aunque sí creo que puede resultar útil para entender las dificultades de separar lo jurídico y lo social en determinadas sociedades, así como para comprender por qué se utilizan unas instituciones y normas y otras no.

REFLEXIÓN FINAL

Este reducido estudio de casos tiene como objetivo ser un complemento de la teoría precedente y, por supuesto, invitar a futuras investigaciones -de acuerdo con lo señalado por Yin respecto de la calidad del diseño de la investigación-. Queda, igualmente, la posibilidad de trabajar con grupos de discusión, en los que participen los protagonistas directos de los distintos estudios de casos, con el sentido de oír voces que no he recogido (las de las víctimas, infractores, familiares, etc.). Dentro de la metodología cualitativa utilizada, las opiniones y casos que se presentan no son generalizables, pero sí representativos de ciertas situaciones reales, pretendiendo mostrar parte de la problemática y la complejidad de la práctica. Todos los supuestos que sirven de ejemplo de mediaciones diversas, entendidas dentro de los procesos de control social, son narrados por terceras personas que actuaron como “mediadores” -aunque en el caso de la comunidad gitana, el narrador era un miembro de la colectividad reunido ante el conflicto-.

Evans-Pritchard mantuvo que las personas que viven en proximidad, se relacionan y cooperan, ya que no pueden tolerar las hostilidades o venganzas por mucho tiempo (1940). En la actualidad, podemos preguntarnos qué personas continúan viviendo en proximidad. La sociedad como ente social unitario no existe, existen grupos, donde operan diferentes formas de control social. A la pregunta de si realmente la mediación fomenta la participación de la sociedad, una justicia más humana y una mayor cohesión social, habría que responder de forma general, pero también particular, diferenciando dichos grupos, en los que se ha podido comprobar la existencia de valores contradictorios. En el caso de la comunidad gitana, el mismo proceso de mediación fomenta la solidaridad, pero a través de ella se impone una sanción

muy severa y se plantean problemas de delimitación de la responsabilidad personal y colectiva.

Concretamente, respecto de la mediación más relacionada con la justicia penal -pensando en la promoción de programas estables en la jurisdicción de menores, pero también, de distinta manera, en relación con los Servicios de Asistencia a la Víctima y con los Juzgados de Paz-, son necesarias evaluaciones cuantitativas y cualitativas que, finalmente, permitan cuestionar la ideología de la mediación en las sociedades occidentales: ¿se trata de una nueva estrategia del liberalismo para mantener los conflictos sociales sin pensar en sus causas? Otros problemas más concretos serían cómo integrar en la mediación penal contextos socioculturales diversos de la víctima e infractor, quienes cuentan con una posición jurídica divergente; y cómo afrontar la necesidad de un talante, de una cultura de resolución de conflictos para que funcionen los proyectos. Así mismo, sería preciso observar la relación entre agencias estatales y no estatales de control social que utilizan la mediación.

CONCLUSIONES GENERALES

“Si la vida no nos ha dado más que una celda de reclusión, hagamos por ornamentarla, aunque más no sea, con las sombras de nuestros sueños, diseños y colores mezclados, esculpiendo nuestro olvido bajo la quieta exterioridad de los muros” (Pessoa 1997, 361).

CONCLUSIONES GENERALES

I.

La mediación es una estrategia trilateral de control social, en la que un tercero fomenta un acuerdo, sin imponerlo a las partes en conflicto. Cuando el contenido de dicho acuerdo se basa en la reparación del daño a la víctima, se habla de un control social de estilo compensatorio. Si, además, aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales, estaríamos ante un estilo conciliatorio.

El control social, como concepto sociológico, constituye, en sentido amplio, la regulación sociopolítica y, en sentido estricto, la definición y la respuesta al comportamiento desviado. Implica, en todo caso, el mantenimiento de la cohesión y la construcción de consensos dentro del orden social. Incluye el autocontrol y la socialización, siendo el control consensual más eficaz.

El control social es un término sociológico y criminológico que pertenece a la tradición intelectual norteamericana, frente al uso en Europa del término “Estado”. Desde la reflexión teórica abstracta del contrato social hasta el positivismo científico de la primera Sociología y Criminología, pasando por la Escuela de Chicago y otras teorías criminológicas, sociológicas, psicológicas y filosóficas, se ha buscado explicar la relación individuo-sociedad y legitimar el control social, concretamente, como reacción punitiva a la desviación. En dicha relación, primordialmente en el ámbito continental, tras la Revolución Francesa, se ha confundido la sociedad con el Estado.

Las teorías criminológicas y victimológicas más recientes se enfocan hacia la interacción social, incluyendo la perspectiva de la víctima – especialmente de los grupos minoritarios– y hacia las correspondencias entre los controles formales e informales. Las teorías específicas sobre la justicia restaurativa difieren entre sí pero, en general, proponen un control social, apoyado en la mediación, que repare a la víctima y reintegre al infractor en la sociedad, con la participación de la comunidad más cercana, rechazando la sola retribución y/o rehabilitación de aquél.

El control social formal o estatal, y el castigo producto del mismo, representan en la práctica la alternativa a lo que ocurre en la vida diaria. Se da una complementariedad y confusión entre lo formal e informal, tanto en sus agencias, como en sus destinatarios, campo de acción y legitimación. El control formal, a través del derecho penal, pretende evitar el control informal gravoso y, se configura a su vez, como *ultima ratio*, al resultar él mismo un mal impuesto por el Estado. Además, el derecho penal obtiene parcialmente su legitimidad de una visión positivista del derecho que lo distingue de la política. Pero las dudas respecto de su intervención y la cercanía en las relaciones personales fomentan el recurso a los controles informales, que se ven legitimados por su efectividad, trato directo y participación.

La mediación puede definirse, en principio, como un control social activo, incluyente, positivo y participativo, ya que son los protagonistas del conflicto los que toman las decisiones, ayudados por un mediador, incidiendo en la motivación, más que en la represión. Sin embargo, si no se procuran unas garantías para aminorar los desequilibrios, las partes más débiles –organizadas a través de asociaciones, etcétera–, rechazarán este proceso y se dirigirán al enjuiciamiento que pueda asegurarles sus derechos.

En la actualidad, se fomenta por las instituciones públicas un control social proactivo, incidiendo en la prevención y en la eficacia, lo que hace que se vea el delito como un fenómeno “accidental” a gestionar, especialmente con la nueva tecnología, olvidando su faceta humana y sus orígenes. Se procura, igualmente, un control comunitario, con la colaboración de las víctimas y de los ciudadanos, descentralizado y local, donde se difumina lo público y lo privado. No se puede concluir tajantemente que el Estado se esté retirando de determinados ámbitos sociales o, como proponen las tesis revisionistas, que su control opresivo se esté difuminando. Creo que la respuesta reside en observar, en cada proyecto de prevención y reacción a la delincuencia, si la comunidad es un fin en sí misma o tan sólo un medio.

Las teorías generales sobre el control social son interesantes como marcos explicativos que utilizan tipos ideales, pero las variables no operan universalmente de la misma forma, en todos los lugares, por lo que su generalización resulta limitada. De cualquier manera, sí se aprecia una relación curvilínea ya que, a medida que disminuyen los lazos informales, se pide una mayor intervención del Estado pero, al mismo tiempo, la confianza hacia el mismo decrece ante el aumento del individualismo que favorece el anonimato. Igualmente, las diferencias en la intervención de un tercero -juez, árbitro o mediador- dependen de su grado de actividad, imparcialidad, autoridad y/o poder.

II.

La mediación, como control social formal e informal, ha existido siempre, de forma simultánea y relacionada, sin suponer, necesariamente, una privatización.

Desde los años ochenta, se advierte bajo la influencia de diversos antropólogos y sociólogos la necesidad de un estudio de la Historia del

Derecho ampliada a una historia del control social, intentando corregir la falta de conciencia de la interrelación de los mecanismos oficiales y no oficiales de control -especialmente por parte de los historiadores y juristas inmersos en un paradigma estatal-. Distintas ciencias nos van mostrando que la sociedad funciona, de hecho, por mecanismos periféricos no controlados por el Estado. Dentro de esta historia del control social, tiene sentido el estudio de las formas de conciliación, reparación y arbitraje. Los pleitos en los tribunales representan sólo una pequeña fracción de las disputas y tensiones que se producen en la sociedad.

La supuesta evolución de la venganza de sangre, hacia la compensación voluntaria y obligatoria y, después, al castigo institucionalizado, resulta demasiado simplificadora. La venganza de sangre nunca fue un control social unilateral o privado, sino una reacción comunitaria ante un daño o una percepción de una injusticia. Los conflictos trascendentes para las comunidades siempre han revestido un carácter público. El término público se utiliza aquí como participación de diversas personas, no como poderes públicos, que tienen que ver con el nacimiento de los conceptos modernos de Estado y Derecho tras la Revolución Francesa.

La revisión histórica muestra la relatividad de las nociones de delito y pena. En el Mundo Antiguo, a medida que aumentaban la complejidad y la heterogeneidad de la población, se iban creando instituciones formales con poder para aplicar el derecho, primero consuetudinario y luego escrito, identificado con el mantenimiento del orden y relacionado con la religión. Ese mismo derecho, por ejemplo en Grecia y Roma, reconocía otras estrategias como el arbitraje. La Ley de las XII Tablas se refería al derecho del ciudadano y sólo en la época clásica se distinguió entre lo que se consideraba público y privado. Finalmente se diferenciarán, aunque no de modo elaborado, los *crimina* que acarreaban una sanción, al afectar a la cosa pública, y los *delicta*

que conllevaban obligaciones. De cualquier forma, durante los tres primeros siglos, el obispo constituyó para los cristianos un mediador y árbitro -como ocurría también con los líderes religiosos en otras comunidades-, lo que fue recogido, en el siglo VI, por el Breviario de Alarico.

Al comienzo de la Edad Media, el derecho germano enfatizó la responsabilidad colectiva, sustancialmente familiar, aunque existían límites impuestos por el rey, quien garantizaba la paz en determinadas circunstancias. Durante la época visigoda se promulgaron distintos textos jurídicos, donde se determinaba el procedimiento y el papel de los jueces. En el siglo VII, San Isidoro habló de la importancia del premio y del castigo en el funcionamiento social. Tras la invasión musulmana, en cuya cultura derecho y religión se confundieron, resultó importante en éste la reparación a la víctima. A lo largo de la Edad Media, se aprecia que el arbitraje y la mediación, más o menos institucionalizados, surgieron, en ocasiones, ante el deseo de evitar el enjuiciamiento, coexistiendo con él. Asimismo, hasta la época contemporánea, operaron toda una serie de jurisdicciones distintas, dependiendo generalmente de las personas implicadas. En la Alta Edad Media, los fueros en los reinos cristianos no remarcaron la distinción entre el derecho civil y penal, y muchos procesos terminaban con un acuerdo. Por otra parte, la declaración de enemistad, que conllevaba cierta publicidad, podía finalizar con una reconciliación, previo juramento de igualdad de las partes. Desde el siglo XI se empieza a entrever lo que sería una justicia pública, siendo el Fuero Juzgo en el siglo XIII, ya en la Baja Edad Media, el que establece un concepto público de pena, aunque subsisten los delitos privados y las compensaciones. Se configura, además, un proceso acusatorio escrito que conlleva la profesionalización de la justicia, con un importante papel del alcalde. El Fuero Real y las Partidas diferenciarán los pleitos criminales en razón de la pena. Este último texto recogerá el derecho común,

transformando poco a poco el proceso acusatorio en inquisitivo, lo que beneficiará al rey que se va constituyendo en legislador y juez, al definir y ejecutar el castigo, sin limitarse a moderar la enemistad. De cualquier forma, continuaron también el arbitraje y los compromisos, en lo que se ha llamado una *infrajusticia*, que ha quedado recogida en los protocolos notariales sobre transacciones privadas respecto de los delitos, con o sin árbitros.

En la época Moderna se enmarca el proceso de colonización jurídica de las llamadas Indias, dando lugar a un derecho indiano que frenó, de algún modo, el universalismo iusnaturalista. Dicho derecho fue producto de un mestizaje, perviviendo, además, un sistema consuetudinario indígena basado en la mediación de determinados casos.

El proceso criminal de oficio se enfatizó durante el absolutismo monárquico. Se fue consolidando el concepto del fiscal, al principio dedicado a funciones financieras y luego vinculado a los procesos relacionados con la cosa pública. Se produjo una separación entre legislador y juez, recopilándose el derecho escrito y distinguiéndose el civil del penal, en relación con el objeto o la persona afectada, no ya por la pena. Entre los siglos XV al XVIII, el número de pleitos penales varió en razón de las mentalidades, el acceso a la justicia, la promoción de los profesionales del derecho, el crecimiento demográfico, etcétera. Los abogados actuaron como árbitros y mediadores, como lo hizo también el clero secular y regular. En los propios tribunales tenía cabida –junto a las sentencias, arbitrajes y otras soluciones– el perdón del ofendido tras la condena, ya recogido en Las Partidas, sin olvidar la posibilidad de los indultos. En la época barroca se acentuó la confusión entre delito y pecado, lo que tuvo su reflejo en las penas.

Los principios de legalidad e igualdad formal, herederos de la Ilustración, irán unidos en la Edad Contemporánea a la centralización del control formal. El Estado liberal fomentará el constitucionalismo y la codificación penal y procesal, así como la reorganización de la administración de justicia, como expresión del racionalismo y la ruptura con la tradición y el pasado. Aunque el liberalismo se centró en los derechos del acusado, a finales del siglo XIX, se escucharon las reclamaciones de los criminólogos positivistas en torno a la reparación a la víctima por el infractor y la compensación estatal.

Cuando los autores actuales se refieren a la mediación en su sentido histórico, en mi opinión, no se trata tan sólo de que el Estado se apropiase del conflicto en un momento socio-político y económico determinado, sino que el Estado construyó el conflicto penal, tal y como se entiende hoy -en su propia definición-, objetivándolo dentro de un proceso formal con ciertas autoridades centrales. Posterior y paradójicamente, aunque la ficción del contrato social en el surgimiento del Estado es la base del Derecho penal, éste no admite el concepto de contrato o pacto, que sigue reservado a la relación entre iguales o ciudadanos con capacidad de comprender, negociar y ser fieles a la palabra dada. Esta relación queda regulada por el derecho civil. De esta manera, podría interpretarse que, una vez creado el Estado, éste recuerda a los ciudadanos que no son partes iguales respecto del mismo, lo que justifica una serie de garantías para el justiciable, aunque olvida a la víctima.

El racionalismo ilustrado ha guiado la cultura penal basada en los principios de legalidad y utilidad del castigo. Actualmente se promueve, aunque de forma minoritaria, la mediación y la reparación como un control social menos estigmatizante y efectivo que el enjuiciamiento y la prisión. La justicia racional y la prisión, como resultado de su aplicación en la

esfera penal, se vivieron como progresos humanos, en un determinado momento histórico. Hoy ambos son cuestionados y algunos ven en la mediación una “nueva” alternativa. Sin embargo, ésta tampoco es producto de una evolución lineal hacia el progreso. Deben negarse afirmaciones del tipo: “antes la civilización eran los tribunales, ahora lo son los espacios de mediación”. En esta investigación he tratado de averiguar qué hay detrás de cada modelo de justicia y qué implica acudir a la mediación o al enjuiciamiento en cada caso, dependiendo de las instancias, situaciones y relaciones personales. La mediación y el enjuiciamiento coexisten en el campo penal, junto con otras estrategias de control social. Cuando se opta por una de ellas, renunciando a otra, ello conlleva implicaciones concretas. El énfasis actual en la mediación, más o menos formal, es consecuencia de una crisis de la justicia estatal –que, por lo demás, siempre se ha dado–. Este malestar se ha evidenciado en el ámbito penal, primordialmente, a través de las reivindicaciones del movimiento en favor de las víctimas. Más allá de éstas, en las condiciones actuales, se quieran o no llamar posmodernas, se pide una repersonalización de la justicia y, también, que sea más eficaz. La cuestión es determinar en qué sentido la introducción de los proyectos de mediación está atendiendo dichas peticiones. Llegados aquí, creo que no existen respuestas generales. Es necesario analizar cada programa y el contexto en que se ubica.

En una época posmoderna, marcada por la globalización, en cuanto que las instituciones heredadas de la modernidad están siendo cuestionadas ante los problemas actuales, no cabe olvidar el gran logro que supuso el reconocimiento de la igualdad formal con el Estado liberal y de oportunidades con el Estado Social. Sin embargo, basta observar el perfil de las personas que mayoritariamente caen en las redes del control formal (incluyendo, en un sentido flexible, a las víctimas), para darnos cuenta de que las

desigualdades persisten, aunque ya no se reconocen formalmente, como ocurría en los primeros códigos sumerios y en los derechos posteriores. A la hora de fomentar la mediación reparadora, se han aludido características del contexto particular de la sociedad española que justifican que distintos sectores de opinión, y particularmente los profesionales relacionados con el sistema de justicia, afirmen que España es distinta, comparada con otros países. Existen un bajo índice de delitos y de sentimiento de inseguridad; un reducido número de infracciones graves, siendo el predominante el pequeño delito contra la propiedad; una mayor preocupación por problemas relacionados con el paro, el terrorismo, etcétera; y una permanencia de los lazos sociales tradicionales como la familia y los amigos, que proporcionan un sentimiento de comunidad, lo que se relaciona, a su vez, con un menor número de delitos; aunque, al mismo tiempo, se dice que “cada uno va a lo suyo”, con cierto individualismo. Complementariamente, siguiendo al Profesor Beristain, quizá una de las razones del retraso en la introducción de la mediación en España reside en el peso de lo religioso interpretado como represivo o vengador, lo que dificulta la llegada, en las puertas del siglo XXI, de una justicia creativa o transformadora, en lugar de aristotélica.

La palabra clave para la eficacia de la mediación parece ser la *solidaridad*, siendo el eje de la cuestión cómo construirla de manera que actúe automáticamente, dejando tan sólo un espacio residual a su activación institucional. La pregunta básica del control social (¿qué es lo que hace que una sociedad se mantenga unida?) se ha contestado, en ocasiones, con la visión del delito como peligro común. Ésta es la forma más fácil de producir homogeneidad. La solidaridad debe buscarse en otras bases.

III.

La mediación reparadora en el ámbito penal constituye una tendencia política criminal reciente, que se da también en otros campos jurídicos, respondiendo a valores diversos. Representa un control *público* porque interviene el Estado, en grado variable, no suponiendo una “reprivatización”. En los programas de mediación, el papel del Estado consiste en definir, en términos amplios, el marco de la mediación -sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales- y garantizar un proceso justo, evitando los abusos.

El encaje dogmático de estos proyectos presenta la novedad de tener en cuenta actos postdelictivos para la determinación de la pena -como en las excusas absolutorias o el arrepentimiento postdelictual-, y no únicamente los hechos y circunstancias del delito. La elaboración dogmática más detallada se encuentra en el Proyecto Alternativo sobre la Reparación, de 1992, redactado por profesores de Derecho penal de lengua alemana. En él se configura la reparación, incluyendo posibilidades de mediación, como sanción (tercera vía), como factor a considerar en la suspensión de la pena y la libertad condicional y como atenuante.

La justicia restaurativa se presenta como alternativa ante la crisis de legitimación de una justicia oficial basada en la retribución y/o rehabilitación. Se trata de crear un contexto que favorezca una justicia orientada a ambas partes con el fin de reparar el daño, como proceso de comunicación voluntario, donde el mediador debe otorgar importancia a los hechos, las relaciones y las emociones. Este estilo de control social ha de conservar una serie de garantías jurídicas y, finalmente, debe implicar el apoyo global de asociaciones, profesionales, instituciones, etcétera. Precisamente, en aquellos países en que se ha producido una mayor colaboración entre grupos de defensa de las víctimas y de los detenidos/internos, se dan expresiones de la superación de una falsa dicotomía: la de la absoluta separación de la categoría víctima y delincuente -a la que se suma la

incomunicación entre quienes han sufrido victimación y/o criminalización, y quienes no-. Debe discutirse, también en la esfera jurídica, cuál es el significado de ser infractor, víctima y qué es un delito; sólo si se contempla de forma relacionada y no excluyente, pueden asegurarse reformas en la dirección a las que apunta esta tesis. Los derechos humanos son interdependientes e interrelacionados, como reconoce el párrafo quinto de la Declaración de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, y recuerda también el art. 9.2 CE. De modo similar, esta idea se concreta en los textos que, para el uso y aplicación de la Declaración de 1985 de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de los Delitos y Abuso del Poder, están elaborando las Naciones Unidas.

Se afirma que una de las características del proceso penal moderno consiste en que al imputado se le trata como sujeto y no como objeto, lo cual podría hacerse extensivo a finales del siglo XX a la víctima (de forma interactiva). El delito se concibe como una acción que afecta al interés público, sin embargo, suele olvidarse que el castigo también supone un daño colectivo. Es preciso vincular el tipo de Estado con los principios del Derecho penal, como el de mínima intervención -y máxima colaboración con otras instancias-, así como el de fomento del diálogo, si existen condiciones básicas para el mismo. Cuando la función de la *pena* es proteger determinados bienes jurídicos, quizá lo contradictorio es que esto se pretenda meramente a través de la privación o restricción de bienes jurídicos del infractor. Para los partidarios de la justicia restaurativa, la mediación abarcaría dentro de esa protección una *reparación* concreta, con una base objetiva, sin perjuicio de considerar la satisfacción de la víctima. Dicha reparación pretende alejarse del concepto de pena y de indemnización civil.

El Derecho penal -incluyendo el procesal- repercute en la práctica de la mediación, al exigirle el respeto de sus principios y garantías (legalidad,

proporcionalidad, culpabilidad, tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a un juicio público, sin dilaciones indebidas, presunción de inocencia). A su vez, la mediación repercute en el Derecho penal al cuestionar sus fines (teorías absolutas, relativas y eclécticas) e involucrar a profesionales no juristas y a los mismos protagonistas, víctima e infractor, aunque esto no es algo totalmente nuevo. La mediación en el sistema penal difiere respecto de su funcionamiento en otros campos, a pesar de que cuente con mediadores de formación similar. La introducción de otros profesionales, con otros saberes, en el ámbito del Derecho lo modifica, quizá atenuando el énfasis en las garantías jurídicas, pero el Derecho terminará afectando también al ejercicio del saber de esos profesionales no juristas. La desjudicialización no es tan radical o plena como puede aparecer a primera vista. El Derecho penal debe seguir cumpliendo su función de minimizar la violencia estatal e informal, proporcionando una serie de garantías formalizadas. Ello implica una evolución, una apertura y una colaboración con otras disciplinas y, en la práctica, una conexión entre distintas agencias de control. La formalización propia del derecho debe ser producto de una racionalidad cálida, de un reconocimiento de las necesidades y limitaciones humanas.

Algunos autores, fundamentalmente penalistas, se preguntan si la mediación tiene, o puede tener, una naturaleza jurídica (penal). Desde mi perspectiva socio-jurídica, la pregunta tiene una formulación errónea. He tratado de observar la mediación como una forma trilateral de control social, y no propiamente, o no sólo, como una institución o figura jurídica creada por el Derecho -que como construcción racional podrá otorgarle una u otra naturaleza-. En mi opinión, la naturaleza jurídico-penal no es algo ontológico, como demuestra la revisión histórica. Si pasamos a un lenguaje de la ética, podríamos aludir a la teoría de las necesidades humanas del

historiador canadiense Ignatieff (1985), centrada en lo que los seres necesitan en cada momento histórico para ser humanos -para realizar todas sus potencialidades- y que no se les garantiza como derechos (así la dignidad, la fraternidad, el amor, la pertenencia o el respeto). Quizá, por el momento, los valores de la mediación -primordialmente la solidaridad- responden a esas necesidades humanas, más allá de la justicia clásica, ya que, como insiste otro historiador, sólo con los ojos abiertos puede percibirse que los seres humanos necesitan ser reconocidos como personas. La justicia ciega es incapaz de advertir lo que siente la gente cuando se le trata de forma fría e impersonal, por más justa o eficiente que sea (Zeldin 1996, 459). Antes que penas, sanciones o medidas alternativas, necesitamos valores alternativos. En todo caso, la creación de los valores, adecuados para la comunicación necesaria, base de las mediaciones reparadoras, no es función del derecho penal, pero sí puede pretenderse cambiar el Derecho y la sociedad en este sentido. Asumo así un punto de vista sincrónico y pragmático. Deben afrontarse las críticas a la ausencia de una cultura de la mediación que imposibilita el mantenimiento de sus principios éticos. Asimismo, si la mediación se convierte en mera gestión, fracasa al no alterar la justicia tradicional.

Considero paradigmático el proyecto de la mediación para la reparación en Lovaina, ya que enlaza con la idea de los antecedentes históricos y del pluralismo jurídico en el sentido de enfatizar la experiencia común de construcción de justicia, para un caso concreto, en el que están implicadas ambas partes y la comunidad. En el ámbito de la mediación social en Francia, algunos autores han hablado de la formación de un cuasi-derecho, de un derecho vivo. El funcionamiento del proyecto de Lovaina se expresa en la fórmula esquemática “saber, querer y poder”. Complementariamente al saber, el querer se refiere a la adaptación voluntaria e interesada de los profesionales a otras actuaciones y a su integración en el trabajo cotidiano. El poder alude

a la provisión de recursos, sin que sea una mera política simbólica. Y ello porque el objetivo teórico común de todos estos proyectos es significativo: disminuir la estigmatización y victimación mediante una justicia reparadora que involucre a ambas partes en un proceso voluntario de comunicación de emociones y hechos, creador de nuevas relaciones y actitudes ante el conflicto, conjugando la imaginación con el respeto de los derechos. Sin embargo, si no se quiere caer en una visión angélica, también debe estudiarse el poder como concepto fundamental de las ciencias sociales. Precisamente, el derecho trata de legitimar el poder, y el derecho relativo a la mediación no constituye una excepción.

De la diversidad de los proyectos de mediación para la reparación existentes en derecho comparado se deducen tres cuestiones esenciales: su marginalidad, aplicándose para casos menores y delincuentes jóvenes; las dificultades para su financiación; así como la satisfacción de las partes implicadas, requiriéndose previamente su voluntariedad. Se demandan, sin embargo, evaluaciones externas más completas y una mejor formación para los mediadores, muchos de los cuales son voluntarios. La reparación se entiende, en la mayoría de los programas, en un sentido amplio, enfatizándose en muchos de ellos el proceso de mediación, más que el resultado o la reparación.

En nuestro país existen básicamente dos modelos de experiencia en lo que sería la justicia restaurativa. El primero es el de la justicia de menores, actualmente en proceso de reforma. La Ley 4/1992 posibilita, de manera imprecisa, la reparación como condición para el archivo de un caso, para la suspensión del fallo, o bien dentro de lo que sería una medida de trabajo en beneficio de la comunidad. Sólo el programa catalán parece estar promoviendo la mediación, otorgando importancia a la formación e independencia de los mediadores, sin perjuicio de que algunas personas estimen que se da una ampliación de la red del control social. El segundo modelo es el de la justicia

penal relativa a los adultos. Dentro del mismo se debe considerar el proyecto de Valencia, inspirado en el de Lovaina, que trata principalmente de delitos privados –con posibilidad de perdonar o no continuar la acusación por parte de la víctima–, pero también faltas y delitos semipúblicos y públicos, permitiendo, según los casos, que el fiscal no ejerza la acusación o se pida la pena mínima. Además, en lo que se refiere a los juicios de faltas es preciso considerar también la actividad de los jueces de paz, en relación con el proyecto de una justicia municipal, que se relaciona con la mediación social en el ámbito de la prevención.

Téngase en cuenta que, si la mediación sólo se limita a las faltas en juzgados de paz y de instrucción, aunque pueda fomentar el diálogo social, no producirá una reducción de la población en prisión, ya que el art. 13.3 CP define las faltas como infracciones que la ley castiga con pena leve (privación del derecho a conducir de tres meses a un año, a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, multa de cinco días a dos meses, arresto de uno a seis fines de semana y trabajos en beneficio de la comunidad de 16 a 96 horas, art. 33.4 -aunque estos últimos no se imponen en ninguna de las faltas recogidas en el Libro III-). Si el objetivo es reducir el recurso a la prisión, la apuesta ha de ser mucho más ambiciosa.

Los penalistas y criminólogos que desean promover la mediación reparadora en nuestro país subrayan las limitaciones legales -junto con otras de carácter social y estructural-. Aunque en el NCP la víctima condiciona, para determinados delitos, la impunidad, la agravación o atenuación de la pena (especialmente el art. 21. 5ª), el contenido de la pena accesoria o una medida de seguridad y la posibilidad de perseguir el delito, lo cierto es que no se reconoce expresamente la mediación reparadora. Sólo se habla de reparación identificándose principalmente con la responsabilidad civil, cuya satisfacción, además, condiciona la suspensión de la ejecución de la pena,

aunque no lo hace respecto de la libertad condicional -sin perjuicio de futuras reformas del procedimiento en el ámbito penitenciario-. El concepto de responsabilidad civil descubre la artificialidad de la distinción entre el derecho civil y penal, descansando aquél en la idea del daño. Adicionalmente, la compensación estatal presenta límites respecto de delitos particularmente serios –percepción que puede variar enormemente según las circunstancias–, definidos por la Ley 35/1995 y su RD 738/1997, relativos a las víctimas de delitos violentos y sexuales, y por el RD 1211/1997, de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo.

En el campo de las penas y medidas, cabría destacar el olvido de la relación entre la mediación y el trabajo al servicio de la comunidad. En la parte especial, se comprueba una grave discriminación cuando sólo se permite en determinados casos la disminución de la pena -por ejemplo, para delitos que afectan a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente-, o su exención (excusa absolutoria) -así en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social-.

Diversos penalistas y criminólogos se han pronunciado en favor de potenciar la reparación y, de manera más minoritaria, la mediación reparadora, realizando unas propuestas *de lege ferenda* que afectan a:

-la despenalización, fomentando la vía civil, administrativa y la mediación comunitaria o social, siempre salvaguardando las garantías individuales.

-la introducción del principio de oportunidad que permita el archivo de los casos leves.

-la posibilidad de que la reparación se tenga en cuenta como atenuante, suprimiendo o ampliando los límites del actual art. 21. 5ª.

-la configuración de la reparación como condición o regla de conducta para la suspensión de la ejecución, la libertad condicional y la clasificación penitenciaria.

-su recepción en el contenido de diversas medidas de tratamiento.

-la determinación específica como exención de pena para todos los delitos en general, con ciertos límites, o para tipos concretos, primordialmente relativos a daños patrimoniales.

-su institucionalización como sanción positiva autónoma o, en su caso, pena sustitutiva de la prisión, con limitaciones respecto de la gravedad de los delitos y la reincidencia.

Estas propuestas conciben la reparación en un sentido amplio e incluyen la articulación de fondos públicos a los que poder recurrir, permitiendo pagos aplazados.

IV.

El recurso a la mediación varía en conexión con la cultura jurídica, demostrándose su persistencia mayoritaria, aún hoy en día, en determinados ámbitos y lugares, dentro de lo que se entiende como pluralismo jurídico, en su manifestación procesal.

Los términos pluralismo y cultura jurídicas se han utilizado como instrumentos metodológicos. El pluralismo consiste en la coexistencia de distintos sistemas normativos en un ámbito social. La cultura jurídica define los intereses y valores en conflicto y condiciona las percepciones sobre el procedimiento a seguir y sus resultados.

Se han distinguido tres formas de justicia (la indígena, la gitana y la popular), fuera de la estatal, que utilizan la mediación para tratar comportamientos que caerían, de otra forma, en la red del control penal. La justicia indígena es reconocida por el Estado, en la mayor parte de los casos,

incluso en la esfera constitucional y, en todo caso, en la internacional (Borrador de *Handbook* de Asistencia a la Víctima, de las Naciones Unidas, borradores de la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, revisando la Convención 107). Este reconocimiento se desarrolla con las demandas de autonomía política. El derecho indígena de determinados pueblos y grupos, de Norteamérica, Latinoamérica, África, Oriente Medio, Asia y el Pacífico, es una manifestación contemporánea de la cultura jurídica que utiliza la mediación en ocasiones concretas. Estos pueblos se plantean en la actualidad su posible codificación. Su ejemplo, en todo caso, debe estimular más a la reflexión, que a la mera adaptación.

La justicia gitana en España, como la de otras minorías étnicas, muestra un derecho que ha obtenido parte de su identidad en la interrelación con el Estado, sin la cual sería diferente. Se trata de una justicia ignorada por la estatal, pero que funciona de forma efectiva cotidianamente, utilizando estrategias mediadoras e imponiendo sanciones que recalcan la reprobación comunitaria, sin perjuicio de su dureza. Finalmente, existe lo que puede denominarse una justicia sumergida, es decir, actividades de mediación por parte de diferentes personas, incluyendo los propios operadores jurídicos. Se da especialmente en familias, pueblos pequeños y grupos de labores comunes. Dentro de ella, algunos autores enmarcan la llamada justicia popular –aunque a veces se reconoce por el Estado–, subrayando la importancia de la descentralización y la desprofesionalización.

En definitiva, las formas de control social dependen de las dinámicas sociales de cada situación histórica y territorial; son producto de la cultura jurídica. Fuera del marco del sistema jurídico occidental, aún perviven otras formas de justicia que se acercan en grado diverso al concepto ideal de justicia restaurativa, el cual se relaciona con los de justicia

popular e informal y el protagonismo de diversas minorías. Ello supone un reto para la invención y el énfasis en nuevas formas de socialización o sociabilidad, quizá bajo un concepto de “intercultural jurídica”. En ella existen posibilidades de fomentar la figura del mediador intercultural y, en general, social, como institución de prevención de los conflictos penales.

Desde el abolicionismo se afirma -de forma demasiado simplificada- que la formalización penal del conflicto no hace sino agravar y crear problemas. Desde una postura funcionalista, sin embargo, la formalización del control penal resulta necesaria, cumpliendo entre otros fines el de orientar a los implicados ante una situación difícil, separando al infractor de la víctima, dándoles pautas de comportamiento, protegiendo al más débil dentro de un marco formalmente igual para todos, y ofreciendo posibilidades de solución definitiva, al frenar cadenas de venganza. No obstante, ello no significa que estas funciones no puedan ser cumplidas por otras agencias de control, tal y como muestra la vida real.

El concepto de derecho varía culturalmente. El énfasis en la mediación en nuestras sociedades actuales supone un cambio de la visión del derecho como sistema de normas, al derecho como procesos de resolución de conflictos. Las condiciones posmodernas promueven, no sólo una interjuridicidad, sino más concretamente una pluralidad de foros de justicia –que siempre han existido, oficialmente y a la sombra del derecho–, independientemente de que la adjudicación moderna, heredera de la razón ilustrada universal, siga ocupando el espacio del derecho positivo. Al mismo tiempo, el propio sistema adjudicativo está permitiendo, de forma limitada, la entrada de justicias subjetivas, dos términos –justicia y subjetividad– que pueden aparecer como una contradicción.

Una de las múltiples formas de hacer justicia consiste en la aplicación del derecho mediante el enjuiciamiento. Aquí se resalta la

ambigüedad y ambivalencia del derecho como opresión y liberación. Previa categorías jurídicas –creadas por un proceso democrático– contextualizan el conflicto y cumplen una labor de garantía (seguridad jurídica, igualdad formal, intervención mínima, presunción de inocencia, etcétera). En todo caso, este derecho no aspira a la reconciliación -y añadiría que ni siquiera a la *resolución* del conflicto-, sus pretensiones son –tanto teórica y aún más prácticamente–, por regla general, mucho más modestas. Otras formas de hacer justicia incluyen procedimientos no estatales u oficiales que aplican técnicas de mediación, caracterizadas por la plasticidad, donde las subjetividades recomponen *su* sentido del conflicto, donde reconstruyen *su* realidad, buscando una verdad jurídica, distinta de la que se busca en el proceso penal. En el seno de un procedimiento judicial clásico, no se es dueño del conflicto –en el sentido de que se deja en las manos de una autoridad con poder–, sino que se es titular de derechos, pidiendo a los tribunales que éstos sean reconocidos. En un proceso de mediación, lo que se posee teóricamente es el conflicto y la posibilidad de llegar a un acuerdo. Sin embargo, las diferencias no son tan drásticas y, en ocasiones, el derecho estatal da entrada a procesos de mediación, creándose formas de engarce o complementariedad, por ejemplo, en la ejecución de los acuerdos mediados.

La relación entre la justicia indígena, popular y de otras minorías étnicas, se encuentra en la promoción de un control social descentralizado, local y plural. Se apoya en un concepto antiguo como es el de *comunidad*, en su sentido tradicional de interdependencia, pero también en el de *ciudadanía*, en el sentido de la República romana y de los primeros colonizadores norteamericanos, es decir, como participación y respeto de los derechos individuales. Esa participación no puede ser excluyente respecto de las mujeres, los ancianos, los jóvenes, las personas de escasos recursos, los extranjeros, las personas con incapacidades... En definitiva, es urgente un

concepto incluyente de ciudadanía que comprenda un principio de igualdad verdaderamente garantista para las minorías.

V.

Cuando se analizan los aspectos individuales, se observan contradicciones en lo relativo a la interacción y complementariedad entre los distintos controles sociales. He presentado experiencias de lo que denomino mediaciones educativa, espontánea, capacitadora o social y tradicional. En la mediación educativa los profesionales técnicos no juristas, en interés del menor y con desconocimiento inicial del de la víctima, fomentan una cultura de la responsabilidad. En la mediación espontánea, el juez de paz, no profesional, considera inadecuada la vía judicial para determinados casos de deterioro de la convivencia e intenta promover una cultura de pacificación de los conflictos interpersonales. En la mediación capacitadora, los profesionales técnicos no juristas practican, de forma original, experimentos de comunicación social, fomentando una cultura del diálogo. Finalmente, en la mediación tradicional, los *hombres de respeto* se interesan por aplicar la ley gitana inspirada en el consenso, ayudando al mantenimiento de una cultura de la solidaridad comunitaria. El formalismo se relaciona con la creación y aplicación de normas primarias y secundarias, sean escritas o no, y con la posibilidad de coerción. En este sentido, la justicia gitana es más formal -aunque no oficial o estatal- que el resto de los ejemplos presentados.

En esta tipología de mediaciones, el papel de los individuos, primordialmente el de los mediadores o quienes actúan como tales, es fundamental para iniciar y llevar a buen puerto estos procesos. En la mediación tradicional, por el contrario, el carácter colectivo de las decisiones resulta más acentuado. Una gran parte de los conflictos que llegan a los distintos foros de justicia puestos como ejemplo son disputas entre personas conocidas que van enquistándose, de ahí la pertinencia de instancias de mediación en distintos niveles, incluyendo el penal.

Los supuestos estudiados respecto de la justicia de menores, de paz y los servicios de asistencia a las víctimas muestran que, para que la mediación se realice correctamente como proceso de comunicación enriquecedora, es necesario que se creen centros de mediación independientes, a los que pueda acudirse previa articulación de un verdadero derecho de opción por uno u otro foro de justicia. De cualquier forma, las actividades de mediación en los juzgados de paz y en dichos servicios son un ejemplo importante de lo que puede hacerse dentro de la legalidad actual.

El derecho de la mediación, que yo entiendo posible, no establecería límites excesivos que frenaran las potencialidades de un proceso que, en sí mismo, no es ni bueno ni malo, pero que podría constituir -junto con otras- una estrategia de control social más incluyente. La concepción misma de esta tesis como mosaico enlaza bien con las propuestas que sugiere, es decir, los procedimientos de mediación que se promuevan deben hacerse junto con otros de prevención del delito, acompañados de políticas socio-económicas coherentes y democráticas. Una vez salvados los aspectos estructurales, pero en relación con ellos, su aplicación dependerá de la voluntad de los protagonistas -en sentido amplio-, de la motivación del mediador y, en definitiva, de la posibilidad de articular un proceso de mediación reparadora, adaptativo y garantista, características extensibles a la fase de cumplimiento del acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aaronson, D. E., B. H. Hoff, P. Jaszi, N. N. Kittrie y D. Saari. 1977. *The New Justice: Alternatives for Conventional Adjudication*. Washington, CD: Department of Justice.
- Abad González, Luisa. 1995. La cooperación a debate. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.
- Abel, C. F. y F. H. Marsh. 1984. *Punishment and Restitution*. Westport: Greenwood Press.
- Abel, Richard L. 1974. A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society. *Law and Society Review* 8, 2.
- 1982. *The Politics of Informal Justice*, 2 vols. Nueva York: Academic Press.
- 1985. Informal Alternatives to Courts as a Mode of Legalizing Conflict. En *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*, editado por Antony Allott y Gordon R. Woodman. Dordrecht: Foris.
- , ed. 1995. *The Law & Society Reader*. Nueva York: Nueva York University Press.
- Abramson, Jeffrey. 1996. *Post-Mortem: The O.J. Simpson Case*. Nueva York: Basic Books.
- Achter, Viktor. 1951. *Geburt der Strafe*. Frankfurt del Main: Vittorio Klostermann.
- Acosta Estevez, José B. 1995. *Tutela procesal de los consumidores*. Bosch: Barcelona.
- Adán Revilla, Teresa. 1996. *Ultras y skinheads. La juventud visible. Imágenes, estilos y conflictos de las subculturas juveniles en España*. Oviedo: Ediciones Nobel.
- Adler, Freda. 1983. *Nations Not Obsessed with Crime*. Colorado: Rothman.
- Adler, Michael y Brian Longhurst. 1994. *Discourse, Power and Justice. Towards a New Sociology of Imprisonment*. Londres: Routledge.
- Adler, Peter S. 1993. The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement. En *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, editado por S. E. Merry y N. Milner. Ann Arbor: University of Michigan.
- Adler, Peter, Karen Lovaas y Neal Milner. 1988. The Ideologies of Mediation: The Movement's Own Story. *Law and Policy* 10, 4: 317-39.
- Adorno, Theodor W. y Max Horkheimer. 1979. *Sociologica*, 3.^a ed. Madrid: Taurus.

Ados Jarri. 1997. Programa de las Primeras Jornadas Vascas de Resolución Alternativa de Conflictos. Bilbao, 28 de febrero y 1 de marzo de 1997.

Aertsen, Ivo y Daniel Martin. 1996. *Vade-Mecum. Assistance policière aux victimes*. Bruselas: Politeia.

Aguilar Cuevas, Magdalena. 1992. *La defensa de los derechos humanos en las comunidades indígenas*. En *Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y Derechos étnicos en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Aguilar y Correa, Antonio. 1868a. Necesidad y urgencia de mejorar el sistema carcelario y penitenciario de España. Discurso leído en el acto de su recepción. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

— 1868b. Apuntes sobre el establecimiento de una casa correccional de jóvenes en el Madrid de 1861. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Aguilera Barchet, Bruno. 1996. *Introducción a la Historia del Derecho*. Madrid: Civitas.

Aguinaga, A. de. 1993. Los derechos de las víctimas. En *Los reverses del Derecho*, editado por G. Martínez-Fresneda. Barcelona: Tusquets.

Aguinaga Roustán, J. y D. Comas Aranau. 1988. Estereotipos sociales ante la victimación, el delito y el delincuente juvenil. *Menores* 11-2: 17-40.

Aguirre Prado, Luis. 1958. Labor de restitución. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 136: 732-7.

Ajuntament de Barcelona. 1996. Documentació sobre la justícia municipal de pau, 2 t. Barcelona.

Alabart, R., J. Aragay y J. Sabaté. 1991. Encuestas de victimización y políticas locales de prevención de la delincuencia. En *Seminario Internacional. Instrumentos y metodología para el conocimiento del fenómeno delincencial. Urban Crime: Statistical Approaches and Analysis. Ponencias y conclusiones*, coordinado por O. Nel-lo. Barcelona: Institut d'Estudis Metropolitans de Barcelona.

Alamillo Sanz, Fernando J. 1996. *La administración de justicia en los clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, abogados, ladrones, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*. Civitas: Madrid.

Albarán Olivera, Antonio Jorge. 1995. Los derechos de la víctima. *Anuario de Psicología Jurídica*: 125-35.

Albarrán, J. 1992. Ubicación de los equipos técnicos de información y asesoramiento

en los procedimientos de los juzgados de menores. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 9-16.

Albi Parra, Almudena. 1997. *Tu cuerpo es tuyo*. Madrid: Aguilar.

Albrecht, Peter-Alexis. 1990. *El Derecho penal de menores*. Barcelona: PPU.

— 1994. Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz. Zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich. En *Festschrift für H. Schüler Springorum zum 65. Geburtstag*, editado por P. A. Albrecht y otros. Colonia: Carl Heymanns.

Albrecht, P.-A. y O. Backers, eds. 1989. *Crime Prevention and Intervention. Legal and Ethical Problems*. Berlín: Walter de Gruyter.

Alcácer Guirao, Rafael. 1995. La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48: 887-910.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. 1928. *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo*. Madrid: Seminario de Derecho penal.

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. 1996. Norma jurídica. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

Alder, Christine. 1995. Feminist Criminology in Australia. En *International Feminist Perspectives in Criminology. Engendering a Discipline*, editado por Nicole Hahn Rafter y Frances Heidensohn. Buckingham: Open University Press.

Alegría de la Colina, Margarita, Carlos Gómez Carro, Elsa Muñoz García, Graciela Sánchez Guevara y Tomás Bernal Alanís, coords. 1995. *Nuevas ideas; viejas creencias: La cultura mexicana hacia el siglo XXI*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Alexiadis, Stergios. 1992. Victim Offender Reconciliation Schemes in the Greek Justice System. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.

Allard, Albéric. [1868] 1970. *Histoire de la justice criminelle au XVIIe siècle*. Darmstadt: Scientia.

Allen, Francis A. 1981. *The Decline of the Rehabilitative Ideal*. New Haven, CT: Yale University Press.

Allen, J. 1988. The "Masculinity" of Criminality and Criminology: Interrogating Some Impasses. En *Understanding Crime and Criminal Justice*, editado por M. Findlay y R. Hogg. Sydney: Law Book.

Allott, A. N. 1995. Methods of Legal Research into Customary Law. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Allport, F. 1934. The J-Curve-Hypothesis of Conforming Behavior. *Journal of Social Psychology* 5.

Almagro Nosete, José. 1991. Tema 1: Justificación del proceso penal. Los sistemas procesales penales. En *Derecho procesal. Tomo II. Proceso penal, 3.ª edición revisada y actualizada*, de Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena, José Almagro Nosete y Valentín Cortés Domínguez. Valencia: Tirant lo Blanch.

Almazán, Ismael. 1990. El recurso a la fuerza. Formas de violencia en el Vallés Occidental durante el siglo XVI. *Historia Social* 6: 89-103.

Alonso, Jorge Félix. 1996. Los gitanos, hoy y mañana. *Nevipens Romani*, 16-30 de abril, p. 8.

Alonso Pacheco, Joaquín. 1954. El pensamiento penológico de Lardizábal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 107: 64-71.

Alonso Pérez, Francisco. 1994. *Seguridad ciudadana. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana*. Madrid: Marcial Pons.

Alonso Quecuty, María Luisa. 1994. Psicología forense experimental: testigos y testimonio. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. I, dirigido por Santiago Delgado Bueno. Madrid: Colex.

Alonso Romero, María Paz. 1982. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Alonso Santos, Javier. Actualidad de la mediación laboral en España. En *Mediación: una alternativa extrajurídica*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.

Althoff, Martina y Monika Leppelt. 1995. *"Kriminalität" -Eine diskursive Praxis. Foucaults Anstösse für eine kritische Kriminologie*. Münster: Lit.

Alum, Rolando A. 1985. Cultural Ideology and Empirical Reality: Case Studies in Contemporary Law Management. En *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*, editado por Antony Allott y Gordon R. Woodman. Dordrecht: Foris.

Álvarez Alonso, Clara. 1990. Tendencias en la investigación del Derecho penal histórico. Los casos de Gran Bretaña, Francia e Italia como excusa. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

Álvarez de Linera, Antonio. 1948. Antigüedades criminológicas. - Los indultos.

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios 45: 31-2.

Álvarez García, F. Javier. 1997. Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21. 5.^a Código penal). *Cuadernos de Política Criminal* 61: 241-78.

Álvarez González, Norberto. 1996. *La tendencia a sufrir el castigo: una contribución a la teoría de la culpa*. Universidad de Alcalá.

Álvarez Sobredo, Manuel. 1996. Prevención situacional y análisis de seguridad en espacios públicos. *Ciencia policial* 38: 113-24.

Álvarez Uría. 1983. *Miserables y locos: medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*. Barcelona: Tusquets.

Álvaro, J. M. 1981. *El Estado policial y la democracia. (La técnica del control político)*. Donostia: Hordago.

Alvazzi del Frate, Anna y A. Patrignani. 1995. *Women's Victimization in Developing Countries*. Roma: Unicri.

Alvira Martín, F. 1974. La conducta desviada en España: un enfoque sociológico. Madrid. Tesis doctoral.

— 1984. El efecto disuasor de la pena. *Estudios penales y criminológicos* VII: 9-25

Amadís. 1996. Un mediador procura evitar el absentismo escolar en Lérida. *Nevipens Romani*, 1-15 abril, p. 7.

Amelunxen, Claus. 1970. *Das Opfer der Straftat: ein Beitrag zur Viktimologie*. Hamburgo: Kriminalistik.

Amir. 1971. *Patterns of Forcible Rape*. Chicago: University of Chicago Press.

Amnistía Internacional, ed. 1995. *La pena de muerte y su abolición en España*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

Amodio, E., P. V. Bondonio, U. Carnevali, G. Galli, V. Grevi, M. Pisani y L. Rubini. 1975. *Vittime del delitto e solidarietà sociale. Una proposta di politica legislativa*. Varese: Giuffrè.

Anaya, J. 1996. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford.

Ancel, Marc. 1985. *La défense sociale*. París: Presses Universitaires de France.

Andenaes, J. 1968. Does Punishment Deter Crime? *The Criminal Law Quarterly* 11, 1: 76-93.

André-Vincent, I. 1975. *Derecho de los indios y desarrollo en Hispanoamérica*.

Madrid: Cultura Hispánica.

Andrés Domínguez, Ana Cristina. 1996. El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas. Valladolid. Tesis doctoral.

Andrés Ibáñez, Prefecto. 1986. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. En *Psicología social y sistema penal*, dirigido por F. Jiménez Burillo y M. Clemente. Madrid: Alianza.

— 1991. Viaje a la prehistoria de las garantías: la “modernidad” de la Ley Corcuera. *Jueces para la Democracia. Información y debate* 13: 3-12.

Ángel Yagüez, Ricardo de. 1993. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.^a ed. Madrid: Civitas.

Anghie, Antony. 1996. Fracisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law. *Social & Legal Studies* 5, 3: 321-36.

Aniyar de Castro, Lola. 1969. *Victimología*. Maracaibo: Universidad del Zulia.

— 1981. *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología como liberación*. Maracaibo: Instituto de Criminología.

— 1983. La búsqueda de legitimación: justicia participativa y derecho a castigar. *Anales Internacionales de Criminología* 21, 2: 201-18.

— 1991. Notas para la discusión de un control social alternativo. En *Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

— 1995. Criminología y poder (aventuras y desventuras de un criminólogo crítico en el ejercicio del control social). *Capítulo criminológico 23-2*: 1-14.

Anner, John. 1995. Crime and Safety: Community Voices in the National Debate. *Social Policy*, verano: 22-6.

Anta Félez, José Luis. 1994. *Donde la pobreza es marginación. Un análisis entre gitanos*. Barcelona: Humanidades.

Antolini, Paola. 1989. *Los agotes. Historia de una exclusión*. Madrid: Istmo.

Antón López, Julio de, Fabriciano Jiménez Cubero, Antonio Mesas Trives, Félix Pantoja García, Julián Carlos Ríos Martín y M.^a Jesús Coronado Buitrago. 1995. *Niños y jóvenes criminales. Prevención. Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho correccional de menores. Medidas y ejecución*. Granada: Comares.

Antón Oneca, José. 1964. Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración. *Revista de Estudios Penitenciarios* 166: 415-28.

— 1967. Estudio preliminar: El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal. *Revista de Estudios Penitenciarios* 174: 595-626.

— 1986. *Derecho penal*, 2.^a ed. anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Madrid: Akal.

Anyah, Morris. 1993. Community Policing. An Outsider's Perspective on Community Policing. *CJ The Americas* 6, 4: 3-7.

Aparicio, Miguel A. 1995. *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Ministerio de Justicia: Madrid.

Aponte, Elida. 1996. La ética del derecho o el derecho de la mujer. *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política* 3, 1: 11-29.

Aragón Ruiz, Julio. 1990. Orígenes y desarrollo de la institución policial. *Policía* 11: 4-19.

Aramburu, Luisa María de. 1953. La funcionaria de prisiones, bibliotecaria. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 94: 76-8.

Aranguren, José Luis L. 1986. La historia de la universalización de los derechos humanos. En *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, dirigido por Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta. Bilbao: UPV-EHU.

— 1996. Cuestiones fundamentales desde la ética. *Eguzkilore* 9: 243-57.

Ararteko. 1996. *Situación de las cárceles en el País Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

Araujo Junior, João Marcello de. 1993. La influência do pensamento humanista de Eugênio Raúl Zaffaroni na Ciência penal da America Latina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3: 303-8.

Arbeitsgruppe "Strafrechliche Rechtstatsachenforschung". 1995. *Opfererfahrungen, Kriminalitätsfurcht und Vorstellungen zur Prävention von Kriminalität. Ergebnisse der Bevölkerungsbefragung in den Gemeinden Ravensburg/Weingarten im Rahmen des Begleitforschungsprojekts "Kommunale Kriminalprävention"*. Constanza: Arbeitsgruppe.

Arce Lana, Manuel. 1990. La elección de los jueces de paz en la LOPJ: ¿un recorte a la independencia judicial y a la separación de poderes constitucionalmente consagrada? En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Ardévol, Elisenda. 1986a. Antropología urbana de los gitanos en Granada. Barcelona: UAB. Tesis doctoral.

— 1986b. Vigencias y cambios en la cultura de los gitanos. En *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, compilado por Teresa San Román. Madrid: Alianza.

— 1995. Aprender a aprender: video etnográfico en los procesos penales. Metálogo instrumental sobre la grabación de vistas orales en un proyecto integrado de

investigación y docencia. Comunicación presentada en el *Workshop* "Jóvenes Sociólogos del Derecho", julio, Oñati, IISJ.

Arechederra Aranzadi, Juan José y Francisco Arias Horcajadas. 1992. Conductas delictivas y psicopatología en el ciclo biológico de la mujer. *Cuadernos de Política Criminal* 46: 5-30.

Arenal de García Carrasco, Concepción. [1869]. 1993. *La mujer del porvenir*. Madrid: Castalia.

— 1877. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

— 1901. La pena depravadora y el derecho a penar. *En Obras completas*, t. XXII, vol. 5. Madrid: Librería V. Suárez.

Arenas Morales, Francisco. 1996. Videovigilancia. *Ciencia policial* 38: 81-112.

Aristizábal Arbeláez, Luis Hernando. 1993. *Anotaciones sobre el derecho indiano*. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Armengol y Cornet, Flandin, Poet, Pascaud, Prins, Slosberg y Zucker. 1896. *V Congrès Pénitentiare International (Paris 1895). Rapports de la Première Section*. París: Ministère de l'Intérieur.

Armenta Deu, Teresa. 1991. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*. Barcelona: PPU.

— 1995. *Principio acusatorio y Derecho penal*. Barcelona: Bosch.

— 1997. El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Ciencias penales* 13: 19-35

Armstrong, Robert G. 1982. La asamblea pública como medio de participación en las actividades sociales y políticas de África. En *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*, de Robert G. Armstrong y otros. Barcelona: Serbal.

Armstrong, Robert G., Kifle Selassie Beseat, Bi W. M. Karanja-Diejomaoh, I. K. Katoke, D. K. Ndagala y Bakomba Katik Diong. 1982. *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*. Barcelona: Serbal.

Arnaldo Alcubilla, E., C. Conde-Pumpido, M. Gutiérrez Carbonell, G. López-Muñoz y Larraz y otros. 1996. *Manual del Jurado*. Madrid: Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

Arnaud, A. J. 1995. Some Challenges to Law through Post-Modern Thought. Conferencia pronunciada en "Challenges at the End of the XXth Century -17th IVR Conference", Bolonia.

- Arnaud, A.-J. y M.^a José Fariñas Dulce. 1996. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Arnold, R. 1995. Crime and Insurance: A Functional Approach. *European Journal of Criminal Policy and Research* 3, 2: 20-9.
- Arnot, David. 1994. The Value of Aboriginal Sentencing Circles. En *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, editado por R. Gosse, J. Henderson y R. Carter. Saskatoon: Purich.
- Arrigo, Bruce. 1997. Review of Constitutive Criminology and Explorations in Law and Society. *Theoretical Criminology* 1, 3: 392-6.
- Arteaga Izaguirre, Jesús María. 1994. *El Ararteko: Ombudsman del País Vasco en la teoría y en la práctica*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Arteta, Aurelio. 1996. *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*. Buenos Aires: Paidós.
- Arthur, J. A. y O. Marenin. 1995. Explaining Crime in Developing Countries: The Need for a Case Study Approach. *Crime, Law & Social Change* 23: 191-214.
- Asad, Talal. 1991. From the History of Colonial Anthropology to the Anthropology of Western Hegemony. En *Colonial Situations. Essays on the Contextualization of Ethnographic Knowledge. History of Anthropology*, vol. 7. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Aseff, Lucía María. 1991. Sistema manicomio - internamiento, una práctica alternativa del derecho. En *Sociología jurídica en América Latina*, editado por Óscar Correas, Oñati Proceedings 6. Oñati: IISJ.
- Asencio Mellado, J. M. 1991. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium.
- Ashworth, Andrew. 1986. Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State. *Oxford Journal of Legal Studies* 6, 1: 86-122.
- 1992a. Non-Custodial Sentences. *The Criminal Law Review*, abril: 242-51.
 - 1992b. *Principles of Criminal Law*. Oxford: Clarendon.
 - 1993. Some Doubts about Restorative Justice. *Criminal Law Forum* 4: 277-99.
 - 1994. *The Criminal Process. An Evaluative Study*. Oxford: Clarendon.
 - 1995. *Sentencing and Criminal Justice*, 2.^a ed. Londres: Butterworths.
- Asís Roig, Rafael de, E. Fernández García, G. Peces Barba y otros. 1996. *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*. Madrid: Dykinson.
- Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje. Comisión de

Penal. 1996. Programa de Mediación Penal. Comunicación presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes", 12 i 13 de abril, Barcelona.

Association Internationale de Droit Pénal. 1977. *XI^e Congrès International de Droit Pénal du 9 au 15 Septembre 1974, Budapest, Hongria. Compte-rendu sur les travaux scientifiques des sections du Congrès*. Budapest: Association Internationale de Droit Pénal.

— 1993. *International Review of Penal Law. Movements to Reform Criminal Procedure and to Protect Human Rights. Preparatory Colloquium. Section III. Toledo (Spain), 1-4 April 1992*. París: Érès.

Asua Batarrita, Adela. 1984. El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas. En *Estudios de Deusto*: 305.

— 1989a. La tutela jurídica del honor. Consideraciones políticocriminales en relación a la L.O. 1/1982. En *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

— 1989b. Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal. *Cuadernos de Política Criminal* 39: 605-25.

— 1991. Delitos socioeconómicos: realidad social, recepción y tratamiento legal. En *Control social del delito: críticas y alternativas. Recopilación de las ponencias y trabajos realizados en las primeras y segundas Jornadas sobre criminalización en Euskadi celebradas en Gasteiz*. Bilbao: Salhaketa.

Asua Batarrita, Adela, Miguel Bajo Fernández y otros. 1990. *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Atkinson, Lynn y Sally-Anne Gerull, eds. 1992. *National Conference on Juvenile Justice. Proceedings of a Conference Held 22-24 September 1992*. Canberra: Australian Institute of Criminology.

