

La McDonaldización del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva)¹

***The McDonaldization of the Criminal Process
(The Indemnification of Prejudices in the Criminal
Process as Substitute of the Punitive Pretension)***

***La McDonaldization de la Procédure pénale
(L'indemnisation des dommages dans la procédure
pénale comme substitut de la prétention punitive)***

Ricardo Molina López²

Resumen

Este artículo presenta un análisis del fundamento de los modelos de proceso penal desde una perspectiva jurídica y sociológica, para llegar a demostrar que el proceso penal en Colombia y España está determinado por una concepción que privilegia la pretensión indemnizatoria sobre la punitiva en la persecución penal, lo cual es consecuencia, paradójicamente, del afán por presentar una imagen que se corresponda con el discurso punitivo eficientista que se le presenta a los ciudadanos.

Palabras Clave: Proceso penal, Indemnización, Cumplimiento de una pena, Consecuencias civiles, Terminación del proceso.

-
- 1 El presente trabajo fue elaborado dentro del seminario de investigación: "Consecuencias jurídicas del delito", bajo la orientación del Prof. Dr. Borja MAPELLI CAFFARENA en la Universidad de Sevilla durante el curso 2007/2008.
 - 2 Becario de la Fundación Carolina (España) para cursar el Doctorado en Derecho penal y procesal de la Universidad de Sevilla. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB) de Medellín; especialista en Derecho penal de la Universidad de Antioquia, y en Derecho financiero de la UPB Profesor asociado de la Escuela de Derecho de la UPB en el Área de Derecho penal. Correo electrónico: ricarmol@hotmail.com

Este artículo fue recibido el día 20 de septiembre de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 8 del 2 de diciembre de 2008.

Abstract

This article presents an analysis of the fundamentals of the criminal process models from a legal and sociological perspective to demonstrate that the criminal process in Colombia and Spain is determined by a conception that prioritizes the indemnification claim over the punitive claim in the criminal prosecution. This is a paradoxical consequence of the eagerness to present an image that fits the criminal efficiency discourse displayed to citizens.

Key Words: Criminal process, Compensation, Serving a sentence, Civil penalties, Principle of opportunity.

Résumé:

Cet article présente une analyse du fondement des modèles de procédure pénale selon une perspective juridique et sociologique, pour démontrer que la procédure pénale en Colombie et en Espagne est déterminée par une conception qui privilégie la prétention d'indemnisation sur la prétention punitive dans la persécution pénale. Cela est conséquence, paradoxalement, du souci pour présenter une image qui correspond avec le discours d'efficacité punitive qui est présentée aux citoyens.

Mots Clés: Procédure pénale, Indemnisation, Accomplissement d'une peine, Sanctions civiles, Principe de l'opportunité.

Sumario

Introducción. 1. La concepción liberal del proceso penal. 2. La concepción “Mcdonaldizada” del proceso penal. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En este trabajo se presenta una tesis según la cual la concepción liberal de la intervención punitiva, adelantada por medio del proceso penal, se ubica en una sociedad de *productores* en la cual tiene prevalencia la pretensión punitiva sobre la indemnizatoria, mientras que en la actual sociedad de *consumidores* dicho orden se invierte debido fundamentalmente, aunque resulte paradójico, a las demandas de *eficiencia* que se le hacen al Estado en lo penal. En cuanto a la fundamentación de la intervención punitiva la pena deja de ser considerada como un principio teórico y se sustituye por la indemnización como un fin práctico.

En el primer acápite se describen y analizan la *finalidad* y el *objeto* del proceso penal en la sociedad de *productores*; en el segundo se describe la inversión en el orden de estos elementos basilares del proceso penal y se presentan las consecuencias de ello. Finalmente se ofrecen las conclusiones.