Aubert, Wilhelm. 1963. Competition and Dissensus: Two Types of Conflict Resolution. *The Journal of Conflict Resolution* 7.

— 1985. From "Rechtstaat" and the "Rule of Law" to the "Welfare" or "Regulatory State". *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2: 274-90.

Augé, Marc. 1993. *Los "no lugares". Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa.

— 1995. *Hacia una Antropología de los mundos contemporáneos*. Barcelona: Gedisa.

— 1996. *El sentido de los otros. Actualidad de la Antropología*. Barcelona: Paidós.

Aunós, Eduardo. 1945. La evolución de la penalidad. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 1: 7-11.

Austin, J. y B. Krisberg. 1981. Wider, Stronger, and Different Nets: The Dialectics of Criminal Justice Reform. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 18: 165-96.

- Ávila Martel, A. de. 1946. *Aspectos de Derecho penal indiano*. Buenos Aires.
- Avruch, K., P. W. Black y J. A. Scimecca, eds. 1991. *Conflict Resolution: Cross Cultural Perspectives*. Westport, CT: Greenwood.
- Ayo Fernández, Manuel. 1996. *Las faltas en el Código penal y el juicio verbal de faltas. Especial consideración al nuevo Código penal*, 3.^a ed. Pamplona: Aranzadi.
- Ayora Mascarell, Lúdia. 1997. Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.
- Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Departamento Municipal de Protección Ciudadana. 1992. Informe - Memoria 1991. Vitoria-Gasteiz.
- Azaola, Elena. 1996. Prisiones para mujeres en México. *Alegatos* 32: 175-182.
- Azcona, Jesús. 1991. *Para comprender la Antropología*, vol. 2 La cultura. Estella: Verbo Divino.
- Bacchi, C. y J. Jose. 1994. Dealing with Sexual Harrassment: Persuade, Discipline, or Punish? *Australian Journal of Law and Society* 10: 1-13.
- Bachelard, Gaston. [1938] 1972. *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bachofen, J. 1861. *Das Mutterrecht*. Basle.
- Bacigalupo, Enrique. 1994. *Principios de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed. Madrid: Akal.
- 1995. La “rigurosa aplicación de la ley”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48: 849-64.
- 1996. Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual. *Poder Judicial* II.
- Badenas Carpio, J. M. 1993. *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*. Valencia: Generalitat Valenciana.
- Baeza Avallone, V. 1979. El arrepentimiento espontáneo. *Cuadernos de Política Criminal* 9: 3-53.
- Bailey, Clinton. 1995. A Note on the Bedouin Image of ‘Adl as Justice. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Bailey, W. C. y R. P. Lott (1967). *Crime, Punishment and Personality: An Examination*

- of the Deterrence Question. *Journal of Criminal Law and Criminology* 67: 99-109.
- Bakomba, Katik Diong. 1982. El parlamento tradicional en Zaire. En *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*, de Robert G. Armstrong y otros. Macmillan. Barcelona: Serbal.
- Balandier, Georges. 1994. *El poder en escenas. De la representación del poder al poder de la representación*. Barcelona: Paidós.
- Baldwin, S. 1906. *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Budapest. Septembre 1905. Rapports sur les questions du programme de la section des questions pénitentiaires*, vol. III. Budapest: Bureau de la Commission Pénitentiaire Internationale.
- Ball, Caroline, Kevin McCormac y Nigel Stone. 1995. *Young Offenders. Law, Policy and Practice*. Londres: Sweet & Maxwell.
- Ballesteros, J., dir. 1992. *Derechos humanos. Conceptos, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos.
- Bandrés Unanue, Luis M.^a 1996. Actuaciones de la Diputación Foral de Gipuzkoa sobre menores infractores. *Eguzkilore* 10: 171-5.
- Bankowski, Z. K., N. R. Hutton y J. J. McManus. 1987. *Lay Justice?* Edinburgh: T & T.
- Bankowski, Zenon y Geoff Mungham, eds. 1980. *Essays in Law and Society*. Londres: Routledge.
- Bannenberg, Britta. 1993. Täter-Opfer-Ausgleich -Standortbestimmung und empirische Ergebnisse. *DVJJ-Journal* 4, 2: 153-61.
- Banton, Michel, ed. 1980. *Antropología social de las sociedades complejas*. Madrid: Alianza.
- Barabas, Alicia M. 1994. Normatividades jurídicas en torno a las relocalizaciones de la población indígena. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barak, G. 1997. *Integrating Criminologies*. Boston: Allyn.
- Barak-Glantz, Israel L. y Elmer H. Johnson. 1983. *Comparative Criminology*. Beverly Hills: Sage.
- Baratta, Alessandro. 1979. El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad. *Doctrina penal* 5: 3-23.

- 1985. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina penal* 29: 3-26.
- 1989. Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias. En *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- 1991. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado. En *Justicia y derechos humanos*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.
- 1993. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4.^a ed. Madrid: Siglo XXI.
- 1994. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. *Justicia penal y sociedad* 5: 75-92.
- 1995. ¿Tiene futuro la Criminología crítica? Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales y la interdisciplinariedad externa. *Capítulo criminológico* 23: 487-502.

Baratta, Alessandro y Claudius Meßner. 1990. Aspectos del clima social en la cárcel, (1) Proyecto de investigación. *Revista de Estudios Penitenciarios* 243: 71-5.

Barbeito, Isabel. 1991. *Cárceles y mujeres en el siglo XVII. Razón y forma de la galera. Proceso inquisitorial de San Plácido*. Madrid: Castalia.

Barberet, Rosemary, Cristina Rechea-Alberola y Juan Montañés-Rodríguez. 1994. Self-Reported Juvenile Delinquency in Spain. En *Delinquent Behavior among Young People in the Western World. First Results of the International Self-Report Delinquency Study*, editado por J. Junger-Tas, G.-J. Terlouw y M. W. Klein. Amsterdam: Kluger.

Barcellona, Pietro. 1992. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*. Madrid: Trotta.

Baril, M., S. Laflame-Cusson y S. Beauchemin. 1984. Crime Victims. Crime Victims Compensation. An Assessment of the Quebec program, Working Paper 12, Research and Statistics Section. Ottawa.

Barker, R. G. 1968. *Ecological Psychology*. Stanford: Stanford University Press.

Barkun, M. 1968. *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*. New Haven: Yale University Press.

Barnett, R. 1977. Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice. *Ethics* 87: 279-301.

— 1980. The Justice of Restitution. *American Journal of Jurisprudence* 25: 117-32.

Baron, Stephen W. 1997. Risky Lifestyles and the Link between Offending and Victimization. *Studies on Crime and Crime Prevention* 6, 1: 53-72.

- Barona Vilar, Silvia. 1994. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 1996. La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada. En *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirigido por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi. Sevilla: Universidad de Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla.
- Barraguer Cerezo, Elisa. 1945. La funcionaria de prisiones. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 8: 42-3.
- Barre, Marie-Chantal. 1988. *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, 3.^a ed. México: Siglo XXI.
- Barreda Solórzano, Luis de la. 1995. Prisión aún. *Capítulo criminológico* 23, 1: 73-88.
- Barrero López, J., Julio Padilla Carballada y D. López Garrido. 1996. Introducción al nuevo Código penal. *Cuadernos de la Guardia Civil* 15: 1-11.
- Barrientos, C. 1994. La desjudicialización en el nuevo proceso penal guatemalteco. *Justicia Penal y Sociedad* 5: 51-74.
- Barrientos Grandón, Javier. 1993. *La cultura jurídica en la Nueva España (sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*. México: UNAM.
- Barrón de Benito, J. L. 1997. *Derecho penal de la circulación: delitos dolosos y seguro de suscripción obligatoria*. Madrid: Dykinson.
- Bartolomé, Miguel Alberto. 1994a. La expresión de la pluralidad y los derechos indígenas en Oaxaca. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- 1994b. El derecho a la existencia cultural alterna. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baruch Busch, R. A. y J. P. Folger. 1994. *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Bassiouni, M. Cherif. 1982. *The Islamic Criminal Justice System*. Nueva York: Oceana.
- 1984. *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*. Madrid: Tecnos.
- , ed. 1988. *International Protection of Victims*. París: Érès.
- , ed. 1994. *The Contributions of Specialized Institutes and Non-Governmental Organizations to the United Nations Criminal Justice Program. In Honor of Adolfo Beria di Argentine*. La Haya: Martinus Nijhoff.
- Bastit, M. 1992. El juicio desde el punto de vista del juez. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 29-34.

- Baum, H. 1995. Herausforderung Japan. Blick auf eine außereuropäische Rechtsordnung. *Max-Planck-Gemeinschaft-Spiegel* 3: 18-22.
- Bauman, Z. 1988. *Freedom*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Baumann, J. 1993. Zur Repersonalisierung des Strafrechts. En *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, editado por W. Küper *et al.* Heidelberg.
- Baumann, Ulrich. 1995. *Das Bild des Opfers in der Kriminalitätsdarstellung der Medien. Ergebnisse einer Untersuchung*. Mainz: Weisser Ring.
- Baxi, U. 1982. *Popular Justice, Participatory Development and Power Politics: The Lok Adalat in Turmoil*. Ruttgers University, Nueva Jersey.
- Bazán Díaz, I. 1995. *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.
- Bazemore, Gordon. 1996. Three Paradigms for Juvenile Justice. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Bazemore, Gordon y Susan E. Day. 1996. Restoring the Balance: Juvenile and Community Justice. *Juvenile Justice*, diciembre: 1-21.
- Bea Pérez, Emilia, Carmen López Terrada, Francisco Javier de Lucas Martín y Ernesto Jaime Vidal Gil. 1988. El asociacionismo judicial en España, hoy: Notas para un trabajo de sociología de los jueces. *Sociologia del Diritto* XV, 2: 89-103.
- Bean, P. 1981. *Punishment. A Philosophical and Criminological Inquiry*. Oxford: Martin Robertson.
- Beattie, J. 1993. *Otras culturas. Objetivos, métodos y realizaciones de la Antropología social*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Beauduin, Marie Anne. 1997. Una vida consagrada a la Criminología: Denis Szabo. *Políticas sociales en Europa* 1: 129-34.
- Becerra Bazal, Antonio. 1953. El saber jurídico-penal en San Isidro de Sevilla. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 103: 27-30.
 — 1954a. La justicia penal en la conciencia mitológica. El Tribunal de Atenea, la equidad apolínea. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 106: 56-9.
 — 1954b. La venganza de sangre en la literatura. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 109: 67-70.
- Beck, Ulrich. 1992. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Londres: Sage.

- Becker, G. [1963] 1996. Outsiders. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- Beinart, B. 1976. Crime and Punishment in an Historical Setting. En *Proceedings of the Conference on Crime, Law and the Community Held on 1-4 April 1975 at the University of Cape Town*. Cape Town: Juta & Company.
- Beirne, Piers, ed. 1994. *The Origins and Growth of Criminology*. Aldershot: Dartmouth.
- Beirne, P. y A. Hunt. 1988. Law and Constitution of Soviet Society: The Case of Comrade Lenin. *Law and Society* 22: 575-614.
- Béjar, Helena. 1990. El ámbito íntimo (privacidad, individualismo y modernidad). Madrid: Alianza.
- 1993. *La cultura del yo. Pasiones colectivas y aspectos propios en la teoría social*. Madrid: Alianza.
- 1996. La comunidad afectiva. *Claves de la Razón Práctica* 63: 56-61.
- Bell, Berni y Christian Dadomo. 1996. Les Magistrates' Courts: Un modèle de justice de proximité pour la France? *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3: 607-18.
- Bellamy, John. 1973. *Crime and Public Order in England in the Latter Middle Ages*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Bellamy, Richard, ed. 1995. *Beccaria: On Crimes and Punishments and other Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beltrán, Arturo. 1996. Las penas. *Cuadernos de la Guardia Civil* 15: 29-50.
- Benda, Brendt B. 1997. An Examination of a Reciprocal Relationship between Religiosity and Different Forms of Delinquency within a Theoretical Model. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 2: 163-86.
- v. Benda-Beckmann, Keebet. 1985. The Use of Folk Law in West Sumatran State Courts. En *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*, editado por Antony Allott y Gordon R. Woodman. Dordrecht: Foris.
- Beneyto Pérez, Juan. 1942. *Ideas políticas de la Edad Media*, 2.^a ed. Madrid: Fe.
- Bengoá Barañano, Eukene. 1996. Pluralismo Jurídico y transformación social: Derecho foral vasco. Tesina para la obtención del Master en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.

Benhabib, Seyla. 1995. Feminism and Postmodernism. En *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, editado por Linda Nicholson. Londres: Routledge.

Benítez, H. D. 1988. *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. Inimputabilidad o culpabilidad*. Bogotá: Themis.

Berajam, Eustaquio y Félix Duque. 1993. *El mal: irradiación y fascinación*. Murcia: Universidad de Murcia.

Berberich, Armin, Thomas Feltes y Wolfgang Spöcker, eds. 1996. *Polizei und Private Sicherheitsdienste*. Villingen-Schwenningen: Hochschule für Polizei.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. 1981. Contribución al estudio de la desaparición de los Derechos penales forales. *Cuadernos de Política Criminal* 13: 5-21.

— 1982. *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Bergalli, Roberto, coord. 1980. La ideología del control social tradicional. *Revista de Estudios Penitenciarios* 228-31: 33-49.

— 1983. La instancia judicial. En *El pensamiento criminológico*, vol. II Estado y control, dirigido por Roberto Bergalli y Juan Bustos. Barcelona: Península.

— 1985. Una Sociología del control penal para América Latina: la superación de la Criminología. En *El poder penal del Estado. Estudios en homenaje a Hilde Kaufmann*, dirigido por Roberto Bergalli y Juan Bustos. Buenos Aires: Depalma.

— 1986. Conflicto social y control penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* 11: 99-115.

— 1989. El derecho y sus realidades. En *Investigación y enseñanza de la Sociología jurídica. Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la Sociología jurídica (Barcelona, 7-9 de abril 1988)*. Barcelona: PPU.

— 1991. Introduction to the Workshop. En *Sociology of Penal Control within the Framework of Sociology of Law*, editado por R. Bergalli. Oñati Proceedings 10. Oñati: IISJ.

— 1992. Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales. *Revista de Derecho penal y Criminología* 2: 173-84.

— 1994. Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al sistema de justicia criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4: 211-23.

— 1995. The Spanish Attempt to Build a Democratic Criminal Justice System. En *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy*, editado por V. Ruggiero, M. Ryan y J. Sim. Londres: Sage.

— 1996a. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona: Bosch.

— 1996b. La violencia en el sistema penal. En *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona: Bosch.

— 1997a. The New Order in Spain and Hispanic Perspective on the History and Meaning of Social Control. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at*

- the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.
- 1997b. Unsolved Mysteries and Unforeseen Futures of Social Control. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.
- Bergalli, R. y E. E. Marí, coords. 1989. *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*. Barcelona: PPU.
- Bergalli, Roberto y Eligio Resta, comps. 1996. *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. Barcelona: Paidós.
- Bergalli, Roberto y Colin Sumner, eds. 1997. *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*. Thousand Oaks, Ca.: Sage.
- Berger, P. y T. Luckmann. 1993. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bergoglio, María Inés y Julio R. Carballo. 1993. Inseguridad Creciente, estructura social y cultura jurídica. Comunicación presentada en el Congreso Internacional de Sociología Jurídica, julio, Oñati, IISJ.
- Beristain, Antonio. 1962. Análisis crítico de la Nueva Defensa Social. *Revista de Estudios Penitenciarios* 157: 5-22.
- 1974. *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Madrid: Reus.
- 1977. *Crisis del derecho represivo. (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales)*. Madrid: EDICUSA.
- 1986. *Ciencia penal y Criminología*. Madrid: Tecnos.
- 1987. Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho a perdonar y ser perdonado. En *El delito desde la Antropología cultural. Cuestiones fundamentales*, editado por Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta. Bilbao: UPV-EHU.
- 1990. *De leyes penales y de Dios legislador. (Alfa y Omega del control penal humano)*. Madrid: EDERSA.
- 1991. La Criminología entre la Deontología y la Victimología. *Revista de Derecho Penal y de Criminología* 1: 31-64.
- 1992. Laudatio del Prof. Dr. Günther Kaiser Doctor "Honoris Causa" de la Universidad del País Vasco. En *Investidura de Doctor Honoris Causa Günther Kaiser, Rufus H. Ritchie*, editado por A. Beristain y P. M. Etxenike. Donostia-San Sebastián: UPV-EHU.
- 1993. Paz y reconciliación. *El Ciervo* 503: 19.
- 1994. *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 1995. Evolución crítica de la Criminología desde y hacia las teologías. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48: 395-418.

- 1996. ¿Deben cumplirse íntegramente las penas? *El País*, 19 de enero, p. 13.
- 1997a. Los menores deben reparar el daño a las víctimas. Entrevista. *El Diario Vasco*, 16 de abril, p. 8.
- 1997b. El Código penal desde la Victimología. *La Ley*, 4 y 5 de junio.

Beristain, Antonio y José Luis de la Cuesta, eds. 1987. *El delito desde la Antropología cultural. Cuestiones fundamentales*. Bilbao: UPV-EHU.

— , comps. 1989. *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*. Bilbao: Mensajero.

— , dirs. 1990. *Victimología*. Bilbao: UPV-EHU.

— , comps. *Inseguridad y vida ciudadana*. Cuadernos de Extensión Universitaria. Bilbao: UPV-EHU.

Beristain, Antonio, Jocelyn Castaignede, José Luis de la Cuesta y otros. 1996. La representación social de la delincuencia. *Boletín criminológico* 24.

Beristain, A., M.^a A. Larrea y R. M.^a Mieza. 1980. *Fuentes de Derecho penal vasco (Siglos XI-XVI)*. Bilbao: La Gran Enciclopedia Vasca.

Berman, Jesse. 1969. The Cuban Popular Tribunals. *Columbia Law Review* 69: 1.317-54.

Bermejo, José Luis. 1990a. Justicia penal y teatro barroco. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

— 1990b. Duelos y desafíos en el derecho y en la literatura. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

Bernal Samper, Trinidad. 1995. Experiencia extrajudicial en mediación familiar: centro Apside. En *Mediación: una alternativa extrajudicial*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.

Bernal Samper, T. y G. Martín Francisco. 1992. El niño y la mediación familiar. *Anuario de Psicología Jurídica*: 141-4.

Bernaldo de Quirós, Constancio. 1904. *Alrededor del delito y de la pena*. Madrid.

Bernard, B. 1995. About Boaventura de Sousa Santos' Thesis on a Postmodern Conception of Law. *Frónesis* 2, 2: 145-54.

Bernardo Ares, José Manuel de y Enrique Martínez Ruiz, eds. 1996. *El municipio en la España moderna*. Córdoba: Universidad de Córdoba.

Bernat de Céllis, J. 1982. Les grandes options de la politique criminelle, la perspective de Louk Hulsman. *Archives de Politique Criminelle* 5: 13-60.

— 1984. Abolición del sistema penal. En *Reformas penales en el mundo de hoy*, editado

- por Antonio Beristain. Madrid: EDERSA.
- 1986. En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* 11: 129-33.
- Bernat, Frances P., William H. Parsonage y Jacqueline Helfgott. 1994. Victim Impact Laws and the Parole Process in the United States: Balancing Victim and Inmate Rights and Interests. *International Review of Victimology* 3, 1-2: 121-40.
- Berndt, Ronald M. 1962. *Excess and Restraint: Social Control among a New Guinea Mountain People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Berni, Joseph. 1749. *Practica criminal, con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual para juzgar, acriminar, y defender en los Tribunales Reales de España, y en los particulares de residencias*. Simon Faure: Valencia. Edición facsímil de Civitas. Madrid 1995.
- Bertel, Ch. 1996. Der außergerichtliche Tausgleich - eine kriminalpolitische Betrachtung. En *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, editado por Kurt Schmoller. Viena: Springer.
- Bertoni, Eduardo Andrés. 1992. El Derecho penal mínimo y la víctima. En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bertrand, Marie-Andrée. 1994. 1893-1993: From La Donna delinquente to a Postmodern Deconstruction of the "Woman Question" in Social Control Theory. *The Journal of Human Justice* 5, 2: 43-57.
- Beseat, Kifle Selassie. 1982. El parlamento tradicional en Etiopía. En *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*, de Robert G. Armstrong y otros. Barcelona: Serbal.
- Bestard, J. y J. Contreras. 1987. *Bárbaros, paganos, salvajes y primitivos. Una introducción a la Antropología*. Barcelona: Barcanova.
- Beste, H. 1986. Schadenwiedergutmachung - Ein Fall für zwei? *Kriminologisches Journal* 18, 3: 161-81.
- 1989. Informalisierung sozialer Kontrolle als Alternative zur Strafjustiz? En *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*. Bonn: Forum.
- 1990. Strafrechtliche Sozialkontrolle auf der Suche nach Alternativen: Außergerichtliche Konfliktregelung in Perspektive. En *Die 13 Bundestagung. Dokumentation der 13 Bundestagung der Deutschen Bewährungshilfe e. V. (DBH), 18. bis 21. September 1988 in Marburg*. Bonn: Forum.
- Betegón, Jerónimo. 1996. Sanción y coacción. En *El derecho y la justicia*, editado

- por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.
- Bettiol, Giuseppe y Luciano Pettoello Mantovani. 1986. *Diritto penale. Parte generale*, 12.^a ed. Padova: Cedam.
- Bianchi, Herman. 1982. Ein historisches Paradigma für die Kriminologie. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3: 31-42.
— 1994. *Justice as Sanctuary. Toward a new System of Crime Control*. Bloomington: Indiana University Press.
- Bianchi, Herman y René van Swaaningen, eds. 1986. *Abolitionism. Towards a Non-Repressive Approach to Crime*. Amsterdam: Free University Press.
- Biderman, Albert D. y James P. Lynch. 1981. Recency Bias in Data on Self-Reported Victimizations. *Proceedings of the American Statistical Association, Social Statistics Section*. Washington, CD: American Statistical Association.
- Bierbrauer, Günter. 1992. Reactions to Violation of Normative Standards: A Cross-Cultural Analysis of Shame and Guilt. *International Journal of Psychology* 27: 181.
— 1994. Towards an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism between Kurds, Lebanese, and Germans. *Law and Society* 28, 2: 243-64.
- Bieri, Susann y Alexa Ferel. 1994. *Täter-Opfer-Ausgleich. Ansatz einer kriminalpolitischen Reform im Strafrecht*. Berna: Haupt.
- Bittner, Egon. 1995. Staffing and Training Problem-Oriented Police. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- Black, Donald. 1970. The Production of Crime Rates. *American Sociological Review* 35: 733-48.
— 1976. *The Behavior of Law*. Nueva York: Academic Press.
— , ed. 1984. *Toward a General Theory of Social Control*, 2 vols. Orlando: Academic Press.
— 1993. *The Social Structure of Right and Wrong*. San Diego: Academic Press.
— 1990. Foreword. En *The Logic of Social Control*, escrito por A. V. Horwitz. Nueva York: Plenum.
- Black, D. y M. Maleski, eds. 1973. *The Social Organization of Law*. Orlando, NY: Academic Press.
- Blad, John R. 1996. Neighbourhood-Centred Conflict Mediation. The San Francisco Example. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 1: 90-107.
- Blad, John R., H. van Mastigt y N. A. Uildriks, eds. 1987. *Social Problems and*

Criminal Justice, Parte II. Rotterdam: Erasmus Universiteit.

Blaker, G. 1995. Gypsy Law. *Journal of Planning Law*: 191.

Blanco Cordero, Isidoro. 1997. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.

Blanes Rodríguez, Estrella. 1993. La ejecución de la pena en las faltas. En *La individualización y ejecución de las penas*. Madrid: CGPJ.

Blankenburg, Erhard. 1980. Recht als gradualisiertes Konzept -Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung. En *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, editado por Erhard Blankenburg, Ekkehard Klaus y Hubert Rottleuthner. Opladen: Westdeutscher Verlag.

— 1997a. Civil Litigation Rates as Indicator for Legal Cultures. En *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken. Aldershot: Dartmouth.

— 1997b. Demand Side and Supply Side Theories of Legal Cultures. En *Changing Legal Cultures*, compilado por Johannes Feest y Erhard Blankenburg. Oñati: IISJ.

— 1997c. Legal Culture on Every Conceptual Level. Ponencia presentada en el Curso de Verano "Globalization and Legal Cultures", 30 de junio-4 de julio 1997, Oñati, IISJ.

Blankenburg, Erhard y Freek Bruinsma. 1991. *Dutch Legal Culture*. Deventer: Kluwer.

Blankenburg, Erhard, Klaus Sessar y Wiebke Steffen. 1978. *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot.

Blanxart, N. 1992. La intervención en la jurisdicción de menores: el reto de la armonización de dos lógicas. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 23-8.

Blasco y Fernández de la Moreda, Francisco. 1943. *Tomas Moro Criminalista*. Buenos Aires: Ley.

Blasius, Dirk. 1994. Der Opferaspekt in der historischen Kriminologie. Revision einer Perspektive? En *Kriminologische Opferforschung. Neue Perspektiven und Erkenntnisse*. Vol. I: Grundlagen. Opfers und Strafrechtspflege. Kriminalität der Mächtigen und ihre Opfer, editado por Günther Kaiser y Jörg-Martin Jehle. Heidelberg: Kriminalistik Verlag.

Blau, G. 1987. Diversion und Strafrecht. *Jura*, 1: 25-34.

Blauert, A. von y Schwerhoff, G (eds.). 1993. *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*. Frankfurt: Fischer.

Blee, Kathleen M. y Dwight B. Billings. 1996. Violence and Local State Formation:

- A Longitudinal Case Study of Appalachian Feuding. *Law and Society* 30, 4: 671-706.
- Bleiberg, Germán. 1977. El "Informe secreto" de Mateo sobre el trabajo forzoso en las minas de Almadén. *Estudios de Historia Social* 2-3: 357-443.
- Blomberg, Thomas G. y Stanley Cohen, eds. 1995. *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- Blomberg, T. G., W. Bales y K. Reed. 1993. Intermediate Punishment: Redistributing or Extending Social Control? *Crime, Law and Social Change* 19: 187-201.
- Bloom-Cooper, L., ed. 1974. *Progress in Penal Reform*. Oxford: Clarendon Press.
- Blumstein, Alfred. 1995. Stability of Punishment: What Happened and What Next? En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- Boas, Franz. [1908] 1947. *Cuestiones fundamentales de Antropología cultural*. Buenos Aires: Latauro.
- Bobbio, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Bodelón González, Encarna. 1996. La soberanía popular y el sujeto femenino: los límites del concepto de soberanía desde una crítica feminista. En *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, compilado por Roberto Bergalli y Eligio Resta. Barcelona: Paidós.
- Bodenheimer, E. 1985. Anthropological Foundations of Law. En *Law and Modern Forms of Life*, editado por E. Bulygin, J. L. Gardies e I. Niiniluoto. Dordrecht: D. Reidel.
- Boers, K. y K. Sessar. 1991. Do People Really Want Punishment? On the Relationship between Acceptance of Restitution, Need for Punishment, and Fear of Crime. En *Developments in Crime and Crime Control Research*, editado por K. Sessar y H.-J. Kerner. Nueva York: Springer.
- Bohan, W. 1989. Standard Minimum Rules for Non-Institutional Treatment: A Sceptical Response. En *The Elaboration of Standard Minimum Rules for Non-Institutional Treatment. Proceedings of the Sixth International Colloquium of the IPPF. Poitiers/France, 3-6 Oct. 1987*. Bonn: International Penal and Penitentiary Foundation.
- Bohannan, Paul, ed. 1967. *Law and Warfare*. Austin: University of Texas Press.
— 1969. Ethnography and Comparison in Legal Anthropology. En *Law in Culture and Society*, editado por Laura Nader. Chicago: Aldine.

- Bohigas, Oriol. 1996. La ciudad no puede ser moderna. En *Anuario El País 1996*. Madrid: El País.
- Bohm, Robert M. 1992. Retribution and Capital Punishment: Toward a Better Understanding of Death Penalty Option. *Journal of Criminal Justice* 20: 227-36.
- Böhm, Alexander. 1992. Zur sogenannten Staatsanwaltsdiversion im Jugendgerichtsverfahren. En *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, editado por Manfred Seebode. Berlín: Walter de Gruyter.
- Boisvert, A.-M. y K. Benyekhlef. 1990. Les modes alternatifs de résolution des litiges en Droit criminel: considérations critiques. *Windsor Yearbook of Access to Justice*: 10-21.
- Bokatola, Omanga. 1997. *El Derecho internacional de los derechos humanos. Concepción-Elaboración-Resultados*. Berna: Centre International de formation à l'enseignement des droits de l'homme et de la paix.
- Bol, M. W. 1985. *C.S.O.'s in The Netherlands*. La Haya: Ministry of Justice.
- Boladeras, Margarita. 1996. *Comunicación, Ética y Política. Habermas y sus críticos*. Madrid: Tecnos.
- Bolaños, J. Ignacio. 1995. Mediación familiar de procesos y contenciosos de separación y divorcio en un contexto judicial. En *Mediación: una alternativa extrajudicial*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.
- 1996a. Mediación familiar: una forma diferente de entender la justicia. *Informació Psicològica* 60: 23-5.
- 1996b. La Mediación en los Juzgados de Familia: Una formación diferente para entender la justicia. Comunicación presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictos", 12-3 de abril, Barcelona.
- Bolaños Guerra, Bernardo. 1994. Chiapas: Descripción de una revolución imaginaria en el interior de una revolución armada. *Jueces para la Democracia* 23, 3: 91-3.
- Boldt, Menno y J. Anthony Long, eds. 1985. *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*. Toronto: University of Toronto Press.
- Bona i Puigvert, Remei. 1993. La función rehabilitadora de la pena de privación de la libertad: entre el discurso teórico y el fracaso. *Jueces para la Democracia* 20, 3: 41-4.
- 1996a. El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código penal. *Jueces para la Democracia* 25: 57-60.
- 1996b. Problemas específicos de la mujer reclusa. En *Vigilancia penitenciaria. (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*. Madrid: CGPJ.

- Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. 1989. Alternatives to the Judicial Model. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.
- 1992. *La médiation: une justice douce*. París: Syros-Alternatives.
- 1993. Une expérience de médiation pénale à Boston. *Déviance et Société* 17, 2: 163-83.
- 1995. La médiation pénale, étude comparative France-États Unis. Lyon: Glyse-Atelier de Sociologie Juridique. Université Lumière-Lyon II.
- 1996. La médiation scolaire: un processus éducatif. Conferencia pronunciada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.
- Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre y Étienne Le Roy, dirs. 1996. Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale, 6 y 7 de junio. Oñati, IISJ.
- Bonal, R. y A. Ross. *La representació social de la justícia*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Bond-Maupin, Lisa J. 1996. "Who Made the Code in the First Place?": Delinquency and Justice in an American Indian Community. *Crime, Law and Social Change* 25, 2: 133-52.
- Bondeson, U. V. 1994. *Alternatives to Imprisonment. Intentions and Reality*. San Francisco: Westview.
- Bonfil, Guillermo. 1988. *Utopía y revolución. El pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*, 2.^a ed. México: Nueva Imagen.
- Boni, Lamberto, coord. 1992. *Enciclopedia de la Filosofía*. Barcelona: Ediciones B.
- Bonta, James, Carol LaPrairie y Suzanne Wallace-Capretta. 1997. Risk Prediction and Re-Offending: Aboriginal and Non-Aboriginal Offenders. *Canadian Journal of Criminology* 39, 2: 127-44.
- Boomer, R. G. 1994. Making the Most of Court Ordered Mediation. *Dispute Resolution Journal* 49, 1: 17-22.
- Borah, Woodrow. 1983. *Justice by Insurance*. University of California Press.
- Bordt, R. L. y M. C. Musheno. 1988. Bureaucratic Co-Optation of Informal Dispute Processing: Social Control as an Effect of Inmate Grievance Policy. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 25, 1: 7-26.
- Borg, Marian J. 1997. The Southern Subculture of Punitiveness? Regional Variation in Support for Capital Punishment. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 1: 25-45.

- Borja Jiménez, E. 1993-4. Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat. *Estudios penales y criminológicos* XVII: 8-62.
- Borredo Fernández, A. 1994. Víctima y acciones civiles. Ponencia presentada en las Jornadas de Jueces y Fiscales de Menores, 21-3 de noviembre, Madrid.
- Borris, Eileen. 1994. Perdón. Conferencias organizadas por Gernika Gogoratuz en su sede, 27 y 28 de julio. San Sebastián.
- Borrow, George. 1841. *The Zinçali: An Account of the Gypsies in Spain*. Londres: John Murray.
- Bosly, H.-D. 1997. Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social? *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, abril: 330-1.
- Bossy, John. 1983. Postscript. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bottke, Wilfried. 1995. *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Bottoms, A. E. 1974. Review of Defensible Space. *British Journal of Criminology* 14, 2: 203-6.
— 1994. Avoiding Injustice, Promoting Legitimacy and Relationships. En *Relational Justice. Repairing the Breach*. Winchester: Waterside Press.
- Bouchard, Marco. 1995. Vittime e colpevoli: C'È spazio per una giustizia riparatrice? *Questione Giustizia* 4: 887-915.
- Bouloc, Bernard. 1991. *Pénologie*. París: Précis Dalloz.
- Boutellier, Hans. 1996. Beyond the Criminal Justice Paradox. Alternative between Law and Morality. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 7-20.
- Bovino, Alberto. 1992. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bowman, G. W., S. Hakim y P. Seidenstat, eds. 1992. *Privatizing the United States Justice System. Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector*. Jefferson: McFarland & Company.
- Box, Steven. 1996. The Etiology of Female Crime. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Boys, D. du. 1872. *Historia del Derecho Penal en España*, trad. por José Vicente y

Caravantes. Madrid.

Braithwaite, John. 1989. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.

— 1993a. Juvenile Offending: New Theory and Practice. En *National Conference on Juvenile Justice. Proceedings of a Conference Held 22-24 September 1992*, editado por Lynn Atkinson y Sally-Anne Gerull. Canberra: Australian Institute of Criminology.

— 1993b. Beyond Positivism: Learning from Contextual Integrated Strategies. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30, 4: 383-99.

— 1993c. Shame and Modernity. *The British Journal of Criminology* 33, 1: 1-18.

— 1995a. Resolving Crime in the Community: Restorative Justice Reforms in New Zealand and Australia. En *Resolving Crime in the Community: Mediation in Criminal Justice. Report of a Conference organised by the Institute for the Study & Treatment of Delinquency and the London-Victim-Offender Mediation Network on 23rd September 1994*, editado por Carol Martin. Londres: ISTD.

— 1995b. Inequality and Republican Criminology. En *Crime and Inequalities*, editado por J. Hagan y R. D. Peterson. Stanford: Stanford University Press.

— 1996. Commentary: Law, Morality and Restorative Justice. *European Journal on Criminal Policy and Research* 5, 1: 93-8.

Braithwaite, John y Kathleen Daly. 1994. Masculinities, Violence and Communitarian Control. En *Just Boys Doing Business? Men, Masculinities and Crime*, editado por Tim Newburn y Elizabeth A. Stanko. Londres: Routledge.

Braithwaite, John y Stephen Mugford. Conditions of Successful Reintegration Ceremonies. *British Journal of Criminology* 34, 2: 139-71.

Braithwaite, John y Philip Pettit. 1990. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.

— 1994. Criminalization, Decriminalization and Republican Theory. *Anales Internacionales de Criminología* 32, 1/2: 61-80.

Brandes, S. 1988. Sobre los conceptos de honor y vergüenza. *Aproximación antropológica a Castilla y León*, coordinado por L. Díaz. Barcelona: Anthropos.

Brandt, H. J. 1991. Justicia popular. Nativos y campesinos. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

Brannigan, A. 1987. Moral Panics and Juvenile Delinquents in Britain and America. *Criminal Justice History* VIII: 181-91.

Bredemeier, Harry C. 1962. Law as an Integrative Mechanism. *Law and Sociology. Exploratory Essays*, editado por William M. Evan. Nueva York: The Free Press of Glencoe.

Breuilly, John. 1990. *Nacionalismo y Estado*. Barcelona: Pomares-Corredor.

- Bricola, Franco. 1993. El arrepentimiento del terrorista. El perdón alevasor y los silencios de la ley n. 646 de 1982. *Cuadernos de Política Criminal* 51: 961-5.
- Brillon, Yves. 1985. Quelques paradigmes fondamentaux de la criminologie africaine. *Annales de Vaucresson* 22: 67-81.
- Brodeur, John-Paul. 1993. La pensée postmoderne et la Criminologie. *Criminologie* 26, 1: 73-121.
- Broekman, J. M. 1985. Law, Anthropology and Epistemology. En *Man, Law and Modern Forms of Life*, editado por E. Bulygin, J.-L. Gardies e I. Niiniluoto. Dordrecht: D. Reidel.
- 1993. *Derecho y Antropología*. Madrid: Civitas.
- Broidy, Lisa y Robert Agnew. 1997. Gender and Crime: A General Strain Theory Perspective. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 3: 275-306.
- Brown, Bruce. 1975. *Freud y la crítica de la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Brown, David y Russell Hogg. 1992. Law and Order Politics - Left Realism and Radical Criminology: A View from Down Under. *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.
- Brown, J. 1997. European Policewomen; A Comparative Research Perspective. *International Journal of the Sociology of Law* 25, 1: 1-20.
- Brown, S. E., F.-A. Esbensen y G. Geis. 1991. *Criminology. Explaining Crime and its Context*. Cincinnati: Anderson.
- Bruna de Quixano, José Luis. 1997. Comentarios a la excusa absolutoria en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, según los artículos 305, 307 y 308 del nuevo Código penal. *Món Jurídic* 133: 36-41.
- Bryant, J. y D. Zillmann, comps. 1996. *Los efectos de los medios de comunicación*. Buenos Aires: Paidós.
- Buceta Miller, E. 1992. Comentario breve a la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* 16: 59.
- Buck-Morss, Susan. 1995. *Dialéctica de la mirada. Walter Benjamin y el proyecto de los pasajes*. Madrid: Visor.
- Bueno Arús, Francisco. 1963. Los Congresos Penitenciarios Internacionales. *Revista de Estudios Penitenciarios* 161: 363-402.
- 1973. Recensión. *Revista de Estudios Penitenciarios* 200-3: 363-4.

- 1980. La protección a la víctima en el Proyecto de Código Penal de 1980. En *Estudios Penales y Criminológicos* IV: 203-26.
- 1981. Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981). *Revista de Estudios Penitenciarios* 232-5: 63-84.
- 1988. Las prisiones y la prensa. En *I.res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i Comunitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- 1993. La prisión y la sociedad. *Eguzkilore* 7: 17-40.
- 1994a. Panorama moderno de la pena de prisión. *Boletim de Facultade de Direito* LXX: 247-68.
- 1994b. La posición de la víctima en el moderno sistema penal. *Boletim de Facultade de Direito* LXX: 369-88.
- 1996. El mundo prisional. En *Mujer, Derecho y sociedad*. Sevilla: Fundación El Monte.

Buigues Oliver, Gabriel de. 1990. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbiter ex compromisso*. Madrid: Montecorvo.

Bulletin d'Information Pénologique. 1994-5. Statistique sur les populations carcérales dans les états membres du Conseil de l'Europe. Enquête 1993, 1994, n. 19-20.

Bullington, B., J. Sprowls, D. Katkin y M. Philips. 1978. A Critique of Diversionary Juvenile Justice. *Crime and Delinquency*, enero: 59-71.

Burguete Barberena, M.^a Aránzazu. 1995. El maltrato en las mujeres de la comarca de Pamplona. Tesina presentada para la obtención del Master en Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.

Burguete Cal y Mayor, Araceli y Margarito Xib Ruiz Hernández. 1994. Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Burman, Sandra. 1978. Justice in a Multi-Cultural Society. *Sociologia del Diritto* V, 2: 317-29.

Burman, Sandra B. y Barbara E. Harrell-Bond, eds. 1979. *The Imposition of Law*. Nueva York: Academic Press.

Burman, Sandra y Wilfried Schaerf. 1990. Creating People's Justice: Street Committees and People's Courts in a South African City. *Law and Society Review* 24: 693-745.

Burnstein, Eugene. 1982. The Notion of Control in Psychological Theory. En *Social Control. Views from the Social Sciences*, editado por Jack P. Gibbs. Londres: Sage.

Bursik, R. J., Jr. y H. G. Grasmick. 1993. *Neighborhoods and Crime*. Lexington, MA: Lexington Books.

- Busquet, J. 1920. *Le droit de la vendetta et les paci corses*. París: A. Pedone.
- Bussmann, Kai-D. 1989. Das moderne Experiment Strafrecht - vom Strafrecht der Lebenswelt zum Strafrecht sozialer Systeme. *Kriminologische Bibliographie* 16, 63: 1-19.
- 1991. Täter-Opfer-Ausgleich: Grenzen und Innovation. *Neue Kriminalpolitik* 3: 9-10.
- 1992. Morality, Symbolism, and Criminal Law: Chances and Limits of Mediation Programs. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- Bussmann, Kai-D. y Reinhard Kreissl, eds. 1996. *Kritische Kriminologie in der Diskussion*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Bussmann, Kai-D. y C. Lüdemann. 1988. Rechtsbeugung oder rationale Verfahrenspraxis? - Über informelle Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 71, 2: 81-92.
- Bustos Ramírez, Juan. 1982. *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- 1983. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. En *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, de R. Bergalli y otros. Bogotá: Temis.
- 1984. *Manual de Derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel.
- 1987. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU.
- 1993. Presente y futuro de la Victimología. En *Victimología: Presente y futuro*, de Juan Bustos y Elena Larrauri. Bosch: PPU.
- 1994. *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4.^a ed. Barcelona: PPU.
- 1996. Política criminal y Estado. *Ciencias penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 12: 3-9.
- Bustos, Juan y Elena Larrauri. 1993. *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. Bosch: PPU
- Butts, J. A. y H. N. Snyder. 1992. Restitution and Juvenile Recidivism. *Juvenile Justice Bulletin*, septiembre.
- Bynum, Jack E. y William E. Thompson. 1996. *Juvenile Delinquency. A Sociological Approach*, 3.^a ed. Boston: Allyn y Bacon.
- Byrd, Norma-Jean. 1997. Urban First Nations and Self-Government. En *Societal Development and Minority Rights*, editado por Y. N. Kly. Atlanta: Clarity Press.
- Byrne, P. 1993. *Criminal Law and Colonial Subject: New South Wales 1810-1830*. Cambridge: Cambridge University Press.

Byrne, J. M., A. J. Lurigio y J. Petersilia, eds. 1992. *Smart Sentencing. The Emergence of Intermediate Sanctions*. Londres: Sage.

Caballero Gea, J. A. 1996. *La responsabilidad penal y civil dimanantes del accidente de circulación*. Madrid: Dykinson.

Caballero Harriet, Francisco Javier. 1988. La "justicia alternativa". En *Víctimas del delito*. Cuadernos de Extensión Universitaria, dirigido por A. Beristain. Bilbao: UPV-EHU.

— 1991. *Temas pretexto... Para una reflexión*. Donostia: Laboratorio de Sociología Jurídica.

Caballero Harriet, Francisco Javier, Hans Harms y L. Ugarte. 1991. Núcleos de Intervención Participativa (NIP). *Anuario Vasco de Sociología del Derecho* 3: 235-47.

Cabanes, V. 1940. Observación psicológicas y reeducación de menores. Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio.

Cabellud, J. *Delincuentes habituales contra la propiedad*, t. III.

Cabezudo Rodríguez, N. 1996. *El ministerio público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares.

Cabrera Rodríguez, Elvira. 1996. La posición que mantiene el menor delincuente hacia sus víctimas. La conducta criminal del menor: un estudio descriptivo sobre la posición del menor delincuente hacia sus víctimas. Tesina de licenciatura. Las Palmas de Gran Canaria: ESCCRI.

Cabrero Mendoza, Enrique. 1996. Las políticas descentralizadoras en el ámbito internacional. Retos y experiencias. *Nueva Sociedad* 142: 72-95.

Cabrero Mendoza, Enrique, Rodolfo García del Castillo y Martha Gutiérrez Mendoza. 1995. *La nueva gestión municipal en México: análisis de experiencias innovadoras en gobiernos locales*. México: Porrúa.

Cachón Cadenas, Manuel y José Cid Moliné. 1997. La pena de días-multa como alternativa a la prisión. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

Cadenas Cortina, Cristina. 1996. Policía judicial y protección de las víctimas. *Cuadernos de la Guardia Civil* 16: 101-7.

Caffrey, Susan y Gary Mundy. 1995. Informal Systems of Justice: The Formation of Law within Gypsy Communities. Comunicación presentada en el *Workshop* "The Criminalisation and Victimisation of Gypsies in the New Europe", 19-20 de junio,

Oñati, IISJ.

Cain, Maureen. 1985. Beyond Informal Justice. *Contemporary Crisis* 9: 335-73.
— 1990. Toward Transgression: New Directions in Feminist Criminology. *International Journal of the Sociology of Law* 18: 1-18.
— 1997. Review of International Feminist Perspectives in Criminology. *Theoretical Criminology* 1, 3: 389-92.

Calan, Jeanne de. 1995. La prévention situationnelle en Angleterre: Fondements, pratiques et enjeux. *Les Cahiers de la Sécurité Interieure* 21: 143-57.

Calavita, K., J. Dimento, G. Geis y G. Forti. 1991. Dam Disasters and Durkheim: An Analysis of the Theme of Repressive and Restitutive Law. *International Journal of the Sociology of Law* 19, 4: 407-26.

Caldeira, Teresa. 1992. City of Walls: Crime Segregation and Citizenship in São Paulo. Universidad de California en Berkeley. Tesis doctoral.

Calderón Collantes, Fernando. 1871. El derecho del Estado para castigar y la legitimidad de la pena de muerte. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Calderón de la Barca, Pedro [1651] 1981. *Obras*, t. I. Barcelona: Amigos del Círculo del Bibliófilo.

Calderón Susín, Eduardo. 1990. *Arrepentimiento espontáneo. (Estudio del art. 9-9.ª del Código penal)*. Madrid: EDERSA.

Calhoun, G. M. 1927. *The Growth of the Criminal Law in Ancient Greece*. Berkeley: University of California.

Calliess, Rolf-Peter. 1974. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*. Frankfurt: Fischer.

Calsamiglia, Albert. 1989. La retórica de *Critical Legal Studies*. Impresiones de un lector español. *Doxa* 11: 295-310.

Calvo Buezas, Tomás. 1982. Estudio sociológico y antropológico sobre la juventud gitana. *Revista de Estudios de Juventud* 5, 1-3: 59-86.
— 1986. Los gitanos, un pueblo y una cultura en España. *Análisis e Investigaciones Culturales* 26, 1-3: 73-87.
— 1988. Jóvenes gitanos de Madrid: Realidad y ensoñación. *Cuadernos de Trabajo Social*, 1: 155-173.
— 1996. Racismo contra el pueblo gitano. En *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Barcelona: SOS Racismo.

- Calvo García, Manuel. 1994. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- 1995. Políticas de seguridad y transformaciones del derecho. En *La protección de la seguridad ciudadana*, editado por Ignacio Muñagorri Laguia, Oñati Proceedings 18. Oñati: IISJ.
- Calvo Sánchez, María del Carmen. 1995. El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral. En *Arbitraje, mediación, conciliación*, dirigido por Ernesto Pedraz Penalva. Madrid: CGPJ.
- Camargo de Barros Vidal, Luis Fernando. 1993. Privatização de presídios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 2: 56-63.
- Campa, Víctor. 1997. Derechos indios en México. Ponencia presentada en el Workshop La costumbre jurídica india como sistema de derecho, 14-5 de julio, Oñati, IISJ.
- Campo Moreno, Juan Carlos. 1995. *El arrepentimiento postdelictual*. Valencia: Editorial General del Derecho.
- Camus, Albert. 1994. *El primer hombre*. Barcelona: Tusquets.
- Canada's Correctional Service. 1991. *Contribution to the Protection of Society through Assistance & Control. An Overview of Canada's Correctional Service*.
- Canela Balsebre, Rosa M. 1996. Una aproximació a la figura del jutge de pau. Trabajo mecanografiado.
- Cannan, Patrick F. 1993. Prototypes for Privatized Correctional Services. *CJ The Americas* 6, 4: 15-6.
- Canteras Murillo, Andrés. *Delincuencia femenina en España*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Cantero, S. y Laly González. 1996. Incremento de la seguridad a través de la cooperación policial. *Policía* 116: 42-4.
- Cantor, G. 1976. An End to Crime and Punishment. *The Shingle* 39: 99-114.
- Cantor, R. 1974. Law without Lawyers: Cuba's Popular Tribunals. *Juris Doctor* 4: 24-7.
- Cappelletti, Mauro, ed. 1978/9. *Access to Justice*. Milán: Giuffrè.
- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. 1996. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México.
- Cappellini, Paolo, G. Cazzeta, B. Clavero y otros. 1995. *De la Ilustración al*

liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Caravantes García, Carlos M. 1995. Los pueblos indios de cara al año 2000. Perspectivas de futuro. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.

Carbonell Mateau, Juan Carlos. 1993. El sistema de penas y medidas de seguridad. Novedades del proyecto de Código penal de 1992. Conferencia pronunciada en las Jornadas "La reforma penal necesaria", organizadas por la sección de Derecho penal de la Facultad de San Sebastián, noviembre.

— 1995. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Carbonnier, Jean. 1982. *Sociología jurídica*. Madrid: Tecnos.

— 1992. Réflexion sur la médiation. La médiation: une mode alternatif de résolution des conflits? En *Mediation als Alternative Konfliktlösungsmöglichkeit?* Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

Cárcova, C. M., ed. 1995. *Derecho y transición democrática. Problemas de gobernabilidad*. Oñati Proceedings 20. Oñati: IISJ.

Cardenal Murillo, A. y J. L. Serrano González de Murillo. 1993. *Protección penal del honor*. Madrid: Civitas.

Cardín, Alberto. 1990. *Lo próximo y lo lejano. Tientos etnológicos II*. Barcelona: Icaria.

Cario, Robert. 1992. *Femmes et criminelles*. París: Érès.

— 1996. *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel. Essai d'introduction aux sciences criminelles*. París: L'Harmattan.

Carlen, Pat. 1988. *Women, Crime and Poverty*. Londres: Open University Press.

— 1990. *Alternatives to Women's Imprisonment*. Londres: Open University Press.

— 1992a. Women, Crime, Feminism, and Realism. En *Realist Criminology. Crime Control and Policing in the 1990s*, editado por J. Lowman y B. D. MacLean. Toronto: University of Toronto Press.

— 1992b. Criminal Women and Criminal Justice: The Limits to, and Potential of, Feminist and Left Realist Perspectives. En *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.

— 1994. Papa's Discipline: Disciplinary Modes in the Scottish Women's Prison. En *Criminal Justice*, editado por Nicola Lacey. Oxford: Oxford University Press.

— 1995. Virginia, Criminology, and the Antisocial Control of Women. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.

Carlen, Pat y Anne Worrall, eds. 1987. *Gender, Crime and Justice*. Londres: Open University Press.

Carlyle, Tomas. 1909. *Folletos de última hora. El tiempo presente. Cárceles modelos. El gobierno moderno. De un gobierno nuevo. Elocuencia política. Parlamentos. Estatuomania. Jesuitismo*. Madrid: Daniel Jorro.

Carmena, Manuela. 1997. El informe criminológico en el ámbito penitenciario. Conferencia pronunciada en el Curso "Criminología Clínica. Tres informes criminológicos en la normativa y en la praxis", 14 y 15 de marzo de 1997, San Sebastián, IVAC-KREI.

Carmichael, D. L., J. Hubert, B. Reeves y A. Schanche, eds. 1994. *Sacres Rites, Sacred Places*. Londres: Routledge.

Carmona Ruano, Miguel. 1994. El principio acusatorio y el derecho de defensa en el juicio de faltas. En *Cuestiones de Derecho procesal penal*, dirigido por Juan Saavedra Ruiz. Madrid: CGPJ.

Carnelutti, F. 1959. *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Caro Baroja, Julio. 1990. Prólogo. En *De leyes penales y de Dios legislador. (Alfa y Omega del control penal humano)*, de Antonio Beristain Ipiña. Madrid: Edersa.

Caroni, Pio. 1996. *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*. Madrid: Marcial Pons.

Carpena, Fructuoso. 1930. *Hermanos-Lobos y hermanos-delincuentes*. Madrid: Sociedad General Española de Librería.

Carpintero Benítez, Francisco. 1990. Poder y Derecho: La modernidad ante la resistencia a la injusticia. *Anuario de Filosofía del Derecho* VII: 379-408.

Carrasco Canals, Carlos. 1956. La delincuencia femenina y sus razones. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 121: 213-6.

Carrascosa Canals, Carlos. 1956. Los delitos en la Guinea Española. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 120: 53-9.

Carrière, K. D. y R. V. Ericson. 1989. *Crime Stoppers: A Study in the Organisation of Community Policing*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto.

Carrington, Kerry. 1990. Aboriginal Girls and Juvenile Justice: What Justice? *Journal for Social Justice Studies* 3: 1-18.

- Carrow, D. M. 1980. *Crime Victim Compensation. Program Model*. Washington, CD: U. S. Department of Justice.
- Carval, Suzanne. 1995. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Casas, Bartolomé de. [1552] 1992. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Madrid: Tecnos.
- Castan, Nicole. 1980. *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*. París: Flammarion.
- 1983. The Arbitration of Disputes under the "Ancien Régime". En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press. (Extracto de su libro de 1980).
- 1992. La criminal. En *Historia de las mujeres. Del Renacimiento a la Edad Moderna*, dirigido por A. Farge y N. Z. Davis. Madrid: Taurus.
- Castberg, A. D. 1990. *Japanese Criminal Law*. Nueva York: Praeger.
- Castelli, E., dir. 1968. *Le mythe de la peine. Actes du Colloque organisé par le Centre International d'Études Humanistes et par l'Institut d'Études Philosophiques de Rome. Rome, 7-12 Janvier 1967*. Montaigne.
- Castilla del Pino, Carlos, ed. 1989. *De la intimidad*. Barcelona: Crítica.
- Castillo Hernández, S. 1941. *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Castro, Concepción de. 1996. *Campomanes. Estado y reformismo ilustrado*. Madrid: Alianza.
- Castro Jover, Adoración, dir. 1995. La tolerancia en la sociedad actual. Cursos de Verano de la UPV-EHU, 22-3 de agosto, San Sebastián.
- Castro y Orozco, J. de y M. Ortiz de Zúñiga. 1848. *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*. Granada: Don Manuel Sanz.
- Catalá, Ch. 1993. Efectos en el proceso civil posterior de las resoluciones penales que no tienen pronunciamiento civil. *La Ley*, 30 de marzo, 6.
- Catanzaro, Raimondo. 1992. *El delito como empresa. Historia social de la mafia*. Madrid: Taurus.
- Cavadino, M. y J. Dignan. 1997. Reparation, Retribution and Rights. *International Review of Victimology* 4, 4: 233-54.

Cebrián Abellán, Aurelio. 1992. *Marginalidad de la población gitana española*. Murcia: Universidad de Murcia.

Cebrián, Juan Luis. 1997. Memoria sobre algunos ejemplos para la transición política en la obra de don Gaspar Melchor de Jovellanos. Discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua. En *El País*, 19 de mayo de 1997, p. 33.

Cendán Doce, F. M. 1992. El sentimiento jurídico en la literatura. *Tapia*, diciembre: 14-5.

Centre International de Criminologie Comparée. Université de Montréal. 1995. *Bulletin d'Information*, vol. 2, n. 1.

Centro Trama (Trabajo en Marginación y Desarrollo Social). 1995. Avance de la memoria del programa de medidas alternativas al internamiento (reparación de daños y trabajo en beneficio de la comunidad). Septiembre 1994/ abril 1995. Madrid.

— 1996. Aprendiendo a convivir. *Anuario de Psicología Jurídica*: 119-28.

Cerdán de Tallada, Tomás. 1574. *Visita de la cárcel y de los presos*. Valencia.

Cerés Montés, José Francisco. 1995. Lugar que desempeña la víctima, en particular en la fase de instrucción. *Actualidad Jurídica Aranzadi* 219: 1-11.

Cerezo Mir, José. 1993. Consideraciones político-criminales sobre el proyecto de Código penal de 1992. Lección inaugural del curso académico MCMXCIII-MCMXCIV. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

— 1996. *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*. Madrid: Tecnos.

Chamberlain, A. F. 1995. Legal Folklore of Children. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Chamorro, Jesús Vicente. 1983. *Algunas consideraciones sobre delito y sociedad*. Madrid: Alba.

Chan, J. y R. V. Erickson. 1981. *Decarceration and Economy of Penal Reform*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto.

Chan, J. y J. Hagan. 1982. *Law and Chinese in Canada: A Case Study in Ethnic Perceptions of the Law*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto.

Chang, Dae H. 1988. Crime and the Delinquency Control Strategy in Japan: A Comparative Note. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 12: 139-49.

- Chanock, Martin. 1985. *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chapman, Audrey R. 1996. A "Violations Approach" for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly* 18: 23-66.
- Chaves Camargo, Antonio Luis. 1996. Contradições da Modernidade e Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 16: 114-26.
- Chenaut, Victoria y María Teresa Sierra. 1995. *Pueblos indígenas ante el derecho*. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.
- Chesney-Lind, Meda. 1997. *The Female Offender. Girls, Women, and Crime*. Londres: Sage.
- Chiavario, Mario. 1997. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé* 2: 427-39.
- Chiba, Masaji, coord. 1986. *Asian Indigenous Law: An Interaction with Received Law*. Londres: KPI.
- 1989. *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*. Tokio: Tokai University Press.
- 1995. Legal Pluralism in Mind: A Non-Western View. En *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, editado por Hanne Petersen y Henrick Zahle. Aldershot: Dartmouth.
- 1996. Memorandum: An Operational Definition of Legal Culture. Comunicación presentada en el *Workshop "Changing Legal Cultures: I. Theoretical and Methodological Considerations"*, 13-14 de junio, Oñati, IISJ.
- Chockalingam, K. 1985. *Readings in Victimology. Towards a Victim Perspective in Criminology*. Madrás: Ravi Raj.
- Chown, Peggy L. y John H. Parham. 1995. Can we Talk? Mediation in Juvenile Cases. *FBI Law Enforcement Bulletin*, noviembre: 21-5.
- Christie, Nils. 1977. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology* 17, 1. Para una versión en castellano, véase la referencia de 1992.
- 1981. *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson.
- 1988. Las prisiones como indicadores culturales. En *1. res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i Comunitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- 1992. Los conflictos como pertenencia. En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Julio B. Maier. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- 1993. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: El Puerto.
- 1994. Contra el "justo merecido". *Cuadernos de Criminología* 4: 13-24.
- 1997. Four Blocks against Insight: Notes on the Oversocialization of

- Criminologists. *Theoretical Criminology* 1, 1: 13-23.
- Chupp, Mark. 1989. Reconciliation Procedures and Rationale. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.
- Churruga, Juan de. Con la colaboración de Rosa Mentxaka. 1987. *Introducción histórica al Derecho romano*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Cicero, N. K. 1996. *Servicios públicos. Control y protección*. Buenos Aires.
- Cicourel, Aaron. 1968. *The Social Organisation of Juvenile Justice*. Nueva York: Wiley.
- Cid Cebrián, Miguel. 1995. *Justicia gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*. Pamplona: Aranzadi.
- Cid Moliné, José. 1994. *¿Pena justa o pena útil? (El debate contemporáneo en la doctrina penal española)*. Madrid: Ministerio de Justicia.
— 1997. El trabajo en beneficio de la comunidad. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.
- Cid Moliné, José y Elena Larrauri Pijoan. 1997. Introducción. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.
- Cidróñ, Manuel. 1948. Colonización penitenciaria. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 38: 61-6.
- Cieza de León, P. de. [1553] 1962. *La Crónica de Perú*, 3.^a ed. Madrid: Espasa Calpe.
- Cittadino, G. 1995. Privatização do público no Brasil: negação do conflito x paradigma do entendimento. *Direito, Estado e Sociedade* 6: 61-72.
- Clairmont, Donald. 1996. Alternative Justice Issues for Aboriginal Justice. *Journal of Legal Pluralism* 36: 125-58.
- Clanchy, Michael. 1983. Law and Love in the Middle Ages. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clark, John Maurice. 1926. *Social Control of Business*. Chicago: Chicago University Press.
- Clarke, Ronald V. 1996a. Les technologies de la prévention situationnelle. *Les Cahiers de la Sécurité Interieure* 21: 101-113.
— 1996b. "Situational" Crime Prevention: Theory and Practice. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan.

Londres: Sage.

Clavero, Bartolomé. 1990. Delito y pecado. Noción y escala de transgresión. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

Clear, Todd R. 1994. *Harm in American Penology. Offenders, Victims, and their Communities*. Albany, NY: State University of New York Press.

Clemente Díaz, Miguel. 1986. La orientación comunitaria en el estudio de la delincuencia. En *Psicología social y sistema penal*, dirigido por F. Jiménez Burillo y M. Clemente. Madrid: Alianza.

Clemente Díaz, Miguel y Miguel Ángel Vidal Vázquez. 1996. *Violencia y televisión*. Madrid: Noesis.

Clements, Kevin P. 1996. Foreword. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.

Clifford, J. 1995. *Dilemas de la cultura. Antropología, literatura y arte en la perspectiva posmoderna*. Barcelona: Gedisa.

Coady, M. M. y C. A. J. Coady. 1992. "There Ought to Be a Law against it": Reflections on Child Abuse, Morality and Law. *International Journal of Law and the Family* 6: 126-39.

Cobo del Rosal, Manuel y Enrique Bacigalupo. 1980. Desarrollo histórico de la Criminología en España. *Cuadernos de Política Criminal* 11: 31-46.

Cobo del Rosal, Manuel, Miguel Bajo Fernández y Víctor Fairen Guillén, dirs. 1994. *Comentarios a la legislación penal*. Tomo XV, 2 vols. Ley de protección de la seguridad ciudadana; sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre. Madrid: EDERSA.

Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón. 1987. *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cobo Suero, J. M. 1992. Una reflexión sobre el valor de la interdisciplinariedad. *Icade* 27: 39-50.

Cobos Gavala, Rosa. 1989. *El Juez de paz en la ordenación jurisdiccional española*. Madrid: Ministerio de Justicia.

Cohen, Jerome A. 1966. Chinese Mediation on the Eve of Modernization. *California Law Review* 54: 26-54.

Cohen, Lawrence E. y Bryan J. Vila. 1996. Self-Control and Social Control: An Exposition of the Gottfredson-Hirschi/ Sampson-Laub Debate. *Studies on Crime and Crime Prevention* 5, 2: 125-50.

Cohen, Stanley. 1987. Taking Decentralization Seriously: Values, Visions and Policies. En *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*, editado por J. Lowman *et al.* Aldershot: Glower.

— [1985] 1988a. *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones.* Barcelona: PPU.

— 1988b. *Against Criminology.* Oxford: Transaction Books.

— 1989. The Critical Discourse on "Social Control": Notes on the Concept as a Hammer. *International Journal of the Sociology of Law* 17: 347-57.

— 1994. Inside the System. En *Criminal Justice*, editado por Nicola Lacey. Oxford: Oxford University Press.

— 1996. The Punitive City. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

Cohen, Stanley y Andrew Scull. 1983. *Social Control and the State: Historical and Comparative Essays.* Oxford: Robertson.

Cohen, Stanley y Laurie Taylor. [1976] 1993. *Escape Attempts. The Theory and Practice of Resistance to Everyday Life.* Londres: Routledge.

Cohen-Tanugi, Laurent. 1985. *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique.* PUF.

Coiteux, Josée, Paule Campeau, May Clarkson y Marrie-Marthe Cousineau. 1996. *Question d'équité. L'aide aux victimes d'actes criminels.* Montreal: Association Québécoise Plaidoyer-Victimes.

Colanzi Zeballos, Alejandro. 1991. *Reflexiones criminológicas y penales.* Santa Cruz, Bolivia: Universidad Autónoma Gabriel René Moreno.

Colectivo Amani. 1994. *Educación intercultural. Análisis y resolución de conflictos.* Madrid: Popular.

Colegio Oficial de Psicólogos. Delegación de Madrid. 1995. *Mediación: una alternativa extrajurídica.* Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.

Coleman, James S. 1990. *Foundations of Social Theory.* Cambridge: Harvard University Press.

Coleman, Clive y Jenny Moynihan. 1996. *Understanding Crime Data. Haunted by the Dark Figure.* Londres: Open University Press.

Collantes de Terán, M.^a José. 1996. El delito de adulterio en el derecho general

de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho español* 46: 151-80.

Collier, Jane F. 1995. *El derecho zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*. México: UNICACH.

Colmenares Olívar, Ricardo. 1995. Los derechos humanos y el pluralismo jurídico en Venezuela: una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas. *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política* 2, 2: 35-50.

— 1996. Sistemas de justicia penal formal y el derecho consuetudinario wayuu. *Capítulo Criminológico* 24, 2: 107-18.

Colombo, Dario Angelo. 1996. A Few Considerations about Mediations. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation -3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6-7 de junio, Oñati, IISJ.

Colomy, P. y M. Kretzmann. 1995. Projects and Institution Building: Judge Ben B. Lindsey and the Juvenile Court Movement. *Social Problems* 42: 191-215.

Comaroff, John y Simon Roberts. 1981. *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. Chicago: The University of Chicago Press.

Comisaría General de Seguridad Ciudadana. 1996. Grabaciones videográficas de actividades delictivas en la vía pública. *Ciencia policial* 38: 75-80.

Comisión Episcopal de Acción Social. 1988. Indemnización excepcional a víctimas de accidentes o actos de terrorismo y narcotráfico. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1994. *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*. México.

Commission on Crime Prevention and Criminal Justice. 1997a. International Victims Assistance Handbook on the Use and Application of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Draft.

— 1997b. Manual on the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Draft.

Concepción Rodríguez, J. 1996. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982*. Bosch: Barcelona.

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, dir. 1997. *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I Derechos fundamentales. Artículos 1 a 137. Madrid: Trivium.

Conill, Jordi y Josep Maria Lahosa. 1991. El papel de la movilización ciudadana en la política de prevención. *Prevenió. Quaderns d'Estudis i Documentació* 6: 13-5.

Conley, John M. y William M. O'Barr. 1993. Legal Anthropology Comes Home: A Brief History of the Ethnographic Study of Law. *Loyola Law Review of Los Angeles* 27, 1: 41-64.

Conrad, John P. 1990. Concluding Comments: VORP and the Correctional Future. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.

Consejo de Europa. 1980. *Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad*. Buenos Aires: Ediar.

— 1992. Estadística penal anual del Consejo de Europa: Encuesta de 1992. *Revista de Estudios Penitenciarios* 246: 113-47.

Consejo General del Poder Judicial. 1993. *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

— 1995a. *Derecho de seguros*. Madrid: CGPJ.

— 1995b. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: CGPJ.

— 1996. *Los juzgados de paz*. Madrid: CGPJ.

Consejo Vasco de la Abogacía e Ilustre Colegio de Abogados de Álava, orgs. 1996. *Primeras Jornadas de Derecho penitenciario de Euskadi. Prisión y reinserción. Vitoria-Gasteiz, 16-7 de junio 1995*. Vitoria-Gasteiz: Diputación Foral de Álava.

Contact Center. 1985. Community Residential Corrections Programs: An International Survey, August.

Cooke, D. J. 1989. *Treatment as an Alternative to Prosecution*, vol. 1, Diversion to the Douglas Inch Centre. Edimburgo: Scottish Office, Central Research Unit Papers.

Copete, Marie-Lucie. 1990. Criminalidad y espacio carcelario en una cárcel del Antiguo Régimen. La cárcel real de Sevilla a finales del siglo XVI. *Historia Social* 6: 105-26.

Coppet, Daniel, ed. 1992. *Understanding Rituals*. Londres: Routledge.

Corcuera, J. 1994. El trabajo cotidiano por la paz. *El Correo*, 31 de agosto, p. 23.

Cordero Avendaño de Durand, Carmen. 1977. *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los Triquis*. Oaxaca: Instituto de Administración Pública.

— 1997. *La vara de mando. Costumbre jurídica en la transmisión de poderes*. Oaxaca: H. Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez.

Córdoba Roda, Juan. 1996. Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima. *La Ley* 4.043: 3-4.

Córdoba Roda, J. y G. Rodríguez Mourullo. 1972. *Comentarios al Código penal*, t. I.

Barcelona: Ariel.

Corntassel, Jeff J. y Tomas Hopkins Primeau. 1995. Indigenous "Sovereignty" and International Law: Revised Strategies for Pursuing "Self-Determination". *Human Rights Quarterly* 17, 2: 343-65.

Coronado, María Jesús. 1992. El contenido de las medidas y criterios de selección. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 57-68.

Coronas González, Santos M. 1992. Los fiscales del Consejo Real y la monarquía reformista borbónica. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.

Correas, Óscar. 1994. El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces. *Jueces para la Democracia* 22, 2: 102-7.

— 1995. El derecho indígena y la juricidad. Problemas teóricos. *Sociologia del Diritto* 2: 143-54.

— 1996. Derecho, cultura y sociedad: de las relaciones sociales al discurso del derecho. Conferencia en el Curso de Verano "Derecho entre Economía, Política y cultura", dirigido por R. Bergalli, Oñati, IISJ.

Corriente Córdoba, José Antonio, José Luis Cascajo Castro, Ricardo de Ángel Yagüez y otros. 1991. *Estudios sobre el derecho de consumo*. Bilbao: Iberdrola.

Cortés Bechiarelli, Emilio. 1997. *Arrebato u obcecación*. Madrid: Marcial Pons.

Cortina, Adela. 1989. *La ética discursiva*. Barcelona: Crítica.

— 1993. *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos.

Coser, Lewis A. 1982. The Notion of Control in Sociological Theory. En *Social Control. Views from the Social Sciences*, editado por Jack P. Gibbs. Londres: Sage.

Cotterrell, Roger. 1991. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.
— 1995. *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.

— 1997. The Concept of Legal Culture. En *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken. Aldershot: Dartmouth.

Council of Europe. 1985. The Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure. Comité Europeo para los Problemas Criminales.

Courtois, Gérard, comp. 1984. *La vengeance dans la pensée occidentale*, vol. IV. París: Cujas.

— 1996. L'impératif pénal selon Paul Fauconnet. *Droit et Culture* 31, 1: 107-18.

Cousiño Mac Iver, L. 1975. *Derecho penal chileno. Parte general*, t. I. Santiago de

Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cova García, Luis. 1956. La delincuencia entre los indígenas venezolanos. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 124: 692-3.

Cowan, James. 1992. *Mysteries of the Dream-Time. The Spiritual Life of Australian Aborigines*. Lindfield: Unity Press.

Cowie, J., V. Cowie y E. Slater. 1968. *Delinquency in Girls*. Londres: Heinemann.

Cragg, W. 1992. *The Practice of Punishment. Towards a Theory of Restorative Justice*. Londres: Routledge.

Crane, Diana. 1982. Cultural Differentiation, Cultural Integration, and Social Control. En *Social Control. Views from the Social Sciences*, editado por Jack P. Gibbs. Londres: Sage.

Crawford, Adam. 1994. The Partnership Approach to Community Crime Prevention: Corporatism at the Local Level? *Social & Legal Studies* 3: 497-519.

— 1995. Appeals to Community and Crime Prevention. *Crime, Law and Social Change* 22: 97-126.

— 1996. Alternatives to Prosecution: Access to, or Exits from, Criminal Justice? En *Access to Criminal Justice: Legal Aid, Lawyers & the Defence of Liberty*, editado por R. Young y D. Wall. Londres: Blackstone.

Crawford, Donna y Richard Bodine. 1996. *Conflict Resolution Education. A Guide to Implementing Programs in Schools, Youth-Serving Organizations, and Community and Juvenile Justice Settings. Program Report*. Washington, CD: Office of Justice and Delinquency Prevention.

Cremades, Javier. 1996. Ante el nuevo Código penal. *El País*, 11 de junio, p. 14.

Cresci Sobrinho, Elício de. 1991. *Justiça Alternativa*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Crespo Cuadrado, Ana José. 1995. Servicio en beneficio de la comunidad y el procedimiento de conciliación y reparación. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

— 1996. La reparación en el nuevo Código penal. Comunicación presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes", 12-3 de abril, Barcelona.

Cretney, Antonia, Gwynn Davis, Chris Clarkson y Jon Shepherd. 1994. Criminalizing Assault: The Failure of the "Offense against Society". *British Journal of Criminology* 34, 1: 15-29.

- Creus, Carlos. 1993. Los temas del penalismo moderno. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3: 189-212.
- Criminal Justice International*. 1994. Corporal Punishment, A to Z. vol. 10, n. 5: 17-9.
- Criminal Justice Matters*. 1995. Gender, Crime and Criminal Justice, n. 19.
- Crnkovich, Mary. 1996. A Sentencing Circle. *Journal of Legal Pluralism* 36: 159-82.
- Cromwell, P. F. 1989. Quaker Reforms in American Criminal Justice: The Penitentiary and Beyond. *Criminal Justice History* X: 76-94.
- Crossley, Nick. 1996. *Intersubjectivity. The Fabric of Social Becoming*. Londres: Sage.
- Crowe, David M. 1996. *A History of the Gypsies of Eastern Europe and Russia*. Nueva York: St. Martin's Griffin.
- Cruz, Manuel. 1996a. *¿A quién pertenece lo ocurrido?* Madrid: Taurus.
— , comp. 1996b. *Tiempo de subjetividad*. Barcelona: Paidós.
- Cruz Villalón, Jesús. 1996. El arbitraje laboral en la reforma legislativa. En *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa. VI Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, compilado por Antonio Ojeda Avilés. Madrid: Tecnos.
- Cuadra, Bonifacio de la. 1995. Juristas contra la marginación. Juristas gitanos y payos buscan juntos soluciones a menores y marginados. *Nevipens Romani*, 1-15 de julio, p. 3.
- Cubero Pérez, Fernando. 1996. La acción civil como acción delegada en el Ministerio Público. (Alcances y limitaciones de la delegación). *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 12: 72-82.
- Cuello Calón, Eugenio. 1945. Lo que Howard vio en España. Las cárceles y prisiones de España a fines del siglo XVIII. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 1: 12-7.
— 1954. ¿Debe cumplirse la pena de prisión? *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 106: 5-16.
- Cuena Boy, Francisco. 1994. Derecho y sistema, observaciones críticas sobre el sistema. *Jueces para la Democracia* 22, 2: 29-53.
- Cuerda Riezu, A. 1990. Tabla genealógica-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 43: 99-115.
— 1991. *El legislador y el Derecho penal (una orientación hacia los orígenes)*.

Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Cuesta Aguado, Paz de la, coord. 1994. *Victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*. Cádiz: Universidad de Cádiz.

Cuesta Arzamendi, José Luis de la. 1982. *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*. San Sebastián: Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa.

— 1983. El sistema penal penitenciario: reforma o abolición. *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* 12: 21-32.

— 1985. La sanción de trabajo en provecho de la comunidad. *La Ley*, 14 de mayo: 1.067-75.

— 1988. La reparación a la víctima en el Derecho penal español. En *Las víctimas del delito*. Cuadernos de Extensión Universitaria. Bilbao: UPV-EHU.

— 1989. Presupuestos fundamentales del Derecho penal. *Eguzkilore* 3: 55-78.

— 1990. *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código penal*. Barcelona: Bosch.

— 1993. Víctimas de robos y agresiones violentas en la ciudad de Vitoria-Gasteiz. *International Annals of Criminology* 31: 107-126.

— 1997. Le nouveau Code pénal espagnol de 1995. En *International Review of Penal Law. The Criminal Justice Systems Facing the Organized Crime*. París: Érès.

Cuesta, José Luis de la y Gema Varona. 1996. An Approach to the New Spanish Penal Code of 1995. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 3: 226-42.

Cuesta Gorostidi, Cristina. 1994. Estudio de la situación personal, la intervención institucional y la respuesta social a las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa. Tesina presentada para la obtención del Master en Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.

Cullen, Francis T. y Karen E. Gilbert. 1996. The Value of Rehabilitation. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

Cunneen, Chris, ed. 1990. Aborigines and Law and Other Regimes. *Journal for Social Justice Studies* 3: 37-50.

— , ed. 1992. *Aboriginal Perspectives in Criminal Justice*. Sydney: Institute of Criminology.

Currie, Dawn H. 1992. Feminism and Realism in the Canadian Context. En *Realist Criminology. Crime Control and Policing in the 1990s*, editado por J. Lowman y B. D. MacLean. Toronto: University of Toronto Press.

Currie, Elliot. 1992. En Retreatism, Minimalism, Realism: Three Styles of Reasoning on Crime and Drugs in the United States. En *Realist Criminology. Crime Control and Policing in the 1990s*, editado por J. Lowman y B. D. MacLean. Toronto: University of Toronto Press.

— 1996. Social Crime Prevention Strategies in a Market Society. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

— 1997. Market, Crime and Community. Toward a Mid-Range Theory of Post-Industrial Violence. *Theoretical Criminology* 1, 2: 147-72.

Curtis, Lynn A., ed. 1987. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Policies to Prevent Crime: Neighborhood, Family, and Employment Strategies*. Londres: Sage.

Cusson, M. 1986. The Social Control of Crime. *Cahier de Recherches Criminologiques du Centre International de Criminologie Comparée* 6.

Dabas, Eline y Denise Najmanovich, comps. 1995. *Redes: el lenguaje de los vínculos. Hacia la reconstrucción y el fortalecimiento de la sociedad civil*. Paidós: Buenos Aires.

Daga, Luigi. 1995. The International Engagement for Enhancing Non-Custodial Measures and for Reducing Recourse to Incarceration: An Overview on the Researches Concerning Non-Custodial Sanctions. En *The Contributions of Specialized Institutes and Non-Governmental Organizations to the United Nations Criminal Justice Program. In Honor of Adolfo Beria di Argentine*, editado por M. Cherif Bassiouni. La Haya: Martinus Nijhoff.

Dalcq, R. O. 1989. Propos sur la responsabilité civile. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 22: 39-53.

Dalstra, Koos. 1982. The Immanent Structure of Crime Control. En *Securing the State. Politics of Internal Security in Europe. Working Papers in European Criminology* 3. Derry: European Group for the Study of Deviance and Social Control.

Daly, Kathleen. 1989. Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some Feminist Questions about Justice. *International Journal of Sociology of Law* 17: 1-18.

— 1997. Different Ways of Conceptualizing Sex/Gender in Feminist Theory and their Implication for Criminology. *Theoretical Criminology* 1, 1: 25-52.

Dandeker, Christopher. 1990. *Surveillance, Power and Modernity: Bureaucracy and Discipline from 1700 to the Present Day*. Cambridge: Polity.

Daniel, D. y J. Bustelo. 1995. La práctica de la mediación familiar desde la perspectiva de una institución privada no lucrativa. En *Mediación: una alternativa extrajudicial*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.

Danielsen, Dan y Karen Engle, eds. 1995. *After Identity. A Reader in Law and Culture*. Nueva York: Routledge.

Danzing, R. 1973. Towards the Creation of a Complementary Decentralized System of Criminal Justice. *Stanford Law Review* 26: 1-54.

Dapena, J. y J. Martín. 1992. Contexto, actores y transgresiones dentro de la conciliación y reparación a las víctimas y a la comunidad. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 77-88.

David, S. B. y G. F. Kirchhoff, eds. 1992. *International Faces of Victimology. Papers and Essays Given at the VIth International Symposium on Victimology in Jerusalem 1988*. Möchengladbach: World Society of Victimology.

Davies, Malcolm. 1993. *Punishing Criminals: Developing Community-Based Intermediate Sanctions*. Westport: Greenwood Press.

— 1996. *Penological Esperanto and Sentencing Parochialism. (A Comparative Study of the Search for Non-Prison Punishment)*. Aldershot.

Davis, Gwyn. 1992a. *Making Amends. Mediation and Reparation in Criminal Justice*. Londres: Routledge.

— 1992b. Reparation in the UK: Dominant Themes and Neglected Themes. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.

Davis, Nanette J. 1996. Women, Crime and the State. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

Davis, Robert C. y Arthur J. Lurigio. 1996. *Fighting Back. Neighborhood Antidrug Strategies*. Londres: Sage.

Davis, William E. 1996. Diseño de sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuertas en Estados Unidos. En *Medición: una transformación en la cultura*, compilado por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Barcelona: Paidós.

Debuyst, Christian, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie y Alvaro P. Pires. 1995. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Ottawa: De Boeck Université.

Deflem, Mathieu. 1994. Social Control and the Theory of Communicative Action. *International Journal of the Sociology of Law* 22: 355-373.

DeKeseredy, W. S. y M. D. Schwartz. 1991. British Left Realism and the Abuse of Women: a Critical Appraisal. En *Criminology as Peacemaking*, editado por R. Quinney y H. Pepinsky. Indiana: Indiana University Press.

Delattre, Gerd y Christian Niederhöfer. 1995. *Täter-Opfer-Ausgleich und Zivilrecht. Vom Umgang mit relativem Unwissen. Ein Leitfaden für die Praxis*. Bonn: Forum.

- Deleuze, G. 1991. Das elektronische Halsband. Innenansicht der kontrollierten Gesellschaft. *Kriminologisches Journal* 24: 181-6.
- Delgado, Manuel. 1992. La "new age" antropológica. Lo viejo, lo nuevo y lo confuso en la Antropología posmoderna. *El País Babelia*, 6 de junio, p. 18.
- Delgado Ocando, J. M. 1978. *Hipótesis para una Filosofía antihegemónica del Derecho y del Estado*. Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho.
- Delmas-Marty, Mireille. 1983. *Modèles et mouvements de politique criminelle*. París: Economica.
- 1986. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- 1995. El proceso penal en Europa: Perspectivas. *Poder Judicial* 37: 79-91.
- , dir. 1997. *Corpus Iuris. Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*. París: Economica.
- Delumeau, Jean. 1983. *Le péché et la peur. La culpabilisation en Occident. (XIII-XVIII siècles)*. París: Fayard.
- 1990. *L'aveu et le pardon. Les difficultés de la confession, XIII-XVIII siècles*. París: Fayard.
- 1996. Una travesía del milenarismo occidental. Lección magistral en Discursos de la Solemne investidura del Excmo. Dr. D. Jean Delumeau Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Deusto, 22 de marzo.
- Delvaux, P.-H. y G. Schamps. 1994. Les enjeux d'une dissociation des fautes pénale et civile. Réunion du 19 Mars 1991. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 3-4: 237-49.
- Delvillar, A. s. f. *El somatén. Su origen. Su historia. Su organización. Su espíritu*. Barcelona: Viuda de Luis Tasso.
- Demarchi, Franco y Aldo Ellena, dirs. 1986. *Diccionario de Sociología*. Madrid: Ediciones Paulinas.
- Dentan, Robert. 1994. Surrendered Men. En *The Anthropology of Peace and Nonviolence*, editado por Leslie E. Sponsel y Thomas Gregor. Boulder: Lynne Rienner.
- Department of Justice. 1981. *Giving Service. A Guide for those Sentenced to Community Service*. Wellington: Department of Justice.
- Depew, Robert C. 1996. Popular Justice and Aboriginal Communities: Some Preliminary Considerations. *Journal of Legal Pluralism* 36: 21-68.
- Der Bundesministerium der Justiz. 1980. *Der Staat hilft den Opfern von Gewalttaten*. Bonn.
- 1992. *Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis - Informelle Reaktion und neue*

ambulante Maßnahmen auf dem Prüfstand-Symposium von 6. -9. Oktober in der Universität Konstanz, 4.^a ed. Bonn.

-Derrida, J. 1981. *Positions*. Chicago: University of Chicago Press.

Desdevises, M.-C. 1993. L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: l'exemple britannique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, marzo: 45-62.

Designe, J. 1992. Au-delà de nos frontières. *Informations Sociales* 22, Le demande de droit.

Deutsche Bewährungs-, Gerichts- und Straffällingenhilfe e.V., ed. 1995. *Täter-Opfer-Ausgleich. Materialien für eine Diskussion zusammengestellt vom Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung*. Bonn.

Dewhurst, M. L. y V. D. Wall. 1994. Gender and the Mediation of Conflict: Communication Differences. En *Conflict and Gender*, editado por A. Taylor y J. Beinstein. Cresskill: Hampton Press.

Dewulf, C., E. Fieuws, T. Goosen, C. Hanozin, A. Piers y otros. 1996. Évaluation de l'application de la loi organisant une procédure de médiation pénale en Belgique du 1er Janvier au 31 Décembre 1995. Bruselas: Ministère de la Justice.

Díaz Alabart, Silvia. 1991. Tribunales arbitrales de consumo. En *Estudios sobre el derecho de consumo*. Bilbao: Iberdrola.

Díaz Cabiale, José Antonio. 1996. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares.

Díaz, César. 1997. Crímenes sin castigo castigan con nuevos crímenes. En *Anuario El País 1997*. Madrid: Ediciones El País.

Díaz de Quijano González, Javier. 1996. Ayudas y asistencia a la víctima. Ley 35/1995, de 11 de diciembre. *Policía* 116: 33-7.

Díaz Rementeria, C. J. 1976. La costumbre indígena en el Perú hispánico. *Anuario de Estudios Americanos* 33: 189-215.

Díaz-Polanco, Héctor. 1991. *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*. México: Siglo XXI.

Dickens, Charles. 1960. *Obras completas*, 3.^a ed, t. I. Madrid: Aguilar.

Dickson-Gilmore, Jane. 1996. Resurrecting the Peace: Traditionalist Approaches to Separate Justice in Kahnawake Mohawk Nation. *Law & Philosophy* 8: 83-106.

- Diego Díaz-Santos, Rosario y Eduardo Fabián Caparros. 1995. *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos.
- Diego Díez, Luis Alfredo de. 1997. *La conformidad del acusado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Diego Vallejo R. de, F. Jiménez Gómez y J. de Diego Vallejo. 1994. Tratamiento residencial y reintegración comunitaria de delinquentes juveniles. *Anuario de Psicología Jurídica*: 161-8.
- Díez Etxezarreta, Josune. 1997. Los maltratadores son personas normales. *Emakunde* 26: 22-5.
- Díez Picazo, Luis. 1993. *Experiencias jurídicas y teorías del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. 1988. *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 6.^a ed. Madrid: Tecnos.
- Diez-Picazo Giménez, Gema. 1996. La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente. (Una duda acerca de su existencia). *La Ley* 4.125: 1-3.
- Díez Ripollés, J. L., F. J. Girón González-Torre, P. Stangeland y A. I. Cerezo Domínguez. 1996. *Delincuencia y víctimas. (Encuestas de victimización en Málaga)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dignan, Jim. 1992. Repairing the Damage. Can Reparation Be Made to Work in the Service of Diversion? *British Journal of Criminology* 32, 4: 453-72.
- Dilip, K. D. 1993. Policing Alaska: An Organizational Perspective. *CJ The Americas*, 6, 4: 8-11.
- Dingwall, R. 1988. Empowerment or Enforcement? Some Questions about Power and Control in Divorce Mediation. En *Divorce Mediation and the Legal Process*, editado por R. Dingwall y J. Eekelaar. Oxford: Clarendon.
- Dios Ramírez-Heredia, Juan de. 1996a. Valores culturales del Pueblo Gitano. Conferencia pronunciada en Donostia-San Sebastián, el día 20 de diciembre de 1996, dentro de las Jornadas organizadas por el Ayuntamiento de San Sebastián "Donostia entre mundos".
- 1996b. Gitanos y gitanas del siglo XXI. *Nevipens Romani*, 16-31 de enero de 1996, p. 4.
- Doble, John. 1987. *Crime and Punishment: The Public's View*. Nueva York: Public Agenda Foundation.

Docherty, Thomas, ed. 1993. *Postmodernism. A Reader*. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.

Doda, Zbigniew y Ewa Weigend. 1996. Polen. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Dölling, Dieter. 1991. Diversion. En *Handwörterbuch der Kriminologie*, de R. Sieverts y J. Schneider. Berlín: Walter de Gruyter.

— 1992. Der Täter-Opfer-Ausgleich. Möglichkeiten und Grenzen einer neuen Kriminalrechtlichen Reaktionsform. *Juristische Zeitung* 10: 493-9.

Dölling, Dieter y Thomas Feltes, eds. 1992. *Community Policing, Comparative Aspects of Community Oriented Police Work*. Holzkirchen: Felix Verlag.

Dolz Lago, Manuel-Jesús. 1996. El menor como víctima. *La Ley* 4.115: 1-8.

Domenech, Juan Luis. 1996/7. El futuro de una sociedad altruista. *Papeles* 59-60: 131-6.

Domingo Laboreo, S. 1987. Las prisiones desde dentro. En *Privaciones de libertad y derechos humanos*. Madrid: Jueces para la Democracia.

Domínguez Figueirido, José Luis. 1988. La comunidad cerrada a la institución carcelaria: el rechazo de una imagen. En *1. res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i Comunitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

Domínguez Vila, Antonio. 1990. Administración local, derecho sancionador y principio de legalidad. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, Marcos M. Fernando Pablo y Pedro T. Nevado Moreno. 1997. *Constitución, policía y fuerzas armadas*. Madrid: Marcial Pons.

Domondon, S. A. 1983. Diversion and Mediation. Comunicación presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.

Doob, A. N., P. M. Baranek y S. M. Addario. 1991. *Understanding Justice: A Study of the Canadian Justice of the Peace*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto.

Dorado, P. 1901. *Contribución al estudio de la historia primitiva de España. (El Derecho penal en Iberia)*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

- Dorfman, Ariel. 1995. *La muerte y la doncella*. Madrid: Ollero y Ramos.
- Douglas, Roger, Kathy Laster y Nicole Inglis. 1994. Victims of Efficiency: Tracking Victim Impact Information through the System in Victoria, Australia. *International Review of Victimology* 3: 95-110.
- Dougnac Rodríguez, A. 1994. *Manual de historia del derecho indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dowling, Emilia y Elsie Osborne. 1996. *Familia y escuela. Una aproximación conjunta y sistémica a los problemas infantiles*. Buenos Aires: Paidós.
- Downes, David. 1996. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985-1995. Comunicación presentada en el *Workshop* "Changing Legal Cultures: I. Theoretical and Methodological Considerations", 13-14 de junio, Oñati, IISJ.
- Drapkin, Israel. 1980. El derecho de las víctimas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, mayo-agosto: 367-86.
- 1984. *Criminología de la violencia*. Buenos Aires: Depalma.
- 1989a. *Crime and Punishment in the Ancient World*. Massachusetts: Lexington.
- 1989b. Delitos y penas en su perspectiva histórica. Modestas acotaciones a la Filosofía Penal. En *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, Iñaki Dendaluze y Enrique Echeburúa. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua.
- Driebold, Rolf. 1990. Hat strafrechtliche Sozialkontrolle (heute noch) Funktionen? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 5: 321.
- 1995. Täter-Opfer-Ausgleich -eine Alternative? Ergebnisse und Überlegungen zu einem Projekt in Oldenburg. *Bewährungshilfe* 42, 1: 82-93.
- Driebold, R. y V. Sievers. 1989. Replik zu den Thesen "Täter/Opfer-Ausgleich: Unwirksame Kriminalprävention" von Michael Voß in Heft 3, Seite 5 f. *Neue Kriminalpolitik* 4: 28-9.
- DuBow, Frederic L. y Elliot Currie. 1993. Police and "Nonstranger" Conflicts in a San Francisco Neighborhood: Notes on Mediation and Intimate Violence. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.
- DuBow, Frederic L. y Craig McEven. 1993. Community Boards: An Analytic Profile. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.
- Dubowitz, H., M. Black, R. H. Starr y S. Zuravin. 1993. A Conceptual Definition of

Child Neglect. *Criminal Justice and Behavior* 20, 1: 8-26.

Duff, Antony. 1996. Punishment, Citizenship & Responsibility. En *Punishment, Excuses and Moral Development*, editado por Henry Tam. Aldershot: Avebury.

Duff, A. y D. Garland, eds. 1995. *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press.

Duff, A., S. Marshall, R. E. Dobash y R. P. Dobash, eds. 1994. *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice*. Manchester: Manchester University Press.

Duffee, D. E. y E. F. McGarrell. 1990. *Community Corrections: A Community Field Approach*. Cincinnati: Anderson.

Duffy, Karen Grover. 1996. Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro. En *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, de Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak. Barcelona: Paidós.

Dullum, Jane. 1996. The Norwegian Mediation Boards. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 86-94.

Dumm, Thomas L. 1987. *Democracy and Punishment. Disciplinary Origins of the United States*. Madison: The University of Wisconsin Press.

Dunbar, Ellen. 1996. Social Control and Welfare Policy: Coercive, Bureaucratic and Economic Strategies in 16th Century Spain. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

Duncan, Martha Grace. 1996. *Romantic Outlaws, Beloved Prisons: The Unconscious Meaning of Crime and Punishment*. Nueva York: Nueva York University Press.

Dundes Renteln, Alison. 1990. *International Human Rights. Universalism versus Relativism*. Londres: Sage.

— 1995. Culture and Culpability: A Study of Contrasts. En *Folk Law*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. II. Madison: The University of Wisconsin.

Dundes Renteln, Alison y Alan Dundes, eds. 1995. *Folk Law*, vol. I y II. Madison: The University of Wisconsin.

Düinkel, Frieder. 1990. La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el derecho comparado. En *Victimología*, dirigido por A. Beristain y J. L. de la Cuesta. Bilbao: UPV-EHU.

— 1996. Täter-Opfer-Ausgleich. German Experience with Mediation in a European Perspective. *Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 44-66.

Dünkel, Frieder y Dieter Rössner. 1989. Law and Practice of Victim/Offender Agreements. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.

Dupré, J.-F. 1977. *La transaction en matière pénale*. París: Librairies Techniques.

Durand Alcántara, José Antonio. 1997. Costumbres indígenas sobre medicina y enfermedad. Ponencia presentada en el *Workshop* "La costumbre jurídica india como sistema de derecho", 14-5 de julio, Oñati, IISJ.

Durham, A. M. 1993. Public Opinion Regarding Sentences for Crime: Does it Exist? *Journal of Criminal Justice* 21: 1-11.

Duriez, Pierre. 1997. *Les médiations en France: Vers un état des lieux. Tome 2 - Médiations et médiateurs: définitions - Typologies - Pratiques*. Burdeos: C.L.C.J.

Durkheim, Emile. 1900. Deux lois de l'évolution pénale. *Année Sociologique* IV: 65-9. En castellano: 1970. Dos leyes de la evolución penal. *Revista de Estudios Penitenciarios* 190: 625-60.

Dürr, Karl. 1994. Sozialarbeiter als Konfliktberater. Welche Rolle soziale Arbeit beim Täter-Opfer-Ausgleich spielen sollte. *Sozial extra*, 12: 7-8.

Eaton, Mary. 1992. *Women after Prison*. Open University Press.

Echeburúa, Enrique. 1992. *Avances en el tratamiento psicológico de los trastornos de ansiedad*. Madrid: Pirámide.

Eco, Umberto. [1977] 1992. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Barcelona: Gedisa.

Eder, Klaus. 1988. Critique of Habermas's Contribution to the Sociology of Law. *Law and Society* 22, 5: 931-44.

Edinger, Manfred. 1995. Das Schweigen der Opfer. Zur Situation der Opfer antihomosexueller Gewalt. *Sozial extra* 6: 3-4.

Edwards, Susan. 1992. Perspectives on Race and Gender. En *Criminal Justice under Stress*, editado por Eric Stockdale y Silvia Casale. Londres: Blackstone.

Egydio de Carvalho, Pedro Armando. 1994. É conveniente privalizar os presídios? *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 7: 113-6.

Ehr-Soon Tay, Alice. 1978. Marxism, Socialism and Human Rights. En *Human Rights:*

Ideas and Ideologies, editado por Eugene Kamenka y Alice Ehr-Soon Tay. Londres: Edward Arnold.

Ehrlich, Eugen. [1913] 1936. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Ehrlich, I. 1973. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. *Journal of Political Economy* 81: 521-64.

Ehrmann, H. W. 1976. *Comparing Legal Cultures*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

Einstadter, Werner y Stuart Henry. 1995. *Criminological Theory. An Analysis of its Underlying Assumptions*. Fort Worth: Harcourt Brace College.

Ekeu, J.-P. 1993. *Consensualisme et poursuite en Droit pénal comparé*. París: Cujas.

Ekholm, U. B. y T. Backstrom. 1994. Influence of Premenstrual Syndrome on Family, Social Life, and Work Performance. *International Journal of Health Services* 24, 4: 629-47.

Eldine, M. A. Charaf. 1975. Le Talion en Droit Égyptien et Musulman. *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé* 2: 393-401.

Elias, Norbert. 1978. *The Civilizing Process: The History of Manners*, vol. 1. Oxford: Basil Blackwell.

— 1982. *The Civilizing Process: State Formation and Civilization*, vol. 2. Oxford: Basil Blackwell.

Elias, R. 1993. *Victims Still. The Political Manipulation of Crime Victims*. Londres: Sage.

Elias, T. O. 1956. *The Nature of African Customary Law*. Manchester: Manchester University.

— 1985. The Problem of Reducing Customary Laws to Writing. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Elkarri. 1994. *Elkarrikasi. Cuadernos de formación y divulgación*, n. 2 La mediación social en Euskal Herria.

Ellickson, R. C. 1991. *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*. Londres: Harvard University.

Elliott, J. H. 1990. *España y su mundo 1500-1700*. Madrid: Alianza.

Elorriaga Pisarik, Gabriel, coord. 1996. *Convención y arbitraje en derecho*

tributario. Madrid: Marcial Pons.

Elster, John. 1989. *The Cement of Society*. Cambridge: Cambridge University Press.

Elzo, Javier, dir. 1995. Planteamientos para unas actuaciones sobre la subcultura de la violencia y sus repercusiones en la juventud vasca. Deusto, septiembre de 1995.
—, dir. 1996. *Alternativas terapéuticas a la prisión en delincuentes toxicómanos. Un análisis de historias de vida*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

Empey, L. y M. C. Stafford. 1991. *American Delinquency: Its Meaning and Construction*, 3.^a ed. Belmont, Ca: Wadsworth.

Endres, J. 1992a. Einstellungen zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 75, 6: 309-19.
— 1992b. *Sanktionszweckeseinstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien. Empirische Untersuchung zu individuellen Unterschieden im Urteilen über Straftaten*. Frankfurt del Main: Peter Lang.

Enfedaque i Marco, Andreu. 1994. La pieza de responsabilidad civil. En *La ejecución de la sentencia penal*, dirigido por Francisco Bueno Arús. Madrid: CGPJ.

Epstein, A. L. 1995. Injury and Liability in African Customary Law in Zambia. En *Folk Law*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. II. Madison: The University of Wisconsin.

Epstein Stedman, Barbara. 1996. Multi-option Justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. En *Achieving Civil Justice. Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*, editado por Roger Smith. Londres: Legal Action Group.

Erez, E. 1994. Victim Participation in Sentencing: and the Debate Goes On... *International Review of Victimology* 3: 17-32.

Erickson, M. L. y J. P. Gibbs. 1973. The Deterrence Question: Some Alternative Methods of Analysis. *Social Science Quarterly* 54: 534-51.

Ericson, Richard y Kevin Carriere. 1994. The Fragmentation of Criminology. En *The Futures of Criminology*, editado por David Nelken. Londres: Sage.

Erlmeier, M. M. 1993. The First Amendment Prevails over Crime Victim Compensation: *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*. *Creighton Law Review*, 26: 1.301.

Esbec Rodríguez, E. 1994. Daño psíquico y su reparación en víctimas de delitos violentos. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II, dirigido por S. Delgado Bueno. Madrid: Colex.

Escobar Marulanda, Gonzalo. 1997. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

Escohotado, Antonio. 1987. *Majestades, crímenes y víctimas*. Barcelona: Anagrama.
— 1996. *Historia elemental de las drogas*. Barcelona: Anagrama.

Escudero, José Antonio. 1985. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid: Gráficas Solana.

Escudero Moratalla, José Francisco y Joaquín Frigola Vallina. 1996. Drogodependencia, Criminologia i Codi penal de 1995. *Justiforum* 6: 43-60.

Eser, Albin. 1992. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Eser, Albin y Susanne Walther. 1996. Vorwort. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Espinar López, Miguel Ángel. 1946. Hacia una doctrina unitaria de la culpa civil y criminal. (Ensayo). *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 16: 11-21.

Esteban Fernández, Jose M.^a 1996. Sida y cárcel: una perspectiva farmacéutica. *Farmacéuticos* 197: 65-8.

Estornés Lasa, José. 1987. El Derecho penal en los fueros generales de 1237 a 1255. Facultad de Derecho de San Sebastián. Tesis doctoral.

Estrada, Rosa Isabel. 1997. La costumbre jurídica india -El caso mexicano. Ponencia presentada en el *Workshop* "La costumbre jurídica india como sistema de derecho", 14-5 de julio, Oñati, IISJ.

Estrada-Hollenbeck, Mica. 1996. Forgiving in the Face of Injustice: Victims' and Perpetrators' Perspectives. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Etxeberria, F. y G. Tamayo, dirs. 1996. Jornada Internacional. Actualización de la Psiquiatría Legal: el ingreso involuntario y los nuevos retos de la Psiquiatría, 24 de mayo, San Sebastián, IVAC-KREI.

Etzioni, Amitai. 1961. *A Comparative Analysis of Complex Organizations*. Nueva York: Free Press.

European Committee on Crime Problems. 1990. *Privatisation of Crime Control*.

- Collected Studies in Criminological Research. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Evans, David J. 1995. *Crime and Policing: Spatial Approaches*. Aldershot: Avebury.
- Evans-Pritchard, E. E. 1940. *The Nuer*. Oxford: Clarendon Press.
- Eybisch, Cornelia. 1995. Mediation. En *Psychologie Heute* 22, 3: 42-9.
- Facchi, Alessandra. 1994. Pluralismo giuridico e società multietnica: proposte per una definizione. *Sociologia del Diritto* 1: 47-57.
- Faget, Jacques. 1993. La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et du désordre. *Déviance et Société* 17, 3: 221-33.
- 1994. La médiation pénale en France. Ponencia presentada en el *Workshop "Médiation"*, dirigido por Bonafé-Schmitt, 5-7 de octubre, Oñati, IISJ.
- 1995. Le rhizome pénal. En *Social Control, Political Power, and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*, editado por Dario Melossi. Oñati Proceedings 17. Oñati, IISJ.
- 1996. Les médiations comparées: analyse des spécificités - Ressemblance et différences dans l'usage des différentes médiations en France. Conferencia pronunciada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.
- Faget, Jacques y Anne Wyvekens. 1996. Urban Policy and Proximity Justice in France. *European Journal on Crime Policy and Research* 4, 1: 64-73.
- Fairen Guillén, Victor. 1990. *Doctrina general del Derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch.
- Falck, Sturla. 1991. Community Mediation Centers on the Right Track or Side-tracked. En *Youth, Crime and Justice. Scandinavian Studies in Criminology*, vol. 12, editado por Annika Snare. Oslo.
- 1992. The Norwegian Community Mediation Centers at a Crossroads. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- Faria, José-Eduardo. 1997. La globalización y el futuro de la justicia. *Jueces para la Democracia. Información y debate* 29: 89-93.
- Farmer, L. 1992. What has the Philosophy of Punishment Got to Do with the Criminal Law? *Law and Critique*, III, 2: 241-51.
- Farrell, G. 1992. Multiple Victimization: Its Extent and Significance. *International Review of Victimology* 2: 85-102.

Fati_, Aleksandar. 1995. *Punishment and Restorative Crime-Handling. A Social Theory of Trust*. Aldershot: Avebury.

Fattah, Ezzat A. 1973. Le rôle de la victime dans le passage à l'acte. Estudio presentado en el Simposio Internacional sobre Victimología de Jerusalén.

— 1991. From Crime Policy to Victim Policy: The Need for a Fundamental Policy Change. *International Annals of Criminology* 29, 1/2: 43-60.

— 1992a. Preface. En *Towards a Critical Victimology*, editado por E. A. Fattah. Londres: St. Martin's Press.

— 1992b. The Need for a Critical Criminology. En *Towards a Critical Victimology*, editado por E. A. Fattah. Londres: St. Martin's Press.

— 1992c. The United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power: A Constructive Critique. En *Towards a Critical Victimology*, editado por E. A. Fattah. Londres: St. Martin's Press.

— 1995. Mediación-conciliación: una alternativa penal. Conferencia pronunciada en el IV Curso Internacional de Victimología "La mediación", 13-7 de abril, Las Palmas de Gran Canaria, ESCCRI.

— 1996. La legitimación cultural de la violencia intrafamiliar. Conferencia presentada en el V Curso Internacional de Victimología "Violencia Intrafamiliar: Teorías, Pautas, Intervención y Prevención", organizado por la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas. Las Palmas de Canaria, 9 al 12 de abril.

— 1997. *Criminology - Past, Present and Future. A Critical Overview*. Londres: St. Martin's Press.

Faugeron, C., G. Houchon y J. R. Shepherd. 1987. Prison and the Penal System: From Penology to a Sociology of Penal Policies. *International Journal of Sociology of Law* 15: 393-422.

Feeley, Malcolm M. 1970. Coercion and Compliance: A New Look at an Old Problem. *Law and Society* 4, 4: 505-19.

Feeley, Malcolm M. y Jonathan Simon. 1992. Reflections on the New Penology. *Criminology* 30: 449-74.

Feest, Johannes. 1990. Courses of Action Designed to Avoid Entry into the Criminal Justice Process or to Interrupt the Process. Informe presentado en "Nineteenth Criminological Research Conference. Thème: New Social Strategies and the Criminal Justice System", Estrasburgo, 24 de septiembre, Consejo de Europa. PC-CRC (90) 14.

Feest, Johannes y Erhard Blankenburg. 1997. Changing Legal Cultures. Oñati: IISJ.

Feinberg, Joel. 1988. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, Harmless Wrongdoing. Oxford: Oxford University Press.

Feldman, Eric. 1997. Japanese Legal Culture: An Outsider's Guide to the Inside. En *Changing Legal Cultures*, compilado por Johannes Feest y Erhard Blankenburg.

Oñati: IISJ.

Felipeto, Rogério. 1994. Prestação de serviços à comunidades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 7: 141-52.

Félix Alonso, Jorge. 1996. Los gitanos, hoy y mañana. *Nevipens Romani*, 16-30 de abril, p. 8.

Félix Tezanos, José, José Manuel Montero y José Antonio Díaz. 1997. *Tendencias de futuro en la sociedad española. Primer foro sobre tendencias sociales*. Madrid: Sistema.

Felstiner, William L. F. 1974. Influences of Social Organisation on Dispute Processing. *Law and Society Review* 9, 1.

— 1982. *Influences of Social Organization on Dispute Processing in Neighborhood Justice: An Assessment of an Emerging Idea*. Nueva York y Londres: Longman.

Felstiner, W. L. F., R. L. Abel y A. Sarat. 1908-1. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming... *Law and Society* 15, 3-4: 631-54.

Felstiner, William L. F. y A. B. Drew. 1978. *European Alternatives to Criminal Trials and their Applicability to the U.S.* Washington, CD: U. S. Department of Justice.

Felstiner, W. L. F. y Lynne A. Williams. 1980. *Community Mediation in Dorchester, Massachusetts*. Washington, CD: U. S. Department of Justice.

Feltes, Thomas. 1990. Die individuellen Rechte der von alternativer Strafjustiz Betroffenen Jugendlichen und Heranwachsenden. *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 3: 139-43.

— 1991. Gesellschaftliche Gerichte, Schlichtungs- und Schiedskommissionen. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3: 94-100.

— , ed. 1994. *Kommunale Kriminalprävention -Modelle und Erfahrungen*. Villingen-Schwenningen: Hochschule für Polizei.

— , ed. 1995. *Kommunale Kriminalprävention in Baden-Württemberg*. Holzkirchen: Felix Verlag.

Fenn, Arthur. 1986. Insurance against Theft: a Market Contribution to Crime Prevention? En *Crime UK 1986. An Economical, Social and Policy Audit*, editado por A. Harrison y J. Gretton. Bristol: Policy Journals.

Fennell, Phil, Christopher Harding, Nico Jörg y Bert Swart. 1995. *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press.

Fenwick, Charles R. 1984. Culture, Philosophy and Crime: The Japanese Experience. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 9: 67-81.

Fenwick, Helen. 1997. Procedural "Rights" of Victims of Crime: Public or Private Ordering of the Criminal Justice Process? *The Modern Law Review* 3: 317-33.

Fernández, Montserrat y Carlos Pérez Uralde. 1993. Pornografía: ¿Sí o no? *Emakunde* 13: 28-31.

Fernández, Juan Carlos, Enriqueta Herreros, Salvador Saenz Abujeta, Carmen Valero Sánchez y M.^a Jesús Vegas Navas. 1995. Imagen del delito en la prensa española. *Boletín Criminológico* 10.

Fernández Albor, Agustín. 1977. Cambio social y Derecho penal. *Estudios penales* I: 139-74.

— 1968. Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias. *Revista de Estudios Penitenciarios* 180-1: 11-62.

Fernández Blanco, C. y G. Jorge. 1993. Los últimos días de la víctima. Hacia una revalorización del rol del ofendido. *No Hay Derecho* 9: 14-7.

Fernández Carrasquilla, Juan. 1993. ¿Es todavía posible una dogmática penal en América Latina? En *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: EDERSA.

Fernández Christlieb, Pablo. 1994. *La psicología colectiva un fin de siglo más tarde. Su disciplina. Su conocimiento. Su realidad*. Barcelona: Anthropos.

Fernández Cuesta, José Antonio. 1961. Criminalidad femenina. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 152: 3.016-9.

Fernández de la Vega Sanz, María Teresa. 1997. Norma para la convivencia. *El País Debates*, 30 de enero, p. 13.

Fernández Entralgo, Jesús. 1993. Los pucheros y la justicia: apuntes sobre valoración y resarcimiento del daño corporal. En *Medicina legal*. Madrid: CGPJ.

Fernández Espinar, G. 1995. La protección judicial de testigos y peritos en procesos penales al amparo de la Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre. *Actualidad y Derecho* 9.

Fernández Rodríguez, M.^a Dolores. 1976. *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

— 1994. Los límites del ius puniendi. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre: 87-113.

Fernández-Ríos, Luis. 1994. *Manual de Psicología preventiva. Teoría y práctica*. Madrid: Siglo XXI.

- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- 1996. El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. En *Corrupción y Estado de Derecho, El papel de la jurisdicción*, editado por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.
- 1997. Jurisdicción y democracia. *Jueces para la Democracia. Información y debate* 29: 3-9.
- Ferrari, Vincenzo. 1982. Diritto e Dispute: osservazioni empiriche in una piccola comunità. *Sociologia del Diritto* 1.
- 1991. The Field of Investigation of the Sociology of Human Rights. En *Law and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30 - June 3, 1988)*, editado por V. Ferrari. Milán: Giuffrè.
- Ferrarotti, Franco. 1991. *La historia y lo cotidiano*. Barcelona: Península.
- Ferrell, Jeff. 1995. Style Matters: Criminal Identity and Social Control. En *Cultural Criminology*, editado por Jeff Ferrell y Clinton R. Sanders. Boston: Northeastern University.
- Ferrell, Jeff y Clinton R. Sanders. 1995a. Culture, Crime, and Criminology. En *Cultural Criminology*, editado por Jeff Ferrell y Clinton R. Sanders. Boston: Northeastern University.
- 1995b. Toward a Cultural Criminology. En *Cultural Criminology*, editado por Jeff Ferrell y Clinton R. Sanders. Boston: Northeastern University.
- Ferrés, Joan. 1996. *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*. Buenos Aires: Paidós.
- Ferri, Enrico. 1908. *Sociología criminal*, 2.^a ed., 2 t. Madrid: Góngora.
- Ferry, Luc. 1991. *Filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Feuerhelm, Wolfgang. 1987. *Polizei und "Zigeuner": Strategien, Handlungsmuster und Alltagstheorien im polizeilichen Umgang mit Sinti und Roma*. Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Fielding, Nigel. 1995. *Community Policing*. Oxford: Clarendon Press.
- Fiestas Loza, Alicia. 1991. Pena. En *Enciclopedia de Historia de España*, vol. IV, Diccionario temático, dirigido por M. Artola. Madrid: Alianza.
- Figueira-McDonough, J. 1992. Community Structure and Female Delinquency Rates: A Heuristic Discussion. *Youth and Society* 24, 1: 3-30.
- Figueiredo Dias, Jorge de. 1991. Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão

de execução da prisão. *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3.806: 129-133. — 1996. Le rôle du ministère public en justice pénale. Une approche criminologique. En *The Role of the Public Prosecutor in Criminal Justice, According to the Different Constitutional Systems. Reports Presented to the Ancillary Meeting Held at the Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Cairo, May 4, 1995*. Bolonia: Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari.

Figueruelo Burrieza, Ángela. 1990. *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos.

Fijnaut, C. 1980. Les origines de l'appareil policier moderne en Europe de l'Ouest continentale. *Déviance et Société* 4, 1: 19-41.

Fijnaut, Cyrille, Johan Goethals, Tony Peters y Lode Walgrave. 1995. *Changes in Society, Crime and Criminal Justice in Europe*. Vol. I, Crime and Insecurity in the City. Amberes: Kluwer.

Fikentscher, Wolfgang. 1995. *Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion*. Tubinga: J. C. B. Mohr.

Filizzola, Gina y Gérard López. 1995. *Victimes et Victimologie*. París: Presses Universitaires de France.

Fina Sanglas, Albert. 1993. *Justicia y literatura*. Barcelona: Bosch.

Fineman, Martha Albertson. 1995. *The Neutered Mother. The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*. Nueva York: Routledge.

Finke, Sebastian. 1995. TOA als Opferhilfe. Täter-Opfer-Ausgleich bei antihomosexueller Gewalt. Wiedergutmachung und Prävention. *Sozial extra* 6: 2-3.

Finkelstein, Ellis. 1993. *Prison Culture: An Inside View*. Aldershot: Avebury.

Finstad, L. 1990. Sexual Offenders Out of Prison. *International Journal of the Sociology of Law* 18: 157-77.

Fionda, Julia. 1995. *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press.

Firth, Raymond. 1951. *Elements of Social Organization*. Londres: C. A. Watts.

Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián. 1992. Memoria anual. San Sebastián.

Fiscalía General del Estado. 1993. *Memoria elevada al gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eligio*

- Hernández Gutiérrez*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
 — 1996. *Memoria elevada al gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Juan Cesareo Ortiz Úrculo*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Fischl, Otto. 1981. *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen*. Aalen: Scientia.
- Fisher, T. 1994a. A Note on a Content and Contributions. *Socio-Legal Bulletin*: 4.
 — 1994b. Victim-Offender Mediation: Views of a Mediator-Researcher. *Socio-Legal Bulletin*: 28-33.
- Fisher, Roger, William Ury y Bruce Patton. 1996. *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000.
- Fiss, O. 1995. Teoría crítica del Derecho y feminismo. En *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: CGPJ.
- Fitzpatrick, Peter. 1992a. The Impossibility of Popular Justice. *Social & Legal Studies* 1: 199-215.
 — 1992b. *The Mythology of Modern Law*. Londres: Routledge.
 — 1996. Inevitabilidad legal: modernidad y creación cultural de derecho. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano "Derecho entre Economía, Política y Cultura", dirigido por R. Bergalli, 1-5 de julio, Oñati, IISJ.
- Flanagan, Timothy J. 1989. Prison Labour and Industry. En *The American Prison. Issues in Research and Policy*, editado por L. Goodstein y D. L. MacKenzie. Nueva York: Plenum.
- Flanagan, Timothy y Susan Caulfield. 1984. Public Opinion and Prison Policy: A Review. *Prison Journal* 64, 2: 31-46.
- Flaten, Caren L. 1996. Victim-Offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Flávio Gomes, Luiz. 1992. La Ley de menores brasileña y el principio de oportunidad. *Papers d'Estudis i Formació* 10: 111.
 — 1995. Projeto de Criação dos juizados especiais criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 9: 279-89.
- Fleisher, Mark S. 1989. *Warehousing Violence*. Newbury Park, Ca: Sage.
- Fletcher, George P. 1992. *En defensa propia (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- 1997. *Las víctimas ante el jurado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Floherschütz, Maria, Thorsten Kuhbach y Gabriele Ronzheimer. 1994. Ein Stück Realität vermitteln. Der Täter-Opfer-Ausgleich in der Jugendstrafrechtspflege. *Sozial extra*, 12: 4-6.
- Flórez Silva, Ana María. 1992. *Situación jurídica del indígena frente al Derecho penal colombiano*. Tesis para la obtención del título de abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Foblets, Marie-Claire. 1994. *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*. París: Karthala.
- 1996. A la recherche d'une justice perdue: les procédures alternatives de règlement de conflits. *Journal of Legal Pluralism* 36: 9-20.
- Foguet Marsal, J. 1922. *Ética y crítica jurídica. Estudio clínico-jurídico*. Madrid: Imprenta de José Góngora.
- Folger, J. P. y T. S. Jones. 1994. *New Directions in Mediation. Communication, Research and Perspectives*. Londres: Sage.
- Folter, R. de. 1986. On the methodological Foundation of the Abolitionist Approach to the Criminal Justice System: A Comparison of the Ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault. *Contemporary Crisis* 10: 39-62.
- Font, Joan. 1996. Los Núcleos de Intervención Participativa (NIP): análisis de tres experiencias. *Gestión y análisis de políticas públicas* 5-6: 143-50.
- Foote, D. F. 1992. The Benevolent Paternalism of Japanese Criminal Justice. *California Law Review* 80, 2: 317-390.
- Foote, W. G. 1992. State Compensation for Victims of Crime. Department of the Army Pamphlet 51.
- Fortunati, E. 1993. Il declino della pena: a proposito di libri di Cattaneo ed Eusebi. *Dei Delitti e delle Pena* 1: 131.
- Foster, J., S. Dinitz, y W. Reckless. 1972. Perception of Stigma Following Public Intervention for Delinquent Behavior. *Social Problems*: 20: 202.
- Foster Smith, Julie. 1996. The Effects of Tribal Wars on Personal and Family Disputes in Papua New Guinea. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Foucault, Michel. 1975. *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. Nueva York: Pantheon. En castellano: 1986. *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.

- 1979. Omnes et singulatim: Towards a criticism of “political reason”. En *The Tanner Lectures on Human Values, delivered at Stanford University, October 10 and 16, 1979*.
- 1995. La verdad y las formas jurídicas, 4.ª ed. Barcelona: Gedisa.
- 1996. The carceral. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

Fraile, Pedro. 1987. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVII-XIX)*. Barcelona: Serbal.

— 1991. La estrategia locacional de los presidios españoles en el siglo XIX. En *Sociology of Penal Control within the Framework of the Sociology of Law*, editado por R. Bergalli. Oñati Proceedings 10. Oñati: IISJ.

Franke, Barbara. 1993. *Staatsanwaltschaft und Täter-Opfer-Ausgleich*. Bonn: Dt. Bewährungshilfe.

Fraser, Angus. 1992. *The Gypsies*. Cambridge: Blackwell. 2.ª ed. en 1995.

Fraser, David. 1992. The Shame File. *Australian Journal of Law and Society* 8: 106-11.

Fraser, Nancy y Linda Nicholson. 1993. Social Criticism without Philosophy: An Encounter between Feminism and Postmodernism. En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.

Frazer, Elizabeth y Nicola Lacey. 1993. *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal -Communitarian Debate*. Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf.

Freeman, M., ed. 1995. *Alternative Dispute Resolution*. Aldershot: Dartmouth.

Freeman, M. D. A. 1985. Towards a Critical Theory of Family Law. *Legal Problems* 38: 153-85.

Frehsee, Detlev. 1986. Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht. *Kriminologisches Journal* 2: 105-14.

— 1987. *Schadenwiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*. Berlín: Duncker & Humblot.

— 1991. Wiedergutmachung. En *Handwörterbuch der Kriminologie*, editado por R. Sieverts y J. Schneider. Berlín: Walter de Gruyter.

— 1994. Tendències més recents en la literatura actual de comentaris i tractats sobre el règim penitenciari. *Justiforum* 2: 55-70.

— 1995. L'arranjament entre l'autor del delict i la víctima i la reparació del dany com a mesura i substitut de la sanció penal. Avantatges, límits i riscos. *Iuris. Quaderns de política jurídica* 4: 59-74.

Freixas, Eugenio. 1995. La cárcel: entre la realidad político-criminal y la utopía abolicionista. *Delito y Sociedad* 6-7: 59-65.

- French, Rebecca Redwood. 1995. *The Golden Yoke: The Legal Cosmology of Buddhist Tibet*. Ítaca: Cornell University Press.
- 1996. Law and Anthropology. En *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Dennis Patterson. Londres: Blackwell Publisher.
- Fresneda, Carlos. 1996. La cárcel del horror. Entrevista con el fotógrafo James Nachtwey. *Revista El Mundo*, 18 de febrero, p. 22-37.
- Freud, Sigmund. [1913]. 1970. *Tótem y tabú*, 4.^a ed. Madrid: Alianza.
- Friedman, Lawrence M. 1975. *The Legal System: A Social Science Perspective*. Nueva York: Russell.
- 1977. *Law and Society. An Introduction*. New Jersey: Prentice-Hall.
- 1997. The Concept of Legal Culture: A Reply. En *Comparing Legal Cultures*, editado por David Nelken. Aldershot: Dartmouth.
- Friedmann, Robert R. 1992. *Community Policing: Comparative Perspectives and Prospects*. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Froncek, Thomas. 1977. *Los hombres nórdicos*. Time-Life.
- Fu, Hailing. 1991. Mediators and the Law: China and America Compared. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 15, 1: 81-8.
- Fuentes, P. 1996. La Ley del voluntariado bajo sospecha. *Mundo Negro*, febrero: 42-5.
- Fuentes Soriano, Olga. 1996. La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales. *Revista de Derecho procesal* 1: 135-62.
- Fuenteseca, Pablo. 1992. De la res publica romana al Estado moderno. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Fuertes Pérez, Alicia. 1995. Datos estadísticos de seguridad ciudadana. Una vía de aproximación en la búsqueda del conocimiento del fenómeno de la violencia en la red familiar. *Anuario de Psicología Jurídica*: 137-66.
- Fuller, Lon L. 1969. Human Interaction and the Law. *American Journal of Jurisprudence* 14: 1-36.
- 1971. Mediation -Its Forms and Functions. *Southern California Law Review* 44, 305: 325-39.
- 1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92: 353-409.
- Fundación Ametzagaña. 1987. Proyecto de tratamiento para menores de 18 años y mayores

de 16 con mandamiento judicial. San Sebastián.

Fundación El Monte. 1996. *Mujer, Derecho y Sociedad*. Sevilla: Fundación El Monte.

Funes Artiaga, Jaume, dir. 1995. *Mediación y Justicia Juvenil*. Barcelona: Fundació Jaume Callís.

— 1996. Adolescentes y jóvenes en situación de conflicto social. Una reflexión sobre las respuestas adultas, incluido el sistema penal. *Anuario de Psicología Jurídica*: 97-118.

Funes, J. y C. González. 1988. Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria. *Menores* 7: 51-68.

Furtado Maia-Nieto, C. 1994. Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad. *Justicia Penal y Sociedad* 5: 31-50.

Gabaldón, Luis Gerardo. 1978. La percepción de la gravedad del delito en función del estrato socioeconómico, el sexo y la edad. *Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas* 3: 9.

Gacto, Enrique. 1990a. El delito de bigamia y la Inquisición española. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

— 1990b. Inquisición y censura en el Barroco. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

Galanter, Marc. 1981. Justice in Many Rooms: Court, Private Ordering and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism* 19: 1-47.

— 1985. Indigenous Law and Official Law in the Contemporary United States. En *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*, editado por Antony Allott y Gordon R. Woodman. Dordrecht: Foris.

— 1986. Adjudication, Litigation, and Related Phenomena. En *Law and the Social Sciences*, editado por L. Lipson y S. Wheeler. Russell Sage Foundation.

Galaway, Burt. 1989a. Informal Justice: Mediation between Offenders and Victims. En *Crime Prevention and Intervention. Legal and Ethical Problems*, editado por Peter-Alexis Albrecht y Otto Backes. Berlín: Walter de Gruyter.

— 1989b. Prospects. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.

— 1992. The New Zealand Experience Implementing the Reparation Sentence. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.

Galaway, Burt y Joe Hudson. eds. 1990. *Criminal Justice, Restitution, and*

- Reconciliation*. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- , eds. 1996. *Restorative Justice: International Perspectives*. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Galbraith, John Kenneth. 1996. *Una sociedad mejor*. Barcelona: Crítica.
- Gale, F., R. B. Harris y J. Wundersitz. 1990. *Aboriginal Youth and the Criminal Justice System. The Injustice of Justice?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Gale, F., N. Naffine y J. Wundersitz, eds. 1993. *Juvenile Justice. Debating the Issues*. St. Leonards (Australia): Allen & Unwin.
- Galíndez Suárez, Jesús. 1934. *La legislación penal en Vizcaya. Trabajo presentado en la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Madrid durante el curso 1933-4 por el alumno Jesús Galíndez Suárez*. Bilbao: Verdes Achirica.
- Galizia Noriega, Fernanda. 1995. The Treatment of Petty Offences in the Criminal Justice System in Brazil and in England. Tesina para la obtención del Master Internacional en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.
- Gámbara, L. ca. 1909. *El Derecho penal en la Antigüedad y en la Edad Media. Manual especial para estudiantes de Derecho, Abogados y de cultura general*. Barcelona: F. Granada.
- Gannon, Thomas M. 1970. Religious Control and Delinquent Behavior. En *Crime, Criminology and Contemporary Society*, editado por R. D. Knudten. Homewood, Ill: The Dorsey Press.
- Genzenmüller, Carlos. 1992 . El Ministerio Fiscal en la ejecución de las medidas. *Papers d'Estudis i Formació* 11: 35-56.
- Genzenmüller, C., J. Frigola y J. E. Escudero. 1996. *Guía práctica de la ley del jurado. Comentarios y esquemas*. Barcelona: Bosch.
- Garapon, Antoine. 1985. *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*. París: Le Centurion.
- 1996. Justice out of Court: The Dangers of Trial by Media. En *Law as Communication*, editado por David Nelken. Aldershot: Dartmouth.
- Garberí Llobregat, José. 1996. El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. En *Jurisdicción y competencia penal*, dirigido por Andrés Martínez Arrieta. Madrid: CGPJ.
- Garbus, Martin. 1977. Justice without Courts: A Report on China Today. *Judicature* 60: 395-402.

García Andrade, J. A. 1989. El delincuente del año 2000, *Revista Española de Medicina Legal* 60-1: 61-6.

García Arán, Mercedes. 1982. *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*. Universidad de Barcelona.

— 1996. El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código penal de 1995. En *Delitos contra la libertad y la seguridad*, dirigido por Juan María Terradillos Basoco. Madrid: CGPJ.

García Basalo, J. Carlos. 1964. Introducción al estudio de la Penología. *Revista de Estudios Penitenciarios* 164: 32-54.

— 1978. John Howard en España. *Revista de Estudios Penitenciarios* 220-3: 225-70.

García Fontanet, Ángel. 1990. Organización y carácter de la justicia municipal. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

García Iturbe, Arnoldo. 1967. *Las medidas de seguridad. Ensayo de una teoría general basada en el derecho comparado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

García Iturriaga, M. 1991. Fenomenología de la delincuencia en la sociedad contemporánea. Una aproximación a sus causas y su posible prevención. *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior* 126: 11.

García Méndez, E. 1991. Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

García Padilla, Margarita y Ana María Sánchez Durán. 1993. Naturaleza compleja del conflicto familiar. Comunicación presentada en el *Workshop* "La mediación familiar: Una cuestión de Sociología jurídica", dirigido por Daniel Jorge Bustelo, Margarita García y Carmen Luisa Roche, 28 de junio- 1 de julio, Oñati, IISJ.

García Pascual, Cristina. 1997. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Alfons El Magnànim.

García Pérez, J. 1989. La restituzione come trattamento. En *Trattato di Criminologia, Medicina criminologica e Psichiatria forense*, vol. 11 Carcere e trattamento. Milán: Giuffrè.

García Rivas, Nicolás. 1996. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

García Sanz, M. 1992. Resarcimiento por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas. *Cuadernos de la Guardia Civil* 583: 55-8.

García Valdés, Carlos. 1986. Alternativas legales a la privación de libertad clásica.

En *Psicología social y sistema penal*, compilado por F. Jiménez Burillo y M. Clemente. Madrid: Alianza.

— 1987a. *Teoría de la pena*. Madrid: Tecnos.

— 1987b. Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 40: 573-7.

— , dir. 1997. *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*. Madrid: Edisofer.

García Varela, Román. 1997. La reclamación previa en la vía administrativa y el acto de conciliación. *La Ley*, 3 de junio.

García Vitor, Enrique. 1992. Los regionalismos culturales y la ley penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2: 277-89.

— 1996. Diversidad cultural y Derecho penal. Aproximación al tema. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 15: 22-38.

García-Borés Espí, Josep. 1994. El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento. En *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch.

García-Borés, P., J. Pujol, M. Cagigós, J. C. Medina y J. Sánchez. 1994. *Los "no-delincuentes". Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*. Barcelona: Fundación "La Caixa".

García-Castellón García Lomas, Manuel. 1993. La responsabilidad del delincuente frente a la víctima. En *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

García-Gallo, Alfonso. 1971. *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I El origen y la evolución del Derecho, 4.^a ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.

— 1976. La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española, 1492-1824. *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law* 6: 1-11.

García-Mussons, Luis. 1996. Información y datos sobre el somatén. *Revista de Ciencias Criminológicas* 6: 19.

García-Pablos de Molina, Antonio. 1988. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa Calpe.

— 1989. Hacia una "redefinición" del "rol" de la víctima en la Criminología y el sistema legal. En *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela.

— 1992. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— 1995. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

— 1996a. Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores. En *Menores privados de libertad*, dirigido por José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

— 1996b. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garfinkel, Harold. 1965. Conditions of Successful Degradation Ceremonies. *American Journal of Sociology* 61, 5: 420-4.

Garland, David. 1985. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower.

— 1991. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon Press.

— 1995. Penal Modernism and Postmodernism. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.

— 1996a. The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *The British Journal of Criminology*: 36, 4: 445-471.

— 1996b. British Criminology before 1935. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

— 1997a. "Governmentality" and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology. *Theoretical Criminology* 1, 2: 173-214.

— 1997b. The Punitive Society: Penology, Criminology, and the History of the Present. *Edinburgh Law Review* 1, 2: 1-20.

Garland, David y Peter Young, eds. 1983 (1992 reimpression). *The Power to Punish. Contemporary Penalty and Social Analysis*. Brookfield: Ashgate.

Garnica Martín, Juan F. 1997. Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños por la Ley 30/1995. *La Ley*, 14 de mayo.

Garofalo, Raffaele. *Indemnización a las víctimas del delito*, traducción y estudio crítico por P. Dorado Montero. Madrid: La España Moderna.

Garrido Genovés, Vicente. 1988. Prisión y comunidad: un divorcio imposible. En *I.res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i Comunitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

Garrido Genovés, Vicente y Ana M.^a Gómez Piñana. 1994. Fundamentación teórica y empírica de la intervención de carácter psicoeducativo con delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4: 315-58.

Garrido Genovés, Vicente y M.^a Jesús López Latorre. 1995. *La prevención de la delincuencia: El enfoque de la competencia social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garz, D. 1987. Sollten wir vielleicht doch eingreifen? Abolitionismus - Gerechtigkeit - Just Community. *Kriminologisches Journal* 3: 212-28.

- Gassin, Raymond. *Criminologie*. París: Dalloz.
- 1996. Les relations entre la prévention situationnelle et le contrôle de la criminalité. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* 3: 259-71.
- Gatrell, V. A. C. 1996. Crime, Authority and the Policeman-State. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Gatrell, V. A. C., B. Lenman y G. Parker, eds. 1980. *Crime and the Law: The Social History of Crime in Western Europe since 1500*. Londres: Europa.
- Gatti, Uberto y Maria Ida Marugo. 1994. La vittima e la giustizia riparativa. *Marginalità e Società* 27: 12-32.
- Gaubatz, K. T. 1995. *Crime in the Public Mind*. The University of Michigan Press.
- Gayo, 1845. *La Instituta de Gayo, descubierta recientemente en un palimpsesto de la biblioteca capitular de Verona*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica (reedición en facsímil por el Ararteko, 1992).
- Geary, P. 1986. Vivre en conflit dans une France sans État: Typologie des mécanismes de règlement des conflits (1050-1200). *Annales E. S. C.*, 5: 1.107-1.133.
- Geertz, Clifford. 1996. *Los usos de la diversidad*. Barcelona: Paidós.
- Gehm, John. 1990. Mediated Victim-Offender Restitution Agreements: An Exploratory Analysis of Factors Related to Victim Participation. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Geiger, Theodor. 1926. *Die Masse und ihre Aktion: Ein Beitrag zur Soziologie der Revolutionen*. Stuttgart: Enke.
- 1963. *Demokratie ohne Dogma: die Gesellschaft zwischen Pathos der Nüchternheit*. Múnich: Szczesny Verlag.
- Geis, G. 1990. Crime Victims: Practices and Prospects. En *Victims of Crimes: Problems, Policies and Programs*, editado por A. J. Lurigio, W. G. Skoga y R. C. Davis. Newbury Park: Sage.
- Geis, Gilbert. 1995. The Limits of Academic Tolerance: The Discontinuance of the School of Criminology at Berkeley. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- Gellner, Ernest. 1996. *Condiciones de libertad. La sociedad civil y sus rivales*. Buenos Aires: Paidós.

Gelsthorpe, Lorraine y Allison Morris, eds. 1990. *Feminist Perspectives in Criminology*. Londres: Open University Press.

Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. 1988. *I.res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i Comunitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

— 1992. *De las causas del delito a la producción del control. El debate actual de la Criminología*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Justícia Juvenil. Un model educatiu i de responsabilitat. Programa de mediació i reparació. Barcelona.

Generalitat Valenciana. Conselleria de Treball i Seguretat Social. 1986. *Delincuencia juvenil en la Comunidad Valenciana. Equipo de Investigación "Casal de la Pau"*. Valencia: Generalitat Valenciana.

— . s.f. Ayuda a la víctima del delito. Guía práctica. Valencia: Generalitat Valenciana.

George, B. J. 1983. Diversion and Mediation in the United States. Preliminary Report. Ponencia presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.

Geremek, Bronislaw. 1991. *La estirpe de Caín. La imagen de los vagabundos y de los pobres en las literaturas europeas de los siglos XV al XVII*. Madrid: Mondadori.

Gernika Gogoratz. 1993. Seminario de formación y entrenamiento sobre transformación de conflictos. Curso 92/93.

— 1995. Textos sobre el papel de los medios de comunicación en la mediación de los conflictos.

— 1996. Propuesta para una red internacional de respaldo a procesos de reconciliación.

Geron-Coster, Françoise. 1997. Violencia en los bailes de Valonia: monografía y recomendaciones. *Políticas Sociales en Europa* 1: 41-52.

Gessner, Volkmar, Armin Höland y Cszaba Varga, eds. 1996. *European Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth.

Gewirtz, Paul. 1996. Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trial. En *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, editado por Peter Brooks y Paul Gewirtz. New Haven, CT: Yale University Press.

Gheorghe, Nicolae. 1996. Políticas de prevención de los conflictos. En *I Kongrèsso Romanò katar i Union Europum*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Ghezzi, Morris. 1991. Criminologías antipositivistas y Sociología empírica del

Derecho. En *Sociology of Penal Control within the Framework of Sociology of Law*, editado por R. Bergalli. Oñati Proceedings 10. Oñati: IISJ.
— 1996. *Diversità e pluralismo. La sociologia del diritto penale nello studio di devianza e criminalità*. Milán: Cortina.

Gibbon, F. X. 1986. Stigma and Interpersonal Relations. En *The Dilemma of Difference*, editado por S. C. Ainley, G. Becker y L. M. Coleman. Nueva York: Plenum.

Gibbs, Jack P. 1981. *Norms, Deviance, and Social Control: Conceptual Matters*. Nueva York: Elsevier North Holland.

— 1982a. Preface. En *Social Control. Views from the Social Sciences*, editado por J. P. Gibbs. Beverly Hills: Sage.

— 1982b. Law as a Means of Social Control. En *Social Control. Views from the Social Sciences*, editado por J. P. Gibbs. Beverly Hills: Sage.

Gibson, James y Gregory Caldeira. 1996. The Legal Cultures of Europe. *Law and Society Review* 30, 1: 55-86.

Gibson, Urban y Jan Niessen. 1993. *The CSCE and the Protection of Rights of Migrants, Refugees and Minorities*. Bruselas: Churches Committee for Migrants in Europe.

Giddens, Anthony, 1994. *Sociología*. Madrid: Alianza.

Gil Martínez, Antonio. 1990. Relación de los ayuntamientos con los juzgados de paz en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Gilissen, John, ed. 1971. *Le Pluralisme Juridique*. Bruselas: Université de Bruxelles.

Gilligan, Carol. 1982. *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press.

Gilman, Eris y Christine Bowler. 1995. Victim Offender Mediation Training Program, edición revisada. Fraser Region Community Justice Initiatives Association.

Gimbernat Ordeig, Enrique. 1996. Diatriba del nuevo Código Penal. *La Ley* 4.043: 4-7.

Giménez Adelantado, A. 1994. Un grupo étnico en el medio urbano. Gitanos en la ciudad. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral.

Giménez Alcover, Pilar. 1993. *El derecho en la "teoría de la sociedad" de Niklas Luhmann*. Barcelona: Universidad de Barcelona. 2 microfichas.

Giménez Pericás, Antonio. 1996a. Policía Judicial y la nueva Ley del menor.

Conferencia pronunciada en el Curso "Policía Judicial como forma de desarrollo de una Justicia más eficaz", organizado por el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa, 16-8 de diciembre, San Sebastián. — 1996b. Deberes y derechos de las víctimas y de los victimarios en la crisis de la estabilidad de las leyes y de las penas. *Eguzkilo* 10: 23-43.

Giménez-Salinas i Colomer, Esther. 1981. *Delincuencia juvenil y control social*. Barcelona: Círculo Editor Universo.

— 1993. Las penas privativas de libertad y alternativas. Barcelona: Centre d'Estudis i Formació.

— 1994. Extranjeros en prisión. *Eguzkilo* extr. 7: 133-45.

— 1995. Restorative Justice -The Basic Idea behind the Concept. Conferencia pronunciada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.

— 1996a. La justicia reparadora. *Previsió* 12: 35-44.

— 1996b. La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado. En *Menores privados de libertad*, dirigido por José Manuel Martínez-Pereda. Madrid: CGPJ.

Giménez-Salinas, Esther y J. Funes. 1995. Research during Crisis, Research on Crisis: Ten Years of Research on Order and the Control of Crime in Spain. En *Research, Crime and Justice in Europe: an Assessment and some Recommendations*, editado por P. Robert, L. van Outrive, T. Jefferson y J. Shapland. Sheffield: Centre for Criminological and Legal Research.

Giménez-Salinas, E., H. Jung, D. Krapac, S. Keméni, K. Paus, C. Vizcarro, T. Marshall y otros. 1995. Pan-European Seminar "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.

Gimeno Sendra, Vicente. 1987. Los procedimientos penales simplificados. (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio). *Poder Judicial* nº especial, II Jornadas sobre Justicia Penal en España, Madrid, 24 a 27 de marzo de 1987: 31-49.

— 1996. La aplicación procesal del nuevo Código penal. *La Ley* 4.180: 1-4.

Gimeno Sendra, V. y J. Garberí Llobregat. 1996. *Ley Orgánica del tribunal del jurado comentada*. Madrid: Colex.

Gimeno Sendra, V., V. Moreno Catena, J. Almagro Nosete y V. Cortés Domínguez. 1991. *Derecho procesal*, t. II, El proceso penal, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez. 1996. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex.

Ginat, Joseph. 1997. *Blood Revenge: Family Honor, Mediation, and Outcasting*. Brighton: Sussex.

Ginsberg, Benjamin. 1986. *The Captive Public. How Mass Opinion Promotes State Power*. Nueva York: Basic Books.

Girard, René. 1972. *La violence et le sacré*. París: Grasset. En castellano: 1983. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama.

— 1995. *Shakespeare, los fuegos de la envidia*. Barcelona: Anagrama.

Giulini, Paolo, Adolfo Ceretti y Francesca Garbarino. 1995. *Mediazione sociale: la giustizia fra pari*. Milán: Centro Italiano per la Promozione della Mediazione.

Glendon, M. A. 1986. *The Transformation of Family Law*. Chicago.

Gluckman, Max. 1954. *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press.

— [1965] 1984. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell.

— 1969. Concepts in Comparative Study of Tribal Law. En *Law in Culture and Society*, coordinado por Laura Nader. Aldine: Chicago.

Glueck, S. y E. Glueck. 1950. *Unraveling Juvenile Delinquency*. Nueva York: The Commonwealth Fund.

Gobierno Vasco. 1993. *Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Exégesis y valoración de su incidencia para la Administración de la Comunidad Autónoma*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

— 1994. *Programa de intervención en toxicomanías en la prisión provincial de Basauri*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

— 1995. *Guía para el profesorado en la educación de valores, actitudes y normas*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

— 1996. *Ayudas a víctimas del terrorismo. Guía de recursos*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco. Departamento de Interior.

— 1997. *Memoria de actividades. Departamento de Interior. 1996*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

Godoly, Jack. 1957. Fields of Social Control among the Lodagoba. *Journal of the Royal Anthropology Institute* 81, 1: 75-104.

Goethals, Johan y Tony Peters. 1992. Víctimas de la violencia. Análisis descriptivo de crímenes callejeros y robos con allanamiento de morada en Bélgica. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2: 131-59.

Goetting, Ann. 1995. *Homicide in Families and other Special Populations*. Nueva York: Springer.

Goetze, Albrecht. 1995. Mesopotamian Laws and the Historian. En *Folk Law. Essays*

in the Theory and Practice of Lex Non Scripta, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Goffman, Erving. [1959]1969. *The Presentation of Self in Everyday Life*. Harmondsworth: Penguin. En castellano: 1993. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, 2.^a reimpresión. Buenos Aires: Amorrortu.

— [1961] 1991. *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. Londres: Penguin. En castellano: 1994. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.

— [1963] 1995. *Estigma. La identidad deteriorada*, 6.^a reimpresión. Buenos Aires: Amorrortu.

Goldberg, Stephen B., Eric D. Green y Frank E. A. Sander. 1985. *Dispute Resolution*. Boston: Little, Brown and Company.

Goldschmidt, Walter. 1994. Peacemaking and the Institutions of Peace in Tribal Societies. En *The Anthropology of Peace and Nonviolence*, editado por Leslie E. Sponsel y Thomas Gregor. Boulder: Lynne Rienner.

Goleman, Daniel. 1997. *Inteligencia emocional*. Barcelona: Kairós.

Gómez Alfaro, Antonio. 1993. *La gran redada de gitanos. España: la prisión general de gitanos en 1749*. Madrid: Presencia Gitana.

Gómez Colomer, Juan Luis. 1996a. *Constitución y proceso penal: análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el código penal*. Madrid: Tecnos.

— 1996b. El sistema de penas y su repercusión procesal. *La Ley* 3.991: 1-11.

Gómez González, Gerardo y José Emilio Ordóñez Cifuentes. 1995. *Derecho y poder: la cuestión de la tierra y los pueblos indios*. México: Universidad Autónoma Chapingo.

Gómez Santos, Antonio. 1953. El antiguo derecho de asilo y la justicia en Castilla de la Edad Media. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 98: 92-6.

Gomis, Josep. 1991. La dimensión preventiva del sistema penal. *Prevenció* 6: 37-40.

González Castillo, P., J. F. Franco Yagüe y J. Láñez Berdonces. 1995. Intervención educativa en el ámbito de la justicia de menores: la reparación extrajudicial. Comunicación presentada en el Primer Congreso Estatal del Educador Social, abril, Murcia.

González de Audikana, Manuel. 1995. *Guía para mediadores juveniles de tiempo libre. Prevención de drogodependencias*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

González de Pablo, Santiago. 1949. El concepto de delito en las razas inferiores.

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios 50: 101-4.

González de San Segundo, Miguel Ángel. 1980. *Derecho prehispánico e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano. (Notas para su estudio)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

— 1983. El elemento indígena en la formación del Derecho indiano. *Revista de Historia del Derecho* 11: 401-53.

— 1995. *Un mestizaje jurídico. El derecho indiano de los indígenas. (Estudios de Historia del Derecho)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

González Echevarría, Aurora. 1990. *Etnografía y comparación. La investigación intercultural en Antropología*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona.

González Galván, Jorge Alberto. 1995. *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*. México: UNAM.

González Guitián, Luis. 1989. Evolución de la normativa española hasta la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria. *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1: 103-16.

González Navarro, Francisco. 1991. Poder domesticador del estado y derechos del recluso. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. De los derechos y deberes fundamentales, coordinado por S. Martín-Retortillo. Madrid: Civitas.

González Oropeza, Manuel. 1995. El fuero indígena. En *Antropología jurídica*. México: UNAM.

González Pérez, Jesús. 1989. *Derecho a la tutela jurisdiccional*, 2.^a ed. Madrid: Civitas.

González Poveda, Bienvenido. 1996. *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi.

González Royuela, Maite. 1997. Jóvenes y violencia en el País Vasco. *Políticas Sociales en Europa* 1: 41-52.

González Rus, José Juan. 1984. Teoría de la pena y Constitución. *Estudios penales y criminológicos* VII: 224-80.

— 1993. Delitos contra la propiedad. En *Manual de Derecho Penal. (Parte especial)*, dirigido por Cobo del Rosal, t. II. Madrid: EDERSA.

— 1994. La custodia domiciliaria bajo control electrónico como eventual sustitutivo o complemento de medidas preventivas, penas y beneficios penales. En *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Conferencias pronunciadas en el mismo. El Puerto de Santa María, 14-16 de abril de 1993*. El Puerto: Ayuntamiento de El Puerto de Santa María.

- González Vidosa, Fely. 1995. Primera experiencia práctica en España. Posterior desarrollo y evolución. Situación actual. *Victimología* 13: 63-93.
- González Vidosa, Fely y Luis F. de Jorge Mesas. 1995. Mediación 1.^a experiencia de adultos en España. *Poder Judicial* 39: 459-75.
- González Vidosa, Fely y Per Stangeland. 1996. La Oficina de Ayuda a la Víctima: Sugerencias concretas. *Boletín Criminológico* 20.
- González Zorrilla, Carlos. 1997. Suspensión de la pena y "probation". En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.
- Goodstein, Lynne y Kevin Wright. 1989a. Inmate Adjustment to Prison. En *The American Prison. Issues in Research and Policy*, editado por L. Goodstein y D. L. MacKenzie. Nueva York: Plenum Press.
- 1989b. Correctional Environments. En *The American Prison. Issues in Research and Policy*, editado por L. Goodstein y D. L. MacKenzie. Nueva York: Plenum Press.
- Gor, Francisco. 1995. *Carta abierta a un condenado sobre el estado de la justicia*. Madrid: Península.
- Gordon, Eleanor. 1995. The Nomadic Scapegoat. The Criminalisation and Victimization of Gypsies. Comunicación presentada en el *Workshop "The Criminalisation and Victimization of Gypsies in the New Europe"*, 19-20 de junio, Oñati, IISJ.
- Gordon, P. 1987. Community Policing: Towards the Local Police State? En *Law, Order and the Authoritarian State*, editado por Ph. Scraton. Milton Keynes: Open University Press.
- Goti Ordeñana, Juan. 1992. Dialecticidad de lo sagrado en el origen del Estado. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Gottfredson, Michael y D. M. Gottfredson. 1980. *Decisionmaking in Criminal Justice: Toward a Radical Exercise of Discretion*. Cambridge, MA: Ballinger.
- Gottfredson, M. y T. Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Palo Alto: Stanford University Press.
- Gottheil, Julio y Adriana Schiffrin, comps. 1996. *Mediación: una transformación en la cultura*. Barcelona: Paidós.
- Göppinger, Hans. 1975. *Criminología*. Madrid: Reus.

Grabowsky, Peter N. 1992. Law Enforcement and the Citizen: Non-Governmental Participants in Crime Prevention and Control. *Policing & Society* 2, 4: 249-71.

Gracia Martín, Luis, Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Carmen Alastuey Dobón. 1996. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Graham, John y Trevor Bennett. 1995. *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*. Helsinki: Heuni.

Gramatica, Filippo. 1974. *Principios de Defensa Social*. Madrid: Montecorvo.

Gramckow, H. 1995. Community Prosecution in the United States and its Relevance for Europe. *European Journal of Criminal Policy and Research* 3, 2: 112-21.

Granados Calero, Francisco. 1995. *El jurado en España (incluye las modificaciones operadas por las leyes 8 y 10/95)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Grasmick, Harold G. y Anne L. McGill. 1994. Religion, Attribution Style, and Punitiveness toward Juvenile Offenders. *Criminology* 32: 23-46.

Grau, Enric. 1997. Colombia: entre la medicina tradicional y la occidental. *Médicos sin Fronteras* 25: 49-50.

Gravin, Jean. 1952. Montesquieu et le droit pénal. En *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de "L'Esprit des lois" (1748-1948)*. París: Sirey.

Gray, John. 1995. Culture of Containment. *The Guardian*, 20 de noviembre, p. 9.

Gray, L. N. y J. D. Martin. 1969. Punishment and Deterrence: Another Analysis. *Social Science Quarterly* 50: 389-95.

Green, L. C. 1995. "Civilized" Law and "Primitive" Peoples. En *Folk Law*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. II. Madison: The University of Wisconsin.

Greenbaum, S. D. 1982. Bridging Ties at the Neighbourhood Level. *Social Networks*: 367-84.

Greenberg, M. S., R. B. Ruback y D. R. Westcott. 1982. Decision Making by Crime Victims: A Multimethod Approach. *Law and Society Review* 17: 47-84.

Greenfield, Howard. 1977. *Gypsies*. Nueva York: Crown.

Greenhouse, Carol. 1986. *Praying for Justice: Faith, Order and Community in an*

American Town. Ítaca: Cornell University Press.

Greenhouse, Carol J. y Fons Strijbosch. 1993. Legal Pluralism in Industrialized Societies. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 33: 1-12.

Greer, Desmond, ed. 1996. *Compensating Crime Victims. A European Survey*. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Gregor, Thomas y Leslie E. Sponsel. 1994. Preface. En *The Anthropology of Peace and Nonviolence*, editado por Leslie E. Sponsel y Thomas Gregor. Boulder: Lynne Rienner.

Grelet, Nathalie. 1992. Criminal Policy in Cameroon: A Tentative Approach to a Transition Model. En *Criminology in Africa*, editado por T. M. Mushanga. Roma: Unicri.

Greschner, Donna. 1992. Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice. *University of British Columbia Law Review*, special edition: 338-59.

Grevi, V. 1975. Risarcimento dei danni da reato e lavoro penitenziario. *Revista Italiana dei Diritto e Procedura Penale*: 55.

Griffiths, Anne. 1986. The Problem of Informal Justice: Family Dispute Processing Among the Bakwena - A Case Study. *International Journal of the Sociology of Law* 14: 359-76.

— 1996. Between Paradigms: Differing Perspectives on Justice in Molepolole Botswana. *Journal of Legal Pluralism* 36:195-214.

Griffiths, Curt Taylor y Ron Hamilton. 1996. Sanctioning and Healing: Restorative Justice in Canadian Aboriginal Communities. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Griffiths, Curt Taylor y Allan L. Patenaude. 1989. The Use of Restitution and Community Service Sentencing in the Canadian North: The Prospects and Problems of Localized Corrections. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.

Griffiths, John. 1970. Ideology in Criminal Procedure or a Third Model of the Criminal Process. *Yale Law Journal* 79: 359-417.

— 1983. The General Theory of Litigation: A First Step. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5, 2: 145-201.

— 1986. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24: 1-55.

Grillo, Trina. 1991. The Mediation Alternative: Process Dangers for Women. *The Yale Law Journal* 100: 1.545-1.610.

Groenhuijsen, Marc. 1993. The Development of Victimology and its Impact on Criminal Justice Policy in The Netherlands.

Groenhuijsen, Marc S. y Dirk van der Landen. 1996. Niederlande. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Groizard y Gómez de la Serna, A. 1902. *El Código penal de 1879*, t. I, 2.^a ed. Madrid: Hijos de J. A. García.

Grönfors, Martti. 1977. Blood Feuding among Finnish Gypsies. University of Helsinki, Department of Sociology Research Reports n. 213.

— 1979. Ethnic Minorities and Deviance: the Relationship between Finnish Gypsies and the Police. University of Helsinki, Sociology of Law Series n. 1.

— 1986. Social Control and Law in the Finnish Gypsy Community. *Journal of Legal Pluralism* 24: 101-125.

— 1992. Mediation - A Romantic Idea or a Workable Alternative. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.

Gropper, Rena. 1975a. *Gypsies in the City*. Princeton: The Darwin Press.

— 1975b. *The Kris*. Princeton: The Darwin Press.

Grossi, Paolo. 1996. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.

Grosso Galván, M. 1980. Nueva Criminología y dogmática jurídico-penal. *Cuadernos de Política Criminal* 10: 48-73.

Grover Duffy, Karen, James W. Grosch y Paul V. Olczak, comps. 1996. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós.

Grupo Igia. 1987. *La prevención comunitaria de las drogodependencias*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

Grupo Pass. 1987a. La comunidad gitana de Donostialdea. Madrid: Secretariado General Gitano, Secretariado Gitano de Cáritas de Guipúzcoa.

— 1987b. La comunidad gitana en el Gran Bilbao. Madrid: Secretariado General Gitano.

Grupp, S. 1968. *The Positive School of Criminology: Three Lectures by Enrico Ferri*. Pittsburgh: University of Pittsburgh.

Gual Camarena, M. 1953. *Un seguro contra crímenes de esclavos en el siglo XV*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Guallart de Viala, Alfonso. 1977. *El Derecho penal histórico de Aragón*. Zaragoza: Institución "Fernando El Católico".

- Guardia Municipal de San Sebastián. 1996. Memoria 1995. Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.
- Guarnieri, Carlo. 1997. Prosecution in Two Civil Law Countries: France and Italy. En *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken. Aldershot: Dartmouth.
- Guasch, M. 1991. Intermediate Treatment: Una manera distinta de tratar la delincuencia juvenil. *Papers d'Estudis i Formació* 6: 151-67.
- Guasp Delgado, Jaime. 1946. *Significación teórica de la Justicia Municipal*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- 1997. *Concepto y método en Derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- Gudykunst, W. y S. Ting-Toomey. 1988. *Culture and Interpersonal Communication*. Newbury Park, Ca: Sage.
- Guerrero, Andrés. 1996. El levantamiento indígena de 1994. Discurso y representación política en Ecuador. *Nueva Sociedad* 142: 32-43.
- Guibourg, Ricardo A. 1996. Fuentes del Derecho. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.
- Guichot, J. 1913. *Algo sobre la evolución de las doctrinas penales*. Madrid: Imprenta de Fortanet.
- Gulliver, Philip Hugh. 1963. *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha, Agricultural Masai of Northern Tanganyika*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- 1969. Introduction to Case Studies in Law in Non-Western Societies. En *Law in Culture and Society*, editado por L. Nader. Chicago: Aldine.
- 1979. *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*. Nueva York: Academic Press.
- Günther, Louis. 1966-70. *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur Universalhistorischen Entwicklung desselben*. Aalen: Scientia.
- Guojiang, Lu. 1996. Citizens' Right to Their Reputation. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Gurevich, Aaron. 1997. *Los orígenes del individualismo europeo*. Barcelona: Crítica.
- Gurméndez, Carlos. 1996. *Ontología de la pasión*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Gurrutxaga Abad, Ander. 1993. El sentido moderno de la comunidad. *Revista Española*

- de Investigaciones Sociológicas* 64: 201-19.
 — 1996. *La perplejidad sociológica*. Leioa: UPV-EHU.
- Gurvitch, Georges. 1947. *Sociology of Law*. Londres: Kegan Paul.
- Gutiérrez Blanco, Ana. 1960. La mujer delincuente. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 144: 1.883-86.
- Gutiérrez Fernández, Benito. 1866. *Exámen histórico del Derecho penal*. Madrid.
- Gutiérrez Freer, Roberto J. 1995. Resolución alternativa de conflictos. Su implementación en una nación en desarrollo. Tesina para la obtención del Master en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.
- Gutiérrez Quevedo, M. 1993. Fundamentos del abolicionismo. *Derecho Penal y Criminología* 51: 279-84.
- Gutiérrez-Alvi y Conradi, F. 1990. Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima. *Poder Judicial* 18: 79-80.
- Haan, Willem de. 1985. Die Politik mit dem "schlechten Gewissen". Die Diskussion über den Abolitionismus in den Niederlanden. *Kriminologisches Journal* 17: 246-66.
 — 1989. The Necessity of Punishment in a Just Social Order: A Critical Appraisal. En *Justice & Ideology. Strategies for the 1990s*, editado por Bill Rolston y Mike Tomlinson. Oxford: The European Group for the Study of Deviance and Social Control.
 — 1990. *The Politics of Redress. Crime, Punishment and Penal Abolition*. Londres: Unwin Hyman.
 — 1992. Redresser les torts: l'abolitionnisme et le contrôle de la criminalité. *Criminologie* 3: 115-37.
- Habermas, Jürgen. 1981. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 vols. Frankfurt a. M.: Suhrkamp. En castellano: 1987. *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols. Madrid: Taurus.
 — 1985. Derecho y violencia: un trauma alemán. *Anuario de Filosofía del Derecho*: 19-32.
 — 1993a. The Entry into Postmodernity: Nietzsche as a Turning Point. En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
 — 1993b. Modernity - An Incomplete Project. En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Hachamovitch, Yifat. 1990. One Law on the Other. *International Journal for the Semiotics of Law* 8: 187-200.
- Haenel, Hubert. 1995. Justice de proximité: Premier bilan. *Pouvoirs* 74: 93-103.

- Haesler, W. T, ed. 1986. *Viktimologie*. Grünsch.
- Hagan, J. 1993. Crime, Class, and Community - An Emerging Paradigm. Introduction: Crime in Social and Legal Context. *Law and Society* 27, 2: 255-61.
- Haines, John. 1994. L'aplicació a Europa de mesures alternatives a la presó. Funcionament actual de la probation. *Justiforum* 2: 23-34.
- Haley, John Owen. 1989. Confession, Repentance and Absolution. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.
- 1991. *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*. Nueva York: Oxford University Press.
- 1996. Crime Prevention Through Restorative Justice: Lessons from Japan. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Haley, John Owen y A. M. Neugebauer. 1992. Victim-Offender Mediation: Japanese and American Comparisons. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation - International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- Hall, E. T. 1976. *Beyond Culture*. Nueva York: Anchor.
- Hall, Stuart. 1996. Drifting into a Law and Order Society. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Hallett, M. A. 1994. *Convergence and Struggle in Alternative Dispute Resolution. A Stakeholder Analysis of Legal Ideology*. Facultad de Filosofía de la Universidad del Estado de Arizona. Michigan: UMI. Tesis doctoral.
- Hammersley, Martyn y Paul Atkinson. 1994. *Etnografía. Métodos de investigación*. Barcelona: Paidós.
- Hampton, J. 1992. Correcting Harms versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution. *UCLA Law Review* 39: 1.659-1.702.
- Hanak, G. 1982. Diversion und Konfliktregelung. Überlegungen zu einer alternativen Kriminalpolitik bzw. einer Alternative zur Kriminalpolitik. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 9, 35: 1-39.
- 1991. Alternativen zur Strafrechtlichen Konfliktverarbeitung. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 15, 70-1: 235-67.
- Handler, Joel F. 1978a. Postmodernism, Protest, and the New Social Movements. *Law and Society* 26, 4: 697-731.

— 1978b. *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*. Nueva York: Academic Press.

Hanmer, Jalna y Maynard, Mary, eds. 1987. *Women, Violence and Social Control*. Basingstoke: Macmillan.

Hanozin, C., A. Piers, B. Van Boven, N. Vanempten y C. Vanneste. 1997. La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Évaluation de sa mise en application. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, junio: 589-635.

Harding, John. 1989. Reconciling Mediation with Criminal Justice. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.

— 1996. Whither Restorative Justice in England and Wales? A Probation Perspective. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Harff, Barbara y Ted Robert Gurr. 1995. Victims of the State: Genocides, Politicides and Group Repression from 1945 to 1995. *PIOOM Newsletter*: 24-39.

Harland, Alan. 1996. Towards a Restorative Justice Future. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Harré, Rom y W. Gerrod Parrott, eds. 1996. *The Emotions. Social, Cultural and Biological Dimensions*. Londres: Sage.

Harring, S. L. 1994. Australian Social Science, Aboriginal Peoples and the Criminal Law. *Australian Journal of Law and Society* 10: 67-84.

Harrington, Christine B. 1985. *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport: Greenwood Press.

— 1995. Towards a Critical Legal Plurality. Conferencia pronunciada en los Cursos de Verano Pensamiento crítico en los estudios socio-jurídicos, dirigido por R. Bergalli, 10-4 de julio, Oñati, IISJ.

Harrington, Christine y Sally E. Merry. 1988. Ideological Production: The Making of Community Mediation. *Law and Society* 22, 4: 709-35.

Harris, M. 1993. *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*. Madrid: Siglo XXI.

— 1994. *Antropología cultural*, 3.^a ed. Madrid: Alianza.

Harrison, A. y J. Gretton, eds. 1986. *Crime UK 1986. An Economic, Social and Policy Audit*. Bristol: Policy Journals.

- Hartland, E. Sidney. 1924. *Primitive Law*. Londres: Methuen.
- Hartmann, Arthur. 1992. Victim-Offender Reconciliation - Program and Outcomes. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- 1995. *Schlichten oder Richten. Der Täter-Opfer-Ausgleich und das (Jugend)Strafrecht*. Múnich: Wilhelm Fink.
- 1996. *Die Entwicklung des Täter-Opfer-Ausgleich im Spiegel der "Bundesweiten TOA-Statistik"*. Bonn: Deutsche Bewährungshilfe.
- Hartmann, Ute Ingrid. 1995. *Täter-Opfer-Ausgleich im Spannungsfeld von Anspruch und Wirklichkeit*. Hannover: Univ.
- Hassemer, Elke. 1994. TOA statt Strafe. Täter-Opfer-Ausgleich als institutionelle strafrechtliche Reaktionsform. *Sozial extra* 12: 2-3.
- Hassemer, Winfried. 1981. La "renuncia a la pena" como instrumento de política criminal. En *La reforma del Derecho penal II. Jornadas hispano-alemanas sobre la reforma del Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona, marzo, 1980*, editado por S. Mir Puig. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona.
- 1982. Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social. En *Derecho penal y ciencias sociales*, editado por Mir Puig. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- 1985. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- 1990. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales* 43: 241-59.
- 1992. Rasgos y crisis del Derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* 45: 235-49.
- 1995. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Ciencias Penales* 10: 2-8.
- Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz Conde. 1995. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hauber, Albert, Bart Hofstra, Leo Toornvliet y Anke Zandbergen. 1996. Some New Forms of Functional Social Control in The Netherlands and Their Effects. *British Journal of Criminology* 36, 2: 199-219.
- Hava García, Esther. 1995. Victimización juvenil: Estudio comparativo de las ciudades de Cádiz y Jerez de la Frontera. Memoria de licenciatura. Universidad de Cádiz. Microficha.
- Havemann, P. y Turner, K. 1994. The Waitangi Tribunal: Theorising its Place in the Re-Design of the New Zealand State. *Australian Journal of Law and Society* 10: 165-94.
- Hawley, Richard y Barbara Levick, eds. 1995. *Women in Antiquity: New Assessments*.

Londres: Routledge.

Hazard, John N. 1995. Furniture Arrangement as a Symbol of Judicial Roles. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Hazlehurst, Kayleen M., ed. 1986. *Aboriginal Criminal Justice: A Bibliographical Guide*. Sydney: Australian Institute of Criminology.

— 1988. *Aboriginal Criminal Justice*. Sydney: Australian Institute of Criminology.

— 1990. *Crime Prevention for Aboriginal Communities*. Sydney: Australian Institute of Criminology.

— , ed. 1995a. *Legal Pluralism and the Colonial Legacy*. Aldershot: Avebury.

— 1995b. *Perceptions of Justice. Issues in Indigenous and Community Empowerment*. Aldershot: Avebury.

Heather, Michael A. 1995. The Revival of Arbitration as a Post-modern Solution to Problems in the Criminal Justice System. En *Criminal Justice. U. K. Association for Legal and Social Philosophy 20th Annual Conference at Glasgow, 24-26 March 1994*, editado por E. Attwooll y otros. Stuttgart.

Hecht, N. S., B. S. Jackson, S. M. Passamaneck, D. Piattelli y A. M. Rabello, eds. 1996. *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*. Oxford.

Hegel, Guillermo Federico. 1968. *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed. Buenos Aires: Claridad.

Heidemann, A. y F. Lamott. 1992. Los delitos sexuales en el contexto de las tentativas de reconciliación víctima-delincuente. *Papers d'Estudis i Formació* 8: 189-200.

Heidensohn, Frances. 1986. Models of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice. *International Journal of Sociology of Law* 14: 287-98.

— 1995. Feminist Perspectives and their Impact on Criminology and Criminal Justice in Britain. En *International Feminist Perspectives in Criminology. Engendering the Discipline*, editado por Nicole Hahn Rafter y Frances Heidensohn. Buckingham: Open University Press.

Heiland, Hans-Günther, Louise I. Shelley y Hisao Katoh, eds. 1992. *Crime and Control in Comparative Perspectives*. Berlín: Walter de Gruyter.

Heinz, W. 1992. Diversion in German Juvenile Justice. En *Studies on Crime and Crime Prevention* vol. 1, 1. Oslo: Scandinavian University Press.

Heinz, W. y R. Storz. 1993. *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Bundesministerium der Justiz.

Heiskala, R. 1989. Marx, Habermas, Democracy, and Semiotic Welfare: An Utopia for

the Modern Enlightened West, and its Limits. En *Law, Morality, and Discursive Rationality*, editado por A. Aarnio y K. Tuori. Helsinki: Department of Public Law, University of Helsinki.

Heller, Ágnes. 1977. *Sociología de la vida cotidiana*. Barcelona: Península.
— 1987. *Beyond Justice*. Nueva York: Basil Blackwell.

Henberg, M. 1990. *Retribution. Evil for Evil in Ethics, Law, and Literature*. Filadelfia: Temple University Press.

Henderson, D. F. 1965. *Conciliation and Japanese Law, Tokugawa and Modern*. Seattle.

Hendler, Edmundo S. 1991. El tema de los orígenes del Derecho Penal. *Doctrina Penal* 53-4:101-7.
— 1994. El Derecho penal primitivo y su supuesta evolución. *Cuadernos de Política Criminal* 54: 1.211-7.

Henn, Marcus. 1996. *Nicht gleich vor den Richter...Mediation und rechtsförmliche Konfliktregelung*. Bochum: Brockmeyer.

Henry, Stuart. 1983. *Private Justice: Towards Integrated Theorizing in the Sociology of Law*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
— , 1994. Introduction. En *Social Control. Aspects of Non-State Justice*, editado por Stuart Henry. Aldershot: Dartmouth.

Henry, Stuart y Dragan Milovanovic. 1996. *Constitutive Criminology. Beyond Postmodernism*. Londres: Sage.

Henry, Stuart, Gregg Barak y Dragan Milovanovic. 1997. Three by Three. *The Critical Criminologist Newsletter* 2 & 3.

v. Hentig, Hans. 1967-8. *La pena*, 2 vols. Madrid: Espasa-Calpe.

Heras Santos, José Luis de las. 1990. Los galeotes de los Austrias: la penalidad al servicio de la Armada. *Historia Social* 6: 127-40.
— 1991. *La justicia penal en la Corona de Castilla*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Hering, Rainer-Dieter, ed. 1993. *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht. Theorie und Praxis konstruktiver Tatverarbeitung: Grundlagen, Modelle, Resultate und Perspektiven*. Bonn: Forum.

Hernández, J. A. 1993. La víctima y el peritaje judicial. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.

Hernández Díaz, Francisco y Gerardo López Hernández. 1990. Las consecuencias de la inhibición social en el orden público: una cuestión preventiva. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. II. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Hernández Gutiérrez, V. 1992. La nueva ley de reforma penal de menores. Aspectos educativos y garantías procesales. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1.648: 5.138.

Hernández Lores, Mario y Francisca Romero Pozo. 1996. ¿Qué piensan los españoles de la delincuencia y la seguridad ciudadana? *Ciencia Policial* 37: 9-23.

Hernández Pulido, J. R. 1994. El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Herren, Rüdiger, Diethelm Kienapfel y Heinz Müller Dietz, dirs. 1977. *Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift für Thomas Württenberger zum 70. Geburtstag, 7. 10. 1977*. Berlín: Duncker & Humblot.

Herrera Arrando, José Vicente. 1996. La prevención como función policial y punto de partida hacia la policía comunitaria. *Ciencia policial* 38: 27-40.

Herrera Flores, Joaquín y David Sánchez Rubio. 1993. Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica. *Jueces para la Democracia* 20, 3: 87-93.

Herrera Moreno, Myriam. 1996. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. Madrid: EDERSA.

Herrera Purga, Pedro. 1974. *Sociedad y delincuencia en el siglo de oro*. Madrid: B.A.C.

Herrero, Roberto. 1996. *Los abrazos perdidos*. Madrid: Asociación de Directores de Escena de España.

Herrero Brasas, Juan A. 1996. Feminismo y pornografía. 1. La perspectiva radical. *Claves de la Razón Práctica* 63: 44-55.

Herrero Herrero, César. 1985. *España penal y penitenciaria. (Historia y actualidad)*. Madrid: Instituto de Estudios de la Policía.

— 1989. *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*. Madrid: Ministerio de Justicia.

— 1990. Demografía y delincuencia. *Ciencia policial* 11: 34-47.

— 1996. *Introducción al nuevo Código penal. Parte general y especial*. Madrid: Dykinson.

Hertle, Dirk. 1994. *Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie*.

Eine dogmatisch-empirische Untersuchung. Frankfurt: Lang.

Herz, Ruth G. 1991. Dekonstruktivismus im Jugendstrafrecht. Täter-Opfer-Ausgleich. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 74, 2: 80-9.

Herzog, Hans Michael, Thomas Sokolowski, Jonathan Watkins, Langlands & Bell, eds. 1997. *Langlands & Bell.* Londres: Pale Green Press

Herzog, T. 1994. La historia social del Derecho. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, editado por J. M.^a Sauca. Madrid: Universidad Carlos III.

Hespanha, A. M. 1990a. De la "iustitia" a la disciplina. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

— 1990b. Una historia de textos. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.

Hess, A. G. y P. F. Clement. 1993. *History of Juvenile Delinquency. A Collection of Essays on Crime Committed by Young Offenders, in History and in Selected Countries*, vol. 2. Aalen: Scientia.

Hess, H. 1983. Il controllo sociale: società e potere. *Dei Delitti e delle Pene* I, 3: 499-524.

Heuni. 1984. *Towards a Victim Policy in Europe. Report of the Seminar Held in Espoo, Finland, 31 October - 2 November 1983.* Helsinki: Heuni.

— 1986. *Non-Prosecution in Europe. Proceedings of the European Seminar.* Helsinki: Heuni.

— 1989. *Changing Victim Policy: The United Nations Victim Declaration and Recent Developments in Europe.* Helsinki: Heuni.

Heydebrand, Wolf. 1997. Culture and Structure in the Comparative Sociology of Law: A Typology of Legal Cultures and Four Examples of Structural Processes. En *Changing Legal Cultures*, compilado por Johannes Feest y Erhard Blankenburg. Oñati: IISJ.

Hicks, D., comp. 1993. *Educación para la paz.* Madrid: Ministerio de Educación y Cultura.

Hidalgo García, J. A. 1908. *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, t. 1. Madrid: Hijos de Reus.

Higuera Guimera, J. F. 1993. *Las excusas absolutorias.* Madrid: Marcial Pons.

Hika. 1995. Un "careo" al nuevo Código penal ¿Progresista? n. 63.

Hindelang, M. J., M. R. Gottfredson y J. Garófalo. 1978. *Victims of Crime: An*

Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization. Cambridge, Mass.: Ballinger.

Hinojosa, Eduardo de. 1948. *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su Patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*. En *Obras I*. Madrid.

Hirsch, Adam Jay. 1992. *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishment in Early America*. New Haven: Yale University.

v. Hirsch, Andrew. 1992. La reparación del daño en el marco del Derecho penal. En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Maier. Buenos Aires: Ad-Hoc.

— 1993. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press.

— 1995. The Future of the Proportionate Sentence. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.

— 1996. Giving Criminals their Just Deserts. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por J. Muncie, E. McLaughlin y M. Langan. Londres: Sage.

Hirsch, H.-J. 1990. La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación. *Cuadernos de Política Criminal* 42: 561-75.

Hobbes, Thomas [1666] 1992. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Madrid: Tecnos.

Hobe, K. 1989. Viktimisierung durch die Strafrechtspflege und den Strafvollzug. En *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, I. Dendaluze y E. Echeburúa. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.

Hobsbawn, Eric. 1995. *Historia del siglo XX. 1914-1991*. Barcelona: Crítica.

Hobsbawm, Eric y Terence Ranger, eds. 1983. *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hochheuser, E. 1965. Der Verletzte im Strafrecht. Facultad de Derecho de Colonia (Alemania). Tesis doctoral.

Hoebel, E. A. 1954. *The Law of Primitive Man*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

v. Hofer, Hanns. 1997. Violencia criminal y jóvenes en Suecia: una perspectiva a largo plazo. *Políticas Sociales en Europa* 1: 41-52.

Hofstede, G. 1991. *Cultures and Organizations: Software of the Mind*. Londres:

McGraw-Hill.

Hogg, Russell. 1988. Taking Crime Seriously: Left Realism and Australian Criminology. En *Understanding Crime and Criminal Justice*, editado por M. Findlay y R. Hogg. Sidney: Law Book.

Hoggarth, Liz. 1991. *Selection of Community Service Orders*. Aldershot: Avebury.

Holmgren, M. R. 1983. Punishment as Restitution: The Rights of the Community. *Criminal Justice Ethics* 2: 36-49.

Holyst, Brunon. 1979. *Comparative Criminology*. Massachusetts: Lexington.

— 1982. The Scope, Tasks, and Aim of Penal Victimology. En *The Victim in International Perspective. Papers and Essays Given at the "Third International Symposium on Victimology" 1989 in Münster/Westfalia*, editado por H. J. Schneider. Berlín: Walter de Gruyter.

— 1995. German Criminology: Between Science and Practice. *Eurocriminology* 8-9, 215-46.

Home Office. 1990. *The Victim's Charter. A Statement of the Rights of Victims of Crime*. Londres: Home Office.

— 1991. *A Digest of Information on the Criminal Justice System. Crime and Justice in England and Wales*. Londres: Home Office

— 1996. *The Victim's Charter. A Statement of Service Standards for Victims of Crime*. Londres: Home Office.

Home Office Statistical Bulletin. 1993. Statistics on Community Service Orders, 1 May: 1-2.

Honneth, Axel. 1997. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica.

Hooker, M. B. 1975. *Legal Pluralism, an Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.

Hope, Tim. 1995. The Flux of Victimization. *British Journal of Criminology* 35: 339.

Horigan, Damien P. 1996. On Compassion and Capital Punishment: A Buddhist Perspective on the Death Penalty. *The American Journal of Jurisprudence* 41: 271-88.

Horkheimer, Max y Theodor W. Adorno. [1969] 1994. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Madrid: Trotta.

Horle, C. W. 1988. *The Quakers and the English Legal System 1660-1688*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

Hormazábal Malaree, Hernán. 1997. El nuevo Código penal y el principio de

- culpabilidad. *Jueces para la Democracia* 29: 54-9.
- Horn, W. 1992. A Guide to Allocating Resources Between Mediation and Adjudication. *Justice System Journal* 15, 3: 824-41.
- Horwitz, Allan V. 1990. *The Logic of Social Control*. Nueva York: Plenum.
- Hosser, Daniela. 1996. *Nicht immer hilfreich: Soziale Unterstützung im Kontext krimineller Opfererfahrung*. Hannover: Kriminolog. Forschungsinstitut.
- Houchon, Guy. 1997. Le rapport d'évaluation sur la médiation pénale. Commentaire criminologique. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, junio: 636-50.
- Hourihan, K. 1987. Local Community Involvement and Participation in "Neighbourhood Watch": A Case Study in Cork, Ireland. *Urban Studies* 24, 2: 129-36.
- Howe, Adrian. 1994. *Punish and Critique. Towards a Feminist Analysis of Penalty*. Nueva York: Routledge.
- Howell, Signe y Roy Willis, eds. 1989. *Societies at Peace: Anthropological Perspectives*. Nueva York: Routledge.
- Hoyo Soler, Antonio. 1995. Consideraciones criminológicas y de *lege ferenda* sobre la libertad condicional. En *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, n. 1. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Huang, Shir-Shing. 1996. The Reconciliation System of the Republic of China. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Huber, B. 1983. "Community Service Order" como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril: 35-48.
- 1994. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre: 154-76.
- Hudson, Barbara. 1995. Book Review. *International Journal of Sociology of Law* 23, 4: 419-21.
- 1996. *Understanding Justice. An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*. Londres: Open University Press.
- Hudson, Joe y Burt Galaway, eds. 1980. *Victim, Offenders, and Alternative Sanctions*. Massachusetts: Lexington.
- 1996. Introduction. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

- Hudson, Joe, Allison Morris, Gabrielle Maxwell y Burt Galaway, eds. 1996. *Family Group Conferences. Perspectives on Policy & Practice*. Monsey, Nueva York: Willow Tree.
- Huerta Lara, Rosario. 1992. Derechos humanos y derecho consuetudinario indio en México. En *Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y Derechos étnicos en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Huggins, M. 1991. *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. Nueva York: Praeger.
- Hughes, Gordon. 1996. Strategies of Multi-Agency Crime Prevention and Community Safety in Contemporary Britain. *Studies on Crime and Crime Prevention* 5, 2: 221-44.
- Huilcaman Paillama, Aucan. 1995. Situación actual y perspectivas de futuro de los pueblos indígenas. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.
- Hulsman, Louk. 1986. Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crisis* 10, 1: 63-80.
- 1991. La perspectiva abolicionista. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.
- 1995. El sistema de justicia penal y el futuro de las prisiones. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- 1996. Prevención del delito y las nuevas formas de justicia. *Prevención* 12: 7-14.
- Hulsman, Louk y Jacqueline Bernat de Célis. 1984. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.
- Hulsman, Louk y H. van Ransbeek. 1987. Alternative Crime Policies. Ponencia presentada en el Seminario "Alternatives to Imprisonment", organizado por la Iglesia Luterana de Finlandia, septiembre, Helsinki.
- Human Rights Watch/Asia. 1995. *Prison Conditions in Japan*. Nueva York: Human Rights Watch.
- Hunt, Alan. 1985. The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law. *Law and Society* 19, 1: 11-37.
- 1993. *Explorations in Law and Society. Toward a Constitutive Theory of Law*. Nueva York: Routledge.
- 1995. The Role of Law in the Civilizing Process and the Reform of Popular Culture. *Canadian Journal of Law and Society* 10, 2: 5-29.
- 1997. Moral Regulation and Making-Up of the New Person: Putting Gramsci to Work. *Theoretical Criminology* 1, 3: 275-301.

Hunt, D. 1994. Preventing Criminal Victimization: The Case for an Intersectorial Response to Victimization - A South Australian Perspective. Conferencia pronunciada en el 8º Simposio Internacional de Victimología, 21-6 de agosto, Adelaide, Australia.

Huo, Yuen J. 1997. Understanding the Effects of Cultural Diversity on the Resolution of Conflicts in the United States. Comunicación presentada en el *Workshop* "Changing Legal Cultures II (Interaction of Legal Cultures)", abril 24-5, Oñati, IISJ.

Hurtado Adrián, Ángel Luis. 1995. Actos de violencia contra las personas desde el punto de vista de la protección de la víctima. *La Ley*, 19 de septiembre, 1-5.

Hurtado Pozo, José. 1979. *La ley "importada". Recepción del Derecho penal en Perú*. Lima: Cedys.

Hutsebaut, F. y T. Peters. 1993. The Development of Victimology and its Impact on Criminal Justice Policy in Belgium. Ponencia presentada en el XI Congreso Internacional de Criminología, 23-7 de agosto, Budapest.

Huyse, L. 1995. Justice after Transition. On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past. *Law and Social Inquiry*.

Ibáñez Guzmán, Augusto J. y Julio Andrés Sampedro Arrubla. 1995. *Temas de Derecho procesal penal*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ietswaart, Heleen. 1990. The International Comparison of Court Caseloads: The Experience of European Working Group. *Law and Society* 24, 2: 571-90.

Igarashi, F. 1984. Crime, Confession and Control in Contemporary Japan. *Law in Context* 2: 1-30.

Iglesia Ferreirós, Aquilino. 1987. *La creación del derecho. Una historia del derecho español*. Fasc. 1. Barcelona: Gráficas Signo.

Iglesias de Ussel, Julio. (en prensa). *La familia española contemporánea*. Madrid: CIS.

Ignatieff, Michael. 1979. *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*. Londres: Macmillan.

— 1985. *The Needs of Strangers: An Essay on Privacy, Solidarity and the Politics of Being Human*. Nueva York: Viking Penguin.

Iivari, Juhani. 1991. *Mediation of Crimes and Disputes in the Concept of Reflexive Justice*. Helsinki: National Legal Research Institute.

— 1992. The Process of Mediation in Finland: A Special Reference to the Question

"How to Get Cases for Mediation"? En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por H. Messmer y H.-U. Otto. Dordrecht: Kluwer.

Imbizo. Resarch in Progress Series. 1996. Exploring Community Justice, n. 1.

Immarigeon, Russ. 1996. Prison-Based Victim-Offender Reconciliation Programs. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Inda, F. J. 1997. La tecnología aplicada al control social. *Harlax* 20: 177-200.

Infancia y Sociedad. 1993. Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores, n. 23.

Iniesta, A. 1981. *Los gitanos. Problemas socioeducativos*. Madrid: Narcea.

Innerarity, Daniel. 1996. El conocimiento en la sociedad del conocimiento. *Claves de la razón práctica* 67: 40-7.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1995. *Antropología jurídica*. México.

Instituto Nacional de Estadística. 1996. *Estadísticas judiciales de España. Año 1994*. Madrid: INE.

Instituto Nacional Indigenista. 1994. *Etnografías jurídicas*. México.

International Romani Union. 1996. Second International Congress for Peace in Europe. [Http://paz.eunet.es/ManifiE.html](http://paz.eunet.es/ManifiE.html).

IPPF. 1987. *Community Service as an Alternative to the Prison Sentence. Proceedings of the Meeting in Coimbra, 27-30 September 1986*. Bonn: IPPF.

— 1989. *The Elaboration of Standard Minimum Rules for Non-Institutional Treatment. Proceedings of the Sixth International Colloquium of the IPPF. Poitiers/France, 3-6 Oct. 1987*. Bonn: IPPF.

IRSE-EBI. 1996. Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD-SS). Memoria 1995. San Sebastián.

— 1997. Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD-SS). Memoria 1996. San Sebastián.

Ishii, Yoichi. 1997. La costumbre jurídica india en Iberoamérica. Ponencia presentada en el *Workshop* "La costumbre jurídica india como sistema de derecho", 14-5 de julio, Oñati, IISJ.

Jackson, Michel. 1988. *The Maori and the Criminal Justice System*, vol. II.

Wellington: Department of Justice.

— 1992. In Search of Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities. *University of British Columbia Law Review*, special edition: 147-238.

— 1994. Changing Realities: Unchanging Truths. *Australian Journal of Law and Society* 10: 115-29.

Jacob, B. R. 1970. Reparation or Restitution by the Criminal Offender to his Victim: Applicability of an Ancient Concept in the Modern Correctional Process. *Journal of Criminal Law, Criminology and Policy Science* 61: 152-167.

Jacoby, Susan. 1983. *Wild Justice: The Evolution of Revenge*. Nueva York: Harper and Row.

Jaen Vallejo, Manuel. 1995. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48: 57-70.

Jakobs, Günther. 1994. ¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto: 137-58.

— 1996. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.

James, Edward. 1983. "Beati pacifici": Bishops and the Law in Sixth-Century Gaul. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.

Jandt, Fred E. y Paul B. Pedersen. 1994. Indigenous Mediation Strategies in the Asia-Pacific Region. *Aspire Newsletter* 4, 1: 10-11.

— eds. 1996a. *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*. Londres: Sage.

— 1996b. The Cultural Context of Mediation and Constructive Conflict Management. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.

Janisch, W. 1995. Ein Rechtsprofessor und seine Hoffnung auf den Handschlag. Der Täter-Opfer-Ausgleich ist neu ins Erwachsenenstrafrecht hereingenommen worden. *Stuttgarter Zeitung*, 19. 4. 95, p. 26.

Janowitz, Morris. 1995. Teoría social y control social. *Delito y Sociedad* 6-7: 5-31.

Jansen, Dorothea. 1988. Parallelen in Sozial- und Rechtspolitik: Ein Vergleich der Diskussion zur Selbsthilfe und zu Alternativen zum Recht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9, 1: 1-35.

Jansen, Michael M. 1993. Sinti and Roma: An Ethnic Minority in Germany. En *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, editado por John Packer

- y Kristian Myntti. Turku: Abo Akademi University.
- Janssen, H. 1986. Die Kapitalisierung abweichenden Verhaltens. Zur Ökonomie und Politik der amerikanischen Diversionalternativen. *Vorgänge* 79, 1: 94-103.
- Jar Conselo, Gonzalo. 1997. *Las mujeres en la policía y las fuerzas armadas. Especial referencia a la Guardia Civil*. Madrid: Instituto de la Mujer.
- Jarabo de Calatayud, Alberto. 1990. Los juzgados de paz: presente, futuro y derecho comparado. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- Jaramillo García, A. 1928. *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, 2 vols. Salamanca: Silvestre Ferreira.
- Jardine, Alice. 1993. The Demise of Experience: Fiction as Stranger than Truth? En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Jarrosson, Charles. 1997. Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale. *Revue internationale de Droit Comparé* 2: 311-435.
- Järvinen, S. 1993. *Mediation of Offences in Finland. Mediation in Practice and an Assessment of Mediation as an Alternative to the Criminal Justice System*. Helsinki: National Research Institute of Legal Policy.
- Jáuregui, Gurutz. 1986. *Contra el Estado-Nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*. Madrid: Siglo XXI.
- 1994. *La democracia en la encrucijada*. Barcelona: Anagrama.
- 1997. Promoción de una cultura no racista. Ponencia presentada en el III Coloquio Internacional "1997: Año Europeo contra el racismo: reflexiones desde la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales", 26-7 de junio, Donostia-San Sebastián, IVAC-KREI.
- Jefferson, Tony. 1993. Money, Mythology and Mike Tyson: The Rape Trial as a Case-Study in the Problems of Biographical Writing. Ponencia presentada en "Auto/Biography Christmas Conference", 17-9 de diciembre, University of Warwick.
- Jeffery, C. R. 1969. Crime Prevention and Control through Environmental Engineering. *Criminologica* 7: 35-58.
- Jehle, J. M., W. Feuerhelm y P. Block. 1990. *Gemeinnützige Arbeit statt Ersatzfreiheitsstrafe. Forschungskolloquium zu einer bundesweiten Untersuchung*. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle.
- Jensen, Gary F. 1993. Power-Control vs. Social Control Theories of Common

Delinquency: A Comparative Analysis. En *New Directions in Criminological Theory*, editado por F. Adler y W. S. Laufer, vol. 4, *Advances in Criminological Theory*. New Brunswick: Transaction.

Jensen, G. F. y M. L. Erickson. 1978. The Social Meaning of Sanctions. En *Crime, Law, and Sanctions. Theoretical Perspectives*, editado por M. D. Krohn y R. L. Akers. Beverly Hills: Sage.

Jervis, Bernard. 1996. Developing Reparation Plans Through Victim-Offender Mediation by New Zealand Probation Officers. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Jescheck, Hans-Heinrich. 1993. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Cuarta edición completamente corregida y ampliada*. Granada: Comares.

Jesionek, U. 1992. El procedimiento penal y la víctima: ¿se da una privatización del sistema de Derecho penal? *Papers d'Estudis i Formació* 8: 135-50.

Jhering, Rudolf von. (1892, 8.^a ed.). 1993. *El Derecho de la vida cotidiana*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez Cabanillas, Cristina y Caridad Mantilla de los Ríos Vergara. 1997. ¿Quiénes eran los serenos? *Boletín Criminológico* 28: 4.

Jiménez de Asúa, Luis. 1976. *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, 7.^a ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Jiménez Redondo, M. 1996. Estudio preliminar. En *Fundamentos del sistema penal*, de Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez Sánchez, F. 1997. Posibilidades y límites del escándalo político como forma de control social. En *La corrupción política*, editado por F. Laporta y S. Álvarez. Madrid: Alianza.

Jimeno Blunes, M. 1996. La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el libro verde de acceso a la justicia. *Revista de Estudios Europeos* 9: 20.

Johnson, E. H. 1964. *Crime, Correction, and Society*. Homewood: The Dorsey Press.

Johnston, Les. 1996. What is Vigilantism? *British Journal of Criminology* 36, 2: 220-97.

Johnstone, G. 1991. Between Permissiveness and Control: Community Treatment and Penal Supervision. *Law and Critique* II, 1: 37-61.

Jones, David A. 1986. *History of Criminology. A Philosophical Perspective*. Nueva York: Greenwood Press.

Jong, J. P. B. Josselin. 1995. Customary Law: A Confusing Fiction. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Jordan de Asso y del Río, Ygnacio y Miguel de Manuel y Rodríguez. 1786. 4.^a ed. *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. Madrid.

Jorge Barreiro, Agustín. 1996. Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español. *Jueces para la Democracia*, marzo: 46-52.

Jorge Mesas, Luis Francisco de. 1993. Memoria de la experiencia de colaboración entre el Juzgado número dos de Valencia y la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito de la Generalitat Valenciana. En *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

— 1994. La eficacia del sistema penal. En *Criminología*, dirigido por Antonio García-Pablos. Madrid: CGPJ.

— 1996. El papel de la Administración de Justicia en la victimación intrafamiliar: costos y beneficios para la víctima. Conferencia presentada en el V Curso Internacional de Victimología “Violencia Intrafamiliar: Teorías, Pautas, Intervención y Prevención”, organizado por la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas, 9 al 12 de abril, Las Palmas de Gran Canaria.

Joutsen, Matti. 1982. Diversion and Mediation: Report of the Finnish National Group. Informe presentado en el Coloquio de Tokio sobre *Diversion* y Mediación, 14-6 de marzo de 1983.

— 1987. *The Role of the Victim in European Criminal Justice Systems. A Crossnational Study of the Role of the Victim*. Helsinki: Heuni.

— 1991. Changing Victim Policy: Minimum Standards on the Role of the Victim? Comunicación presentada en “British Criminology Conference”, 24-7 de julio, York.

— 1994. Victimology and Victim Policy in Europe. *CJ Europe*, 4, 5: 9-12.

Jover Pardo, Josep. 1996. Médiation et l'arbitrage. Comunicación presentada en “Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale”, dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.

Juan Torregrossa, Vicente de. 1952. La colonia penitenciaria de Davao, la granja de San Ramón y el correccional de mujeres. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 93: 65-8.

Juan Veigas, M.^a Ángeles. 1996. La mediació com una solució dels conflictes penales en l'àmbit d'un jutjat d'instrucció. Comunicación presentada en “I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes”, 12-3 de abril, Barcelona.

Juárez, M., dir. 1994. *Informe sociológico sobre la situación social en España*.

Sociedad para todos en el año 2000. Madrid: Foessa.

Juderías y Loyot, Julián. 1912. La juventud delincuente. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Jueces para la Democracia. 1995. *¿Hasta dónde el control penal en una sociedad democrática?* Alicante, 27, 28 y 29 de octubre de 1994. IX Congreso. Valencia: Generalitat Valenciana.

Jung, Heike. 1992. *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Berna: Paul Haupt.

— 1993. Täter-Opfer-Ausgleich. Anmerkungen zu seiner Bedeutung für das Rechtssystem. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 76, 1: 50-6.

— 1995. The Position of the Victim in Criminal Justice: The Western European Perspective. Conferencia pronunciada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.

Junger, Marianne e Ineke Haen Marshall. 1997. The Interethnic Generalizability of Social Control Theory: An Empirical Test. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 1: 79-112.

Junger-Tas, Josine. 1994. *Alternatives to Prison Sentences. Experiences and Developments*. Amsterdam: Kugler.

Jurdao Arrones, Francisco. 1992. *Los mitos del turismo*. Madrid: Endymion.

Just, P. 1992. History, Power, Ideology, and Culture: Current Directions in the Anthropology of Law. *Law and Society* 26, 2: 373-412.

Kabba, M. 1992. Ritual Homicide in Sierra Leone. En *Criminology in Africa*, editado por T. M. Mushanga. Roma: Unicri.

Kagan, Richard L. 1991. *Pleitos y pleiteantes en Castilla 1500-1700*. Salamanca: Junta de Castilla y León.

Kaiser, Günther. 1972. Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle (Legitimation, Wirklichkeit und Alternative). *Sozialwissenschaften und Recht* 2. Frankfurt del Main: Athenaum.

— 1976. *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*. Heidelberg: Müller Juristischer.

— 1988. *Introducción a la Criminología*, 7.^a ed. Madrid: Dykinson.

— 1994. Täter-Opfer-Ausgleich nach dem SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 8: 314-9.

— 1996. Compensación delincuente-víctima como respuesta a los jóvenes infractores. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la UPV-EHU "Menores infractores en el Tercer Milenio desde la Criminología y la Victimología", organizado por el IVAC-KREI, 22-4 de julio, San Sebastián.

Kaiser, Günther, H. J. Kerner, F. Sack y H. Schellhoss, eds. 1993. *Kleines kriminologisches Wörterbuch*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.

Kalven, Harry y Hans Zeisel. 1966. The American Jury and the Death Penalty. En *Crime, Criminology, and Contemporary Society*, editado por R. D. Knudten. Homewood, Ill.: The Dorsey Press.

Kamenka, E. y A. Erh-Soon Tay. 1987. Marxist Ideology, Communist Reality, and the Concept of Criminal Justice. *Criminal Justice Ethics* 6: 3-30.

Kangaspunta, K, ed. 1995a. *Crime and Criminal Justice in Europe and North America 1986-1990*. Helsinki: Heuni.

— 1995b. *Profiles of Criminal Justice Systems in Europe and North America*. Helsinki: Heuni.

Kanter, Rosabeth Moss. 1972. *Commitment and Community: Communes and Utopias in Sociological Perspective*. Cambridge: Harvard University Press.

— , ed. 1973. *Communes: Creating and Managing the Collective Life*. Nueva York: Harper.

Kappeler, Victor, Mark Blumberg y Gary Potter. 1993. *The Mythology of Crime and Criminal Justice*. Prospect Heights, IL: Waveland.

Kara, Mustafa. 1980. The Philosophy of Punishment in Islamic Law. Claremont Graduate School. Ann Arbor, Mich., University Microfilms. Tesis doctoral.

Karanja-Diejomaoh, Bi W. M. 1982. El parlamento tradicional en Kenya. En *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*, de Robert G. Armstrong y otros. Barcelona: Serbal.

Karmen, A. 1990. *Crime Victims: An Introduction to Victimology*. Belmont, CA: Wadsworth.

Katoke, I. K. y D. K. Ndagala. 1982. El parlamento tradicional en la República Unida de Tanzania. En *Aspectos sociopolíticos del parlamento tradicional en algunos países africanos*, de Armstrong y otros. Barcelona: Serbal.

Kaufmann, Arthur. 1974. Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht. En *Grundfragen der gesamten Strafwissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, editado por Claus Roxin. Berlín: Walter de Gruyter.

Kawamura, Gabriele. 1994. Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Strafvollzug? *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 43, 1: 3-7.

Kellens, Georges. 1991. Précis de Pénologie et de Droit des sanctions pénales. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 27: 121-2.

- 1994. La prevención del delito en Bélgica. *Interpol* 447: 7-15.
- 1996. Justices de proximité. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, diciembre: 1.253-8.

Kemény, Siri. 1995. The Norwegian System of Municipal Mediation Boards. Background, Legislation and Practice. Conferencia pronunciada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.

Kempf, Elisabeth. 1993. *The Law of the Mother: Protecting Indigenous Peoples in Protected Areas*. San Francisco: Sierra Club Books.

Kenrick, Donald. 1996. *Los gitanos: de la India al Mediterráneo*. Madrid: Presencia Gitana.

Kenrick, Donald y Grattan Puxon. 1972. *The Destiny of Europe's Gypsies*. Londres: Sussex University Press.

Kercher, B. 1995. Popular Visions of Law. *Australian Journal of Law and Society* 11: 243-6.

Kerr, N. L. 1978. Beautiful and Blameless: Effects of Victim Attractiveness and Responsibility on Mock Jurors' Verdicts. *Personality and Social Psychology Bulletin* 4: 479-82.

Kerrigan, G. 1988. Historical Development of the United Nations Declaration. En *International Protection of Victims*, editado por Ch. Bassiouni. París: Érès.

Kevelson, Roberta. 1994. Lex Talionis: Equivalence and Evolution in Legal Semiotics. *International Journal for the Semiotics of Law* 20: 154-70.

Kidd, D. 1994. Victim-Offender Reconciliation in Melbourne. *Socio-Legal Bulletin*: 12-5.

Kiefl, W. y S. Lamnek. 1986. *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*. Múnich: Wilhelm Fink.

Kiernan, V. G. 1992. *El duelo en la historia de Europa. Honor y privilegio de la aristocracia*. Madrid: Alianza.

Kilchling, Michael. 1994. Victimization and Public Prosecution - Selected Results of a National Survey. Comunicación presentada en el Simposio Internacional de Victimología, agosto, Adelaide (Australia).

— 1995. *Opferinteressen und Strafverfolgung*. Friburgo de Brisgovia: MPI.

- Kirby, M. D. 1985. Australian Aboriginal Customary Law: Progress Report. En *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*, editado por Antony Allott y Gordon R. Woodman. Dordrecht: Foris.
- Kirchhoff, G. F. 1992. Probleme bei ehrenamtlicher und professioneller Opferhilfe in Institutionen. En *Kriminalitätsoffer im Spannungsfeld der Interessen*. Mainz: Weisser Ring.
- 1994. Victimology. History and Basic Concepts. En *International Debates of Victimology*, editado por G. F. Kirchhoff, E. Kosovski y H. J. Schneider. Möchengladbach: WSVN.
- 1997. *Worldwide Victimology. The WSV Book. Directory 1997*. Möchengladbach: WSV.
- Kitsuse, John. 1962. Societal Reaction to Deviance: Problems of Theory and Method. *Social Problems* 9, 1: 247-56.
- Klapmuts, N. 1976. Diversion from the Juvenile System. En *Readings in Contemporary Criminology*, editado por S. Schafer. Virginia: Reston.
- Klappenbach, Augusto. 1997. Las dos morales. *El País*, 14 de enero, p. 12.
- Klein, Dorie. 1996. The Etiology of Female Crime. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Klein, N. C., J. F. Alexander, y B. V. Parsons. 1977. Impact of Family Systems Intervention on Recidivism and Sibling Delinquency: A Model of Primary Prevention and Program Evaluation. *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 45: 469-74.
- Kly, Y. N. 1997. *Societal Development and Minority Rights*. Atlanta: Clarity Press.
- Knisely Huggins, Maria. 1991. *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. Nueva York: Praeger.
- Knopp, F. H. 1991. Community Solutions to Sexual Violence. Feminist/Abolitionist Perspectives. En *Criminology as Peace-Making*, editado por H. Pepinsky y R. Quinney. Bloomington: Indiana University Press.
- Kocka, Jürgen. 1989. *Historia social. Concepto - Desarrollo - Problemas*. Barcelona: Alfa.
- Kollewijn, R. D. 1995. Conflicts of Western and Non-Western Law. En *Folk Law*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. II. Madison: The University of Wisconsin.
- Komter, Aafke. 1995. Gilligan and Aristotle. *The European Journal of Women's Studies* 2.

- Kondziela, A. 1989. Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 72, 3: 177-89.
- König, Rene. 1955. Die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft bei Ferdinand Tönnies. *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 7: 348-420.
- Koopmann, Thomas. 1995. *Theorie und Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs im Jugendstrafrecht*. Hannover: Fachhochschule.
- Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. 1983. Diversion and Mediation. Preliminary General Report. Ponencia presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.
- Koskinen, P. s.f. Compensation from the State Funds for Damage Caused by Crime.
- Kosovski, E. 1993. Vitimologia. Enfoque interdisciplinar. *Trabalhos apresentados no. 7º Simposio International de Vitimologia, Rio de Janeiro, agosto 1991*. Rio de Janeiro: World Society of Victimology.
- Kötz, H. y R. Ottenhof, dirs. 1983. *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*. París: Economica.
- Kowalewski, David. 1996. Countermovement Vigilantism and Human Rights. *Crime, Law and Social Change* 1: 63-81.
- Koyana, D. S. 1980. *Customary Law in a Changing Society*. Cape Town: Juta.
— 1996. Customary Law and its Institutions in a Changing South Africa: 1885-1996. Conferencia pronunciada en el IISJ, 10 de septiembre, Oñati.
- Kraemer, Gabriela. 1997. ¿Por qué es importante la autonomía de los pueblos indígenas? Ponencia presentada en el *Workshop* "La costumbre jurídica india como sistema de derecho", 14-5 de julio, Oñati, IISJ.
- Kraemer, K. D. 1992. Teaching Mediation -The Need to Overhaul Legal Education. *Arbitration Journal* 47, 3: 12-5.
- Krapac, Davor. 1995. The Position of the Victim in Criminal Justice: the Central and Eastern Europe Perspective. Comunicación presentada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona. Véase la versión publicada en catalán: 1996. La posición de la víctima en la justicia penal: una perspectiva ponderada sobre la mediación. *Justiforum*: 41-54.
- Kreissl, R. 1986. *Soziologie und Soziale Kontrolle. Die Verwissenschaftlichung des Kriminaljustizsystems*. München: Profil.

- Kropotkin, Peter. 1996. Law and Authority. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Krstic, Durica. 1995. Symbols in Customary Law. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Kubach, T., L. Netzig, F. Petzold, M. Schadt y M. Wandrey, eds. 1995. *TOA-Standards-Ein Handbuch für die Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs*. Bonn: DBH.
- Kuhn, Annemarie. 1990. Der andere Umgang mit strafrechtlich relevanten Konflikten und Konfliktregelung und Täter-Opfer-Ausgleich versus Strafrecht. En *Die 13 Bundestagung. Dokumentation der 13 Bundestagung der Deutschen Bewährungshilfe e. V. (DBH), 18. bis 21. September 1988 in Marburg*. Bonn: Forum.
- 1995. Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich -Nichts für junge U-Häftlinge. Strategien zur Entdramatisierung des Rechts. *Forum Erziehungshilfen* 1, 2: 64-8.
- Kuhn, Thomas. 1970. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press.
- Kühne, Hans H., ed. 1988. *Opferrechte im Strafprozess: ein europäischer Vergleich. Mit Beiträgen zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich, die Schweiz, England, Frankreich, Italien und Spanien*. Kehl: Engel.
- KuhnMunch, Oliver. 1988. La défense des intérêts collectifs et l'éclatement des poursuites. *Archives de Politique Criminelle* 10: 35-50.
- Kunz, Eduard. 1995. *Opferentschädigungsgesetz. Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (OEG)*, 3.^a ed. München: Beck.
- Kunz, K. L. 1994. Non-Custodial Sanctions in Europe: An Overview. *Acta Criminológica* 7, 1: 33-9.
- Kunz, Stefanie. 1995. *Probleme der Opferentschädigung im deutschen Recht. Einzelfragen im Lichte einer Konzeptanalyse*. Baden-Baden: Nomos.
- Kuppe, René. 1996. Recent Trends in Venezuela's Indigenist Law. En *Law & Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*, editado por René Kuppe y Richard Potz. La Haya: Martinus Nijhoff.
- Kuppe, René y Richard Potz. 1995. La Antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. En *Antropología jurídica*. México: UNAM.
- Kuppe, René, Richard Potz, José Emilio Ordóñez Cifuentes y otros. 1995. *Antropología jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Kurbjuweit, Dirk. 1996. Der Sozialstaat ist sein Geld wert. *Die Zeit* 33, 9 de agosto, p. 3.
- Kurczewski, J. 1983. Dispute and its Settlement. En *Disputes and the Law*, editado por M. Cain y K. Kulscar. Budapest: Akadamaia Kaido.
- Kury, Helmut, Joachim Obergfell-Fuchs y Michael Würger. 1994. La distribución regional del delito: Alemania, España y Francia. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4: 397-455.
- Kyrms, B. 1996. *Evolution of Social Contract*. Cambridge.
- La 2. Radio Televisión Española. 1997. Documentos TV "Enfrentándose al diablo". 3-5-97.
- Labrusse-Riou, Catherine. 1996. Responsabilité, droit des personnes et Sciences de la vie. *Droit et Culture* 31: 69-96.
- Lacalzada de Mateo, M.^a José. 1996. La emancipación de los seres humanos: la toma de conciencia de la mujer como persona (s. XVIII-XIX). *Intervención psicosocial*: 67-78.
- Lacey, Nicola. 1992. Theories of Justice and the Welfare State. *Social & Legal Studies* 3: 323-44.
- , ed. 1994. *Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, N., C. Wells y D. Meure. 1990. *Reconstructing Criminal Law. Text and Materials*. Londres: Weidenfeld & Nicolson.
- Ladd, L. y M. Lynch. 1979. Building Support for Juvenile Diversion. A Case Study of Memphis-Metro Youth Diversion Program. Report for the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Department of Justice of the US.
- Lafargue, Régis. 1996. L'expérience australienne d'adaptation du Droit pénal a la dimension culturelle: le principe d'unité du Droit pénal et la prise en compte du fait coutumier. *Archives de Politique Criminelle* 18: 137-62.
- Lago González, Germán. 1996. El programa de contactos ciudadanos. Vigilancia preventiva en el espacio escolar. *Policía* 113: 48-52.
- Lahosa, Josep Maria. 1996. Barcelone, douze ans d'enquêtes de victimation. *Cahiers de la Sécurité Intérieure* 23: 100-9.
- Lahti, R. 1978. Diversion from Criminal Justice - Some Experiences from Finland. Comunicación presentada en el Octavo Congreso Internacional de Criminología, Lisboa, 4-9 de septiembre. Publicado en 1978 en *Turku Series of Publications in Criminal and Procedural Law*, vol. A, n. 7.

- Laínez Berdonces, J., P. González Portillo, J. F. Franco Yagüe y J. Urra Portillo. 1995. Respuestas sociales a las conductas infractoras de los menores. *Anuario de Psicología Jurídica*: 111-24.
- Laingui, André y Arlette Lebigre. 1975. *Histoire du droit pénal. Vol. II La procédure criminelle*. París: Cujas.
- Lalinde Abadía, Jesús. 1992a. *Las culturas represivas de la humanidad*, 2 t. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- 1992b. La “persona ficta” en el escenario político europeo. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d’Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Lamarca Pérez, Carmen. 1993. La mediación en la detención ilegal: ¿Una conducta atípica o justificada? *Jueces para la Democracia* 3: 51-65.
- Lamborn, L. L. 1968. Toward a Victim Orientation in Criminal Theory. *Rutgers Law Review* 22: 733-68.
- Lamo de Espinosa, Emilio. 1989. La enseñanza de la Sociología de la Desviación en España. En *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica. Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la Sociología Jurídica (Barcelona, 7-9 abril de 1988). Homenaje al Prof. Dr. Renato Treves*. Barcelona: PPU.
- 1996. *Sociedades de cultura, sociedades de ciencia*. Oviedo: Nobel.
- Lamott, Franziska. 1988. Die Kriminologie und das Andere. Versuch über die Geschichte der Ausgrenzungen. *Kriminologisches Journal* 20: 168-90.
- Lampe, Ernst-Joachim. 1995. *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*. Baden-Baden: Nomos.
- Land, Kenneth, Patricia L. McCall y Lawrence E. Cohen. 1990. Structural Covariates of Homicide Rates: Are There any Invariances across Time and Social Space? *American Journal of Sociology* 95, 4: 922-63.
- Landrove Díaz, G. 1977. Sobre la denominación y naturaleza del Derecho penal. *Estudios penales* I: 249-72.
- 1985. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos. 4.^a ed. en 1996.
- 1990. *Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Landsheer, J. A., T. Hart y W. Kox. 1994. Delinquent Values and Crime Damage. Exploring the Limits of Neutralization Theory. *British Journal of Criminology* 34, 1: 44-51.

Landy, D. y E. Aronson. 1969. The Influence of the Character of the Criminal and his Victim on the Decision of Simulated Jurors. *Journal of Experimental Social Psychology* 5: 141-152.

Langbein, John H. 1974. *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*. Cambridge, Mass.

Lanzarote Martínez, P. A. 1994. La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas? *Poder Judicial* 34: 127-53.

LaPiere, Richard Tracy. 1954. *A Theory of Social Control*. Nueva York: McGraw-Hill.

Laplanche, J. 1983. Réparation et rétribution: una perspective psychanalytique. *Archives de Philosophie du Droit* 28: 109-21.

Lappi-Seppälä, Tapio. 1996. Finland. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Laprairie, Carol. 1987. Native Women and Crime: A Theoretical Model. *Canadian Journal of Native Studies* 7: 121-37.

— 1988. Community Types, Crime and Police Services on Canadian Indian Reserves. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 25: 375-91.

— 1992. Aboriginal Crime and Justice: Explaining the Present, Exploring the Future. *Canadian Journal of Criminology* 34: 281-98.

— 1993. Community Justice or Just Communities? Aboriginal Communities in Search of Justice. Ottawa: Justice Canada.

Lara Peinado, Federico y Federico Lara González. 1994. Estudio preliminar. En *Los primeros Códigos de la humanidad*. Madrid: Tecnos.

Lara Ronda, Ángel. 1995. Autógrafo de Don Manuel de Montesinos 1832-1843. *Revista de Estudios Penitenciarios* 246: 171-3.

Larrañaga Múgica, Pedro. 1988. La indemnización en las víctimas del delito. Un estudio basado en las sentencias dictadas en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa durante el año 1986. *Eguzkilore* 2: 139-224.

Larrauri Pijoan, Elena. 1991a. Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 44: 45-63.

— 1991b. *La herencia de la Criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI.

— 1992. Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada. *Papers d'Estudis i Formació* 8: 225.

— 1993. Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? En *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, de Juan Bustos y Elena Larrauri. Barcelona: PPU.

- , comp. 1994. *Mujeres, Derecho penal y Criminología*. Madrid: Siglo XXI.
- 1996a. Resumen del seminario sobre la investigación criminológica. *Noticias criminológicas* 1.
- 1996b. Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal. *Jueces para la Democracia* 25: 53-6.
- 1996c. Una crítica feminista al Derecho penal. En *Mujer, Derecho y Sociedad*. Sevilla: Fundación El Monte.
- 1997. La reparación. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

Larrauri, Elena y Daniel Varona. 1995. *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona: E.U.B.

- Lasala, Gregorio. 1946. La cárcel primitiva. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 20: 82-6.
- 1956. Condena a obras públicas. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 125: 841-8.
 - 1958. Condena a obras públicas. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 136: 723-31.
 - 1963. La cárcel en la América española. *Revista de Estudios Penitenciarios* 162: 575-98.
 - 1964. La cárcel en la América española. *Revista de Estudios Penitenciarios* 164: 71-96.

Lasocik, Z., M. Platek e I. Rzeplinska, eds. 1991. *Abolitionism in History. On Another Way of Thinking*. Warszawa: Volumen.

Lastres y Juis, Francisco. 1877. La colonización penitenciaria de las Marinas y Fernando Póo. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Latour, F. C. de, dir. 1901. *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Bruxelles Août 1900, Procés-verbaux des séances*, vol. 1. Berna: Staempfli.

Laubenthal, Klaus. 1992. Aufgabenwandel der Jugendgerichtshilfe als Folge kriminologischer Erkenntnisse über abweichendes Verhalten Jugendlicher. En *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, editado por Manfred Seebode. Berlín: Walter de Gruyter.

Lauderdale, Pat y Michael Cruit. 1993. *The Struggle for Control. A Study of Law, Disputes, and Deviance*. Nueva York: State University of New York.

Launay, Gilles y Peter Murray. 1989. Victim/Offender Groups. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.

Law Reform Commission of Canada. 1975. Diversion. Working Paper 7, January. Ottawa.

— 1991. *Report on Aboriginal Peoples and Criminal Justice: Equality, Respect and the Search for Justice*. Ottawa: Law Reform Commission.

Lawrence, R. 1990a. Restitution as a Cost-Effective Alternative to Incarceration. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.

— 1990b. Diverting Offenders from Prison to Restitution Centers. *Journal of Crime and Justice*: 13-41.

Lazerges, Christine. 1997. Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 1: 186-98.

Lazerges, Christine y Marie-Renée Santucci. 1987. L'expérience du travail d'intérêt général en Languedoc-Roussillon. *Archives de Politique Criminelle* 9: 141-68.

Lazzaro, A. di, G. Mosconi y M. Pavarini. 1995. Decarceration and Alternatives to Imprisonment in Recent Italian Legislation. En *Social Control, Political Power, and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*, editado por Dario Melossi. Oñati Proceedings 17. Oñati: IISJ.

Le Roy, E. 1987. La conciliation et les modes pré-contentieux de règlement des conflits. *Bulletin de Liaison du LAJP* 12 : 39.

— 1996. Présentation de deux expériences de médiation: Médiation interculturelle (Paris), Médiation environnementale (Madagascar). Conferencia pronunciada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.

Le Roy, Étienne y T. von Trotha, eds. 1993. *La violence et l'état. Formes et évolution d'un monopole. Colloque franco-allemand d'Anthropologie du droit (Saint-Riquier - Novembre 1990)*. París: L'Harmattan.

Leal, João José. 1996. A Suspensão Condicional do Processo Deve Ser Aplicada a Todas as Infrações Penais Previstas na Lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 16: 150-61.

LeBaron, Michelle. 1996. Culture and Conflict in Canada: Tradition and Transition. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.

Leblois-Happe, Jocelyne. 1994. La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3: 525-36.

Ledda, Luisa y Paola Pau, eds. 1994. *Gente del mondo: voci e silenzi delle culture zingare*. Roma: Artemide Edizioni.

- Lederach, Paul. Mediación. *Gernika Gogoratuz*, documento n. 8.
- Lee, Angela. 1996. Public Attitudes Towards Restorative Justice. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Legendre, Pierre. 1992. *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*. París: Fayard.
- Leibrich, Julie. 1996. The Role of Shame in Going Straight: A Study of Former Offenders. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Lemaître, A. 1995. The Role of the Insurance Industry in Piloting Private Sector Security and Prevention Policy. *European Journal on Criminal Policy and Research* 3, 1: 7-19.
- Lemert, Edwin M. 1951. *Social Pathology*. Nueva York: McGraw-Hill.
 — 1972. *Human Deviance, Social problems, and Social Control*, 2.^a ed. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall.
 — 1981. Diversion in Juvenile Justice: What Hath Been Wrought? *Journal of Research in Crime and Delinquency*, enero: 34-45.
- Lempert, R. y J. Sanders. 1986. *An Invitation to Law and Social Sciences*. Filadelfia: University of Pennsylvania.
- Leo, Gaetano de. 1993. La cárcel como respuesta única a diversas formas de delincuencia. *Papers D'Estudis i Formació* 12: 23-8.
- León i Alcacer, Joan. 1990. Organización y carácter de la justicia en torno a los jueces de paz. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- León Villalba, F. J. de 1994. Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre: 115-54.
- Lercano. 1996. ¿Es ominosa la irrecurribilidad de las cuestiones de fondo de los laudos arbitrales? *Tapia*, enero-febrero: 47-9.
- Leviller, R. 1925. *Gobernantes del Perú*, IX. Madrid.
- Levine, M. y D. V. Perkins. 1987. *Principles of Community Psychology: Perspectives and Applications*. Nueva York: Oxford University Press.
- Levine, R. 1961. Anthropology and the Study of Conflict: An Introduction. *Journal of Conflict Resolution* 5, 1.

Levinson, D. 1994. *Aggression and Conflict. A Cross-Cultural Encyclopedia*. Santa Barbara: Abc-Clio.

Levy-Bruhl, Lucien. [1910] 1971. *Las funciones mentales en las sociedades inferiores*. Lautaro: Buenos Aires.

— [1922] 1972. *La mentalidad primitiva*. La Pléyade: Buenos Aires.

Lewis, Dan A. y Cheryl Darling. 1990. The Idea of Community in Correctional Reform: How Rhetoric and Reality Join. En *Are Prisons any Better?: Twenty Years of Correctional Reform*, editado por John W. Murphy y Jack E. Dison. Londres: Sage.

Lewis, Dan A y Greta Salem. 1986. *Fear of Crime: Incivility and the Production of a Social Problem*. New Brunswick: Transaction Books.

Lewis, Oscar. 1975. *Antropología de la pobreza*. México: Fondo de Cultura Económica.

Lidgard, Ch. F. 1994. Community Safety and Crime Prevention. *CJ Europe* 4, 2: 11-5.

Liebmann, Marian. 1996. The Future of Community Mediation. En *Achieving Civil Justice. Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. Londres: LAG.

Liégeois, Jean-Pierre. 1987. *Gitanos e itinerantes. Datos socioculturales. Datos sociopolíticos*. Madrid: Asociación Nacional Presencia Gitana.

Lilly, J. R., F. T. Cullen y R. A. Ball. 1989. *Criminological Theory. Context and Consequences*. Londres: Sage.

Lind, A. 1930. Some Ecological Patterns of Community Disorganization in Honolulu. *The American Journal of Sociology* 36: 206-20.

Lind, E. A., Y. J. Huo y T. R. Tyler. 1994. ... And Justice for All: Ethnicity, Gender, and Preferences for Dispute Resolution Procedures. *Law and Human Behavior* 18: 269-90.

Liska, Allen E. 1987. A Critical Examination of Macro Perspectives on Crime Control. *Ann. Rev. Sociol.* 13: 67-88.

Liska, Allen E. y Barbara D. Warner. 1991. Functions of Crime: A Paradoxical Process. *American Journal of Sociology* 96, 6: 1.441-63.

v. Liszt, F. 1914. *Tratado de Derecho penal. Traducido de la 18.ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Q. Saldaña*, t. 1, 3.ª ed. Madrid: Reus.

Little, C. B. 1989. *Deviance and Control: Theory, Research, and Social Policy*.

Itasca: F. E. Peacock.

Lizaso Puertas, M.^a Inés. 1982. *Sobre el acto de conciliación en el proceso civil*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.

Lizot, Jacques. 1994. Words in the Night: The Ceremonial Dialogue -One Expression of Peaceful Relationships among the Yanomami. En *The Anthropology of Peace and Nonviolence*, editado por Leslie E. Sponsel y Thomas Gregor. Boulder: Lynne Rienner.

Lladó Alemany, Sebastià. 1996. Asistencia a las víctimas del delito. Una experiencia en el seno de la policía local. *Anuario de Psicología Jurídica*: 35-44.

Lledó Yagüe, F. y M. M. Zorrilla Ruiz. 1995. Reinserción, Código penal y sociedad. *El País*, 11 de diciembre, p. 14.

Lledot Leira, Laura. 1996. La libertad condicional y el régimen de cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana. *Eguzkilore* 10: 45-56.

Llewellyn, K. N. y E. A. Hoebel. 1941. *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press.

Llorca Ortega, José. 1992. *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX. (Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— 1996. Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En *Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte general)*, dirigido por Tomás Vives Antón y José Luis Manzanares Samaniego. Madrid: CGPJ.

Lohmann Villena, Guillermo. 1957. *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*. Madrid: Cultura Hispánica.

Lombardo, L. 1986. Nation Building and Social Control: Observations from the Ivory Coast and Tanzania. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 10: 2.

Lombroso, Cesare y William Ferrero. 1996. The Criminal Type in Women and its Atavistic Origin. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

Lombroso, C., E. Ferri, R. Garofalo y G. Fioretti. s. f. *La Escuela Criminológica Positivista*. Madrid: La España Moderna.

Loos, F. 1993. Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung". *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2: 51-6.

López, Eduardo. 1995. Los derechos humanos en el proceso penal. Un acercamiento

criminológico a nuestro realismo jurídico penal marginal desde una perspectiva crítica. *Capítulo Criminológico 23-2*: 129-50.

López Araujo, José Félix. 1996. Reflexión en torno a algunos aspectos penitenciarios del nuevo Código penal. *Tapia*, 23-6: 55-8.

López Barja de Quiroga, Jacobo. 1991. *Teoría de la pena*. Madrid: Akal/Iure.

López Caballero, Juan Carlos. 1994. La legislación reformadora de menores en España y Brasil: un análisis comparativo. *Revista de Derecho penal y Criminología* 4: 491-4.

López Calera, Nicolás María. 1992. *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista del Estado)*. Madrid: Trotta.

— 1996. Funciones del Derecho. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

López Garrido, Diego y Mercedes García Arán. 1996. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid: Eurojuris.

— 1997. Terrorismo y huida al Derecho penal. *El País*, 12 de agosto, p. 16.

López Martínez, Atencio. 1995a. El pueblo Kuna frente a los retos del año 2000. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.

— 1995b. La propiedad intelectual y los pueblos indígenas. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.

López Melero, Raquel. 1988. Fuerza y violencia en el marco de la épica griega. En *Estudios de Arqueología jurídica*, de A. Sánchez de la Torre y R. López. Madrid: Dykinson.

López Núñez, A. 1908. Los inicios de la protección social a la infancia en España. Madrid: Clásicos Cepe.

López Simó, Francisco. 1995. Algunos problemas de la denominada "terminación anormal del proceso civil". En *Cuestiones de Derecho procesal civil. (Juicio de rebelión. Terminación anormal del proceso. Recursos)*. Madrid: CGPJ.

López-Amo, Ángel. 1956. El Derecho Penal español en la Baja Edad Media. *Anuario de Historia del Derecho Español* 26: 337-67.

López-Nieto y Mallo, Francisco. 1986. *La policía municipal*. Madrid: Abella.

López-Rey y Arrojo, Manuel. circa 1936. *Jurisdicción y organización judicial, procedimiento criminal y Derecho penal, en nuestro siglo XVI*.

— 1946. *¿Qué es el delito?* Casa Editorial Cultura.

— 1981. *Introducción a la Criminología*. Madrid: Universidad Complutense.

- Lorca Navarrete, Antonio María. 1987. *Derecho procesal civil, laboral y contencioso-administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos.
 — 1989. *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos.
- Lovibond, Sabina. 1993. Feminism and Postmodernism. En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Lowman, J. y B. D. MacLean, eds. 1992. *Realist Criminology. Crime Control and Policing in the 1990s*. Toronto: University of Toronto Press.
- Lowman, J., R. J. Menzies y T. S. Palys, eds. 1987. *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*. Aldershot: Gower.
- Lozano Muñoz, Pedro. 1994. La justicia de paz. *Tapia*, marzo-abril: 73-7.
 — 1997. Trabajos en beneficio de la comunidad. *Tapia* 94: 19-23.
- Lubman, Stanley. 1967. Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China. *California Law Review* 55: 1284-1359.
- Lucas, Javier de. 1995. Pluralismo jurídico, multiculturalismo y conflictos de derechos. En *El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología jurídica en España*, Oñati Proceedings 19. Oñati: IISJ.
- Lucía y Lucía, Ángel. 1947. Origen y evolución de la policía. - Reseña histórica. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 26: 97-100.
- Luckmann, Thomas. 1996. *Teoría de la acción social*. Barcelona: Paidós.
- Lüderssen, Klaus, Cornelius Nestler-Tremel y Ewa Weigend, dirs. 1990. *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Frankfurt: Peter Lang.
- Luengo, M. A. 1993. Personalidad y conducta delictiva: implicaciones para el tratamiento. En *Estudios de Criminología I*, dirigidos por L. Arroyo Zapatero. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Luff, Johannes y Manfred Gerum. 1995. *Ausländer als Opfer von Straftaten*. Múnich: Bayerisches Landeskriminalamt.
- Luhmann, Niklas. 1985. *A Sociological Theory of Law*. Milán: Giuffrè.
- Lurigio, Arthur J., Wesley G. Skogan y Robert C. Davis. 1990. *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*. Londres: Sage. 2.^a ed. en 1997.
- Luzón Peña, Diego Manuel. 1982. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. *Cuadernos de Política Criminal* 16: 141-157.

- 1989. Alcance y función del Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42: 5-53.
- 1993. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 46: 21-34.

Lynch, Michael, ed. 1997. *Radical Criminology*. Aldershot: Dartmouth.

Lynch, Michael, Richard Lynch y Dragan Milovanovic. 1995. Deconstruction and Radical Criminology: An Analysis of Postmodernism and its Possible Uses in Criminology. En *Legality and Illegality: Semiotics, Postmodernism and Law*, editado por W. R. Janikowski y Dragan Milovanovic. Nueva York: Peter Lang.

Lyon, David. 1995. *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*. Madrid: Alianza.

Lyon, Noel. 1992. A Perspective on the Application of the Criminal Code to Aboriginal Peoples in the Light of the Judgement of the Supreme Court of Canada in R. v. Sparrow. *University of British Columbia Law Review*, special edition: 306-312.

Macedo Torrens, Laertes de. 1996. Ao lado das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14: 183-91.

Maciá Gómez, Ramón. 1994. Los juicios rápidos en la reforma del procedimiento abreviado. En *Cuestiones de Derecho procesal penal*, dirigido por Juan Saavedra Ruiz. Madrid: CGPJ.

— 1995. El sistema punitiu del projecte de Codi penal de 1995. (Una aproximació inicial). *Justiforum* 4: 121.

— 1996. *Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos de motor en el Código penal de 1995. Aspectos generales. La responsabilidad civil*. Barcelona: CEDECS.

Maciá Gómez, Ramón y Marina Roig Altozano y otros. 1996. *Nuevo Código penal de 1995*. Barcelona: CEDECS.

Mackay, R. E. 1994. Restorative Justice: Natural Law, Community and Ideal Speech. Ponencia preparada para "Conference on Legal and Social Philosophy", junio, Bolonia, 1995.

MacKay, A. Wayne. 1992. Federal-Provincial Responsibility in the Area of Criminal Justice and the Constitution. *University of British Columbia Law Review*, special edition: 280-305.

MacLean, B. D. y J. Pepinsky. 1993. *We Who Would Take No Prisoners: Selections from the Fifth International Conference on Penal Abolition*. Vancouver: Collective Press.

- Macrae, L. 1994. Victim-Offender Mediation in Queensland. *Socio-Legal Bulletin*: 7-11.
- Madariaga Orbea, Juan. 1992. Aproximación a las estrategias de perdón y conciliación en la sociedad guipuzcoana tradicional. En *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Díez de Salazar Fernández*. Vol. 1, Estudios histórico-jurídicos, coordinado por M.^a Rosa Ayerbe Iribar. Bilbao: UPV-EHU.
- Madariaga y Apellániz, Juan I. de. 1997. Policia comunitària: integració social de la policia. *Justiforum* 7: 23-36.
- Madlener, Kurt. 1989. La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal. En *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*. Madrid: UNED.
- 1996. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14: 83-101.
- Maestro, Marcello T. 1942. *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law*. Nueva York: Columbia Press.
- Maffesoli, M. 1990. *El tiempo de las tribus. El declive del individualismo en las sociedades de masas*. Barcelona: Icaria.
- Maguire, Edward R., Joseph B. Kuhns, Craig D. Uchida y Stephen M. Cox. 1997. Patterns of Community Policing in Nonurban America. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 3: 368-94.
- Maguire, M. y J. Pointing, eds. 1988. *Victims of Crime: A New Deal?* Filadelfia: Open University Press.
- Maher, R. J. y H. E. Dufour. 1987. Experimenting with Community Service: A Punitive Alternative to Imprisonment. *Federal Probation*, septiembre: 22-7.
- Mahoney, R. A. 1974. The Effect of Labeling upon Youths in the Juvenile Justice System: A Review of Evidence. *Law and Society* 8: 583-614.
- 1981. Family Participation for Juvenile Offenders in Deinstitutionalization Programs. *Journal of Social Issues* 37, 3: 133-44.
- Maier, Julio B. J. 1991. La víctima y el sistema penal. *Jueces para la Democracia* 12: 31-52.
- , comp. 1992a. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- 1992b. Democracia y Administración de Justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos de reforma del sistema penal. *Jueces para la Democracia* 16-7: 146.
- 1996. Las nuevas tendencias del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 16: 77-85.

- Maier, Julio B. J. y Alberto M. Binder, comps. 1995. *El Derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Maine, Sir Henry Summer. 1887. *Ancient Law: Its Connections with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, 11.^a ed. Londres: John Murray.
— 1893. *El derecho antiguo. Parte especial*. Madrid: Civitas.
- Mair, George. 1996. *Evaluating the Effectiveness of Community Penalties*. Aldershot: Avebury.
- Maiztegui Alday, Ampari. 1995. Los gitanos en Álava. *Zerbitzuan* 27-8.
- Makela, K. 1975. The Societal Tasks of the System of Penal Law. En *Deviance and Control in Europe. Papers from the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, editado por H. Bianchi, M. Simondi e I. Taylor. Londres: John Wiley & Sons.
- Makoba, J. W. 1992. On the Use and Application of Legal Concepts in the Study of Non-Western Societies. *International Journal of Sociology of Law* 20: 201-23.
- Malagnino, Francesco. 1996. Mediación judicial penal: reflexiones y perspectivas en la justicia de menores italiana. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation -3^{ème} Rencontre Internationale", 6-7 de junio, Oñati, IISJ.
- Malinowski, Bronislaw Kaspar. [1926] 1991. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel.
- Malsch, Marijke y Gabriël Kleijne. 1995. Restorative Aspects in the Criminal Justice System of The Netherlands. Report NSCR WD 95-05.
- Maltempi, Antonio. 1996. La mediazione dei conflitti nelle istituzioni formative. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation -3^{ème} Rencontre Internationale", 6-7 de junio, Oñati, IISJ.
- Malykke, Yvonne. 1991. *Understanding Aboriginal Culture*. Sydney: Cosmos.
- Mancini, Letizia. 1990. Zingari e dispute: tradizione e mutamento. Università degli Studi di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza. Tesis doctoral en Sociología jurídica.
- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. 1996. Garantías penales, infracción penal y personas penalmente responsables en el Código penal de 1995. *Cuadernos de la Guardia Civil* 15: 13-27.
- Mannheim, Hermann, ed. 1960. *Pioneers in Criminology*. Londres: Stevens & Sons.
— 1974. *Vergleichende Kriminologie: ein Lehrbuch in zwei Bänden*. Stuttgart: Enke.

Manzanares Samaniego, José Luis. 1996a. La legislación penal juvenil en Alemania. En *Menores privados de libertad*, dirigido por José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Madrid: CGPJ.

— 1996b. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En *Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte general)*, dirigido por Tomás Vives Antón y José Luis Manzanares Samaniego. Madrid: CGPJ.

Manzanares Samaniego, José Luis y Belén Ordóñez Sánchez. 1996. La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril. *Actualidad Penal* 27: 485-513.

Manzanos Bilbao, César. 1991. El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores. En *Sociology of Penal Control within the Framework of Sociology of Law*, dirigido por R. Bergalli. Oñati Proceedings 10. Oñati: IISJ.

— 1995. La marginación criminalizada. Procesos y mecanismos para su institucionalización. En *Social Control, Political Power, and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*, editado por Dario Melossi. Oñati Proceedings 17. Oñati: IISJ.

Manzini, Vincenzo. 1951-1954. *Tratado de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mapelli Caffarena, Borja. 1987. Teoría de la pena. Sevilla: Copisteria Minerva.

— 1989. Reflexiones sobre la violencia no-instrumental y su tratamiento jurídico penal. En *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela.

— 1993. Las diversas tradiciones y formas de probation. En *Posibles alternativas al sistema carcelario actual. Simposio internacional organizado por la Fundación Encuentro y la Asociación Horizontes Abiertos (28-30 mayo)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Mapelli Caffarena, Borja y Juan Terradillos Basoco. 1993. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed. Madrid: Civitas. 3.^a ed. en 1996.

Maqueda Abreu, María Luisa. 1985. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

— 1996. Sectas y Derecho penal: Una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los tribunales. En *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, dirigido por M.^a Luisa Maqueda Abreu. Madrid: CGPJ.

Marchena Gómez, Manuel. 1997. *Código penal de 1995. Un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado*. Granada: Comares.

Marchiori, H. 1991. *Vctima, denuncia y criminalidad. La encuesta de victimación para el conocimiento de la criminalidad de los delitos denunciados y no denunciados*.

Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.

Marco, Aurora. 1993. Concepción Arenal: Gizarte-lanetan langile. *Emakunde* 13: 38-41.

Marco Saavedra, Antonio. 1995. La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía. En *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, dirigido por Ernesto Pedraz Penalva. Madrid: CGPJ.

Marcos, Jaime. 1996. Las comunidades campesinas en el proceso de regionalización de Perú. *Nueva Sociedad* 142: 126-37.

Marcus, Michel. 1996. Creating Peaceful Communities. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Mardones, José M.^a 1985. El comienzo de la teoría crítica: la teoría de la acción comunicativa de J. Habermas. *Sistema* 65: 117-38.

Marginalità e Società. 1994. Rivalutazione della vittima e giustizia riparativa, n. 4.

Marí, E. E. 1983. *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Buenos Aires: Hachette.

— 1995. Análisis crítico de la relación entre sociedad, derecho y psicoanálisis. Un estudio sobre el caso del juez Schreber. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano "Critical Thinking in Socio-Legal Studies", dirigido por R. Bergalli, 10-4 de julio, Oñati, IISJ.

Marí, Enrique E., Hans Kelsen, Enrique Kozicki, Pierre Legendre y Arnoldo Siperman. 1994. *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, 2.^a ed. Buenos Aires: Edicial.

Mariluz Urquijo, J. M. 1973. El Derecho prehispánico y el Derecho indiano como modelos del Derecho castellano. En *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*. Madrid.

Marina, José Antonio. 1996. *El laberinto sentimental*. Barcelona: Anagrama.

Marina Barba, Jesús, ed. 1995. *Justicia y gobierno en España en el siglo XVIII: el Compendio del territorio de la Chancillería de Granada*. Granada: Universidad de Granada.

Marinas, Marina R. 1996. Estereotipos y errores en el análisis de la delincuencia femenina. En *Cuadernos de Política Criminal* 58: 155-167.

- Marks, E. y D. Rössner, eds. 1989. *Täter-Opfer-Ausgleich*. Bonn: Forum.
- Marlasca Martínez, O. 1993. Elementos jurídicos y extrajurídicos en el Derecho. *Estudios de Deusto* 41, 1: 145-62.
- Marongiu, P. y G. Newman. 1987. *Vengeance. The Fight Against Injustice*. Totowa, NJ: Rowman & Littlefield.
- Marroquín Garrido, J. S. 1977. *La conciliación en el proceso penal guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Marsal, Santi. 1996. Espais de mediació social als Districtes de Barcelona. Comunicació presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictos", 12-3 de abril, Barcelona.
- Marshall, Tony. 1985. *Alternatives to Criminal Courts: The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement*. Hampshire: Gower.
- 1991. Criminal Justice in the New Community: Bending to the Trends in Politics, Society, Economics and Ecology. Comunicació presentada en "British Criminology Conference", York.
- 1995. Mediation (Legal Background and Practice): The Experience of the United Kingdom. Conferencia pronunciada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.
- 1996. The Evolution of Restorative Justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 21-43.
- Marti i Baldellou, Consol. 1996. Médiation et l'arbitrage. Comunicació presentada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.
- Martí, Josep. 1996. *El folklorismo. Uso y abuso de la tradición*. Barcelona: Ronsel.
- Martin, Carol, ed. 1994. *Resolving Crime in the Community: Mediation in Criminal Justice. Report of a Conference organised by the Institute for the Study & Treatment of Delinquency and the London Victim-Offender Mediation Network on 23rd September 1994*. Londres: ISTD.
- Martin, John M. y Anne T. Romano. 1992. *Multinational Crime: Terrorism, Espionage, Drug & Arms Trafficking*. Londres: Sage.
- Martin, Susan Ehrlich y Nancy C. Jurik. 1996. *Doing Justice, Doing Gender. Women in Law and Criminal Justice Occupations*. Londres: Sage.
- Martín, Manuel. 1994. El reto de la policía comunitaria. *Prevenció* 10: 21-8.
- Martín Espino, José Domingo, coord. 1996. *El Tribunal del Jurado. Estudios sobre*

1a L.O. 5/1995. Las Palmas de Gran Canaria: Gobierno de Canarias.

Martín Francisco, M.^a Gloria. 1995. Solución extrajudicial de los conflictos. Mediación familiar. En *Mediación: una alternativa extrajudicial*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.

— 1997. La mediación: una forma de resolver conflictos. *Juris*, febrero: 16-20.

Martín Manrique, Rafael. 1948a. Origen y fundamento de la pena. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 35: 17-22.

— 1948b. Origen racional del derecho de castigar. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 43: 22-8.

Martín Ostos, José. 1996. La conformidad en el proceso penal. *La Ley* 4.137: 1-7.

Martín Pallín, José Antonio. 1996. Protección penal de los consumidores. *La Ley* 4.034: 1-3.

Martín Patino, José María, dir. 1997. *Informe España 1996. Una interpretación de su realidad social*. Madrid: Fundación Encuentro.

Martín Rodríguez, Ana M.^a 1994a. La psicología social y el jurado: algunas líneas de investigación. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. I, dirigido por S. Delgado Bueno. Madrid: Colex.

— 1994b. La percepción social del delito en el sistema penal: delincuentes, jueces y jurado. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. I, dirigido por S. Delgado Bueno. Madrid: Colex.

Martín Sánchez, Ascensión. 1996. La Administración de Justicia de menores. En *X Congreso de Jueces para la Democracia. Control jurisdiccional de la Administración, Zaragoza 9, 10 y 11 de noviembre 1995*. Zaragoza: Cortes de Aragón.

Martínez, M. 1990. *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá: Temis.

Martínez Arrieta, Andrés. 1993a. La determinación judicial de la pena en el Código penal español. En *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: EDERSA.

— 1993b. La entrada en el proceso de la víctima. En *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

Martínez Fresneda, Gonzalo, ed. 1993. *Los reveses del Derecho*. Barcelona: Tusquets.

— 1996. La invención de los delitos. *El País Debates*, 30 de enero, p. 13.

Martínez Gallego, Francesc-Andreu. 1996. La fuerza y la obligación: condenados, asilados y prestatarios en la obra pública española (1843-1900). En *El trabajo a través de la historia. Actas del IIº Congreso de la Asociación de Historia Social. Córdoba, abril de 1995*, coordinado por S. Castillo. Madrid: Asociación de Historia

Social.

Martínez Leunda, Juan José y Cristina Antón Más. 1988. Desde las cofradías de pescadores vascos, ¿un ordenamiento alternativo? *Anuario Vasco de Sociología del Derecho* 0: 61-87.

Martínez Martín, María Ascensión. 1996. *Gipuzkoa en la vanguardia del reformismo social. Beneficencia, ahorro y previsión (1876-1936)*. Donostia: Fundación Kutxa.

Martínez Rincones, J. F. 1992. El proceso penal y la persona humana. *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Mérida (Venezuela)* 16: 169-83.

Martínez Sarrión, Ángel. 1993. *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*. Barcelona: Bosch.

Martínez Val, José María. 1957. El arrepentimiento espontáneo. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 203.

— 1995. *El Derecho en las grandes religiones*. Granada: Comares.

Martínez Velasco, J. 1993. Habermas: racionalidad crítica y comunicacional. *Philosophica Malacitana* VI: 121-34.

Martínez y Martínez, Salvador. 1981. La reacción social contra la criminalidad en el pueblo azteca según la Apologética Historia de Fray Bartolomé de las Casas. (Un ensayo de Criminología Crítica). Universidad Veracruzana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tesis doctoral.

Martínez-Calcerrada, Luis. 1996. *El machismo en el Derecho. Sociología jurídica de la igualdad*. Granada: Comares.

Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel. 1993. Marginación, magia y delincuencia en el pueblo gitano. *Revista de Derecho penal y Criminología* 3: 513-52.

— , dir. 1996. *Menores privados de libertad*. Madrid: CGPJ.

Martos Núñez, Juan Antonio. 1987. El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 40: 99-134.

— 1991. Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1: 217-98.

Marx, Gary T. 1995. The Engineering of Social Control: The Search for the Silver Bullet. En *Crime and Inequality*, editado por J. Hagan y R. D. Peterson. Stanford: Stanford University Press.

Mary, Ph., dir. 1996. *Travail d'intérêt général et médiation pénale -Socialisation du pénal ou pénalisation du social. Actes du Colloque international à l'occasion du 60^{ème} anniversaire de l'Ecole des Sciences Criminologiques Léon Cornil U.L.B., 3*

au 5 avril 1996. Bruselas: Bruylant.

Marzoa, Juan Antonio. 1995. Psicología y ley: criterios sociolegales implicados en la toma de decisiones judiciales. *Anuario de Psicología Jurídica*: 51-64.

Masgoret i Llardent, Francesca, Carlos Jiménez Villarejo, Pilar Porcel i Omar, Emilio Berlanga Ribelles y Esther Giménez Salinas. 1990. Relaciones entre justicia y servicios sociales. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. II. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Mata Amaya, José de la. 1994a. La responsabilidad civil derivada de los delitos y de las faltas. En *Ejecución de sentencias civiles y penales*, dirigido por I. Serrano Butragueño. Madrid: Eurolex.

— 1994b. Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derechos. En *La ejecución de la sentencia penal*, dirigido por Francisco Bueno Arús. Madrid: CGPJ.

Mate, Reyes. 1996. El destino de la racionalidad occidental. Cuadernos y Debates, Serie Minor 3. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Mathiesen, Thomas. 1991. The Argument against Building More Prisons. En *Imprisonment: European Perspectives*, editado por John Muncie y Richard Sparks. Nueva York: Harvester.

— 1995. General Prevention as Communication. En *A Reader on Punishment*, editado por R. A. Duff y David Garland. Oxford: Oxford University Press.

— 1997. The Viewer Society. Michel Foucault's "Panopticon" Revisited. *Theoretical Criminology* 1, 2: 215-34.

Matsuo, K. 1983. Diversion and Mediation: Japan. Ponencia presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.

Matthews, Roger, ed. 1988. *Informal Justice?* Londres: Sage.

— , ed. 1989. *Privatizing Criminal Justice*. Londres: Sage.

— 1992. Replacing "Broken Windows": Crime, Incivilities and Urban Change. *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.

— 1994. Crime Prevention, Disorder and Victimization: Some Recent Western Experiences. *International Journal of Sociology of Law* 22: 87-104.

Matthews, R. y J. Young, eds. 1992. *Issues in Realist Criminology*. Londres: Sage.

Matthias Calonius Society. 1991. *Theatres of Power. Social Control and Criminality in Historical Perspective*. Helsinki: Matthias Calonius Society.

Matus Acuña, Jean Pierre. 1997. Penas privativas de derechos. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

- Matza, David y Patricia Morgan. 1995. Controlling Drug Abuse: The Great Prohibition. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- Mauss, M. 1967. *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies*. Nueva York: N. W. Norton.
- Mawby, R. I. 1977. Defensible Space: A Theoretical and Empirical Appraisal. *Urban Studies* 14: 169-79.
- Maxwell, Gabrielle y Allison Morris. 1993. Family, Victims and Culture: Youth Justice in New Zealand. Victoria: Social Policy Agency.
- Mayhew, Pat. 1996. Los efectos del crimen: la víctima, el público y el miedo. Conferencia pronunciada en el Seminario Pan-europeo "Políticas en favor de las víctimas de los delitos en Europa", organizado por el Consejo de Europa y el Gobierno Vasco, 14-6 de octubre, Vitoria-Gasteiz.
- Maza Martín, J. M. 1994. Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito. En *Criminología*, dirigido por Antonio García-Pablos. Madrid: CGPJ.
- McCold, Paul. 1996. Restorative Justice and the Role of Community. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- McDonald, D. C. 1989. *Punishment without Walls. Community Service Sentences in New York City*. Londres: Rutgers University Press.
- McDonald, W., ed. 1976. *Criminal Justice and the Victim*. Londres: Sage.
- McDonnell, Roger F. 1992. Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Natives Communities. *Canadian Journal of Criminology* 34: 299-316.
- McElrea, Frederick W. M. 1996. The New Zealand Youth Court: A Model for Use with Adults. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- McIvor, Gill. 1992. *Sentenced to Serve. The Operation and Impact of Community Service by Offenders*. Aldershot: Avebury.
- McKillop, S., ed. 1993. *Aboriginal Justice Issues*. Sydney: Australian Institute of Criminology.
- McLaughlin, Eugene. 1994. *Community Policing and Accountability. The Politics of Policing in Manchester in the 1980s*. Aldershot: Avebury.

- McLuhan, Marshall. 1996. *Comprender los medios de comunicación*. Buenos Aires: Paidós.
- McMahon, Maeve Winifred. 1990. Net-Widening. Vagaries in the Use of a Concept. *The British Journal of Criminology*: 121-49.
 — 1992. *The Persistent Prison?: Rethinking Decarceration and Penal Reform*. Toronto: Toronto University.
- McManus, Michel. 1995. *From Fate to Choice: Private Bobbies, Public Beats*. Aldershot: Avebury.
- Mead, George H. 1918. The Psychology of Punitive Justice. *American Journal of Sociology* 23: 577-602.
- Mediation Quarterly*. 1993. Special Issue on Native American Perspectives on Peacemaking, verano.
- Medina, Esteban. 1989. *Conocimiento y sociología de la ciencia*. Madrid: Siglo XXI.
- Medina, Julio. 1952. Acotaciones. - De la justicia vindicativa al penitenciarismo correccional. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 84: 65-9.
- Medina Crespo, Mariano. 1989. *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón. Reflexiones de urgencia sobre la LO 3/1989 desde la perspectiva del accidente de circulación*. Madrid: Suárez Barcala.
 — 1996. *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*. Granada: Comares.
 — 1997. *La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*. Madrid.
- Medjaoui, Khadija. 1996. L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 4: 823-37.
- Mednick, S. A., T. E. Moffitt y S. A. Stack. 1987. *The Causes of Crime: New Biological Approaches*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Melchor y Lamanette, F. 1877. *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- Mèlich, Joan-Carles. 1996. *Antropología simbólica y acción educativa*. Buenos Aires: Paidós.
- Melossi, Dario. 1985. Cárcel y trabajo en Europa y en Italia en el periodo de la formación del modo de producción capitalista. En *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, de Dario Melossi y Massimo Pavarini. Madrid: Siglo XXI.
 — 1990. *The State of Social Control: A Sociological Study of Concepts of State and*

- Social Control in the Making of Democracy*. Cambridge: Polity Press. En castellano: 1992. *El Estado del control social*. México: Siglo XXI.
- 1993. Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of USA, 1970-92. *Social & Legal Studies* 2: 259-79.
- 1994. Weak Leviathan and Strong Democracy, or of Two Styles of Social Control. *International Journal of Contemporary Sociology* 31, 1: 1-15.
- 1996. Foreword. En *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?* de Gema Varona. Oñati: IISJ.
- 1997a. State and Social Control à la Fin de Siècle: from the New World to the Constitution of the New Europe. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.
- 1997b, ed. *The Sociology of Punishment*. Aldershot: Dartmouth.
- Melossi, Dario y M. Pavarini. 1985. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, 2.^a ed. México: Siglo XXI.
- Melucci, A. 1993. Social Movements and the Democratization of Everyday Life. En *Civil Society and the State. New European Perspectives*, editado por J. Keane. Londres: Verso.
- Menard, A. E. y A. J. Salius. 1990. Judicial Response to Family Violence: The Importance of Message. *Mediation Quarterly* 7, 4: 293-302.
- Méndez Castrillón, Gervasio. 1945. Las instituciones penitenciarias de América en la época colonial. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 2: 26-8.
- Méndez Espino, José. 1990. Ayuntamientos y justicia municipal. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- Méndez Valdivia, Mayte. 1995. Utilización contingente de las estrategias y tácticas de mediación. En *Mediación: una alternativa extrajurídica*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.
- Mendieta y Núñez, Lucio. 1976. *El derecho precolonial*, 3.^a ed. México: Porrúa.
- Mendoza Troconis, J. R. 1994. El proceso penal y la persona humana. *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 8: 24-32.
- Menéndez Pidal, Ramón. 1957. *España y su historia*. Madrid: Minotauro.
- Mennell, Stephen. 1989. *Norbert Elias. Civilization and the Human Self-Image*. Oxford: Basil Blackwell.
- Mercer, Peter. 1996. Nomadismo y libertad. En *I Kongrèso Romanò katar i Union*

- Europuni*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.
- Merchán Álvarez, Antonio. 1981. *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Merklen, Denis. 1995. Asentamientos y vida cotidiana. Organización popular y control social en las ciudades. *Delito y Sociedad* 6-7: 107-114.
- Merle, R. 1985. *La pénitence et la pêne*. París: CERF.
- Merlo, M. P. 1995. La mediación de los jóvenes en la prevención de las drogodependencias. *Interdependencias* 9-10: 22-3.
- Merry, Sally Engle. 1988. Legal Pluralism. *Law and Society Review* 22: 869-901.
- 1989. Myth and Practice in the Mediation Process. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.
- 1993. Sorting Out Popular Justice. En *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, editado por S. E. Merry y N. Milner. Ann Arbor: University of Michigan.
- Merry, Sally E. y Neal Milner, dirs. 1993. *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*. Ann Arbor: University of Michigan.
- Messmer, Heinz. 1992. Communication in Decision-Making About Diversion and Victim-Offender Mediation. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- 1992b. Victim-Offender Mediation in Germany. En *Mediation and Reparation in Criminal Justice*, de Gwyn Davis. Londres: Routledge.
- 1996. *Unrechtsaufarbeitung im Täter-Opfer-Ausgleich. Sozialwissenschaftliche Analysen zur außergerichtlichen Verfahrenspraxis bei Jugendlichen*. Bonn: Forum.
- 1997. Features of Procedural Fairness: Communication in Decision-Making About Diversion and Victim-Offender Mediation. En *Procedural Justice*, editado por Klaus F. Röhl y Stefan Machura. Oñati: IISJ.
- Messmer, Heinz y Hans-Uwe Otto. 1992. Restorative Justice: Steps on the Way Toward a Good Idea. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.
- Meßner, Claudius. 1996. *Recht im Streit. Das Jugendstrafrecht, die alternativen Sanktionen und die Idee der Mediation*. Pfaffenweiler: Centaurus.
- Meyer, Jürgen. 1996. Zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems unter besonderer Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs. En *Festschrift für Otto*

Triffterer zum 65. Geburtstag, editado por Kurt Schmoller. Viena: Springer.

Middendorf, Wolf. 1981. *Estudios de Criminología histórica*, 2.^a ed. Madrid: Espasa-Calpe.

Miethe, Terance D. y Robert F. Meier. 1994. *Crime and its Social Context. Toward and Integrated Theory of Offenders, Victims, and Situations*. Nueva York: State University of New York Press.

Migdal, Joel S. 1988. *Strong Societies and Weak States: State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Miguel, Amando de, dir. 1996. *La sociedad española, 1995-96. Informe sociológico de la Universidad Complutense*. Madrid: Universidad Complutense.

Miguel, M.^a E. de. 1992. Coordinadas del Departamento de Justicia. *Eguzkilore* 6: 137-52.

Mika, H. 1992. Mediation Interventions and Restorative Justice: Responding to the Astructural Bias. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Perspectives-*, editado por H. Messmer y H.-U. Otto. Dordrecht: Kluwer.

Miles, J. 1995. The Role of the Victim in the Criminal Process: Fairness to the Victim and Fairness to the Accused. *Criminal Law Journal* 19/4: 193-208.

Millar, A. 1988. Imprisonment - In the Victim's Interest? En *Imprisonment Today. Current Issues in the Prison Debate*, editado por S. Backett, J. McNeill y A. Yellowlees. Macmillan.

Miller, R. E. y A. Sarat. 1980-1. Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture. *Law and Society Review* 15: 3-4, 525-566.

Milner, A. 1991. Mediation -A Promising Alternative for Family Courts. *Juvenile & Family Court Journal* 42, 2: 61.

Milovanovic, Dragan. 1989. *Weberian and Marxian Analysis of Law. Development and Functions in a Capitalist Mode of Production*. Aldershot: Avebury.
— 1994. *A Primer in the Sociology of Law*. Albany, NY: Harrow and Heston.

Ministerio de Interior. 1995. *Anuario estadístico del Ministerio del Interior 1995*. Madrid: Secretaría General Técnica.

Ministerio de Justicia e Interior. 1995a. Centro Penitenciario de Topas. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.
— 1995b. Campaña sobre "violencia urbana". Informe de las actuaciones realizadas.

Minor, Kevin I. y J. T. Morrison. 1996. A Theoretical Study and Critique of Restorative Justice. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Mir Puig, Santiago. 1974. *Introducción a las bases de Derecho penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch.

— 1985. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: PPU.

— 1987. Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual. *Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* 34: 49-62.

— 1996. *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. Barcelona: PPU.

Mirón, L., J. M. Otero, y M. A. Luengo. 1987. Empatía y conducta antisocial. Comunicación presentada en el II Congreso Internacional de Psicología Social, Murcia.

Miyazawa, Setsuo. 1994. The Enigma of Japan as a Testing Ground for Cross-Cultural Criminological Studies. *Anales Internacionales de Criminología* 32, 1/2: 81-104. Reproducido en 1997, bajo el mismo título, en *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken. Aldershot: Dartmouth.

Mizruchi, Ephraim H. 1983. *Regulating Society: Marginality and Social Control in Historical Perspective*. Nueva York: Free Press.

Mnookin, Robert H. y Lewis Kornhauser. 1979. Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce. *Yale Law Journal* 88.

Molina Blázquez, M.^a Concepción. 1995. La responsabilidad civil en el proyecto de Código penal de 1994. *Poder Judicial* 38: 127-54.

— 1996. *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.

Molina Foix, Vicente. 1997. Caza de brujas vasca. *El País*, 22 de julio, p. 27.

Mommsen, Teodoro. [1899] 1976. *El Derecho penal romano* (traducido del original alemán por P. Dorado), 2 vols. Madrid: La España Moderna.

Monier, Jean-Claude. 1996. Personne humaine et responsabilité civile. *Droit et Culture* 31, 1: 51-68.

Monreal, Pilar. 1996. *Antropología y pobreza urbana*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. 1995. La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* 56: 173-96.

Montague, Phillip. 1995. *Punishment as Societal Defense*. Laham: Rowman &

Littelfield.

Montaigne, Michel Eyquem de. 1993. *Montaigne. Páginas inmortales. Selección y prólogo de André Gidé*. Barcelona: Tusquets.

Montano, P. J. 1997. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal. *Actualidad penal* 19: 419-30.

Montanos Ferrin, E. y J. Sánchez-Arcilla. 1990. *Estudios de historia del Derecho criminal*. Madrid: Dykinson.

Monterde Ferrer, Francisco. 1993. Victimología. Proyecciones asistenciales prácticas. En *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

Montero Aroca, Juan. 1976. *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos.

— 1996. *Ensayos de Derecho procesal*. Barcelona: Bosch.

Montero Gutiérrez, Eloy. 1945. Delito y pecado en Derecho canónico. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 1: 22-4.

Montero Hernanz, Tomás. 1995. Quince años de reforma penitenciaria. *Revista de Estudios Penitenciarios* 246: 67-87.

Montes, Jerónimo. 1903. *Los principios del Derecho penal según los escritores españoles del siglo XVI*. Madrid: Ricardo Méndez.

Montijano Serrano, Francisco. 1995. Comentarios a la proposición de ley sobre derechos que asisten a las víctimas de delitos violentos. En *Estudios del Ministerio Fiscal*. Cursos de formación, n. I. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

Monture-Okanee, P. A. y M. E. Turpel. 1992. Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law: Rethinking Justice. *University of British Columbia Law Review*, special edition: 239-77.

Moore, Christopher W. 1989. *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. San Francisco: Jossey-Bass. 2.^a ed. en 1996.

Moore, D. 1994. Diversion? Reconciliation? Mediation? Confusion. *Socio-Legal Bulletin* 14: 39-45.

Moore, Sally F. 1978. Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. En *Law as Process: An Anthropological Approach*, editado por Sally F. Moore. Londres: Routledge & Kegan Paul.

— 1992. Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans about Running “their Own” Native Courts. *Law and Society Review* 26: 11-46.

- Moos, Reinhard. 1997. Der außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz. *Juristische Blätter* 119, 6: 337-412.
- Morales Arrizabalaga, Jesús. 1995. *Ley, jurisprudencia y derecho en Hispania romana y visigoda*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Morales García, O. 1993. Cuestiones sobre la constitucionalidad del cumplimiento íntegro de las penas en el proyecto del nuevo Código penal. *Actualidad Penal* 26.
- Morales Prats, Fermín. 1988. Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora. *Cuadernos de Política Criminal* 36: 663-725.
- Morán, Pedro. 1958. La pena jurídica. Su fundamento y finalidad, desde el punto de vista teleológico. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 135: 561-5.
- Morash. 1983. An Explanation of Juvenile Delinquency. The Integration of Moral Reasoning Theory and Sociological Knowledge. En *Personality Theory, Moral Development and Criminal Behavior*, editado por W. S. Laufer y J. M. Day. Massachusetts: Lexington Books.
- Moreno Catena, Víctor. 1995a. Prólogo. En *Ley del Jurado*. Madrid: Tecnos.
 — , ed. 1995b. *Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatutos Orgánicos*. Madrid: Tecnos.
 — 1996. Prólogo. En *Normas sobre la Justicia de Menores*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, José Juan. 1996. Lenguaje jurídico. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.
- Morgan, Jane, Frans Willem Winkel y Katherine S. Williams. 1995. Protection of and Compensation for Victims of Crime. En *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, editado por Phil Fennell, Christopher Harding, Nico Jörg y Bert Swart. Oxford: Clarendon Press.
- Morgan, Lewis. H. 1877. *Ancient Society*. Nueva York.
- Morgan, Rod. 1994. Imprisonment. En *The Oxford Handbook of Criminology*, editado por M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner. Oxford: Clarendon Press.
- Morillas Cueva, Lorenzo. 1983. Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2: 61.
- Morineau, Jacqueline. 1992. Le Centre de Médiation et de Formation à la Médiation. *Archives de Politique Criminelle* 14: 71-84.
 — 1994. Education à la paix par la médiation. Comunicación presentada en el

- Workshop "Médiation"*, dirigido por J.-P. Bonafé-Schmitt, 5-7 de octubre, Oñati, IISJ.
- 1996. La médiation pénale à Paris. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.
- Morrill, Calvin y Cindy McKee. 1993. Institutional Isomorphism and Informal Social Control: Evidence from a Community Mediation Center. *Social Problems* 40, 4: 445-63.
- Morris, A., G. M. Maxwell y J. P. Robertson. 1993. Giving Victims a Voice: A New Zealand Experiment. *Howard Journal of Criminology* 32, 4: 304-21.
- Morris, Meaghan. 1993. Feminism, Reading, Postmodernism. En *Postmodernism. A Reader*, editado por Thomas Docherty. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Morris, N. y M. Tonry. 1990. *Between Prison and Probation*. Oxford: Oxford University Press.
- Morris, Ruth. 1995. Not Enough! *Mediation Quarterly* 12, 3: 285-91.
- Morrison, Wayne. 1995. *Theoretical Criminology: From Modernity to Postmodernism*. Londres: Cavendish.
- Morse, Bradford W. y Gordon R. Woodman, eds. 1988. *Indigenous Law and the State*. Dordrecht: Foris Publications.
- Morselli, Elio. 1995. Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48: 265-74.
- Mosconi, Giuseppe, dir. 1995a. Devianza, sicurezza e opinione pubblica. *Quaderni di Città Sicure* 2: 47-78.
- 1995b. La justificación de la pena: la cárcel y el derecho penal mínimo. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- 1995c. The Roots of Ambivalence: Symbolic and Instrumental Law within the Prison Legislation System. En *Social Control, Political Power, and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*, editado por Dario Melossi. Oñati Proceedings 17. Oñati: IISJ.
- Mosquete, Diego. 1961. La impunidad del uxoricidio legal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 150: 2.698-2.707.
- Motta, Ricardo. 1988. L'antropologia giuridica di Henry Summer Maine. *Sociologia del Diritto* XV, 2: 61-88.
- Movilla Álvarez, Claudio. 1990. Participación ciudadana y control municipal. En

Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia, vol. II. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Moya Lucendo, Mauricio. 1997. El laberinto de la policía española. *El País*, 26 de marzo, p. 20.

Moyle, Paul. 1995. Private Prison Research in Queensland, Australia: A Case Study of Borallon Correctional Centre, 1991. *British Journal of Criminology* 35, 1: 34-62.

Mozota Fatas, M.-L. 1989. La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42: 141-59.

Mueller, Gerhard O. W. 1986. The Criminological Significance of the Grimm's Fairy Tales. En *Fairy Tales and Society-Illusion, Allusion, and Paradigm*, editado por Ruth B. Bottigheimer. Filadelfia: The University of Pennsylvania.

Mueller, Gerhard O. W. y Freda Adler. 1996. La emergencia de la justicia penal. Trazando la ruta hacia los tiempos del Neolítico. *Cuadernos de política criminal* 58: 49-67.

Mugarik Gabe. 1995. *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.

Muguerza, Javier y Gonzalo Martínez Fresneda. 1996. Un Código póstumo. *El País*, 8 de junio, p. 13-4.

Muller, Rappard y Ekkehart. 1990. Perspective on the Council of Europe's Approach to the Issue of Basic Principles of Justice for Victims of Crime. *Human Rights Quarterly* 12, 2: 231-45.

Müller-Dietz, H. 1987. Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - Am Beispiel der Schadenwiedergutmachung (§56b II Nr. 1 StGB). En *GS Dietrich Schultz*, editado por G. Jahr. Colonia.

— 1993. Was bedeutet Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht - Notwendige Begriffsbestimmungen. En *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, editado por R.-D. Hering y D. Rössner. Bonn

Müller-Fahrenholz, Geiko. 1997. *The Art of Forgiveness. Theological Reflections on Healing and Reconciliation*. Ginebra: World Council of Churches.

Müller-Franke, Waltraud y Walter Steiner, eds. 1996. *Frauen in der Polizei*. Villingen-Schwenningen: Hochschule für Polizei.

Mumby, Dennis K. 1993. *Narrative and Social Control*. Londres: Sage.

Muncie, John, Eugene McLaughlin y Mary Langan. 1996. *Criminological Perspectives. A Reader*. Londres: Sage.

- Munger, F. y C. Seron. 1984. Critical Legal Studies versus Critical Legal Theory: A Comment on Method. *Law and Policy* 6: 257-95.
- Muñagorri Lagúa, Ignacio. 1977. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la Nueva Defensa Social*. Madrid: Reus.
- 1994. Las violencias en el ámbito familiar. *Revista de Derecho penal y Criminología* 4: 629-37.
- Muñoz Conde, Francisco. 1978. Función motivadora de la norma penal y la “marginalización”. *Doctrina Penal* 1: 33-9.
- 1985. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jérez.
- 1988. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 1992. El paper de la Criminologia en la formació del jurista. En *De las causas del delicta a la producció del control. El debat actual de la Criminologia*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- 1996a. *Derecho Penal. Parte especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 1996b. El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias. *La Ley* 4.043: 8-9.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. 1996. *Derecho penal. Parte general* (2.^a ed. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Hurtado, María José. 1996. Las faltas y sus penas. *Cuadernos de la Guardia Civil* 15: 495-507.
- Muñoz Molina, Antonio. 1996. Privado y público. *El País*, 27 de noviembre, p. 38.
- 1997. Biografías de nadie. *El País*, 29 de enero, p. 34.
- Murugarren, Luis. 1995. Historia de las cárceles donostiarras. *Eguzki lore* 9: 39-73.
- Musheno, M. 1990. Politics of Dispute Processing. Seminar Syllabus. Arizona State University.
- Musick, D. 1995. *An Introduction to the Sociology of Juvenile Delinquency*. Nueva York: State University of New York Press.
- Naciones Unidas. 1960. Seminario “The Role of Substantive Criminal Law in the Protection of Human Rights and the Purposes and Legitimate Limits of Penal Sanctions”, 10-24 May, Tokio.
- 1990. Políticas de justicia penal en relación con los problemas de la pena de prisión, otras sanciones penales y las medidas sustitutorias. Investigaciones sobre las medidas sustitutorias de prisión. Informe del Secretario General. A/CONF/144/13, 20 de junio de 1990.

Nadel, S. F. 1953. "Social Control and Self-Regulation", *Social Forces* 31, 3: 265-73.
— 1957. *The Theory of Social Structure*, Glencoe, Ill.: Free Press.

Nader, Laura. 1969. Introduction. En *Law in Culture and Society*, coordinado por Laura Nader. Chicago: Aldine.

— 1990. *Harmony Ideology and the Construction of Law, Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford: Stanford University Press.

— 1997. The Influence of Dispute Resolution on Globalization. Ponencia presentada en el Curso de Verano "Globalization and Legal Cultures", 30 de junio-4 de julio, Oñati, IISJ.

Nader, L. y H. F. Todd, comps. 1978. *The Dispute Process: Law in Ten Societies*. Nueva York: Columbia University.

Naffine, N., ed. 1995. *Gender, Crime and Feminism*. Aldershot: Dartmouth.

Naganathan, Nirmala. 1995. What Constitutes Custom in International Law? En *Folk Law*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. II. Madison: The University of Wisconsin.

Nagin, D. S. y R. Paternoster. 1993. Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime. *Law and Society Review* 27: 467-96.

Nanette, J. 1990. *Social Control of Deviance: A Critical Perspective*. Nueva York: McGraw-Hill.

Narbona, Manuel Olivier. 1996. Estado y minorías. *Quaderni della Fondazione Courmayer*, Minoranze, multiculturalismo, cultura della mondialita: 110-2.

Narbona Vizcaino, R. 1990. *Malhechores, violencia y justicia ciudadana en Valencia Bajomedieval (1360-1399)*. Valencia.

Narotzky, S. 1995. *Mujer, mujeres, género. Una aproximación crítica al estudio de las mujeres en las ciencias sociales*. Madrid: Centro Superior de Investigaciones Científicas.

Nash, M., ed. 1984. *Presencia y protagonismo. Aspectos de la historia de la mujer*. Barcelona: Serbal.

National Institute of Justice. 1996. Topical Bibliography "Alternative Dispute Resolution/Restorative Justice". National Criminal Justice Reference Service.

National Institute of Justice Journal. 1996. Communities: Mobilizing Against Crime. Making Partnerships Work, agosto.

Naucke, Wolfgang. 1979. Generalprävention und Grundrechte der Person. En *Hauptprobleme der Generalprävention*, de W. Hassemer, K. Lüderssen y W. Naucke.

Frankfurt del Main: Alfred Metzner.

Nauw, A. de. 1997. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal belge. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, abril: 357-375.

Navarro, M. 1988. El androcentrismo en la historia: la mujer como sujeto invisible. En *Mujer y realidad social*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.

Navarro Solano, Sonia. 1983. *Estigmatización, conducta desviada y victimización en una zona marginada*. San José, Costa Rica: Ilanud.

Navarro Villanueva, Carmen. 1997. La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente. En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

Ncholo, Paseka, ed. 1994. *Towards Democratic Policing*. Bellville: Community Peace Foundation.

Négrier-Dormont, L. y S. Tzitzis. 1994. *Criminologie de l'acte et Philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des anciens à la Victimologie appliquée des modernes*. París: Litec.

Nelken, David. 1981. The "Gap Problem" in the Sociology of Law: A Theoretical Review. *Windsor Yearbook of Access to Justice* 1: 35-61.

— 1988. Social Work Contracts and Social Control. En *Informal Justice?* editado por Rogers Matthews. Londres: Sage.

— 1994. *The Futures of Criminology*. Londres: Sage.

— , ed. 1996a. *Law as Communication*. Aldershot: Dartmouth.

— 1996b. Community Involvement in Crime Control: If Community is the Answer, What is the Question? En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

— , ed. 1997a. *Comparing Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth.

— 1997b. Comparing Legal Cultures: An Introduction. En *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken. Aldershot: Dartmouth.

— 1997c. *Issues in Comparative Criminology*. Dartmouth.

Nettel, Ana Laura. 1996. El conflicto chamula: ¿una contradicción entre normas? *Alegatos* 32: 201-8.

Netzig, Lutz y Thomas Trenczek. 1996. Restorative Justice as Participation: Theory, Law, Experience and Research. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Neuman, Elías. 1994. *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires: Universidad.

— 1995. *Victimología supranacional. El acoso a la soberanía*. Buenos Aires:

Universidad.

— 1997. *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires: Depalma.

Neveu, Michel. 1987. Dans le ressort du Tribunal de Grande Instance de Grenoble, la peine de travail d'intérêt général. (Régime applicable aux majeurs). *Archives de Politique Criminelle* 9: 121-140.

Newburn, Tim. 1995. *Crime and Criminal Justice Policy*. Harlow, Essex: Longman.

Newman, David M. 1995. *Sociology. Exploring the Architecture of Everyday Life*. Thousand Oaks, California: Pine Forge Press.

Newman, Graeme R. 1976. *Comparative Deviance: Perception and Law in Six Cultures*. Nueva York: Elsevier Scientific.

Newman, O. 1972. *Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design*. Nueva York: Macmillan.

Nicolini, Bruno. 1996. Los gitanos: una etnia en la encrucijada. En *I Kongrèsso Romanò katar i Union Europunì*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Nielsen, Marianne O. 1992. Criminal Justice and Native Self-Government. En *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, editado por R. Silverman y M. Nielsen. Toronto: Butterworths.

— 1996. A Comparison of Developmental Ideologies: Navajo Peacemaker Courts and Canadian Native Justice Committees. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Nieto García, Alejandro. 1990. Sanciones penales e infracciones administrativas: una perspectiva realista. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Nieto Martín, Adán. 1994. Algunas formas de influencia del derecho comunitario sobre el Derecho penal. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1994, núm. 666/1994 sobre la Sentencia de AP de Ciudad Real de 29-12-92). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre: 395-407.

Nieto Soria, J. M. 1993. *Ceremonias de la realeza. Propaganda y legitimación en la Castilla Trastámara*. Madrid: Nerea.

Nieves, H. 1979. El comportamiento culpable de la víctima. En *Dos ensayos sobre Criminología*, 2.^a ed., de H. Nieves. Universidad de Carabobo.

Nina, Daniel. 1995. *Re-Thinking Popular Justice. Self-Regulation and Civil Society in South Africa*. Cape Town: Community Peace Foundation.

— 1997. Comunicación en las VII Jornadas Internacionales de Cultura y Paz de Gernika, organizadas por Gernika Gogoratuz, 23-8 de abril.

- Nina, Daniel y Pamela Jane Schwikkard. 1996. The "Soft Vengeance" of the People: Popular Justice, Community Justice and Legal Pluralism in South Africa. *Journal of Legal Pluralism* 36: 69-88.
- Noll, P. 1962. *Die ethische Begründung der Strafe*. Tubinga.
- Noor, Farish A. 1996. Book Review. Communitarian Ideology and Democracy in Singapore by Beng-Huar Chua and the Politics of Nation Building and Citizenship in Singapore by Michael Hill and Lian Kwen Fee. *Social and Legal Studies* 5, 3: 440-1.
- Normandeu, André. 1994. Balance y perspectivas de la policía comunitaria. *Prevenió* 10: 47-56.
- Norrie, Alan W. 1990. *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the Liberal Idea of Criminal Justice*. Dordrecht: Kluwer.
— 1996. From Law to Popular Justice: Beyond Antinomianism. *Social & Legal Studies* 5, 3: 383-404.
- Northoff, Robert. 1995. Mediation. Chancen und Risiken für Rechtsschutz und Resozialisierung durch Konfliktbearbeitung. En *Täter-Opfer-Ausgleich. Materialien für eine Diskussion zusammengestellt vom Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung*. Bonn: Deutsche Bewährungs-, Gerichts- und Straffälligenhilfe e. V.
- Nothhafft, Suzanne. 1996. Un état des lieux de la médiation en Allemagne -un survol. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.
- Nsereko, Ntanda. 1992. Victims of Crime and Their Rights. En *Criminology in Africa*, editado por T. M. Mushanga. Roma: Unicri.
- Nudler, Óscar, comp. 1996. *La racionalidad: su poder y sus límites*. Buenos Aires: Paidós.
- Nugkuag Ikanam, Evaristo. 1995. El desarrollo indígena amazónico. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.
- Núñez Encabo, Manuel. 1997. Código deontológico o Código penal. *El País*, 7 de enero, p. 29.
- Núñez Palomino, Germán. 1996. The Rise of the "Rondas Campesinas" in Peru. *Journal of Legal Pluralism* 36: 111-24.
- Oberdorff, Henri. 1995. Comment réglementer les nouvelles technologies de sécurité.

Les Cahiers de la Sécurité Interieure 21: 114-9.

Octavio de Toledo y Ubieto, E. 1981. *Sobre el concepto del Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense.

Odley, Tom. 1996. Racismo antigitano en el Reino Unido. En *I Kongrèso Romanò katar i Union Europunì*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Office for Victims of Crime. 1996. Topical Bibliography "Victim Compensation". Washington, CD.

Ogbonnaya Oko, E. 1991. Alternative Conflict Resolution: Resolution in Afikpo (Ehugbo). Oslo: Institutt for Kriminologi og Strafferett.

Olabarri, Elena M. 1993. *La ertzantza. Un estudio sociológico de la policía autónoma vasca (1982-1986)*. Bilbao: UPV-EHU.

Ölander, Jens. 1996. European Integration as an Instrument for Breaking State Sovereignty. A Discussion on the Relativity of Sovereignty. The Example of Euzkadi. Tesina para la obtención del Master en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.

Olesa Muñido, F. F. 1953. *Derecho penal aplicable a los indígenas en los territorios españoles del Golfo de Guinea*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Olgiate, Vittorio. 1994. Il Pluralismo giuridico come lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente proposta). *Sociologia del Diritto* 1: 97-127.

Olivé, Julio. 1995. *Indios e indigenismo ante el Derecho*. México: E.N.A.H.

Oliveira Médici, Sérgio de. 1993. Direito penal grego em "Antígona". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3: 171-5.

Oliverio, Annamarie y Pat Lauderdale. 1991. Indigenous Jurisprudence: Going Back in order to Go forward. En *The Implementation of Equal Rights for Men and Women*, editado por Fanny Tabak. Oñati Proceedings 7. Oñati: IISJ.

Oller i Luengo, Glória. 1990. La intervención municipal en la defensa de los intereses de los usuarios y consumidores. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Olmo, R. del. 1979. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

— 1995. Función de la pena y el Estado latinoamericano. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González

Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Oloka-Onyango, J. y Sylvia Tamale. 1995. "The Personal is Political", or Why Women's Rights are indeed Human Rights: An African Perspective on International Feminism. *Human Rights Quarterly* 17: 691-731.

Oloruntimehin, Olufunmilayo. 1996. The Status of Informal Social Control and Dispute Resolution -An Analysis of African Societies. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

Oltra, B. 1995. *Cultura y tiempo. Investigaciones de Sociología de la cultura*. Alicante: Aguaclara.

Ondarza Zubieta, Irune. 1996. Resolución informal de conflictos de consumo: un estudio comparativo entre España y Finlandia. Tesina para la obtención del Master en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. 1994a. Constitución y derechos étnicos en México. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

— 1994b. A propósito del debate sobre el Convenio número 169 de la OIT en Guatemala. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

— , comp. 1994c. *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*. México: UNAM.

— 1995. Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho internacional público moderno y la Sociología del derecho: "indio", "pueblo" y "minorías". En *Antropología jurídica*. México: UNAM.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Orlando y Hedwig A. Lindner López. 1994. La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador. 1995. Bibliografía selecta sobre Antropología jurídica. En *Antropología jurídica*. México: UNAM.

Orlandis, José. 1947. Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media. *Anuario de Historia del Derecho Español* 28: 61-166.

Orriach Navarro, V. 1994. Intervención de los equipos técnicos de apoyo en los juzgados de menores. Ponencia presentada en el Curso Tratamiento Jurídico del Menor, 21-3 de noviembre.

Ortega, Andrés. 1997. ¿Quién protege a Max Weber? *El País*, 21 de julio, p. 4.

Ortega y Gasset, J. 1969. *El espectador*. Madrid: Salvat.

Ortego Costales, José. 1989. Los fantasmas de la doctrina penal. En *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Ortells Ramos, Manuel y María Pía Calderón Cuadrado. 1996. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Comares.

Ortet i Fabregat. 1992. La probation como medida alternativa a la prisión: experiencias sobre la aplicación de teorías cognitivo-conductuales. *Papers d'Estudis i Formació* 10: 39-50.

Ortiz, F. 1924. *La filosofía penal de los espiritistas. Estudio de Filosofía jurídica*. Madrid: Reus.

Ortiz González, María Dolores. 1996. Criminalidad en jóvenes de 12 a 16 años en Guipúzcoa durante 1994 y 1995: expedientes del juzgado de menores de San Sebastián. Tesina para la obtención del Master en Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.

Ortuño Muñoz, Pascual. 1995. El "dictamen de especialistas" como prueba pericial "sui generis" en el derecho de familia y la mediación. (Estudio del último párrafo del art. 92 y del art. 158. 3 del Código civil). *Poder Judicial* 37: 193-212.

Osgood, D. W. y H. F. Weichselbaum. 1984. Juvenile Diversion: When Practice Matches Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 21, 1: 33-55.

Österberg, E. 1992. Criminality, Social Control and the Early Modern State: Evidence and Interpretations in Scandinavian History. *Social Science History* 16: 67-98.

Ostrowetsky, Sylvia, ed. 1996. *Sociologues en ville*. París: L'Harmattan.

Otto, Dianne. 1996. Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society. *Human Rights Quarterly* 18: 107-41.

Ouviña, Guillermo. 1979. Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino. *Boletín informativo del Instituto de Derecho penal de la Universidad Nacional de la Plata* 3: 2-15.

Ovejero Sanz, María Paz. 1969. Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX. *Revista de Estudios Penitenciarios* 187: 711-58.

— 1970. Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX (continuación). *Revista de Estudios Penitenciarios* 189: 377-434.

Oyhanarte, Marta. 1996. Los nuevos paradigmas y la mediación. En *Mediación: una transformación en la cultura*, compilado por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Barcelona: Paidós.

O'Barr, W. y J. Conley. 1990. *Rules versus Relationships: the Ethnography of Legal Discourse*. Chicago: Chicago University Press.

O'Farrell, Brian. 1986. Book Review on John Bossy, ed., "Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West". Cambridge: Cambridge University Press. *Criminal Justice History* VII: 207-212.

O'Nions, Helen. 1995. The Marginalisation of Gypsies. *Web Journal of Current Legal Issues* 3.

— 1996. The Right to Respect for Home and Family Life: The First in a Series of 'Gypsy Cases' to Challenge UK Legislation. *Web Journal of Current Legal Issues* 5.

Pacheco, J. F. 1856. *El Código penal concordado y comentado*, t. 1. Madrid: Viuda de Perinat y compañía.

Padovani, Tullio. 1981. *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*. Milán: Giuffrè.

Palacio, J. R. 1992. La asistencia a las víctimas en Vizcaya. *Eguzkilore* 6: 153-64.

Palacios Alcaine, Azucena, ed. 1991. *Alfonso X El Sabio. Fuero Real*. Barcelona: PPU.

Palacios Sánchez, Juan. 1997. *Menores marginados. Perspectiva histórica de su educación e integración social*. Madrid: CCS.

Palumbo, Dennis J., Michael Musheno y Michael Hallet. 1994. The Political Construction of Alternative Dispute Resolution and Alternatives to Incarceration. *Evaluation and Program Planning* 17, 2: 197-203.

Palys, T. S. 1993. Prospects for Aboriginal Justice in Canada. En <http://www.sfu.ca/~palys/abojust.htm>.

Pániker, Salvador. 1997. Teoría de la retroevolución. *El País*, 27 de junio, p. 16.

Pantoja, Félix. 1994a. Análisis criminológico de las cuestiones relativas al Derecho penal juvenil. En *Criminología*, dirigido por Antonio García-Pablos. Madrid: CGPJ.
— 1994b. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de ley orgánica penal juvenil y del menor. *Jueces para la Democracia* 23, 3: 19-21.

Papadópolo, Midori. 1996. *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.

Papers d'Estudis i Formació. 1990. Condió femenína i justícia penal, n. 5.

Parada Vázquez, José Ramón. 1990. Teoría general de las sanciones administrativas.

En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

Páramo, Juan Ramón de. 1996. Derecho subjetivo. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

Pardo, José Luis. 1996. *La intimidación*. Valencia: Pre-Textos.

Pardo Angles, Renato. 1995. Los derechos humanos de los indígenas en Bolivia y el control jurídico-penal. *Capítulo Criminológico 23-2*: 253-74.

Parent, Dale, Jim Byrne, Vered Tsarfaty, Laura Valade y Julie Esselman. 1995. *Day Reporting Centers*, vol. 1. Washington, CD: U. S. Department of Justice.

Park, Robert E. y Ernest W. Burgess. 1921. *Introduction to the Science of Sociology*. Chicago: University of Chicago Press

Parmelee, M. 1925. *Criminología*. Madrid: Reus.

Parrilla Anzueto, Sergio Lautaro. 1995. Pluralismo jurídico en Guatemala: Conceptos y notas para su estudio. *Estudios internacionales. Revista del Iripaz* 12: 43-52.

Parsons, Talcott. 1951. *The Social System*. Nueva York: Free Press.
— 1980. The Law and Social Control. En *The Sociology of Law*, editado por William M. Evan. Nueva York: Free Press.

Pastor, S. 1986. Derecho penal. Política Criminal y Economía. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* 11: 540.

Pastor Alcoy, Francisco. 1995. *La prescripción en el Código penal de 1995 y su aplicación retroactiva*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho.

Pate, Kim. 1990. Victim-Offender Reconciliation Programs in Canada. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.

Paterson, A. 1994. Preventing Re-Victimisation: The South Australian Experience. Ponencia presentada en el Octavo Simposio Internacional de Victimología, 21-6 agosto, Adelaide, Australia.

Paúl Velasco, Pilar de. 1995. *El tribunal del jurado desde la Psicología social*. Madrid: Siglo XXI.

Pauley, Matthew. 1994. The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel. *American Journal of Jurisprudence* 39: 97-152.

Paus, Karen Kristin. 1995. Viewpoints on the Purpose of Municipal Mediation Boards. Ponencia presentada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona.

Pavarini, Massimo. 1993. La justicia imposible. La historia de la idea de la pena entre justicia y utilidad. *Capítulo Criminológico* 21: 29-42.

— 1994. Cómo resistir: control social y saber crítico. *Capítulo criminológico*: 22, 33-61.

— 1997. Controlling Social Panic: Questions and Answers About Security in Italy at the End of the Millennium. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.

Pavlich, George C. 1996. *Justice Fragmented. Mediation Community Disputes under Postmodern Conditions*. Londres: Routledge.

Paz, Octavio. 1978. *El laberinto de la soledad*. Madrid: Cátedra.

Paz Rubio, José María, Martínez Atienza, González-Cuellar y Alonso Martínez-Sonseca. 1996. *Legislación penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Colex.

Peachey, Dean E. 1989. The Kitchener Experiment. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin Wright y Burt Galaway. Londres: Sage.

Pearce, F. y S. Tombs. 1992. Realism and Corporate Crime. *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.

Pears, E., ed. ca. 1912. *Prison and Reformatories at Home and Abroad Being the Transactions of the International Penitentiary Congress Held in London, July 3-13, 1872, Including Official Documents, Discussions, and Papers Presented to the Congress*. Maidstone: H. M. Prison.

Peces Barba, Gregorio. 1993. New Fundamental Rights: The Process of Specification. En *On Complexity and Socio-Legal Studies: Some European Examples*, editado por André-Jean Arnaud y Vittorio Olgiati. Oñati Proceedings 14. Oñati: IISJ.

Pedersen, Paul B. y Fred E. Jandt. 1996. Culturally Contextual Models for Creative Conflict Management. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.

Pedraz Penalva, Ernesto, dir. 1995. *Arbitraje, mediación, conciliación*. Madrid: CGPJ.

- Pegoraro, Juan. 1995. Presentación. *Delito y Sociedad* 6-7: 3.
- Peláez, Paula. 1996. The Ideology of Family Mediation. A Case Study. Oñati Master's Tesinas. Oñati: IISJ.
- Peleato, A., E. Ramos y M. Gutierrez. 1993. Intervención psicosocial con víctimas. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.
- Pello, Prudencio y Juan Bances. 1895. Perdón de pena impuesta por delitos de persecución privada. Competencia. Procedimiento. *Revista de Derecho y Sociología* 5: 616-24.
- Penological Information Bulletin*. 1992. Present Situation in the Penological Field (Prison Sentences, Community Sanctions and Measures) in the Countries Participating in the 10th Conference of Directors of Prison Administrations and the Implementation of the European Prison Rules in the Member States of the Council of Europe, n. 17.
- Pepino, Livio y Duccio Scatolero. 1992. Vittime del delitto e Vittimologia. *Dei Delitti e delle Pene* 1: 181-93.
- Pepinsky, Hal. 1997. Crime, Criticism, Compassion and Community. *The Critical Criminologist Newsletter* 2 & 3.
- Pepinsky, H. y R. Quinney, eds. 1991. *Criminology as Peacemaking*. Bloomington: Indiana University Press.
- Perafán Simmonds, C. C. 1995. *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Santa Fe de Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología-Colcultura.
- Perdiguero Bautista, Eduardo. 1995. Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral. En *Arbitraje, mediación, conciliación*, dirigido por Ernesto Pedraz Penalva. Madrid: CGPJ.
- Pérez, A. y F. Álvarez, trads. 1996. *La voz de los pueblos indígenas*. Palma de Mallorca: Olañeta.
- Pérez Adán, José. 1997. *Socioeconomía*. Madrid: Trotta.
- Pérez Arévalo, José Antonio. 1996. La prevención general del delito y de la violencia urbana. *Ciencia policial* 38: 41-50.
- Pérez Bustamante, Rogelio y José Sánchez-Arcilla. 1992. *Textos de historia del derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Pérez del Valle, Carlos. 1996. Sociedad de riesgos y reforma penal. *Poder Judicial*

II.

Pérez García, P. 1990. Una reflexión en torno a la historia de la criminalidad. *Revista d'Història medieval* 1.

Pérez Lledó, Juan A. 1996a. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos.
— 1996b. Teorías críticas del derecho. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. 1995. *La polémica sobre el nuevo mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, 2.^a ed. Madrid: Trotta.
— Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. 1997. *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.

Pérez Manzano, Mercedes. 1990. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Pérez Muñoz, Isabel. 1992. *Pecar, delinquir y castigar: el tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII*. Salamanca: Institución cultural "El Brocense" y Excma. Diputación de Cáceres.

Pérez Perdomo, Rogelio. 1996. Sociología del Derecho. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

Pérez Pineda, B. y M. García Blázquez. 1996. *Manual de valoración y baremación del daño corporal (especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*, 6.^a ed. Granada: Comares.

Pérez Royo, Javier. 1997. Por qué no. *El País*, 18 de abril, p. 13-4.

Pérez Ruiz, Francisco Javier y María Pilar Rodríguez Fernández. 1995. La intervención del perjudicado en el procedimiento de menores. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, n. III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

Pérez Sanzberro, Guadalupe. 1995. Los procedimientos de mediación y conciliación, ¿Una alternativa para el tratamiento del delito? Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Bilbao, 4 de febrero.
— 1996. Reparación y conciliación autor-víctima. Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Bilbao. Tesis doctoral.

Pérez Senz, Javier. 1997. Gitanos. *El País Semanal* 1.080: 64-74.

Pérez Tornero, José Manuel, Pere-Oriol Costa y Fabio Tropea. 1996. *Tribus urbanas. El ansia de identidad juvenil: entre el culto a la imagen y la autoafirmación a través*

de la violencia. Buenos Aires: Paidós.

Pérez y de Molina, Manuel. 1854. *La sociedad y el patíbulo, o la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*. Madrid: La Esperanza.

Pérez-Cruz Martín, Agustín. 1992. *La participación popular en la administración de justicia. El tribunal del jurado*. Madrid: Montecorvo.

Pérez-Llantada y Gutiérrez, F. 1972. *Visión histórica de la responsabilidad penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Peris Riera, J. M. 1983. *El proceso despenalizador*. Valencia: Universidad de Valencia.

— 1989. *Proyecciones penales de la Victimología. Excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*. Valencia: Generalidad Valenciana.

Peristiany, J. G. 1965. *Honour and Shame: the Values of the Mediterranean Society*. Londres: Weidenfeld and Nicolson.

Perkins, D. D., P. Florin, R. C. Rich, A. Wandersman y otros. 1990. Participation and the Social and Physical Environment of Residential Block: Crime and Community Context. *American Journal of Community Psychology* 18, 1: 83-115.

Perrin, M. y J. F. U. Machado. 1984-5. La "Ley Guajira". Justicia y venganza entre los guajiros. *Revista Cenipec* 9: 83-118.

Perrot, Dominique y Roy Preiswerk. 1975. *Le ethnocentrisme et histoire*. París: Anthropos.

Perschel, Wolfgang. 1996. Vorwort. En *Nicht gleich vor den Richter... Mediation und rechtsförmliche Konfliktregelung*, de Marcus Hehn. Bochum: Brockmeyer.

Pessoa, Fernando. 1997. *Libro del desasosiego de Bernardo Soares*. Barcelona: Seix Barral.

Peters, Helge. 1996. *Als Partisanenwissenschaft ausgedient, als Theorie aber nicht sterblich: Die Labeling Approach*. *Kriminologisches Journal* 28: 107-15.

Peters, Tony. 1981. Alternatives a la peine privative de liberté. En *Actas del XXIX Curso Internacional de Criminología, Pamplona 15 al 22 de junio de 1980*. Pamplona: Fundación Bartolomé de Carranza.

— 1988. Consideraciones teóricas sobre la Victimología. *Eguzkilore* 2: 107-33.

— 1990. La policía y las víctimas del delito. En *Victimología*, dirigido por A. Beristain y J. L. de la Cuesta. Bilbao: UPV-EHU.

— 1997. Racismo y Victimología: mediación. Ponencia presentada en el III Coloquio Internacional "1997: Año Europeo contra el racismo: reflexiones desde la

delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales”, 26-7 de junio, Donostia-San Sebastián, IVAC-KREI.

Peters, T. y I. Aértsen. 1994. Restorative Justice: In Search of New Avenues in Judicial Dealing with Crime. The Presentation of a Project of Mediation for Reparation. Lovaina: K. U. Leuven.

Petersen, H. 1989. Perspectives of Women on Work and Law. *International Journal of the Sociology of Law* 17: 327-46.

Peto Manso, Dany. 1996. La asociación gitana y la formación del mediador gitano. En *I Kongrèsso Romanò katar i Union Europuni*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Pettit, Philip. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.

Petzold, F. y L. Netzig. 1992. “Waage Hannover E.V.” - A Reconciliation and Restitution Program for Adult Offenders and Victims: The Concept for Practice and Research. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por H. Messmer y H.-U. Otto. Dordrecht: Kluwer.

Pevsner, Nikolaus. 1979. *Historia de las tipologías arquitectónicas*. Barcelona: Gustavo Gili.

Pfeiffer, C. 1993. Opferperspektiven. Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung. En *Festschrift für H. Schüler-Springorum*, editado por P.-A. Albrecht. Colonia.

Pfeiffer, John E. 1977. *The Emergence of Society: A Prehistory of the Establishment*. Nueva York: McGraw-Hill Book.

Pfohl, S. 1981. Labeling Criminals. En *Law and Deviance*, editado por H. L. Ross. Beverly Hills, CA: Sage.

— 1994. *Images of Deviance and Social Control: A Sociological History*. Nueva York: McGraw-Hill.

Pharo, Patrick. 1996. *L'injustice et le mal*. París: L'Harmattan.

Philip, Prateep V. 1995. India. An International Blueprint for Community Policing. *CJ Europe* 5, 6: 11-2.

Philips, Anthony. 1970. *Ancient Israel's Criminal Law*. Oxford: Basil Blackwell.

Picca, Georges. 1987. *La Criminología*. México: Fondo de Cultura Económica.

— 1997. Ayuda a las víctimas -Mediación penal. Ponencia presentada en el III Coloquio Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales, San Sebastián. 25, 26 y 27 de junio de 1997.

Pietri, Uslar. 1997. *La invención de América mestiza*. México: Fondo de Cultura Económica.

Pilgram, Aarno. 1986. Chancen sozialer Konfliktregelung außerhalb strafrechtlicher Normierungen. *Vorgänge* 79: 112-22.

— 1991. Private Perspektiven? *Neue Kriminalpolitik* 4: 22-5.

Pilgram, Aarno y Heinz Steinert. 1975. Die Labeling-Theorie aus der Perspektive kriminalpolitischer Pragmatik. *Kriminologisches Journal* 7: 172-81.

— 1991. Wem nützt die "Opferorientierung" des staatlichen Strafens? *Neue Kriminalpolitik* 4: 30-2.

Pinatel, Jean. 1978. Trois Moments de l'Histoire de la Pensée Criminologique: Rome, le Christianisme et la Renaissance. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3: 687-92.

— 1989. Criminología y Lingüística. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42: 879-88.

Pincione, Guido. 1996. Responsabilidad. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

PIOOM Newsletter. 1994. Prevention of Victimization: Ten Recommendations from a United Nations's Workshop, vol. 6, n. 1: 37-9.

Piris Perpén, José. 1996. La prevención del delito y la seguridad ciudadana. *Ciencia policial* 38: 51-74.

Pisapia, Gianvittorio. 1992. *La dimensione normativa della Criminologia*. Padova: Cedam.

Pisapia, G., A. Giasanti y A. Faeti. 1988. Il controllo sociale diffuso: un problema aperto. *Inchiesta* 79-80: 67-70.

Pitch, Tamar. 1995. *Limited Responsibilities. Social Movements and Criminal Justice*. Londres: Routledge.

Pizarro Millán, Camelia. 1994. El sistema arbitral de consumo. *Tapia*, mayo-junio: 71-2.

Placer López, Gumersindo. 1955. Visitando una cárcel de mujeres. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 117: 71-80.

Platt, T. y P. Takagi. 1981. Law and Order in the 1980s. *Crime and Social Justice* 15: 1-7.

Plaza Penades, Javier. 1996. *El derecho al honor y a la libertad de expresión. (Estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Podgórecki, A. 1991. Towards a Sociology of Human Rights. En *Law and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30 - June 3, 1988)*, editado por V. Ferrari. Milán: Giuffrè.

Polaino Navarrete, Miguel, comp. 1987. *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba.

— 1989. Victimología y criminalidad violenta en España. En *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

— 1990. *Derecho penal. Parte general*, t. I. Barcelona: Bosch.

— 1996. Prólogo. En *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, por Myriam Herrera Moreno. Madrid: Edersa.

Poncela, P. 1983. De la punition a la négociation. A propos d'une étude de Nils Christie. En *Archives de Philosophie du Droit*, t. 28 Philosophie Pénale. París: Sirey.

— 1984. Introduction à une approche philosophique de la sanction. *Archives de Politique Criminelle* 7: 53-9.

Pont Amenós, Teresa y Montse Sauch Cruz. 1996. Una aportació psicodinàmica a la mediació a l'àmbit penal. Comunicació presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictos", 12-3 de abril, Barcelona.

Ponti, G. dir. 1995. *Tutela della vittima e mediazione penale*. Milán: Giuffrè.

Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1996. *Consultorio Jurídico Centro de Conciliación*. Santa Fe de Bogotá: Javegraf.

Popkin, Margaret y Naomi Roht-Arriaza. 1995. Truth as Justice: Investigatory Commission in Latin America. *Law and Social Inquiry* 20: 79-115.

Portales Pinto, Marta E. y José Luis Sánchez García. 1997. Serenos y policías de barrio. *Boletín Criminológico* 28: 1-3.

Portalo Prada, C. 1994. El delegado de asistencia al menor: una nueva respuesta. *Carrer 13* 12: 4-5.

Pospísil, Leopold. 1967. Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems in Human

- Societies. *The Journal of Conflict Resolution* 9, 1: 2-26.
- 1971. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. Nueva York.
- 1978. The Structure of Society and its Multiple Legal Systems. *Cross-Examinations: Essays in Memory of Max Gluckman*, editado por P. H. Gulliver. Leiden: E. J. Brill.
- Post, A. H. 1894. *Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz*. Oldenburg.
- Pound, Roscoe. 1922. An Appreciation of Eugen Ehrlich. *Harvard Law Review* 36: 129-45.
- 1942. *Social Control through Law*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Pozo Delgado, María Pilar del. 1986. Alternativas psicológico-sociales al encarcelamiento. En *Psicología social y sistema penal*, compilado por F. Jiménez Burillo y M. Clemente. Madrid: Alianza.
- Pozo Villegas, José Luis. 1996. *Formularios del procedimiento penal abreviado y juicios rápidos. Textos legales y jurisprudencia*. Granada: Comares.
- , comp. 1997. *La ejecución en el juicio de faltas: (textos legales, comentarios prácticos y formularios)*. Madrid: Dykinson.
- Pranis, Kay. 1996. A State Initiative toward Restorative Justice: The Minnesota Experience. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Prat, Joan. 1997. *El estigma del extraño. Un ensayo antropológico sobre sectas religiosas*. Barcelona: Ariel.
- Pratt, John. 1995. Penal History in Colonial Society: New Issues in the Sociology of Punishment. *Australian Journal of Law and Society* 11: 3-31.
- 1996. Colonization, Power and Silence: A History of Indigenous Justice in New Zealand Society. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Presencia Gitana. Equipo de Estudios. 1991. Los gitanos ante la ley y la Administración. Madrid.
- Prieto Castro y Ferrándiz, Leonardo y Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia. 1976. *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos.
- Prieto de Pedro, Jesús. 1993. *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Primoratz, I. 1989. *Justifying Legal Punishment*. Nueva Jersey: Humanities Press International.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 1995. *Informe sobre*

desarrollo humano 1995. Nueva York: PNUD.

Proshansky, H. M., W. H. Ittelson y L. G. Rivlin. 1983. *Psicología ambiental. El hombre y su entorno*. México: Trillas.

Prost, Antoine. 1992. Fronteras y espacios de lo privado. En *Historia de la vida privada*, vol. 9 La vida privada en el siglo XX, dirigido por P. Ariès y G. Duby. Madrid: Taurus.

Provine, D. M. 1986. *Judging Credentials: Nonlawyers Judges and the Politics of Professionalism*. Chicago: University of Chicago Press.

Puech, M. 1988. *Droit Pénal Général*. París: Litec.

Puente Segura, L. 1994. *La conformidad en el proceso penal español*. Madrid: Colex.

Puyol Montero, Francisco. 1996. Noticia de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. *La Ley*, 28 de mayo: 1-4.

Queibo, Ali. Tribal Methods of Conflict Resolution - The Palestinian Model: Atwah or Sulh Asha'iry. *Policy Studies* 46: 57-61.

Quel López, Francisco Javier. 1995. Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura. En *Lecciones de derechos humanos. Aspectos de Derecho internacional y de Derecho español*, coordinado por Carlos Fernández de Casadevante. Donostia-San Sebastián: LC.

Quensel, S. 1990. Gefängnisse abschaffen - eine abolitionistische Perspektive? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 73, 5: 336-43.

Quinlan, Tim. 1988. The Perpetuation of Myths: A Case Study on "Tribe" and "Chief" in South Africa. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 27: 79-116.

Quinney, R. 1980. *Class, State and Crime*, 2.^a ed. Nueva York: Longman.

Quintanar Díez, M. 1992. Sobre las circunstancias de premeditación condicionada, embriaguez no habitual y arrepentimiento espontáneo en el delito de asesinato. Comentario a la sentencia de 27 de marzo de 1992 de la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo. *Cuadernos de Política Criminal* 48: 895-920.

Quintano Ripollés, Antonio 1954. Dimensión de la Criminología como ciencia y como agrupación de ciencias. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 106: 17-22.
— 1955. El uxoricidio como parricidio privilegiado. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*.

Quintero Olivares, Gonzalo. 1989. La reparación del perjuicio y la renuncia a la

- pena. En *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago.
- 1990. Despenalización del Libro III del Código penal y sustitución por la competencia sancionadora de la Administración municipal. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut. 1996a. *Curso de Derecho Penal. Parte general. (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: CEDECS.
- , dir. 1996b. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Quiroga Lavie, H. 1994. *Las constituciones latinoamericanas*, 21 vols. México.
- Rabossi, Eduardo A. 1976. *La justificación moral del castigo*. Buenos Aires: Astrea.
- Radbruch, G. 1938. Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien. En *Elegantiae Juris Criminalis: Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, 2.ª ed. Basilea: Verlag für Recht und Gesellschaft.
- Radcliffe-Brown, A. R. [1952] 1965. *Structure and Function in Primitive Society*. Nueva York: The Free Press.
- Radzinowicz, Sir Leon. 1991. Penal Regressions. *Cambridge Law Journal* 50: 422-44.
- Rafter, Nicole Hahn. 1997. Psychopathy and the Evolution of Criminological Knowledge. *Theoretical Criminology* 1, 2: 235-59.
- Rafter, Nicole Hahn y Frances Heidensohn. 1995. Introduction: the Development of Feminist Perspectives on Crime. En *International Feminist Perspectives in Criminology. Engendering a Discipline*, editado por N. H. Rafter y F. Heidensohn. Buckingham: Open University.
- Rahm, R. H. 1991. *Retribution and Modernism: Towards a Moral Theory of Punishment*. Ann Arbor, Mi: UMI.
- Raine, J. W. y M. J. Willson. 1993. *Managing Criminal Justice*. Nueva York: Harvester Wheatsheaf.
- Raiser, Thomas. 1995. *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.
- Rajan, V. N. 1981. *Victimology in India. An Introductory Study*. Nueva Delhi: Allied.
- Raldúa Martín, Eduardo V. 1996. La vía policial hasta la prevención comunitaria. *Ciencia policial* 38: 125-140.

- Ramírez, F. A., ed. 1988. *Tratado de la comunidad (Biblioteca de El Escorial MS. & -II-8)*. Londres: Tames.
- Ramírez Delgado, Juan Manuel. 1995. *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. México: Porrúa.
- Ramírez Hernández, Gloria. 1994. Construcción y enseñanza de los derechos humanos en el marco de los pueblos indios. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ramírez Hita, Susana. 1996. Estrategias para la salud indígena. *Médicos sin Fronteras* 22: 7-14.
- Ramos Rubio, Carlos. 1996. La instrucción en el procedimiento del jurado. *Revista Jurídica de Catalunya* 3: 643-94.
- Ramsey, Sally E. 1995. *Offenders as Victims: Attack is the Best Form of Defence*. Norwich: University of East Anglia.
- Rangugni, Victoria E. 1996. Algunos aspectos de la "nueva" justicia de menores. Comunicación presentada en el *Workshop* "Las transformaciones del Estado y del Derecho contemporáneo: grupos emergentes y jóvenes investigadores", Oñati, IISJ.
- Rapoport, T. 1989. Experimentation and Control: A Conceptual Framework for the Comparative Analysis of Socialization Agencies. *Human Relations* 42, 11: 957-73.
- Rascón García, César y José María García González. 1993. Estudio preliminar. En *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos.
- Ratnapala, N. 1993. *Crime and Punishment in the Buddhist Tradition*. Nueva Delhi: Mittal.
- Rawls, John. 1955. The Concept of Rules. *Philosophical Review*.
- Raynal, Maryse. 1992. Politique criminelle et justice traditionnelle en Centrafrique. *Archives de Politique Criminelle* 14: 129-54.
— 1994. *Justice traditionnelle. Justice moderne. Le devin, le juge et le socier*. París: L'Harmattan.
- Recalde, J. R. 1995. *Crisis y descomposición de la política*. Madrid: Alianza.
- Recasens i Brunet, Amadeu. 1996. Policía Judicial y la nueva Ley del menor. Conferencia pronunciada en el Curso "Policía Judicial como forma de desarrollo de una Justicia más eficaz", organizado por el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa, 16-8 de diciembre, San Sebastián.

- Recasens i Brunet, Amadeu y Domínguez Figueirido, José Luis. 1996. Aparato y espacio policial. En *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación. (Policía, jurisdicción y cárcel)*, de R. Bergalli. Barcelona: Bosch.
- Rechea, Cristina, Rosemary Barberet, Juan Montañés y Luis Arroyo. 1995. *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*. Madrid: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Rechea Alberola, C., D. J. Gómez Iniesta y A. Nieto Martín. 1993. *Comparación entre dos escalas de estimación de la "gravedad" de delitos a partir del Código penal y la opinión pública*. En Estudios de Criminología 1, dirigidos por L. Arroyo Zapatero. Tarancón: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Redorta Lorente, Josep. 1996. La mediación en España. En *Mediación: una transformación en la cultura*, compilado por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Barcelona: Paidós.
- REEP. 1947a. Vida y milagros de los gitanos. Orígenes y costumbres gitanas. De Cervantes a Mister Starkie, la raza gitana ha sido estudiada con verdadero apasionamiento, n. 28: 134-6.
- 1947b. ¿Puede esperarse reforma en las mujeres de mal vivir? n. 28: 72-3.
- 1956. Abolición de los centros de tolerancia. Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956, n. 121: 272-3.
- 1958. Revista del Director General de Prisiones a las prisiones de mujeres de Alcalá de Henares y de Segovia, n. 135: 607.
- Reeves, Helen. 1989. The Victim Support Perspective. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin y Burt Galaway. Londres: Sage.
- Reig, R. 1990. Antropología de la pobreza. Los gitanos y el caso del asentamiento sevillano de los "Bermejales". *Revista de Estudios Andaluces*, 15: 53-76.
- Reik, Theodor. 1995. The Euro-American Trial as Expiatory Oral Ordeal. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Rennie, Ysabel. 1978. *The Search of Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender*. Lexington, MA: Lexington Books.
- Rentzmann, M. W. y J. P. Robert. 1986. *7th Conference of Directors of Prison Administrations. Alternative Measures to Imprisonment*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Repetto, T. A. 1976. Crime Prevention through Environmental Policy: A Critique. *American Behavioral Scientist* 20: 275-88.

Resina Sola, Pedro. 1996. *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*. Madrid: Ediciones clásicas.

Resta, Eligio. 1985. The "Point of View of the Victim": Models and Problematic Aspects. En *Victims of Justice. Contribution to the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Milan, August 26th - September 6th 1985*. Roma: Ministero di Grazia e Giustizia.

— 1994. El orden del Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4: 639-74.

— 1995. *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el Derecho y la violencia*. Barcelona: Paidós.

Retzinger, Suzanne M. y Thomas Scheff. 1996. Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Revilla, Ana Teresa y Jorge Price. 1992. *La administración de la justicia informal: posibilidades de integración*. Lima: Fundación Bustamante.

Revilla, Braulio. 1996. El somatén. *Revista de Ciencias Criminológicas* 6: 19.

Revista Española de Psiquiatría Forense. 1996. Comentarios victimológicos a la ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, n. 0.

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique. 1995. Une nouvelle pénologie. Les alternatives à l'emprisonnement en Amérique, n. 4: 480-2.

Revue Internationale de Droit Pénal. 1995. XVth International Congress of Penal Law. Rio de Janeiro (Brazil), 4-10 september 1994. Resolutions. Vol. 66. N. 1-2. Toulouse: Érès.

Revuelta Benito, Ramón. 1946 a. Precedentes históricos de la legítima defensa. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 10: 37-41.

— 1946b. El duelo ante el Derecho penal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 13: 62-6.

Reyes Calderón, José Adolfo y Rosario León-Dell. 1994. La victimización del indígena guatemalteco. Guatemala: Corporación de Profesionales en Criminalística (informe).

Reyes López, M. J., coord. 1996. *Nociones básicas de derecho de consumo*. Valencia.

Reynoso, C., comp. 1991. *El surgimiento de la Antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa.

Rhodes, T. 1994. Victims: Cautious Optimism. *Socio-Legal Bulletin*: 20.

Ribas Vieira, J. 1994. La função da justiça. Resolução de conflitos e seus instrumentos de análise. *Direito, Estado e Sociedade* 5: 73-9.

Rico, José María, comp. 1983. *Policía y sociedad democrática*. Madrid: Alianza.

Rico Estasen, José. 1945. Los cráneos del Museo de la desaparecida Escuela de Criminología. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 1: 72-6.

— 1954. La Escuela de Criminología. Ante el centenario del nacimiento de Don Rafael Salillas. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 108: 44-50.

Rico Garri, M. 1994. Percepción y realidad de la criminalidad en España. En *Criminología*, dirigido por Antonio García-Pablos. Madrid: CGPJ.

Ricoeur, Paul. 1993. *Amor y justicia*. Madrid: Caparros.

Rieß, Peter. 1989. Freiwilligkeit als Funktionsvoraussetzung alternativer Konfliktregelung? En *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*. Bonn: Forum.

Rifkin, J. 1989. Mediation in the Justice System: A Paradox for Women. *Women and Criminal Justice* 1, 1: 41-54.

Rincón, Ana, coord. 1996. *Derecho de familia*. Vitoria-Gasteiz: Emakunde.

Ríos Martín, Julián Carlos. 1992. Críticas a la reforma “penal” de la ley orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. *Tapia*, octubre: 65-7.

— 1993. *El menor infractor ante la ley penal*. Granada: Comares.

— 1995. Notas críticas sobre el anteproyecto de la ley penal juvenil y del menor: la criminalización de la infancia. *Poder Judicial* 37: 327-41.

— 1996. Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. *Tapia*, enero-febrero: 71-4.

— 1997. Derecho de menores y ámbito de la reforma. En *Psicología jurídica del menor*, coordinado por J. Urra y M. Clemente. Madrid: Fundación Empresa.

Rivacoba, M. de. y E. R. Zaffaroni. 1980. *Siglo y medio de codificación en Iberoamérica*. Valparaíso: Edeval.

Rivera, Juan Antonio. 1996. La izquierda y la escala. *El País*, 21 de diciembre, p. 12.

— 1997. Moral fría y moral cálida. *Claves de la razón práctica* 70.

Rivera Alarcón, Eliana Lia. 1997. Rondas campesinas; seguridad, control interno y administración de justicia. Ponencia presentada en el *Workshop* “La costumbre jurídica india como sistema de derecho”, 14-5 de julio, Oñati, IISJ.

- Rivera Beiras, Iñaki, coord. 1992. *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: Bosch.
- 1995. Cárcel y cultura de la resistencia: los movimientos de defensa de los derechos fundamentales de los reclusos en Europa. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- 1996a. Sociología de la cárcel. En *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación. (Policía, jurisdicción y cárcel)*, por R. Bergalli. Barcelona: Bosch.
- 1996b. Las teorías de fundamentación de las penas. En *La cárcel en el sistema penal. (Un análisis estructural). 2.ª Edición revisada conforme al CP 1995 y al RP 1996*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: Bosch.
- 1996c. Las medidas alternativas a la cárcel en el nuevo Código penal. *Panóptico* 1: 12-7.
- Robert, J. P. 1994. Un texte innovant: Les Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté. *Bulletin d'Information Pénologique* 19-20: 5-7.
- Robert, P. y C. Emsley, eds. 1991. *Geschichte und Soziologie des Verbrechens*. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft.
- Robert, Philippe y René Lévy. 1990. Historia y cuestión penal. *Historia Social* 6: 47-88.
- Robert, P. y L. van Ostrive, dirs. 1993. *Recerca, delinqüència i justícia a Europa. Avaluació i recomanacions*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Roberts, A. R., ed. 1990. *Helping Crime Victims. Research, Policy and Practice*. Londres: Sage.
- Roberts, Melissa. 1996. Australia. Execution by Despair. Jail is Still a Death Sentence for Many Aborigines. *Newsweek*, 5 de febrero, p. 37.
- Roberts, Simon. 1979. *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*. Auckland: Pelican.
- 1983. The Study of Dispute: Anthropological Perspectives. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.
- 1995. The Recording of Customary Law: Problems and Perspectives with Special Reference to Zambia. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Robinson, Paul H. y John M. Darley. 1995. *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law*. Boulder: Westview.

- Robledo Ramírez, Jorge. 1996. *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales: estudio de su regulación en España y México*. Madrid: EDERSA.
- Roca, Encarna. 1996. *Derecho de daños. Texto y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rocamora García-Valls, P. 1990. *Agresividad y derecho*. Barcelona: Bosch.
- Rocher, G. 1990. *Introducción a la Sociología general*. Barcelona: Herder.
- Rock, Paul, ed. 1994. Introduction: The Emergence of Criminological Theory. En *History of Criminology*, editado por Paul Rock. Aldershot: Dartmouth.
— 1996. *Reconstructing a Women's prison. The Holloway Development Project, 1968-88*. Clarendon.
- Röder, C. D. A. 1876. *Las doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, 3.^a ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- Rodger, John J. 1996. *Family Life and Social Control. A Sociological Perspective*. Basingstoke: Macmillan.
- Rodrigo, Antonina. 1996. *Mujeres para la historia. La España silenciada del siglo XX*. Madrid: Compañía Literaria.
- Rodrigues Duarte, Luiz Carlos. 1996. Vitimologia e Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 16: 252-9.
- Rodríguez, Pilar. 1996. La gens. Una forma de agrupación mal conocida. *Anejos de Veleia*.
- Rodríguez Besne, José Ramón. 1992. Observaciones sobre la Administración de Justicia local en Guipúzcoa durante el Antiguo Régimen. En *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Díez de Salazar Fernández*. Vol. 1. Estudios histórico-jurídicos, coordinados por M.^a Rosa Ayerbe Iribar. Bilbao: UPV-EHU.
- Rodríguez Burdalo, J. C. 1995. La razón del Estado: aproximación histórico-jurídica a su génesis conceptual. *Cuadernos de la Guardia Civil* 13: 89-98.
- Rodríguez Carrillo, Luis. 1995. Hacia un nuevo proceso dinámico entre víctima-delincuente. *Almotacén* 57: 10-1.
- Rodríguez Devesa, J. M. y A. Serrano Gómez. 1993. *Derecho penal español. Parte general*, 16.^a ed. Madrid: Dykinson.

- Rodríguez Flores, M.^a I. 1971. *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Rodríguez García, Nicolás. 1997. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez Jiménez, José. 1994. Problemática de los Juzgados de Paz. *Poder Judicial* 33: 169-194.
- Rodríguez Manzanera, L. R. 1989. ¿Existe la pena? En *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, I. Dendaluze y E. Echeburúa. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.
- 1990. *Clásicos de la Criminología*. México: Inacipe.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. 1978. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- Rodríguez Raimundez, Antonio. 1995. Notas sobre la presunción de inocencia. *Poder Judicial* 39: 287-334.
- Rodríguez Ramos, Luis. 1996. Un buen código para reformar. *La Ley* 4.043: 10-11.
- 1997. Excelente Código Penal para su reforma. *El País Debates*, 30 de enero, p. 12.
- Rodríguez Sánchez, Ángel. 1994. La soga y el fuego. La pena de muerte en la España de los siglos XVI y XVII. *Cuadernos de Historia Moderna* 15: 13-39.
- 1996. Trabajo y violencia. Formas y espacios en la Edad Moderna. En *El trabajo a través de la historia. Actas del IIº Congreso de la Asociación de Historia Social. Córdoba, abril de 1995*, coordinado por S. Castillo. Madrid: Asociación de Historia Social.
- Rodríguez-Arana, Jaime. 1996. Sobre el comunitarismo. *Tapia* 90: 25-6.
- Rody, Alberto de. 1947. Prisiones españolas. - Noticias sobre las cárceles y penales que, en el pasado siglo, existían en Valencia. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 31: 97-102.
- 1950. Mujeres célebres que supieron del dolor de sus prisiones. Teresa Cabarrús. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 62: 94-100.
- Roesch, R. 1983. Does Adult Diversion Work? The Failure of Research in Criminal Justice. Ponencia presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.
- Rogge, K. 1988. The "Victim" Requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights. En *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honor of Gérard J. Wiarda*. Berlín: Carl Heymanns.

- Roig, Encarna, Soledad Galiana Carmona y Helena de Marianas Ribary. 1996. *Estudios sobre las agresiones sexuales*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Biblioteca del Decanato de los Juzgados de Madrid.
- Roig, Ladislao. 1996 . El Código penal de la democracia. *Proyecto Hombre* 17: 19-21.
- Rojare-Guy, Sophie. 1996. *La médiation pénale*. París I. Tesis doctoral.
- Roldán Barbero, Horacio. 1983. *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*. Madrid: Akal.
- 1988. *Historia de la prisión en España*. Barcelona: PPU.
- 1992. *Educación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Roldán Verdejo, Roberto. 1978. *Los delitos contra la vida en los fueros de Castilla y León*. Universidad de la Laguna.
- 1989. *Los jueces de la monarquía absoluta: su estatuto y actividad judicial, Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*. La Laguna: Universidad.
- Rolston, B. y M. Tomlinson, eds. 1989. *Justice & Ideology. Strategies for the 1990s*. Estocolmo: The European Group for the Study of Deviance and Social Control.
- Romagnosi, G. 1956. *Génesis del Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Romaní i Alfonso, O. 1993. Asistencia y relaciones informales: la integración social de los drogodependientes. En *Las drogodependencias: perspectivas sociológicas actuales*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociales.
- Romeo Casabona, Carlos. 1986. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona: Bosch.
- Romero Coloma, Aurelia María. 1991. *Análisis psicológico del testigo en el proceso penal*. Barcelona: Serlipost.
- 1994. *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*. Barcelona: Serlipost.
- Romero Gómez-Esteban, Amado. 1995. Las policías locales en la UE. *Cuadernos de la Guardia Civil* 14: 117-24.
- Romo, Maurilio. 1957. Historia y fundamento del Derecho penal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 131: 872-81.
- Rosal Blasco, Bernardo del. 1994. Joven delincuente y Derecho penal. *Cuadernos de*

Política Criminal 54: 1.037-51.

Rosen, Larry. 1989. *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rosenbaum, D. P. 1987. The Theory and Research Behind Neighbourhood Watch: Is it a Sound Fear and Crime Reduction Strategy. *Crime and Delinquency* 33, 1: 103-34.

Rosenfeld, Michel. 1996. Restitution, Retribution, Political Justice and the Rule of Law. En *Horizons of Justice*, editado por J. R. Lindgren. Nueva York: Peter Lang.

Roshier, B. 1989. *Controlling Crime. The Classical Perspective in Criminology*. Open University Press.

Ross, Edward Alsworth. 1901. *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*. Nueva York: Macmillan.

— 1959. *Social Control and the Foundations of Sociology: Pioneer Contributions by Edward Alsworth Ross to the Study of Society*. Boston: Beacon Press.

Ross, Marc Howard. 1993. *The Management of Conflict. Interpretations and Interests in Comparative Perspective*. Yale: New Haven.

— 1995. *La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*. Barcelona: Paidós.

Rössner, Dieter. 1987. Formalisierte Emotionsverarbeitung durch Strafrecht: von der kanalisierten kollektiven Aggressionsabfuhr zur konstruktiven Tatverarbeitung im Täter-Opfer-Verhältnis. En *Soziologie der Gefühle: zur Rationalität und Emotionalität sozialen Handelns*, editado por R. Schumann y otros. Múnich.

— 1996. Situation, Ethical Grounds and Criminal Political Perspectives of Victim-Offender Reconciliation in the Community. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Rössner, Dieter y Klaus Thomas. 1996. Für eine opferbezogene Anwendung des Adhäsionsverfahrens. *Neue Justiz* 50, 6: 288-94.

Roth, R. 1981. Histoire pénale, histoire sociale: même débat? *Déviance et Société* 5, 2: 187-203.

Rothschild, Judy H. 1993. Dispute Transformation, the Influence of a Communication Paradigm of Disputing, and the San Francisco Community Boards Program. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.

Rotimi, Adewale y Olufunmilayo Oloruntimehin. 1992. Teaching and Research Network in Africa in the Field of Criminology. En *Criminology in Africa*. Roma: Unicri.

- Rottleuthner, H. 1989. Legal Evolution and the Limits of Law. En *Law, Morality, and Discursive Rationality*. Helsinki: University of Helsinki.
- Roucek, J. S., ed. 1978. *Social Control for the 1980s: A Handbook for Order in Democratic Society*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Rouland, N. 1988. *Antropologie juridique*. París: P.U.F.
- Rousseaux, Xavier. 1992. Genèse de l'État et Justice pénale (XIIIe-XVIIIe siècle). Contribution pour une histoire de la Justice. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Rowley, M. S. 1990. Comparison of Recidivism Rates for Delinquents Processed in a Restitution-Diversion Program to a Matched Sample Processed in Court. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Roxin, Claus. 1984. *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- 1991. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*. Cuadernos del CGPJ n. 8. Madrid: CGPJ.
- 1997. Cent anys de Dret penal. *Revista Jurídica de Catalunya* extr.: 147-62.
- Royal Commission on Aboriginal Peoples. 1993. *Aboriginal Peoples and the Justice System*. Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples.
- Royuela, J. y M. A. Soria. 1993. La víctima y las instancias de control formal. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.
- Ruback, R. Barry y Paula J. Vardaman. 1997. Decision Making in Delinquency Cases: The Role of Race and Juveniles' Admission/Denial of the Crime. *Law and Human Behavior* 21, 1: 47-69.
- Rubasinghe, Ariya. 1996. Mediation, an Effective Way of Conflict Resolution: Sri Lanka Experience. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Rubio, Reina G. 1996. El respeto de un pueblo. *Nevipens Romani*, 1-15 de junio, p. 5.
- Rubio Carracedo, José. 1996. *Educación moral, posmodernidad y democracia*. Madrid: Trotta.
- Rubio Morales, A. 1996. *Las imprudencias y otras conductas derivadas del tráfico*

- automovilístico y su responsabilidad civil en el nuevo Código penal*. Madrid: Mapfre.
- Rubio Pobes, Coro. 1996. *Revolución y tradición. El País Vasco ante la revolución liberal y la construcción del Estado español, 1808-1868*. Madrid: Siglo XXI.
- Ruddick, Rose. 1989. A Court-Referred Scheme. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin y Burt Galaway. Londres: Sage.
- Rude-Antoine, E. 1986. Les familles maghrebines en France et l'héritage. *Sociologia del Diritto* XIII, 1: 95-104.
- , dir. 1995. *Jeunes de l'immigration. La fracture juridique*. París: Karthala.
- Ruggiero, Vincenzo. 1997. Punishing Children: The Manufacture of Criminal Careers in Hellion Town. *Theoretical Criminology* 1, 3: 341-61.
- Ruggiero, Vincenzo, Mick Ryan y Joe Sim, eds. 1995. *Western European Penal System. A Critical Anatomy*. Londres: Sage.
- Ruggles-Brise, E. 1925. *Prison Reform at Home and Abroad. A Short History of the International Movement Since the London Congress, 1872*. Londres: Macmillan.
- Rühter, Werner. 1979. La criminalidad (o el "delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). (Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento -"labelling approach"- en el campo de la Sociología criminal). *Cuadernos de Política Criminal* 8: 51-63.
- Ruidiaz García, Carmen. 1994. Una mirada a la vida en las prisiones. Los reclusos y su mundo. *Cuadernos de Política Criminal* 54: 1.443-57.
- 1996. Desviación, delito y censura social. Cesar de Beccaria y los cambios en la justicia penal. *Anuario de Psicología Jurídica*: 65-77.
- (en prensa). *Los españoles y la inseguridad ciudadana*. Madrid: CIS.
- Ruiz de Gordejuela López, Lourdes. 1995. La transacción. En *Arbitraje, mediación, conciliación*, dirigido por Ernesto Pedraz Penalva. Madrid: CGPJ.
- Ruiz Manero, Juan. 1996. Principios jurídicos. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.
- Ruiz Vadillo, Enrique. 1994. *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Madrid: Actualidad Editorial.
- 1995. Victimología. *Victimología* 13: 7-28.
- 1997. La justicia penal, hoy. *Actualidad jurídica Aranzadi* 278: 1-3.
- Rull, Baltasar. 1946. Orígenes del proceso penal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 10: 32-6.

- Rusche, G. y O. Kirchheimer. [1939] 1967. *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Russell y Russell.
- Rusconi, Maximiliano Adolfo. 1996. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. *Jueces para la Democracia* 27: 62-8.
- Russell, Bertrand. 1997. *Bertrand Russell. Respuestas a preguntas fundamentales sobre política, sociedad, cultura y ética*. Barcelona: Península.
- Ryan, A. 1991. When it's Rational to be Irrational. *The New York Review*, 10 de octubre, p. 19-22.
- Ryan, M. y T. Ward. 1989. *Privatization and the Penal System. The American Experience and the Debate in Britain*. Milton Keynes: Open University Press.
- Saavedra, César. 1988. *Historia de una cofradía 1651-1988*. Bilbao: Organismo Autónomo de Cultura.
- Saavedra López, Modesto. 1994. Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho. En *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*. México: Fontamara.
— 1996. Jurisdicción. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.
- Saavedra Ruiz, Juan, dir. 1994. *Cuestiones de Derecho procesal penal*. Madrid: CGPJ.
- Sachs, Albie y Gita Honwana Welch. 1990. *Liberating the Law. Creating Popular Justice in Mozambique*. Londres: Zed Books.
- Sadurski, W. 1985. *Giving Desert its Due. Social Justice and Legal Theory*. Dordrecht: D. Reidel.
- Sáez Valcárcel, R. 1996. El nuevo Código penal; maximalismo penal. *Jueces para la Democracia* 26: 3-7.
- Sainz Cantero, José A. 1982. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general. I. Introducción*. Barcelona: Bosch.
- Saiz, A. 1993. Feminismo versus abolicionismo: la paradoja entre las aspiraciones sociales libertarias y la lógica de la seguridad. Tesina para la obtención del Master en Sociología Jurídica. Oñati: IISJ.
- Sala Sánchez, Pascual. 1996. Rasgos generales del nuevo Código penal. En *Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte general)*, dirigido por Tomás Vives Antón y José Luis Manzanares Samaniego. Madrid: CGPJ.

Salas, Louis. 1983. The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals. *Law and Society Review* 17: 587-613.

Salas Murillo, Sofia de. 1993. La junta de parientes y la mediación familiar. Comunicación presentada en el *Workshop* "La mediación familiar: Una cuestión de Sociología jurídica", dirigido por Daniel Jorge Bustelo, Margarita García y Carmen Luisa Roche, 28 de junio- 1 de julio, Oñati, IISJ.

Salas Porras, Ricardo. 1996. La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas. *Ciencias Penales* 11: 49-54.

Salcedo Izu, Joaquín. 1992. Ejercicio del poder real en el País Vasco. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.

Saldaña, Quintiliano. 1926. La Criminología de "El Quijote". (Notas para su estudio). *Revue Hispanique* 48.

Salem, Richard A. 1996. Designing a Reformatory Conflict Management and Dispute Resolution System through Mediation. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Salillas, Rafael. 1896. *El delincuente español. (El lenguaje. Estudio filológico, psicológico y sociológico). Con dos vocabularios jergales*. Madrid: Victoriano Suárez.

— 1898. *El delincuente español. Hampa. (Antropología picaresca)*. Madrid: Victoriano Suárez.

Salter, Anna C. 1988. *Treating Child Sex Offenders and Victims. A practical Guide*. Londres: Sage.

Salvador Coderch, Pablo y M.^a Teresa Castiñeira Palou. 1997. *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons.

Salzer, Jacques. 1996. Étude-rapport sur le niveau de connaissance de la médiation, la receptivité des opérateurs juridiques, son implantation et les milieux spécifiques où la réaliser. Comunicación presentada en "Séminaire Médiation - 3^{ème} Rencontre Internationale", dirigido por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt y Étienne Le Roy, 6 y 7 de junio, Oñati, IISJ.

Samano Rentería, Miguel. 1997. El derecho de los pueblos indios vs. el derecho del Estado. Ponencia presentada en el *Workshop* "La costumbre jurídica india como sistema de derecho", 14-5 de julio, Oñati, IISJ.

Sampedro Arrubla, Julio Andrés. 1987. El problema de la inimputabilidad por trastorno mental. Trabajo de grado para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Santa Fe de Bogotá.

— 1997. *Estado social y democrático de derecho y la inimputabilidad*. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Sampson, R. J. y J. H. Laub. 1993. *Crime in the Making: Pathways and Turning Points through Life*. Cambridge: Harvard University Press.

— 1994. Urban Poverty and the Family Context of Delinquency: A New Look at Structure and Process in a Classic Study. *Child Development* 65, 2: 523-40.

Samuels, A. 1992. Gypsy Law. *Journal of Planning and Environmental Law*: 719.

San Cristobal Reales, S. 1996. *La jurisdicción militar. De la jurisdicción especial a la jurisdicción especializada*. Granada.

San Martín Larrinoa, Begoña. 1996. La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. (Del presente francés al futuro español). Bilbao, Facultad de Derecho, Universidad de Deusto. Tesis doctoral. Publicada, bajo el mismo título, por el Gobierno Vasco, en Vitoria-Gasteiz, 1997.

San Román, Teresa. 1986. Los gitanos y las exclusas de la marginación. En *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, compilado por Teresa San Román. Madrid: Alianza.

— 1997. *La diferencia inquietante. Viejas y nuevas estrategias culturales de los gitanos*. Madrid: Siglo XXI.

Sancha, V. 1994. Medidas alternativas al internamiento: la reparación extrajudicial del daño. *Apuntes de Psicología* 5, 41-2: 157-67.

Sancha, Víctor y M.^a Carmen Puyó. 1997. Nuevas tendencias en la intervención con jóvenes infractores. En *Psicología jurídica del menor*, coordinado por J. Urra y M. Clemente. Madrid: Fundación Empresa.

Sánchez, A. , comp. 1993. *Programas de prevención comunitaria*. Barcelona: PPU.

Sánchez, A. y M. A. Soria. 1993. Intervención psicológica con víctimas. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.

Sánchez Albornoz, Claudio. 1965. Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda. En *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*. México: UNAM.

- Sánchez Bella, I., A. de la Hera y C. Díaz Rementería. 1992. *Historia del derecho indiano*. Madrid: Colecciones Mapfre.
- Sánchez Cruz, Antonia María. 1995. Actitudes ante la mediación de restitución. Estudio descriptivo/indicativo de un grupo de estudiantes de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Tesina de licenciatura defendida en la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas. Las Palmas de Gran Canaria.
- Sánchez de la Torre, Ángel. 1988a. Un derecho sin violencia: el mito de Crono en "Leyes" de Platón. En *Estudios de Arqueología jurídica*, de A. Sánchez de la Torre y R. López Melero. Madrid: Dykinson.
- 1988b. El nómos y la fuerza de la ley. En *Estudios de Arqueología jurídica*, de A. Sánchez de la Torre y R. López Melero. Madrid: Dykinson.
- 1988c. El origen de la ciudad. En *Estudios de Arqueología jurídica*, de A. Sánchez de la Torre y R. López Melero. Madrid: Dykinson.
- 1988d. Concepto arcaico de "sanción". En *Estudios de Arqueología jurídica*, de A. Sánchez de la Torre y R. López Melero. Madrid: Dykinson.
- Sánchez de la Torre, Ángel y Raquel López Melero. 1988. *Estudios de Arqueología jurídica*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez de la Yncera, Igancio. 1994. *La mirada reflexiva de G. H. Mead sobre la socialidad y la comunicación*. Madrid: CIS-Siglo XXI.
- Sánchez García, M.^a Isabel. 1996. El sistema de penas. *La Ley*, 9 de abril de 1996.
- Sánchez Gómez, Rosa Isabel. 1994. *Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Sánchez Granjel Santander, Gerardo. 1988. Psiquiatría y Antropología en la génesis de la "utopía" penal de Pedro Dorado Montero. Facultad de Derecho de la UPV-EHU. Tesis doctoral.
- Sánchez Morón, Miguel. 1990. La intervención municipal en la defensa de los intereses de los usuarios y consumidores. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- Sánchez Obregón, Laura. 1995. *Menores infractores y Derecho penal*. México: Porrúa.
- Sánchez Romero, Cecilia y Mario Alberto Houed Vega. 1996. Abolicionismo y democracia. *Ciencias Penales* 11: 35-47.
- Sánchez-Arcilla Bernal, José. 1992. Una propuesta de periodificación de la Historia del Derecho español. En *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Díez de Salazar Fernández*. Vol. 1. Estudios histórico-jurídicos, coordinados por M.^a Rosa Ayerbe Iribar. Bilbao: UPV-EHU.

Sánchez-Carbonell, Javier, Ester Valls Puente y Joan Alvarós Costa. 1996. Compliments alternatius a la pena privativa de llibertat en addictesa les drogues o l'alcohol: l'experiència del cas Garbivent. *Justiforum* 6: 93-107.

Sander, Frank. 1995. Dispute Resolution within and outside the Courts - An Overview of the US Experience. 1995. En *Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung*, editado por W. Gottwald y D. Stempel. Colonia: Bundesanzeiger.

Sanders, Douglas. 1991. Collective Rights. *Human Rights Quarterly* 13: 368-86.

Sanders, J. y V. L. Hamilton. 1992. Legal Cultures and Punishment Repertoires in Japan, Russia, and the United States. *Law and Society* 26, 1: 117-38.

Santalucía, Bernardo. 1990. *Derecho penal romano*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces.

Santana Vega, Dulce María. 1994. Principio de oportunidad y sistema penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto: 105-136.

Santos Alvins, T. 1994. La autorregulación comunitaria. El excepcional caso de Oñati. *Capítulo Criminológico* 22: 225-55.

Santos, Boaventura de Sousa. 1984. From Customary Law to Popular Justice. *Journal of African Law* 28: 90-8.

— 1991. Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. *Nueva Sociedad* 116: 18-38.

— 1995. Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South. *Law and Society* 29, 4: 569-84.

— 1997. Globalization, Law and Democracy. Ponencia presentada en el Curso de Verano "Globalization and Legal Cultures", 30 de junio-4 de julio 1997, Oñati, IISJ.

Santos, Boaventura de Sousa, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso y Pedro Lopes Ferreira. 1996. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*. Oporto: Afrontamento.

Santos Lasúrtegui, Alfonso de los. 1935. *La hermandad de Guipúzcoa y el corregidor doctor Gonzalo Moro*. San Sebastián: Imprenta de Ricardo Leizaola.

Saponaro, A. 1991. The Victim of Crime in the New Italian Penal Code of Criminal Procedure. En *Victims Rights and Legal Reforms: International Perspectives. Proceedings of the Sixth International Institute of Victimology (1990)*. Oñati: IISJ.

Sarat, Austin. 1976. Alternatives in the Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court. *Law and Society Review* 10: 339-75.

— 1997. Vengeance, Victims and the Identities of Law. *Social & Legal Studies* 6, 2: 163-89.

Sarat, Austin y Thomas Kearns, eds. 1993. *The Law in Everyday Life*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

— , eds. 1997. *Law and the Domains of Culture*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Sauer, Claudius. 1984. *Opfer und Beobachter: 2 experimentelle Untersuchungen von Reaktionen auf die Wahrnehmung von Ungerechtigkeit*. Mannheim: Univ.

Saunders, Trevor J. 1993. *Plato's Penal Code. Tradition, Controversy, and Reform in Greek Penology*. Clarendon Press.

Savater, Fernando. 1977. Introducción. Por la abolición de la cárcel. En *El preso común en España*. Madrid: de la Torre.

— 1994. Para reinsertar la reinserción. *El País*, 11 de septiembre, p. 11.

Savitz, I. 1967. *Dilemmas in Criminology*. Nueva York: McGraw Hill.

Sawatsky, Len. 1992. Self-Determination and the Criminal Justice System. En *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, editado por D. Englestad y J. Bird. Concord, Ontario: House of Anansi Press.

Schafer, Stephen. 1965. The Correctional Rejuvenation of Restitution to Victim of Crime. En *Interdisciplinary Problems in Criminology. Papers of the American Society of Criminology, 1964*. The Ohio State University Columbus.

— [1968]1977. *Victimology. The Victim and his Criminal*. Reston, Virginia: Reston Publishing Company.

Schaffstein, Friedrich. 1987. Wiedergutmachung und Genugtuung im Strafprozeß vom 16. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. En *Wiedergutmachung und Strafrecht*, dirigido por Heinz Schöch. Múnich: Wilhelm Fink.

Schamalenbach, Herman. 1961. The Sociological Category of Communion. En *Theories of Society*, editado por Talcott Parsons y Edward Shils. Glencoe, Ill: Free Press.

Scheerer, Sebastian. 1984. Die abolitionistische Perspektive. *Kriminologisches Journal* 16: 90-111.

— 1986. Limits to Criminal Law? En *Abolitionism. Towards a Non-Repressive Approach to Crime. Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, editado por H. Bianchi y R. van Swaaningen. Amsterdam.

— 1989. Rezension. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 16, 63: 67-9.

— 1995. La prisión en la teoría de la prevención-integración. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Scheerer, Sebastian y Henner Hess. 1997. Social Control: A Defence and Reformulation. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.

Scheff, Thomas. 1995. Academic Gangs. *Crime, Law & Social Change* 23: 157-162.

Scheingold, Stuart A. 1991. *The Politics of Street Crime: Criminal Process and Cultural Obsession*. Filadelfia: Temple University Press.

Scheingold, S. A., T. Olson y J. Pershing. 1994. Sexual Violence, Victim Advocacy, and Republican Criminology: Washington State's Community Protection Act. *Law and Society* 28, 4: 729-63.

Scheleff, Leon. 1974. The Criminal Triad: Bystander, Victim, Criminal. *International Journal of Criminology and Penology* 2, 2: 159-72.

— 1977. Victimology, Criminal Law and Conflict Resolution. *South African Journal of Criminal Law and Criminology* 1: 31-50.

Schellenberg, James A. 1981. *Los fundadores de la psicología social: S. Freud, G. H. Mead, K. Lewin y B. F. Skinner*. Madrid: Alianza.

Schenk, Richard, ed. 1995. *Zur Theorie des Opfers. Ein interdisziplinäres Gespräch*. Stuttgart: Frommann-Holzboog.

Schepel, Harm. 1996. Legal Culture in European Legal Studies. Comunicación presentada en el Seminario "The Sociology of European Union Law", 13 de mayo, European University Institute.

Schiffrin, Adriana. 1996. La mediación: aspectos generales. En *Mediación: una transformación en la cultura*, compilado por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Barcelona: Paidós.

Schiller, A. Arthur. 1995. Custom in Classical Roman Law. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.

Schmidt-Hieber, W. 1992. Ausgleich statt Geldstrafe. *Neue Juristische Wochenschrift* 32: 2.001-4.

Schmill O, Ulises. 1996. 1996. El positivismo jurídico. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

Schnautz, Werner. 1993. Täter-Opfer-Ausgleich; ein Projekt beim Jugendhaus Leipzig e. V. *Jugendhilfe* 31, 6: 271-6.

- Schneider, Hans Joachim. 1975. *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*. Tubinga: J. C. B. Mohr.
- 1979. *Das Opfer und sein Täter, Partner im Verbrechen*. München: Kindler.
- , ed. 1982. *The Victim in International Perspective. Papers and Essays Given at the "Third International Symposium on Victimology" 1979 in Münster/Westfalia*. Berlín: Walter de Gruyter.
- 1987. *Kriminologie*. Berlín: W. de Gruyter.
- 1988. Wiedergutmachung und Strafe. *Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur* 509: 1.151-64.
- 1989. La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal Alemana, del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas. En *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, Iñaki Dendaluze y E. Echeburúa. Donostia-San Sebastián: IVAC.
- 1991. Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad. *Estudios Penales y Criminológicos* XV: 199-223.
- 1993a. Violencia en la familia. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3: 707-22.
- 1993b. La victimización de los aborígenes en la Australia central. Un estudio empírico de la Criminología comparada. *Derecho Penal y Criminología* 51: 177-191.
- Schneider, H. J. y H. J. Bussmeyer. 1986. Fortschritte in der Rechtsstellung des Verbrechensopfers im Strafrecht und im Strafverfahren. En *Viktimologie*, editado por W. T. Haesler. Grösch.
- Schneider, Hans Joachim y Jürgen Stock. 1995. *Kriminalprävention vor Ort*. Holzkirchen: Felix Verlag.
- Schoreit, A. y T. Düsseldorf. 1977. *Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (OEG)*. Berlín: Schweitzer Verlag.
- Schöch, H. 1988. Strafrecht zwischen freien und gleichen im demokratischen Rechtsstaat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren. En *Festschrift für W. Maihofer*, editado por A. Kaufmann y otros. Frankfurt del Main.
- 1992. Täter-Opfer-Ausgleich aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht. En *Täter-Opfer-Ausgleich als Modifikation des Zwangs zur Strafe. Tagung vom 15 bis 16 Juni 1992 in der Evangelischen Akademie Bad Boll*. Stuttgart: Evangelische Akademie Boll.
- Schroll, Hans Valentin. 1996. Mediación de conflictos en la práctica austríaca. Contribución a la situación de la desjudicialización en Austria. *Justiforum* 5: 55-76.
- Schroubek, Georg R. 1982. Zur Kriminalgeschichte der Blutbeschuldigung. "Ritualmord"-Opfer und Justizmordopfer. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 65, 1: 2-17.

Schumann, K. F. 1985. Labeling Approach und Abolitionismus. *Kriminologisches Journal* 17: 20-7.

Schur, Edwin M. 1965. *Crimes Without Victims*. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall.

— 1971. *Labeling Deviant Behavior: Its Sociological Implications*. Nueva York: Harper & Row.

— 1973. *Radical Nonintervention. Rethinking the Delinquency Problem*. Londres: Prentice-Hall.

Schuster, Peter. 1995. *Der gelobte Frieden. Täter. Opfer und Herrschaft im spätmittelalterlichen Konstanz*. Constanza: Universität Verlag.

Schwartz, Martin D. 1997. Does Crit Crim Have a Core? Or Just Splinters? *The Critical Criminologist Newsletter* 2 & 3.

Schwartz, Pedro. 1996. Crimen y castigo. *El País*, 14 de septiembre, p. 48.

Schwartz, R. D. y J. C. Miller. 1964. Legal evolution and societal complexity. *American Journal of Sociology* 70, 2.

Schwind, Hans-Dieter, ed. 1975. *Dunkelfeldforschung in Göttingen 1973/74: eine Opferbefragung zur Aufhellung des Dunkelfeldes und zur Erforschung des Bestimmungsgründe für die Unterlassung von Strafanzeigen*. Wiesbaden: Bundeskriminalamt.

Scruton, Phil y Kathryn Chadwick. 1996. The Theoretical and Political Priorities of Critical Criminology. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.

Scull, A. 1984. *Decarceration. Community Treatment and the Deviant - A Radical View*, 2.^a ed. Nueva Jersey: Polity Press.

Sebba, Leslie. 1977. The Pardoning Power. A World Survey. *The Journal of Criminal Law & Criminology* 68, 1: 83-121.

— 1982. The Victim's Role in the Penal Process: A Theoretical Orientation. *American Journal of Comparative Law* 30: 217-40.

— 1996a. *Third Parties. Victims and the Criminal Justice System*. Columbus: Ohio State University.

— , ed. 1996b. *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* Jerusalén: The Magnes Press.

— 1996c. Informal Modes of Dispute Resolution -The Debate Continues. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

Secretaría General Técnica. Sección de Estadística Criminal. 1996. La criminalidad

en 1994. Comentarios a la estadística de la Comisaría General de Policía Judicial. *Ciencia Policial* 37: 61-97.

Seelman, K. 1989. Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht. *Juristische Blätter* 44: 670-6.

Seixas Ferreira, Armando. 1996. Onda de crimes revolta habitantes. *Público*, 15 Septiembre, p. 48.

Sejdinov, Kurta. 1996. Reflexiones sobre el papel del mediador gitano. En *I Kongrèso Romanò katar i Union Europuni*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Sellin, Thorsten. 1938. *Culture Conflict and Crime*. Nueva York: Social Science Research Council.

— 1958. Corrections in Historical Perspective. *Law and Contemporary Problems* 23: 585-93.

Selznick, Philip. 1963. Legal Institutions and Social Controls. *Vanderbilt Law Review* 17: 79-90.

Semmens, Bob. 1996. The Public/Private Prison Dilemma in Australia. *Journal of Correctional Education* 47, 2: 86-93.

Senés Motilla, Carmen. 1996. Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales. En *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, dirigido por Eloy Velasco Núñez. Madrid: CGPJ.

Separovic, Z. P. 1985. *Victimology. Studies of Victims*. Zagreb: Zagreb.

Serrano, Antonio. 1988. *La imaginación al poder*. Zaragoza: Prensas Universitarias.

Serrano Butragueño, I. 1994. Legislación penal y penitenciaria española entre 1936 y 1975. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior* 1.694-5: 200.
— 1996. *Las penas y el nuevo Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y casos prácticos*. Granada: Comares.

Serrano Gómez, Alfonso. 1981. *Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Madrid: UNED.

— 1991. La Criminodogmática. *Revista de Derecho penal y Criminología* 1: 419-48.

— 1994. La víctima del delito y sistema de indemnización. En *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Conferencias pronunciadas en el mismo. El Puerto de Santa María, 14-16 de abril de 1993*. El Puerto: Ayuntamiento de El Puerto de Santa María.

Serrano Maíllo, Alfonso. 1992. Los delitos y las penas en el Código de Hammurabi. *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2: 623-52.

— 1996. *La compensación en Derecho penal*. Madrid: Dykinson.

- Serrano Pascual, Mariano. 1996. Suspensión de la ejecución de la pena y reglas de conducta en el nuevo Código penal. *Tapia*, enero-febrero: 65-70.
- 1997. Las alternativas a la prisión. Las recientes tendencias internacionales y el Código penal español de 1995. *Tapia* 92: 19-30.
- Serrano Rivera, Sonia M. 1996. El derecho a la diferencia: algunos apuntes sobre la decriminalización de poblaciones indígenas. *Paréntesis* 4: 30-1.
- Serve, L. H. 1971. *Strafrecht für Schiedsmänner. Ein Lehr- und Nachschlagebuch für die Praxis*, 3.^a ed. Colonia: Carl Heymanns.
- Service, E. R. 1984. *Los orígenes del Estado y de la civilización*. Madrid: Alianza.
- Servicio de Documentación de Cáritas. 1995. Cáritas y el colectivo gitano: proyectos y líneas de intervención. Madrid: Cáritas.
- Sessar, Klaus. 1986. Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht. En *GS Hilde Kaufmann*, editado por H. J. Hirsch *et al.* Berlín.
- 1989. Strafbedürfnis und Konfliktregelung - Zur Akzeptanz der Wiedergutmachung im und statt Strafrecht. En *Täter-Opfer-Ausgleich*, editado por E. Marks y D. Rössner. Bonn: Forum.
- 1990. Tertiary Victimization: A Case of the Politically Abused Crime Victim. En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- 1992. *Wiedergutmachung oder Strafen. Einstellung in der Bevölkerung und der Justiz. Ein Forschungsbericht*. Pfaffenweiler: Centaurus.
- 1994. Strafeinstellungen in Ost und West. Reflexionen über ihre methodische und politische Genese. En *Sozialer Umbruch und Kriminalität. Ergebnisse einer Kriminalitätsbefragung in den neuen Bundesländern*, editado por K. Boers, E. Ewald, H.-J. Kerner, E. Lautsch y K. Sessar. Bonn.
- Severson, M. M. y T. V. Bankston. 1995. Social Work and the Pursuit of Justice through Mediation. *Social Work* 40, 5: 683-91.
- Shachar, Ayelet. 1996. The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State. Comunicación presentada en "Multiculturalism, Minorities and Citizenship Conference", 18-23 de abril, Florencia.
- Shaidi, Leonard P. 1989. Crime, Justice and Politics in Contemporary Tanzania: State Power in an Underdeveloped Social Formation. *International Journal of Sociology of Law* 17: 247-71.
- 1992. Traditional, Colonial and Present-Day Administration of Criminal Justice. En *Criminology in Africa*, editado por T. M. Mushanga. Roma: Unicri.

- Shapiro, Allen E. 1996. Law in the Kibbutz: The Search Continues. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.
- Shapiro, Carol. 1990. Is Restitution Legislation the Chameleon of the Victims' Movement? En *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Sharpe, J. A. 1983. "Such Disagreement between Neighbours": Litigation and Human Relations in Early Modern England. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shearing, Clifford D. y Philip C. Stenning. 1983. Private Security: Implications for Social Control. *Social Problems* 30, 5: 499-506.
- 1996. From the Panopticon to Disney World: The Development of Discipline. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por John Muncie, Eugene McLaughlin y Mary Langan. Londres: Sage.
- Shelleff, S. 1977. Victimology, Criminal Law and Conflict Resolution. *South African Journal of Criminal Law and Criminology* 1: 31-50.
- Shelley, L. (ed.). 1981. *Readings in Comparative Criminology*. Carbondale, Ill.: Southern Illinois University Press.
- Shelley, Louise y József Vigh, eds. 1995. *Social Changes, Crime and the Police*. Chur, Suiza: Harwood Academic.
- Sheptycki, James. 1993. *Innovations in Policing Domestic Violence. Evidence from Metropolitan London*. Aldershot: Avebury.
- 1997. Insecurity, Risk Suppression and Segregation: Some Reflections on Policing in the Transnational Age. *Theoretical Criminology* 1, 3: 303-15.
- Shichor, David. 1995. *Punishment for Profit. Private Prisons/Public Concerns*. Londres: Sage.
- Shichor, David y John W. Heeren. 1996. State and Social Control in Socialist and Post-Socialist Societies. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.
- Shichor, David y Dale K. Sechrest. 1996. *Three Strikes and You're Out. Vengeance as Social Policy*. Londres: Sage.
- Shikita, Minoru. 1996. The Role of the Public Prosecutor in a Changing World. En *The Role of the Public Prosecutor in Criminal Justice, According to the Different Constitutional Systems. Reports Presented to the Ancillary Meeting Held at the Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*,

Cairo, May 4, 1995. Bologna: Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari.

Shonholtz, Raymond. 1993. Justice from Another Perspective: The Ideology and Developmental History of the Community Board Program. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.

Shook, E. V. 1985. *Ho'oponopono: Contemporary Uses of a Hawaiian Problem-Solving Process*. Honolulu: University of Hawaii Press.

Shook, Vicki y Neal Milner. 1993. What Mediation Training Says -or Doesn't Say- about the Ideology and Culture of North American Community-Justice Programs. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.

Shusta, Robert M., Deena R. Levine, Philip R. Harris y Herbert Z. Wong. 1995. *Multicultural Law Enforcement. Strategies for Peacekeeping in a Diverse Society*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.

Shutkin, William Andrew. 1991. International Human Rights Law and the Earth: The Protection of Indigenous Peoples and the Environment. *Virginia Journal of International Law* 31: 479-511.

Sibley, David. 1981. *Outsiders in Urban Societies*. Oxford: Blackwell.

Siegel, Reva B. 1996. The Rule of Love. *Yale Law Journal* 105.

Siesby, Erik. 1996. On the Definition of Minorities. *Quaderni della Fondazione Courmayeur*: 137-8.

Sieverts, R. y J. Schneider, eds. 1991. *Handwörterbuch der Kriminologie*. Berlín: Walter de Gruyter.

Silio y Cortés, C. 1891. *La crisis del Derecho penal*. Madrid: Fuentes y Capdeville.

Silliman, G. Sidney. 1985. A Political Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Mediation. *Law and Society Review* 19: 279-303.

Silva Melero, V. 1950. *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal*. Oviedo: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Silva Sánchez, Jesús M.^a 1992. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

— 1993. Medios no judiciales de reparación a la víctima. En *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos*

de negligencia y riesgo. 22.º Coloquio de Derecho Europeo, organizado por el Consejo de Europa y la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna (del 17 al 19 de noviembre de 1992). La Laguna: Centro de Estudios Criminológicos.

—, ed. 1995. *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.

— 1996a. La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 13: 38-53.

— 1996b. Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos de consumación. En *Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte general)*, dirigido por Tomás Vives Antón y José Luis Manzanares Samaniego. Madrid: CGPJ.

Silver M. *et al.* 1986. Humiliation: Feeling, Social Control, and the Construction of Identity. *Journal of Theory of Social Behaviour* 16: 269-83.

Sim, J. 1990. Book Review. *International Journal of the Sociology of Law* 18: 97-122.

Simmel, Georg. 1918. El conflicto de la cultura moderna.

— 1922. *Soziologie*. Múnich: Duncker & Humboldt.

— 1971. Conflict as Sociation. En *Sociological Theory: A Book of Readings*, editado por Coser y Rosenberg. Londres: Macmillan.

Simon, H. 1981. Les travaux communautaires: un mode de réparation sociale? *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*: 385-98.

Simon, Jonathan. 1993. *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*. Chicago: University of Chicago Press.

Simon, Jonathan y Malcolm M. Feeley. 1995. True Crime: The New Penology and Public Discourse on Crime. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter. En castellano: 1995. La nueva penología: Notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. *Delito y Sociedad* 6-7: 33-58.

Simon, Rita J. y James P. Lynch. 1989. The Sociology of Law: Where we Have Been and Where we Might Be Going. *Law and Society* 23, 5: 825-47.

Sims, Barbara A. 1997. Crime, Punishment, and the American Dream: Toward a Marxist Integration. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34, 1: 5-24.

Sinclair, K. 1992. The Price of Innovation: Maori Women and the New Zealand Society. En *Balancing Acts. Women and the Process of Social Change*, editado por P. L. Johnson. San Francisco: Westview.

Singer, Linda R. 1996. *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. Barcelona: Paidós.

Skogan, Wesley G., ed. 1995. *Reactions to Crime and Violence. The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, May.

Skolnick, Jerome H. 1995. Sheldon L. Messinger: The Man, His Work, and The Carceral Society. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.

Skolnick, Jerome y David A. Bayley. 1986. *The New Blue Line*. Nueva York: Free Press.

Skolnick, Jerome H. y J. Richard Woodworth. 1967. Bureaucracy, Information, and Social Control: A Study of a Morals Detail. En *The Police: Six Sociological Essays*, editado por David J. Bordua. Nueva York: John Wiley & Sons.

Skurka, S. 1993. Two Scales of Justice: The Victim as Adversary. *Criminal Law Quarterly* 35, 3: 334-54.

Smandych, Russell y G. Lee. 1995. Une approche de l'étude du droit et du colonialisme: vers une perspective autohistorique amérindienne sur le changement juridique, la colonisation, les sexes et la résistance à la colonisation. *Criminologie* XXVIII: 55-79.

Smandych, Russell y Rick Linden. 1995. Co-Existing Forms of Aboriginal and Private Justice: An Historical Study of the Canadian West. En *Legal Pluralism and the Colonial Legacy*, editado por K. M. Hazlehurst. Aldershot: Avebury.

Smart, Carol. 1992. The Woman and the Legal Discourse. *Social and Legal Studies* 1, 1: 29-44.

— 1995. *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*. Londres: Sage.

— 1996a. The Power of Law. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por J. Muncie, E. McLaughlin y M. Langan. Londres: Sage.

— 1996b. Feminist Approaches to Criminology or Postmodern Woman Meets Atavistic Man. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por J. Muncie, E. McLaughlin y M. Langan. Londres: Sage.

Smartt, Ursula y Jon Vagg. 1996. Prison Labour in England and Wales. Comunicación presentada en el *Workshop* "Contemporary Prison Law and Practice: Special Focus on Prison Labour", organizado por Dirk van Zyl Smit y Frieder Dunkel, 9 y 10 de mayo, Oñati, IISJ.

Smaus, G. 1986. Gesellschaftsmodelle in der abolitionistischen Bewegung. *Kriminologisches Journal* 18, 1: 1-18.

Smith, B. L. y C. R. Huff. From Victim to Political Activist: An Empirical Examination of a Statewide Victims' Rights Movement.

- Smith, D. N. 1978. A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation. *American Journal of Comparative Law* 26: 205-16.
- Smith, L. J. F. 1989. *Domestic Violence: An Overview of the Literature*. Londres: HMSO.
- Smith, M. G. 1974. *Corporations and Society*. Londres: Duckworth.
- Smith, Roger, ed. 1996. *Achieving Civil Justice. Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. Londres: Legal Action Group.
- Smith, Roger. 1997. *The Fontana History of the Human Sciences*. Londres: Fontana.
- Snare, Annika, ed. 1995. *Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law*. Oslo: Pax Forlag.
- Snyder, Francis G. 1981. Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal. *Journal of Legal Pluralism* 19: 49-92.
- Socio-Legal Bulletin*. 1994. Special Edition Victim-Offender Mediation in Australasia, n. 14.
- Sohn, D.-W. y J. A. Jr. Wall. 1993. Community Mediation in South Korea. A City-Village Comparison. *Journal of Conflict Resolution* 37, 3: 536-43.
- Sola Dueñas, Ángel de. 1971. Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* 2.
— 1983. Política social y política criminal. En *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, dirigido por Roberto Bergalli y Juan Bustos. Barcelona: Península.
- Soler i Roque, Charo. 1996. La mediació en el camp penal juvenil. Comunicació presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes", 12-3 de abril, Barcelona.
- Solores Arroyta, Jesús, Antonio Bertrán Folque y Pedro Escamilla Giménez. 1990. La despenalización de las faltas y el establecimiento de la figura del mediador desde la perspectiva municipal. En *Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia*, vol. I. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- Sommer, Robert. 1976. *The End of Punishment*. Nueva York: Oxford University Press.
- Songsamphan, Chalidaporn. 1996. Vendetta and Buddhist Mediator in Southern Thailand. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Soria Verde, M. A., comp. 1993. *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*.

- Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. Barcelona: PPU.
- Soria, M. A., J. Maeso y E. Ramos. 1993. Delincuencia y victimización. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.
- Soria, M. A. y A. Rincón. 1992. Análisis descriptivo de las víctimas denunciadas en Comisaría. *Ciencia Policial* 18: 75-81.
- Soriano García, J. E. y R. E. Muñoz Blanco, eds. 1996. *Legislación básica de régimen local*, 6.^a ed. Madrid.
- Sorour, Ahmed Fathi. 1984. Dejudiciarisation (Diversion) et médiation. En *Rapports présentés au 13^e Congrès International de Droit Pénal (Le Caire 1-7 Octobre 1984)*. El Cairo: Université du Caire.
- Soto Nieto, Francisco. 1996a. El gran invalido. Aspectos jurídico-legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos. *La Ley* 4.003: 1-8.
— 1996b. Responsabilidad civil en el proceso penal de las compañías de seguro de responsabilidad civil. Seguro de suscripción obligatoria (art. 117 del Código penal). *La Ley* 4.006: 1-3.
- Sotomayor Acosta, J. O. 1996. La responsabilidad del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un "mundo posible". *Jueces para la Democracia* 26: 89-96.
- Soumbou, A. 1992. La politique criminelle congolaise. *Archives de Politique Criminelle* 14: 155-80.
- Sousa, José Geraldo de, coord. 1987. *O Direito Achado na rua*. Brasilia: Univers.
- South, N. 1994. Privatizing Policing in the European Market. *European Sociological Review* 10, 3: 219-33.
- Sparks, R. 1992. Reason and Unreason in Left Realism: Some Problems in the Constitution of Fear of Crime. En *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.
- Sparvieri, Elena. 1995. *Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Biblos.
- Spence, Jack. 1978. Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences. *Law and Society Review* 13: 139-82.
- Spencer, Sioban. 1996. Una raza aparte, no criminales. En *I Kongrèsso Romanò katar i Union Europunì*, dirigido por Sergio Rodríguez López. Madrid: MEC.

Spiereberg, Pieter. 1984. *The Spectacle of Suffering: Executions and the Evolution of Repression: From a Preindustrial Metropolis to the European Experience*. Cambridge: Cambridge University Press.

Spittler, Gerd. 1980. Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 4-32.

Spitzer, Steven. 1975. Punishment and Social Organization: A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution. *Law and Society Review* 9: 613-37.

— 1982. The Dialectics of Formal and Informal Control. En *The Politics of Informal Justice*, editado por R. Abel. Nueva York: Academic Press.

— 1995. Directions for Research on Time, Space, and Social Control. En *Social Control, Political Power, and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*, editado por Dario Melossi. Oñati Proceedings 17. Oñati: IISJ.

Sponsel, Leslie E. & Thomas Gregor, eds. 1994. *The Anthropology of Peace and Nonviolence*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner.

Staelens, Patrick G. 1994. El Convenio número 169 de la OIT: de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la identidad de los pueblos indios. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Staiger-Allroggen, P. 1992. Auswirkungen des Opferschutzgesetzes auf die Stellung des Verletzten im Strafverfahren. Georg-August-Universität zu Göttingen. Tesis doctoral.

Stake, Robert E. 1995. *The Art of Case Study Research*. Londres: Sage.

Stangeland, Per. 1995a. ¿Es España un país violento? *Cuadernos de Política Criminal* 55: 219-238.

— 1995b. *The Crime Puzzle. Crime Patterns and Crime Displacement in Southern Spain*. Málaga: Miguel Gómez.

— 1996. Informal Modes of Dispute Resolution -The Norwegian Experience. En *Social Control & Justice. Inside or Outside the Law?* editado por L. Sebba. Jerusalén: The Magnes Press.

Stangeland, Per y Auxiliadora Durán. 1994. Turistas extranjeros víctimas de delitos. *Boletín Criminológico* 6.

Stangl, W. 1987. Die Vertreibung des Verletzten aus dem Strafverfahren und der neue Wirksamkeitsanspruch an die staatliche Strafe im 19. Jahrhundert. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 56/57: 63-89.

— 1988. *Wege in eine Gefängnislose Gesellschaft. Über Verstaatlichung und Entstaatlichung der Strafjustiz*. Viena: Österreichische Staatsdruckerei.

— 1989. Who Has the Right to Prosecute? The Reform of Criminal Procedure in the

Nineteenth Century and the Abolitionist Trend in Contemporary Criminology. En *Justice & Ideology. Strategies for the 1990s*, editado por Bill Rolston y Mike Tomlinson. Oxford: The European Group for the Study of Deviance and Social Control.

Stanley, Christopher. 1996. *Urban Excess and the Law: Capital, Culture and Diversity*. Londres: Cavendish Publishing.

Stanley, S. y M. Baginsky. 1984. *Alternatives to Imprisonment. An Examination of Non-Custodial Stentencing of Offenders*. Londres: Peter Owen.

Starkie, Walter. 1954. Cervantes y los gitanos. En *Anales cervantinos*, t. IV. Madrid: CSIC.

Stavenhagen, Rodolfo. 1991. Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

— 1995. Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional. En *Antropología jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde. 1990. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: III-IIDDHH.

Steier, Frederick. 1991. *Research and Reflexivity*. Londres: Sage.

Stein, P. 1984. *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*. Londres: Butterworths.

Steinert, Heinz. 1978. On the Functions of Criminal Law. *Contemporary Crisis* 2: 167-93.

— 1984. Kriminalpolitik jenseits von Schuld und Sühne. *Kriminalsoziologische Bibliographie* 45, 11: 69-78.

— 1997. Fin de siècle criminology. *Theoretical Criminology* 1, 1: 111-30.

Steininger, L. 1990. Wiedergutmachung als dritte Spur neben Strafen und Maßnahmen. *Juristische Blätter* 3: 137-50.

Steinmetz, Sebald Rudolf. 1894. *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, 2 vols. Leiden.

Stenson, Kevin & David Cowell. 1991. *The Politics of Crime Control*. Londres: Sage.

Stephan, Egon. 1976. *Die Stuttgarter Opferbefragung: eine kriminologisch-viktimologische Analyse zur Erforschung des Dunkelfeldes unter besonderer Berücksichtigung der Einstellung der Bevölkerung zur Kriminalität*. Wiesbaden: Bundeskriminalamt.

Strachan-Davidson, James Leigh. 1912. *Problems of the Roman Criminal Law*, 2 vols. Oxford: Clarendon Press.

Straus, Murray. 1996. Violencia en la pareja en relaciones de convivencia. Conferencia presentada en el V Curso Internacional de Victimología. "Violencia Intrafamiliar: Teorías, Pautas, Intervención y Prevención", organizado por la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas, 9 al 12 de abril, Las Palmas de Gran Canaria.

Strier, F. 1994. *Reconstructing Justice. An Agenda for Trial Reform*. Londres: Quorum Books.

Strijbosch, Fons. 1985. The Concept of *Pela* and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in The Netherlands. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 23: 177-208.

— 1996. The Anthropology Study of Customary Law for Practical-Juridical Ends: Some Remarks on Methodology. Ponencia presentada en el *Workshop* "Cross-Cultural Family Relations", dirigido por M.-C. Foblets y Fons Strijbosch, 24-5 octubre, Oñati, IISJ.

Strüwer, J. 1976. *Ein Beitrag zur Bestimmung des Strafprozessualen Begriffs "Verletzter"*. Bamberg: Schadel & Wehle.

Stuart, Barry. 1996. Circle Sentencing: Turning Swords into Ploughshares. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Suárez Santamaría, M.^a Isabel. 1996. Los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar: estudio de las denuncias, según la edad y el nivel socio-cultural de las denunciadas, durante 1994 y 1995 en Bizkaia. Tesina presentada para la obtención del Master en Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.

Sueiro, Daniel. 1968. *El arte de matar*. Madrid: Alfaguara.

— 1971. *Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote*. Madrid: Alfaguara.

Sugawara, I. y Y. J. Huo. 1994. Disputes in Japan: A Cross-Cultural Test of the Procedural Justice Model. *Social Justice Research* 7: 129-144.

Sumner, Colin. 1991. Ideology and Law: Some Reflections on Postmodernist Sociology and the Ideological Character of Criminal Justice. En *Sociology of Penal Control within the Framework of Sociology of Law*, dirigido por R. Bergalli. Oñati Proceedings 10. Oñati: IISJ.

— 1994. *The Sociology of Deviance. An Obituary*. Buckingham: Open.

— 1997a. Social Control: the History of a Central Concept in Anglo-American Sociology. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.

— 1997b. The Decline of Social Control and the Rise of Vocabularies of Struggle. En *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, editado por Roberto Bergalli y Colin Sumner. Thousand Oaks, Ca.: Sage.

Sumner, William G. 1906. *Folkways*. Boston: Ginn.

Suplementos Cristianisme i Justicia. 1994. La superación de la cárcel. Medidas alternativas. Seminario "Las cárceles hoy". Conclusiones, n. 81.

Sutherland, Anne. 1975. *Gypsies: The Hidden Americans*. Nueva York: The Free Press.

Svensson, B. 1988. Community Service - A Challenge to the Swedish Penal System. Artículo mecanografiado inédito (versión sueca publicada en *Apropò* 1/88: 4-9).

— 1995. *Criminal Justice Systems in Europe: Sweden*. Helsinki: Heuni.

Sway, Marlene. 1981. Simmel's Concept of the Stranger and the Gypsies. *The Social Science Journal* 18, 1: 41-50.

— 1988. *Familiar Strangers: Gypsy Life in America*. Chicago: University of Illinois Press.

Sykes, Gresham M. 1995. The Structural-Functional Perspective on Imprisonment. En *Punishment and Social Control. Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, editado por Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen. Nueva York: Aldine de Gruyter.

Sykes, Gresham M. y David Matza. 1957. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review* 22: 664-70.

Szabo, Denis. 1993. *De l'Anthropologie à la Criminologie comparée: quatre leçons au collège de France (1990)*. París: Librairie Philosophique.

Sztompka, P. 1995. *Sociología del cambio social*. Madrid: Alianza.

Tabarés Cabezón, Miguel Ángel. 1995. L'estranger com a víctima en el procés penal. *Justiforum* 4: 33-45.

Tadem, Eduardo C. 1996. Philippine Rural Development and Indigenous Communities: Aytas and the Sacobia Project. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.

Tak, P. 1988. The Community Service Penalty in The Netherlands. Artículo mecanografiado. Para una versión publicada, véase: 1993. *Criminal Justice Systems in Europe. The Netherlands*. Helsinki: Heuni.

— 1992. The Advancement of the Fourth Generation of Sanctions in Western Europe. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 1992 en Eindhoven (Países Bajos). Para una versión publicada, véase: 1993. The Generation of Sanctions. En *Human Rights and Penal Detention*, dirigido por P.-H. Bolle. Bonn: IPPF.

- Tak, P. J. P. y Anton van Kalmthout. 1988. *Sanctions-Systems in the Member States of the Council of Europe. Part I, Deprivation of Liberty, Community Service and Other Substitutes*. Deventer: Kluwer.
- Takala, J.-P. 1993. *Punishment and Suitability for Punishment. Initial Phases and Problems of Finland's Community Service Experiment*. Helsinki: National Research Institute of Legal Policy.
- Tallack, W. 1900. *Reparation to the Injured and the Rights of Victims of Crime Compensation*. Londres: Wertheimer, Lea and Co.
- Tamanaha, Brian T. 1993. The Folly of the Scientific Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society* 20: 192-217.
- Tamarit i Sumalla, J. M. 1993. *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. En castellano: 1994. *La reparación a la víctima en el Derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*. Barcelona: Fundación Jaume Callís.
- Tamayo Salaberria, Virginia, dir. 1996. *Jornadas sobre el estado de la cuestión del derecho histórico en Euskal Herria*. Oñati: HAEE-IVAP.
- Tan, Bayani K. y M.^a Gracia M. Pulido. 1981. Katarungang Pambarangay Law: Its Goals, Processes, and Impact on the Right against Self-Incrimination. *Philippine Law Journal* 56: 425-38.
- Tanaka, Jennifer. 1995. Rroma in Romania. Struggle for Self-Determination. *Romanian Press Review*. [Http://www.geocities.com/Paris/5121/rroma.htm](http://www.geocities.com/Paris/5121/rroma.htm).
- Tangiora, Pauline. 1996. An Indigenous Perspective on One Aspect of Reconciliation. En *Constructive Conflict Management. Asia-Pacific Cases*, editado por E. Jandt y Paul B. Pedersen. Londres: Sage.
- Tannenbaum, Frank. 1938. *Crime and the Community*. Nueva York: Columbia University Press.
- Tarello, Giovanni. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino.
- Tavares de Medeiros, J. J. 1893. *Antropología y Derecho*. Madrid: Librería de Fernando Fé.
- Taylor, Ian. 1997. Crime, Anxiety and Locality: Responding to the "Condition of England" at the End of the Century. *Theoretical Criminology* 1, 1: 53-76.

Taylor, Ian y Ruth Jamieson. 1996. Fear of Crime and Fear of Falling. En *Crime, Culture and Social Control*, editado por Malin Akerstrom. Estocolmo: Carlssons.

Taylor, P. J. 1994. *Geografía política. Economía-mundo, Estado-nación y localidad*. Madrid: Trama.

Tchankova, Dobrinka. 1996. Legal Status of the Victim of the Crime in the Bulgarian Legislation. Comunicación presentada en "Pan-European Seminar on The Protection of Crime Victims-Victims Policies in Europe", organizado por el Gobierno Vasco y el Consejo de Europa, 14-6 de octubre, Vitoria-Gasteiz.

Tcheo-Hao, Tsien. 1977. Les orientations fondamentales de la politique criminelle de la Chine populaire. *Archives de Politique Criminelle* 2: 219-40.

Teeters, N. K. 1949. *Deliberations of the International Penal and Penitentiary Congresses. Questions and Answers, 1872-1935*. Filadelfia: Temple University.

Teevan, J. J. 1975. Perceptions of Punishment: Current Research. En *Perception in Criminology*, editado por R. L. Henshel y R. A. Silverman. Nueva York: Columbia University Press.

Teixeira de Azevedo, David. 1996. A culpa penal e a Lei 9.009/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 16: 127-136.

Téllez Aguilera, Abel. 1993. Las víctimas del delito en el derecho español. *Cuadernos de Política Criminal* 49: 133-60.

— 1996. *Jurisprudencia penitenciaria 1984-1995*. Madrid: Ministerio del Interior.

Tena García, M. ^a Soledad. 1997. *La sociedad urbana en la Guipúzcoa costera medieval: San Sebastián, Rentería y Fuenterrabía (1200-1500)*. Donostia-San Sebastián: Instituto Dr. Camino de Historia Donostiarra.

Terena, Marcos. 1993. La resistencia indígena 500 años después. *Nueva Sociedad* 123: 156-9.

Teubner, Gunther, ed. 1987. *Juridification of Social Spheres*. Berlín: De Gruyter.

— ed, 1988. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlín: De Gruyter.

— 1989. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. *Law and Society* 23, 5: 727-57.

— 1992. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review* 13: 1.443.

The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. 1986. *Living Conditions in Urban Areas. An Overview of Factors Influencing Urban Life in the European Community*. Dublín: Loughlinstown House.

The Royal Norwegian Ministry of Justice and Police. Konfliktrådet. Municipal Mediation Boards. An Alternative to Prosecution. An Overview of the Norwegian System. Oslo.

Thibaut, John y Laurens Walker. 1975. *Procedural Justice: A Psychological Analysis*. Hillsdale, NJ: Erlbaum Associates.

Thomas, William I y Florian Znaniecki. 1918-1920. *The Polish Peasant in Europe and America*, 5 vols. Chicago: University of Chicago Press.

Thompson, E. P. 1975. *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*. Londres: Penguin.

Thomson, Douglas R. y Frederic L. DuBow. 1993. Organizing for Community Mediation: The Legacy of Community Boards of San Francisco as a Social-Movement Organization. En *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the U.S.*, editado por S. E. Merry y N. Milner. University of Michigan.

Thonissen, Jean Joseph. 1869. *Études sur l'Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*. Bruselas: Bruylant-Christophe & Comp.

Thorsell, B. A. y L. W. Klemke. 1972. The Labeling Process: Reinforcement and Deterrent. *Law and Society Review* 7: 372-92.

Thot, Ladislao. 1939. Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal. (Arqueología criminal). *Revista de Identificación y Ciencias Penales* 43. Argentina, Universidad Nacional de La Plata.

Tibbetts, Stephen G. 1997. Shame and Rational Choice in Offending Decisions. *Criminal Justice and Behavior* 24, 2: 234-55.

Tierney, John. 1996. *Criminology Theory and Context*. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf.

Tinedo Fernández, Gladys. 1995. Mujer, cárcel y derechos humanos. *Capítulo Criminológico* 23-2: 335-58.

Tineo, Audelina. 1993. Rasgos del control social en Venezuela y América Latina. *Capítulo Criminológico* 21: 147-54.

Tittle, Charles R. 1980. *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence*. Nueva York: Praeger.

— 1995. *Control Balance: Toward a General Theory of Deviance*. Boulder: Westview Press.

— 1997. Thoughts Stimulated by Braithwaite's Analysis of Control Balance Theory. *Theoretical Criminology* 1, 1: 99-110.

- Tobio Fernández, Jesús. 1960. *Las ideas sociales de Concepción Arenal*. Madrid: CSIC.
- Toby, J. 1964. Is Punishment Necessary? *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science* 55.
 — 1981. Deterrence without Punishment. *Criminology* 19/2.
- Todorov, Tzvetan. 1987. *La conquista de América. El problema del otro*. México: Siglo XXI.
 — 1991. *Nosotros y los otros*. México: Siglo XXI.
- Toharia, José Juan. 1987. “*¡Pleitos tengas!...*” *Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
 — 1997. La cultural legal: qué es, cómo se mide. Ponencia presentada en el Curso de Verano “Globalization and Legal Cultures”, 30 de junio-4 de julio 1997, Oñati, IISJ.
- Toj Zacarías, María del Rosario. 1995. Cooperación al desarrollo y recuperación histórico-cultural. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Barcelona: Icaria.
- Tomas, J. R. 1990. Modelos de información policial referentes a prevención de la delincuencia y victimización vertidos en los contactos ciudadanos. *Ciencia Policial* 10: 44-7.
- Tomás y Valiente, Francisco. 1961. El perdón de la parte ofendida en el Derecho Penal castellano. (Siglos XVI, XVII y XVIII). *Anuario de Historia del Derecho Español* 31: 55-114.
 — 1969. *El Derecho penal de la monarquía absoluta. (Siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid: Tecnos.
 — 1990a. Delincuentes y pecadores. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.
 — 1990b. El crimen y pecado contra natura. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, A. M. Hespanha y otros. Madrid: Alianza.
- Tomasevic, Nebojsa Bato y Djuric Rajko. 1988. *Gypsies of the World: A Journey into the Hidden World of Gypsy Life and Culture*. Nueva York: Henry Holt & Company.
- Tong, Diane, ed. 1997. *Cuentos populares gitanos*. Madrid: Siruela.
- Torío, Ángel. 1986. El sustrato antropológico de las teorías penales. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* 11: 667-78.

- Törnudd, P. 1993. *Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*. Helsinki: National Research Institute of Legal Policy.
- Torp, C. 1927. *Actes du Congrès Pénitentiaire International, Londres, Août 1925. Procès-verbaux des séances*, Vol. Ia. Berna: Bureau de la Commission Pénitentiaire Internationale.
- Torre Basurto, Beatriz de la. 1994. Víctimas de robos con violencia o intimidación. Estudio descriptivo basado en las denuncias presentadas ante la Guardia Municipal de San Sebastián, durante el año 1993. Tesina presentada para la obtención del Master en Criminología en el Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.
- Torres Lana, José Ángel y Santiago Cavanillas Múgica, comps. 1994. *Código de derecho del consumo*, 2.^a ed. Madrid: Trivium.
- Torres Sanz, David. 1992. Sobre el Estado Moderno en España. En *De la res publica a los Estados modernos. Journées internationales d'Histoire du Droit*, editado por Virginia Tamayo Salaberría. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Toscano, Salvador. 1937. *Derecho y organización de los aztecas*. México: UNAM.
- Tóth, T. 1988. Responsibility. Comunicación presentada en la Conferencia Internacional "Responsibility and Society. Responsibility for Crimes and Infractions", 19-24 de septiembre, Iófok (Hungría).
- Touraine, Alain. 1996. *Les médias: nouveau forum politique ou destruction de l'opinion publique?* Barcelona: Generalitat de Catalunya. Centre d'Investigació de la Comunicació.
- Tremewan, Chris. 1994. *The Political Economy of Social Control in Singapore*. Basingstoke: Macmillan y St. Anthony's College, Oxford.
- Trenczek, Thomas. 1992. ¿Hacia una reprivatización del control social? Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación. *Papers d'Estudis i Formació* 8: 23-42.
— 1996. *Restitution. Wiedergutmachung, Schadenersatz oder Strafe? Restitutive Leistungsverpflichtungen im Strafrecht der U.S.A. und der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.
- Treves, Renato. 1991. *Sociología del Derecho y socialismo liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Trillo Marín, Andrés. 1946a. La formación de la funcionaria de prisiones. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 11: 44-50.
— 1996b. La formación de la funcionaria de prisiones (orientaciones cristianas).

- Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 16: 76-80.
- Trinidad Fernández, P. 1991. *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*. Madrid: Alianza.
- Tropea, J. L. 1991. Situationally Negotiated Transactions and Domination: From Tribe to Rational-Legal Order in the Anglo-American Legal Tradition. *Criminal Justice History* 12: 1-18.
- Truche, Pierre. 1991. Violente justice/justice non violente. *Cahiers Français* 251: 111.
- Tubau, O., E. Ramos y P. Gaspar. 1993. El proceso penal español desde la perspectiva de la víctima. En *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, compilado por M. A. Soria Verde. Barcelona: PPU.
- Tubert, Silvia, ed. 1996. *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra.
- Tulkens, Françoise. 1995. Criminal Procedure: Main Comparable Features of the National Systems. En *The Criminal Process and Human Rights. Towards a European Consciousness*, editado por Mireille Delmas-Marty. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Tulkens, Françoise y Michel van de Kerchove. 1996. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 76, 5: 445-94.
- Tulloch, G. 1974. Does Punishment Deter Crime? *Public Interest* 36: 103-111.
- Tunc, André. 1996. Evolution du concept juridique de responsabilité. *Droit et Culture* 31, 1: 19-30.
- Turk, Austin. 1969. *Criminality and Legal order*. Chicago: Rand McNally.
- Turrado Vidal, Martín. 1995. *La policía en la historia contemporánea de España. 1766-1986*. Madrid: Ministerio del Interior.
- 1996. La prevención del delito. La policía de barrio. *Ciencia policial* 38: 9-26.
- Tuso, Hamdesa. 1996. Los pueblos que no hacen la guerra. Conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional por la Paz en Europa, 9-13 de julio, Vitoria-Gasteiz y Gernika-Lumo.
- Twining, William. 1981. Llewelyn and Hoebel: A Case Study in Inter-Disciplinary Collaboration. En *Law and Social Enquiry: Case Studies of Research*, editado por R. Luckham. Uppsala: Scandinavian Institute of African Studies.
- Umbreit, Mark S. 1993. Crime Victims and Offenders in Mediation: An Emerging Area

- of Social Work Practice. *Social Work* 38, 1: 69-73.
- 1994. Crime Victims Confront their Offenders -The Impact of a Minneapolis Mediation Program. *Research on Social Work Practice* 4, 4: 436-47.
- 1996. Restorative Justice Through Mediation: The Impact of Programs in Four Canadian Provinces. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Umbreit, Mark S. y Robert B. Coates. 1992. The Impact of Mediating Victim Offender Conflict: An Analysis of Programs in Three States. *Juvenile & Family Court Journal* 43, 1: 21-8.
- Umbreit, Mark y Ann Warner Roberts. 1996. *Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services in Coventry and Leeds*. St. Paul, Minesota: Center for Restorative Justice and Mediation.
- Unzalazu Riaño, Nerea. 1997. La víctima y el proceso penal. Alternativas. Tesina para la obtención del Master en Criminología. San Sebastián: IVAC-KREI.
- Uría, Rodrigo. 1990. *Derecho mercantil*, 17.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- Uriarte, Teresa. 1996. Doblemente presas. *Emakunde* 20: 44-7.
- Urios, Cristina. 1995. ¿Sólo existe lo representado? Un relato etnográfico. Comunicación presentada en el *Workshop* "Jóvenes sociólogos del derecho", julio, Oñati, IISJ.
- Ury, William. 1997. *¡Supere el no!: cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Gestión 2000.
- Urra, Javier. 1995a. *Menores, La transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*. Madrid: Siglo XXI.
- 1995b. *Adolescentes en conflicto. Un enfoque psicojurídico*. Madrid: Pirámide.
- 1996. Policía Judicial y jóvenes. Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil. Conferencia pronunciada en el Curso "Policía Judicial como forma de desarrollo de una Justicia más eficaz", organizado por el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa, 16-8 de diciembre, San Sebastián.
- 1997. *Violencia. Memoria amarga*. Madrid: Siglo XXI.
- Urra, Javier y Miguel Clemente, coords. 1997. *Psicología jurídica del menor*. Madrid: Fundación Universidad-Empresa.
- USA Today*. 1994. Kids Disobey, Parents Pay. New Laws Demand More Accountability, 6 de junio, edición internacional, p. 3A.
- Utting, D., J. Bright y C. Henricson. 1993. *Crime and the Family: Improving Child-Rearing and Preventing Delinquency*. Londres: Family Policy Studies Centre.

- Vago, S. 1994. *Law & Society*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Vaillant, M., dir. 1994. *De la dette au don. La réparation pénale à l'égard des mineurs*. París: ESF.
- Valdeavellano, Luis G. de. 1980. *Historia de España. De los orígenes a la baja Edad Media*, vol. 1. Madrid: Alianza.
- Valdés y López, F. 1903. *Teorías penales*. Oviedo: La Comercial.
- Valentine, Charles. 1970. *La cultura de la pobreza*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Valenzuela Ratia, Diego. 1996. Criminalidad y victimización en 1995. *Policía* 114: 53-7.
- Valiño, Emilio. 1976. *Instituciones de derecho privado romano*. Valencia: Facultad de Derecho.
- Valle, Teresa del. 1996. La Antropología hoy: significado, relevancia y contexto. El enfoque feminista. Conferencia pronunciada en el IV Congreso de Estudiantes de Antropología, marzo, Donostia-San Sebastián.
- Valle Esquivel, Julieta. 1994. Los derechos de los pueblos indígenas en Oaxaca. En *Derechos indígenas en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valmaña Ochaíta, S. 1990. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Valverde Molina, Jesús. 1991. *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Madrid: Popular.
- van Boven, T. C., C. Flinterman, F. Grunfeld y I. Westendorp, eds. 1992. The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Netherlands Quaterly of Human Rights* 12.
- van de Kerchove, M. 1984. Réflexions analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 12: 31-7.
— 1987. *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*. Facultés Universitaires Saint-Louis.
— 1996. Réparation et dépenalisation aux États-Unis. *Droit et Cultures* 32: 161-73.
- van den Bergh, G. C. J. J. 1995. The Concept of Folk Law in Historical Context: A Brief Outline. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University

of Wisconsin.

van den Haag, Ernest. 1975. *Punishing Criminals. Concerning a very Old and Painful Question*. Nueva York: Basic Books.

van der Laan, P. H. 1993. Alternative Sanctions for Juveniles in The Netherlands. *Dutch Penal Law and Policy. Notes on Criminological Research from the Research and Documentation Centre*, n. 8.

van der Merwe, Hugo. 1997. Comunicación a las VII Jornadas Internacionales de Cultura y Paz de Gernika, 23-8 de abril de 1997, organizadas por Gernika Gogoratzuz.

van Dijk, Jan J. M. 1985. Compensation by the State or by the Offender: The Victims's Perspective. La Haya: Research Documentation Center.

— 1989. Penal Sanctions and the Process of Civilization. *International Annals of Criminology* 27: 191-204.

— 1994. Understanding Crime Rates: On the Interactions Between the Rational Choices of Victims and Offenders. *British Journal of Criminology* 34, 2: 105-21.

van Dijk, J. J. M., P. Mayhew y M. Killias. 1990. *Experiences of Crime Across the World. Key Findings from the 1989 International Crime Survey*. Deventer, Boston: Kluwer.

van Dijk, J.J.M. y Jaap de Waard. 1991. A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; with a Bibliography. *Criminal Justice Abstracts*, septiembre: 483-503.

van Dülmen, Richard, ed. 1990. *Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle. Studien zur historischen Kulturforschung* III. Frankfurt del Main.

van Garsse L., I. Aertsen y T. Peters. 1995. Is There an Incompatibility between Insurance and Mediation? *European Journal of Criminal Policy and Research* 3, 2: 106-12.

van Houtte, Jean, ed. 1985. *Sociology of Law and Legal Anthropology in Dutch Speaking Countries*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

van Swaaningen, Renè. 1989. Feminism and Abolitionism as Critiques of Criminology. *International Journal of the Sociology of Law* 17: 287-306.

— 1993. Feminismo y Derecho penal. ¿Hacia una política de abolicionismo o garantía penal? En *Criminología crítica y control social*, t. 1 El poder punitivo del Estado, editado por A. Bodenas, E. Font y R. Sagarduy. Rosario: Juris.

— 1994. Feminismo, ¿un impulso para la Victimología, la victimalización y el victimismo? Ponencia presentada en "Common Session del Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology", 30 de octubre- 6 de noviembre, Sant Cugat, Cataluña.

— 1996. *European Critical Criminologies. A Future for Social Justice*. Thousand Oaks, Ca.: Sage.

van Swaaningen, René y Damián Zaitch. 1996. *Normas y culturas en la construcción de la "Cuestión Droga"*, compilado por Xabier Arana y Rosa del Olmo. Barcelona: Hacer.

van Swaaningen, René *et al*, eds. 1988. *À Tort et à Travers: Liber Americorum Herman Bianchi*. Amsterdam: Free University.

van Zyl Smit, D. y F. Dünkel. 1991. *Imprisonment Today and Tomorrow. International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. Deventer: Kluwer.

Van Ness, Daniel W. 1993. New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice. *Criminal Law Forum* 4: 251-76.

— 1996. Restorative Justice and International Human Rights. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Varela Castro, Luciano. 1993. Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso. En *La Victimología*. Madrid: CGPJ.

Vargas González, Alejandro. 1997. La legislación sobre gitanos en la España de los Austrias. *Nevipens Romani*, 1-15 de marzo, p. 6-7.

Vargas Llosa, Mario. 1996. *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*. México: Fondo Cultural Económico.

Varios. 1953. *Delincuencia política internacional. (Aula Penal). Conferencias pronunciadas en Madrid los días 7, 8 y 10 de octubre de 1952, en los Salones del Consejo Supremo de Justicia*. Madrid: Cultura Hispánica.

— 1975. Aspects significatifs de la politique criminelle des pays de l'Afrique noire francophone. *Archives de Politique Criminelle* 1: 91-260.

— 1977. La politique criminelle et le problème de la prévention générale. Deuxième Colloque International de Politique Criminelle, organisé à Paris, le 18 Mars 1977, par le Centre de Recherches de Politique Criminelle. *Archives de Politique Criminelle* 3: 1-56.

— 1983a. La ville et la criminalité. Quatre regards. Contribution française au X^e Congrès International de Défense Sociale (Thessalonique, 28 Septembre - 2 Octobre 1981). *Archives de Politique Criminelle* 6: 71-146.

— 1983b. Tokyo Colloquium on Diversion and Mediation. Ponencia presentada en "Preparatory Colloquium, XIIIth International Congress of Penal Law", 14-6 de marzo, Tokio.

— 1985. *Victims of Crime. Contribution to the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, August 26th, September 6th 1985*. Roma: Ministero di Grazia e Giustizia.

— 1986. *Contemporary Crisis. Law, Crime and Social Policy*, vol. 10, n. 1.

- 1988. *Seguridad pública en el reinado de Carlos III. Cinco estudios sobre la Ilustración*. Madrid: Ministerio del Interior.
- 1989. *The Real Alternative: Strategies to Promote Community Based Penalties*. NACRO: Londres.
- 1990. *Las relaciones entre la Administración local y la Administración de Justicia*, 2 vols. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- 1995. *Justicia con menores y jóvenes. (Curso sobre técnicas de observación, evaluación e intervención en la justicia de menores y jóvenes infractores)*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.
- 1997. *Justicia Juvenil en la CAPV. Situación y perspectiva*. Vitoria-Gasteiz: CGPJ.

Varona Gómez, Daniel. 1997. El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada? En *Penas alternativas a la prisión*, coordinado por J. Cid y E. Larrauri. Barcelona: Bosch.

Varona Martínez, Gema. 1996a. Cosmovisiones legales. La mediación en el sistema penal contemporáneo: ¿nuevo ritual? En *Actas del IV Congreso de Estudiantes de Antropología del Estado español: Cultura y sociedad*. Donostia, 27-9 de marzo de 1996. Donostia: Baloreen Filosofia eta Gizarte Antropologiako Saila.

— 1996b. Resultados de dos grupos de discusión sobre la mediación, formados por estudiantes de la Facultad de Derecho de San Sebastián.

Vásquez Bronfman, Ana e Isabel Martínez. 1996. *La socialización en la escuela. Una perspectiva etnográfica*. Buenos Aires: Paidós.

Vecchio, Giorgio del. 1963. El problema del fundamento de la justicia penal y su posible solución. *Revista de Estudios Penitenciarios* 162: 475-94.

— 1975. The Problem of Penal Justice. En *Considering the Victim*, editado por J. Hudson y B. Galaway. Springfield: Charles C. Thomas.

Veevers, June. 1989. Pre-court Diversion for Juvenile Offenders. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin y Burt Galaway. Londres: Sage.

Vega, José. 1951. El derecho como institución social a través de su trayectoria idealista e histórica. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 81: 31-4.

— 1952. El derecho como institución social a través de su trayectoria idealista e histórica (continuación). *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 82: 30-4.

Vendrell, Montserrat. 1996. Justícia municipal de pau. Comunicació presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes", 12-3 de abril, Barcelona.

Vennard, J. 1976. Justice and Recompense for Victims of Crime. *New Society* 36:

378-380.

Verdier, R. y J.-P. Poly. 1984. *La vengeance. Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*. París: Cujas.

Verin, Jacques y Denis van den Burg-Porte. 1984. Les premières expériences pratiques concernant le travail d'intérêt général. *Archives de Politique Criminelle* 7: 177-98.

Viader Vives. 1974. *Historia del castigo*. Barcelona: Antalbe.

Viano, Emilio. 1990. *The Victimology Handbook*. Nueva York: Garland Publishing.
— 1995. Victims, Crime and the Media: Competing Interests in the Electronic Society. *Communications and the Law* 17: 41-65.
— 1996. Stereotyping and Prejudice: Crime Victims and the Criminal Justice System. *Studies on Crime and Crime Prevention* 5, 2: 182-202.

Vicente Cernicchiaro, Luiz. 1996. Lei 9.009, de 26 de setembro de 1995 - algumas observações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 13: 120-9.

Vicente Remesal, J. de. 1985. *El comportamiento postdelictivo*. Universidad de León.

Victim Support. Magazine of the National Association of Victim Support Schemes. 1993, n. 49, 51 y 52.

Victim Witness Coordination Program of the National District Attorneys Association. 1987. *The Directory of Prosecutor-Based Victim Assistance Programs. A Resource*, 2.ª ed. Alexandria.

Vidal, A. M. 1991. Derecho oficial y derecho campesino en el mundo andino. En *Justicia y derechos humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

Vidal, Antoni. 1996. Visió de l'advocat davant la mediació. Comunicació presentada en "I Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes", 12-3 de abril, Barcelona.

Vidal, Guillén. 1996. Respeto y desarrollo de los derechos de las víctimas. Conferencia pronunciada en el Curso "Policía Judicial como forma de desarrollo de una Justicia más eficaz", organizado por el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa, 16-8 de diciembre, San Sebastián.

Vidmar, Neil. 1993. Verfahrensgerechtigkeit und alternative Konfliktbewältigung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 14, 1: 35-46.
— 1981. Justice Motives and other Psychological Factors in the Development and Resolution of Disputes. En *The Justice Motive in Social Behavior*, editado por M. J. Lerner y S. C. Lerner. Nueva York: Plenum Press.

- Vidmar, N. y D. T. Millner. 1980. Social-Psychological Process Underlying Attitudes toward Legal Punishment. *Law and Society* 14: 545-602.
- Viera, Hugo N. 1976. *Penas y medidas de seguridad*. Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes.
- Vila, Assumpció. 1996. Los pueblos primitivos no eran igualitarios. Entrevista con la arqueóloga A. Vila. *El País*, 23 de octubre, p. 28.
- Vila Miquel, E. 1917. *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*. Madrid: De Juan Pueyo.
- Villagómez Cebrián, Alfonso J. 1995. La policía de seguridad. Un estudio de derecho público comparado. *Cuadernos de la Guardia Civil* 14: 11.
- Villapalos Salas, Gustavo. 1996. Prólogo. En *Introducción jurídica a la historia del derecho*, de Bruno Aguilera Barchet, 2.^a ed. Madrid: Civitas y Universidad de Extremadura.
- Villasante, Tomás R. 1995. *Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de sociedad*. Madrid: HOAC.
- Villavicencio, Felipe. 1993. Mecanismos alternativos o paralelos de solución de los conflictos en el Perú. *Jueces para la Democracia* 20, 3: 94-105.
- Villmow, B. y B. Plemper. 1989. *Praxis der Opferentschädigung. Hamburger Entscheidungen und Erfahrungen von Opfer von Gewaltdelikten*. Pfaffenweiler: Centaurus.
- Vincent, George. 1896. The Province of Sociology. *American Journal of Sociology*, 1, 4: 473-91.
- Vincentnathan, S. George. 1992. The Social Construction of Order and Disorder. In two South India Communities. *Journal of Legal Pluralism* 32: 65-102.
- Virilo, Paul. 1996. Del globalismo al totalitarismo. *Le Nouvel Observateur*, 17 de noviembre (recogido en la Revista de Prensa de El País).
- Visbal Uricoechea, F. 1991. El proceso de racionalización del Derecho. *Análisis socio-jurídicos* 2: 13-29.
- Vitoria, Francisco de. [1533-4] 1992. *La Ley*. Madrid: Tecnos.
- Vives Antón, Tomás S. 1996a. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- , coord. 1996b. *Comentarios al Código penal de 1995*, 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 1996c. Principios penales y dogmática penal. En *Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte general)*, dirigido por Tomás Vives Antón y José Luis Manzanares Samaniego. Madrid: CGPJ.
- Vizcarro, C. 1995. Mediation (Legal Background and Practice): The Spanish Experience. Comunicación presentada en el Seminario Pan-Europeo "Victim-Offender Mediation: Approaches, Achievements, Problems", organizado por el Consejo de Europa, la Generalitat y la Universitat de Barcelona, 12-4 de julio, Barcelona. Véase *Justiforum* 1996, n. 5.
- Vizmanos, T. M.^a de y C. Álvarez Martínez. 1848. *Comentarios al Código penal*, 2 t. Madrid: J. González y A. Vicente.
- Voci, P. 1939. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Milán: Giuffrè.
- Voß, Michael. 1989. Täter/Opfer-Ausgleich: Unwirksame Kriminalprävention. *Neue Kriminalpolitik* 3: 5-7.
- Vourc'h, Catherine y Michel Marcus. 1995. *Nuevas formas de criminalidad urbana, nuevas formas de justicia*. Saint Denis: El Foro Europeo para la Seguridad Urbana.
- Vries, Pieter de. 1996. The Multiple Faces of the Ideology of Intervention: A Story of Administrators' Fantasies and Implementors' Anxieties. *Journal of Legal Pluralism* 36: 89-110.
- Vyas, Yash. 1995. Alternatives to Imprisonment in Kenya. *Criminal Law Forum* 6, 1: 73-102.
- Walgrave, Lode. 1994. Beyond Rehabilitation: In Search of a Constructive Alternative in the Judicial Response to Juvenile. *European Journal on Criminal Policy and Research* 2, 2: 57-75.
- 1997. Violencia juvenil: espejo de los adultos. *Políticas Sociales en Europa* 1: 41-52.
- Walgrave, Lode e Ivo Aertsen. 1996. Reintegrative Shaming and Restorative Justice. Interchangeable, Complementary or Different. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 67-85.
- Walker, Nigel. 1991. *Why Punish?* Oxford: Oxford University Press.
- Walker, N. y H. Hough. 1988. *Public Attitudes to Sentencing: Surveys from Five Countries*. Gower: Aldershot.

- Walker, J. y D. McDonald. 1995. *The Over-Representation of Indigenous People in Custody in Australia*. Sydney: Australian Institute of Criminology.
- Walklate, Sandra. 1989. *Victimology. The Victim and the Criminal Justice Process*. Boston: Unwin Hyman.
- 1992. Appreciating the Victim: Conventional, Realist or Critical Victimology? *Issues in Realist Criminology*, editado por R. Matthews y J. Young. Londres: Sage.
- 1997. Risk and Criminal Victimization: A Modernist Dilemma? *The British Journal of Criminology* 37, 1: 35-45.
- (en prensa). *Understanding Criminology*. Buckingham: Open University Press.
- Walklate, Sandra y Rob Mawby. 1994. *Critical Victimology: The Victim in International Perspective*. Londres: Sage.
- Wall, J. A. y M. Blum. 1991. Community Mediation in the People's Republic of China. *Journal of Conflict Resolution*, 35, 1: 3-20.
- Waller, Irwin. 1988. Rights of Victims of Crime and Abuse of Power: From Rhetoric to Realization. En *International Protection of Victims*, editado por Ch. Bassiouni. París: Érés.
- 1992. Un centro internacional de prevención de la delincuencia. *Prevençió* 8: 77-84.
- Walter, M. 1983. Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität. Zur kriminologischen, kriminalpolitischen und insbesondere dogmatischen Bedeutung von Diversion. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 95, 1: 32-68.
- 1989. Diversionsstrategien und individuelle Rechte der Divertierten. En *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*. Bonn: Forum.
- Walter, M. y W. Schuldzinski. 1992. Der Täter-Opfer-Ausgleich und seine Verortung im System strafrechtlicher Sozialkontrolle. En *Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, editado por H. Ostendorf. Colonia: Carl Heymanns.
- Walter, Michael y Andrea Wagner. 1996. How Police Officers Manage Difficult Situations: The Predominance of Soothing and Smoothing Strategies. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Wambach, Thomas. 1996. *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht*. Friburgo de Brisgovia: MPI.
- Wang, Kirsten. 1981. *Among Hunters and Gatherers in a Metropolitan Jungle. An Analysis of the Society and Culture of Spanish Gitanos*. Universidad de Oslo. Tesis doctoral.

- Wang, Kirsten, María Teresa Díaz Bretones, María Engel et al. 1990. *Mujeres gitanas ante el futuro*. Madrid: Presencia Gitana.
- Ward, David y Gene G. Kassebaum. 1967. *Women's Prison. Sex and Social Structure*, 2.^a ed. Chicago: Aldine.
- Warhaftig, P. 1981. Dispute Resolution Perspective. *Crime and Delinquency* 27: 99-105.
- Warner, Sue. 1992. *Making Amends: Justice for Victims and Offenders: An Evaluation of the SACRO Reparation and Mediation Project*. Aldershot: Avebury.
- Warr, M. 1984. Fear of Victimization: Why are Women and the Elderly More Afraid? *Social Science Quarterly* 65: 681-702.
- Wasik, Martin y Andrew von Hirsch. 1988. Non Custodial Penalties and the Principles of Desert. *The Criminal Law Review*, septiembre: 554-72.
- Watson, Alan. 1995. An Approach to Customary Law. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Watson, David, Jacky Boucherat y Gwynn Davis. 1989. Reparation for Retributivists. En *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, editado por Martin y Burt Galaway. Londres: Sage.
- Watson, Irene. 1996. Law and Indigenous Peoples. The Impact of Colonialism on Indigenous Cultures. *Law in Context* 14, 1: 107-119.
- Wauchope, M. 1994. Protective Mediation: A New Approach to the Victim-Offender Relationship. *Socio-Legal Bulletin*: 16-20.
- Weber, Max. 1969. Rational and Irrational Administration of Justice. En *Sociology of Law. Selected Readings*, editado por V. Aubert. Victoria: Penguin.
— [1904] 1988. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península.
- Wechsler, L. 1990. *A Miracle, A Universe. Settling Accounts with Torturers*. Nueva York: Pantheon.
- Wefers, Walters. 1958. El Derecho penal vigente como sistema de valores. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* 135: 568-75.
- Weigend, Thomas. 1989. *Deliktsoffer und Strafverfahren*. Berlín: Duncker & Humblot.
— 1990. *Absprachen in ausländischen Strafverfahren: eine rechtsvergleichende*

Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß. Friburgo de Brisgovia: MPI.
— 1994. Zukunftsperspektiven der Opferforschung. En *Kriminologische Opferforschung. Neue Perspektiven und Erkenntnisse*. Teilband I. Grundlagen. Opfer und Strafrechtspflege. Kriminalität der Mächtigen und ihre Opfer, editado por G. Kaiser y J.-M. Jehle. Heidelberg: Kriminalistik Verlag.
— 1997. Das "Opportunitätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109, 1: 103-21.

Weintraud, U. 1980. *Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der BRD*. Baden-Baden: Nomos.

Weisbrot, David. 1982. The Impact of the Papua New Guinea Constitution on the Recognition and Application of Customary Law. *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canberra Law Workshop VI*, editado por Peter Sack. Canberra: Australian National University.

Weisser, Michael R. 1972. Crime and Subsistence: The Peasants of the Tierra of Toledo, 1550-1700. Northwestern University. Tesis doctoral.

Weisser Ring. 1996. *Täterrechte -Opferrechte -Neue Gewichtung im Strafprozeß*. Mainz: Weisser Ring.

Weitekamp, Elmar. 1990a. Restitutionsprogramme für Erwachsene in den USA und Kanada. Gutachten für das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

— 1990b. Restitution. A New Paradigm of Criminal Justice or a New Way to Widen the System of Social Control? Ann Arbor: University Microfilms International.

— 1992. Can Restitution Serve as a Reasonable Alternative to Imprisonment? An Assessment of the Situation in the USA. En *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation -International Research Perspectives-*, editado por Heinz Messmer y Hans-Uwe Otto. Dordrecht: Kluwer.

— 1993. Reparative Justice. Towards a Victim Oriented System. *European Journal on Criminal Policy and Research* 1, 1: 70-93.

— 1995. From "Instant" Justice till Restorative Justice: In Search of New Avenues in Judicial Dealing with Crime. En *Changes in Society, Crime and Criminal Justice in Europe*, vol. 1 Crime and Insecurity in the City, editado por Cyrille Fijnaut y otros. Antwerpen: Kluwer.

Weitekamp, Elmar y H.-J. Kerner. 1995. In Memoriam: Thorsten Sellin. *Anales Internacionales de Criminología* 33, 1/2: 25-32.

Wellford, Charles F. y Ruth A. Triplett. 1993. The Future of Labeling Theory: Foundations and Promises. En *New Directions in Criminological Theory*, editado por F. Adler y W. S. Laufer, vol. 4. Advances in Criminological Theory. New Brunswick: Transaction.

- Wemmers, Jo-Anne M. 1994. The Dutch Victim Guidelines. Their Impact on Victim Satisfaction. Ponencia presentada en al Octavo Simposio Internacional de Victimología, 21-6 agosto, Adelaide (Australia).
- 1996a. *Victims in the Criminal Justice System*. Amsterdam: Kluger.
- 1996b. Restitution and Conflict Resolution in The Netherlands. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.
- Werner, K. 1984. Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren bei Staatsanwaltlichen Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 9.
- Wesel, Uwe. 1985. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umriss einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten*. Frankfurt del Main: Suhrkamp.
- Westbrook, Raymond. 1995. Biblical and Cuneiform Law Codes. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Westermann, Ted D. y James W. Burfeind. 1991. *Crime and Justice in Two Societies. Japan and the United States*. Pacific Groove, Ca: Brooks/Cole.
- Westermark, George D. 1986. Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea. *Ethnology* 25: 131-49.
- 1996. When the Alternative Fails. *Journal of Legal Pluralism* 36: 183-94.
- Weston, Burns H. 1985. Human Rights. En *Encyclopaedia Britannica*, 15.^a ed., 20: 713-21.
- Wetzels, Peter. 1995. *Wider den naiven Realismus kriminologischer Opferforschung -Plädoyer für einen subjektiven, konstruktivistischen Opferbegriff-*. Hannover: Krim. Forsch. Inst.
- Weyrauch, Walter Otto y Maureen Anne Bell. 1993. Autonomous Law Making: The Case of the "Gypsies". *Yale Law Journal* 103, 2: 323-99.
- Wheatley, Steven. 1996. The Council of Europe's Framework Convention on National Minorities. *Web Journal of Current Legal Issues* 5.
- White, S. D. 1978. The Settlement of Disputes by Compromise in 11th Century France. *American Journal of Legal History* 22.
- Whitehead, P. 1990. *UK Community Supervision for Offenders*. Aldershot: Avebury.
- Whitfield, D. y D. Scott. 1993. *Paying Back. Twenty Years of Community Service*.

Winchester: Waterside Press.

Wicker, A. W. 1979. *Introduction to Ecological Psychology*. Pacific Grove, Ca: Brooks/Cole.

Wickham, Chris, Henry Kamen, Elena Hernández y otros. 1995. *Crisis de la modernidad y derechos humanos*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Wiethölter, Rudolf. 1991. *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*. Madrid: Edersa.

Wilkinson, Stephen. 1996. Restitution without Punishment: Is it enough to Make Criminals Pay? En *Punishment, Excuses and Moral Development*, editado por Henry Tam. Aldershot: Avebury.

Wilson, James Q. 1983. Thinking about Crime. The Debate over Deterrence. *The Atlantic Monthly* 252, 3: 72-88.

Wilson, J. Q. y G. Kelling. 1982. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. *Atlantic Monthly*, marzo: 29-38.

Wilson, J. W. 1987. *The Truly Disadvantaged. The Inner City, the Underclass and the Public Policy*. Chicago: Chicago University Press.

Wise, E. M. 1992. Criminal Law. En *Introduction to the Law of the U. S.*, editado por D. S. Clark y T. Ansary. Boston: Kluwer.

Witte, Erich H. 1994. Mediation (Regelungsberatung): Theoretische Grundlagen und empirische Ergebnisse. *Gruppendynamik* 26, 3: 241-51.

Wittgenstein, Ludwig. 1992. *Observaciones a la Rama Dorada de Frazer*. Madrid: Tecnos.

Wood, Ch. 1991. *The End of Punishment. Christian Perspectives on the Crisis in Criminal Justice*. Edimburgo: Edinburgh University.

Woolpert, Stephen. 1996. Los programas de reconciliación víctima-ofensor. En *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, compilado por Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak. Buenos Aires: Paidós.

Wormald, Jenny. 1983. The Blood Feud in Early Modern Scotland. En *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, editado por J. Bossy. Cambridge: Cambridge University Press.

Worrall, Anne. 1990. *Offending Women. Female Lawbreakers and the Criminal Justice*

System. Londres: Routledge.

Wright, Martin. 1991. *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*. Filadelfia: Open University Press.

— 1996a. Can Mediation be an Alternative to Criminal Justice? En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

— 1996b. *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, 2.^a ed. Winchester: Waterside.

— 1997. Victim/Offender Conferencing: The Need for Safeguards. Comunicación presentada en la Conferencia Internacional *Restorative Justice for Juveniles -Potentialities, Risks and Problems for Research*, Lovaina, mayo de 1997.

Wynne, Jean. 1996. Leeds Mediation and Reparation Service: Ten Years' Experience with Victim-Offender Mediation. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Wyvekens, A. 1992. L'insertion locale de la justice pénale. Université de Montpellier I, Faculté de droit et des sciences économiques. Tesis doctoral.

— 1997. Maisons de justice: de quoi s'agit-il? *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* abril: 458-66.

Xu, X. 1995. The Impact of Western Forms of Social Control on China. A Preliminary Evaluation. *Crime, Law and Social Change* 23: 67-87.

Yaron, Reuven. 1969. *The Laws of Eshnunna*. Jerusalén: Magnes Press.

Yazzie, Robert y James W. Zion. 1996. Navajo Restorative Justice: The Law of Equality and Justice. En *Restorative Justice: International Perspectives*, editado por Burt Galaway y Joe Hudson. Monsey: Criminal Justice Press.

Ybarra, Gabriel M.^a de. 1925. *El primer tribunal de menores de España*. Madrid: Talleres Voluntad.

Yébenes Gadea, Antonio. 1989. Indemnización a víctimas del terrorismo. *Ciencia Policial* 5: 4-13.

Yin, Robert K. 1994. *Case Study Research. Design and Methods*, 2.^a ed. Londres: Sage.

Yinger, Milton. 1960. Contraculture and Subculture. *American Sociological Review* 25, 5: 625-35.

Yngvesson, Barbara. 1995. *Virtuous Citizens, Disruptive Subjects. Order and Complaint in a New England Court*. Londres: Routledge.

Yokley, J. M. 1990. *The Use of Victim-Offender Communication in the Treatment of*

- Sexual Abuse: Three Intervention Models*. Orwell: The Safer Society Press.
- Yoors, Jan. 1974. *The Gypsies of Spain*. Nueva York: Macmillan.
- Young, Alison. 1990. *Femininity in Dissent*. Londres: Routledge.
 — 1996. *Imagining Crime: Textual Outlaws and Criminal Conversations*. Londres: Sage.
- Young, Jock. 1987. The Tasks Facing a Realist Criminology. *Contemporary Crisis* 11: 337-56.
 — 1988. Risk of Crime and Fear of Crime: A Realist Critique of Survey Based Assumptions. En *Victims of Crime: A New Deal?* editado por M. Maguire y J. Pointing. Milton Keynes: Open University Press.
 — 1996. The Failure of Criminology: The Need for a Radical Realism. En *Criminological Perspectives. A Reader*, editado por J. Muncie, E. McLaughlin y M. Langan. Londres: Sage.
- Young, Peter. 1992. Issues in the Philosophy and Practice of Penal Policy. Seminario celebrado en la Escuela de Criminología de Lovaina, 28 de febrero a 10 de marzo de 1992.
- Young, Richard y David Wall, eds. 1996. *Access to Criminal Justice: Legal Aid, Lawyers & The Defense of Liberty*. Londres: Blackstone.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 1996. Marco constitucional para la pluralidad jurídica. *Desfatiendo Entuertos* 1: 21-7.
- Yrureta, Gladys. 1981. *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Yü Li, Shih-Yü. 1995. Tibetan Folk-Law. En *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, editado por Alison Dundes Renteln y Alan Dundes, vol. I. Madison: The University of Wisconsin.
- Yzquierdo Tolsada, M. 1996. *Aspectos civiles del nuevo Código penal. (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos)*. Madrid: Dykinson.
- Zabalza, Ramón. 1995. *Imágenes gitanas. Fotografías y recuerdos*. Utrera: Arte y Proyectos.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1980. *Tratado de Derecho penal. Parte general I*. Buenos Aires: Ediar.
 — 1989a. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.
 — 1989b. El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales. En *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela:

Universidad de Santiago de Compostela.

— 1993. Prólogo. En *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* de N. Christie. Buenos Aires: del Puerto.

— 1993b. *Criminología. Aproximación desde un margen*, vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis.

— 1995a. ¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión. En *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*, coordinado por Luis González Placencia. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

— 1995b. Abolicionismo y garantías. *Jueces para la Democracia* 24: 23-5.

— 1997. Globalización y sistema penal en América Latina: de la Seguridad Nacional a la Urbana. Ponencia presentada en el Curso de Verano "Globalization and Legal Cultures", 30 de junio-4 de julio 1997, Oñati, IISJ.

Zandbergen, Anke. 1996. Shaming in a Dutch Diversion Project. *European Journal on Criminal Policy and Research* 4, 4: 95-112.

Zapatero Sagrado, Ricardo. 1964. Los caballeros XXIV. *Revista de Estudios Penitenciarios* 166: 485-57.

Zauberman, R. y P. Robert. 1990. Victims as Actors of Social Control: An Empirical Inquiry in France and Some Implications. *International Review of Victimology* 1: 133-52.

Zedner, Lucia. 1994. Reparation and Retribution: Are They Reconciliable? *The Modern Law Review* 57, 2: 228-50.

— 1996. England. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Zehr, Howard. 1976. *Crime and the Development of Modern Society*. Londres: Croom Helm.

— 1990. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale: Herald Press.

— 1996. Justice Alternatives: A Restorative Perspective. *Imbizo* 2: 2-4.

Zeldin, Theodore. 1995. *An Intimate History of Humanity*. Londres: Minerva. En castellano: 1996. *Historia íntima de la humanidad*. Madrid: Alianza.

Zhalinski, Alfred. 1996. Russia. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Zhan, Lening, Dengke Zhou, Steven F. Messner, Allen E. Liska, Marvin D. Krohn, Liu Jianghong, Zhou Lu y otros. 1996. Crime Prevention in a Communitarian Society: BangJiao and Tiao-Jie in the People's Republic of China. *Justice Quarterly* 13, 2: 199-222.

Ziegenhagen, E. A. 1977. *Victims, Crime, and Social Control*. Nueva York: Praeger.

Zila, Josef. 1996. Schweden. En *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, editado por Albin Eser y Susanne Walther, vol. 1. Friburgo de Brisgovia: Iuscrim.

Zimring, F. E. y G. Hawkins. 1973. *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*. Chicago: University of Chicago Press.

Zino Torraza, Julio. 1996. Els continguts de la pena de presó: notes per a una anàlisi etnogràfica de la gestió institucional. *Justiforum* 6: 9-24. Véase su tesis doctoral, presentada en el Departamento de Antropología Cultural e Historia de América y África de la Universidad de Barcelona, con el título: El discurrir de las penas. Institución y trayectorias: el caso de la prisión. 1996.

Zips, W. y E. A. B. van Rouveroy van Nieuwaal, eds. 1997. *Sovereignty, Legitimacy and Power in African Societies -Perspectives from Legal Anthropology*. Münster: Lit. Verlag.

Zubiri de Salinas, Fernando. 1996. Responsables civiles en el Código penal. *Jueces para la Democracia* 25: 61-6.

Zugaldía Espinar, José Miguel. 1993. *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zugaldía Espinar, José Miguel, María Luisa Maqueda Abreu y Patricia Laurenzo Copello. 1996. *El Derecho penal en casos: parte general*, 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zunzunegui, José María. 1996. Iglesia y mediación. *El Diario Vasco*, 22 de mayo, p. 24.

Zvekic, Ugljesa, ed. 1994. *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*. Chicago: Nelson-Hall.

Zysberg, André y René Burlet. 1990. *Gloria y miseria de las galeras*. Madrid: Aguilar.