1. La concepción liberal del proceso penal

En la concepción liberal de la intervención punitiva, el proceso penal es diseñado como un instrumento que tiene por *finalidad* la aplicación de las hipótesis normativas establecidas en el Derecho penal sustantivo a un caso en concreto de la vida real de una manera que resulte respetuosa de la dignidad humana. Esta visión del proceso penal tiene pues la clara finalidad de materializar una *pretensión punitiva*, necesitando para ello la búsqueda de una verdad material³; de allí que el proceso tenga por *objeto* el procesamiento de un presunto autor al cual se le imputa la presunta comisión de una conducta punible. El *objeto del proceso penal* versa entonces sobre una pretensión netamente punitiva en la que el Estado ejecuta el *ius perseguendi* sobre un sujeto individualizado, excluyendo a la *víctima* de

3 Fundamentalmente a través de un modelo procesal mixto que agrupa las características de los modelos inquisitivo y acusatorio.

esta relación procesal⁴. En este contexto, la imposición de la pena tiene el *sentido* de una *retribución* en sentido ético (Kant) o jurídico (Hegel); la *finalidad* de la *prevención general negativa* se busca al momento de la criminalización primaria cuando por parte del legislador se define la conducta como punible y se le asigna la consecuencia jurídica, enviando el mensaje atemorizante para coaccionar a los destinatarios de la norma.

En cuanto a la inclusión de la víctima y su pretensión indemnizatoria dentro del proceso penal, Carrara en su *Programa de Derecho Criminal* alude en varias oportunidades a la indemnización de perjuicios a favor de la víctima dejando en claro que esa es una forma de responsabilidad civil que tiene como causa la comisión de una conducta punible⁵. Con todo, el mismo Carrara menciona de manera indirecta que para un condenado puede tener más sentido retributivo el pago de perjuicios a la víctima que la misma pena impuesta a aquél⁶; esta idea es retomada por el *Positivismo criminológico italiano* y es llevada a la práctica. Garófalo, luego de criticar a la *Escuela clásica italiana* por haberse dedicado, según él, a estudiar únicamente los aspectos cualitativos y cuantitativos de la pena dejando de lado la reparación del daño⁷, atribuye al Positivismo el haber considerado la obligación de indemnizar a la víctima como una pena más, es decir, como una manifestación adicional del *ius puniendi*⁸. Esta idea introduce un nuevo *objeto* al proceso penal, la indemnización

4 En este trabajo dentro del concepto de víctima se incluye al perjudicado.

5 CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Vol. 4 (reimpresión) (ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge, Trads.). Bogotá: Temis, 1986. p. 170.

6 *Ibid.*, pp. 169-170: “En varias ocasiones he encontrado condenados más afligidos por tener que pagarle indemnización a la víctima, que por la pena afligida contra ellos; y aunque les hiciera presente que aquél es un deber de conciencia, tuve el dolor de oírles responderme con imprudencia que hubieran preferido un castigo más severo con tal de no tener que dar nada; este hecho les dará a los pensadores ocasión para que mediten en la eficacia de las penas con relación a cierta clase de pasiones”.

7 GARÓFALO, Rafeale. Indemnización a las víctimas del delito. (Dorado Montero, Pedro, Trad.). Madrid: La España moderna, 1890. p. 58.

8 *Ibidem*. “(...) a la nueva escuela positiva corresponde el mérito de haber considerado la reparación como uno de los principales objetos de la represión”. Ver también, FERRI, Enrico. Proyecto preliminar de Código Penal para Italia. (JIMÉNEZ ESCRIBANO, Cristino, Trad.). Madrid: Góngora, 1925. pp. 88-89: “La indemnización a las víctimas del delito, ¿es una obligación de naturaleza privada? ¿Es tan sólo un *vinculum* entre el delincuente y la víctima, o es más bien una obligación de carácter público? (...) Para SAVIGNY era una obligación privada; la víctima debería reclamar la indemnización al delincuente, de la misma suerte que cualquiera otra obligación civil. «La obligación de reparar el perjuicio causado por un

de perjuicios, que se hace depender de la declaratoria de responsabilidad penal. En otras palabras, el proceso penal llega a tener dos objetos sobre los cuales se discutirá en cualquier procesamiento penal: uno *principal*, la pretensión punitiva en cabeza del Estado, y uno *accesorio*, dependiente de aquél, que versará sobre la pretensión indemnizatoria a favor de la víctima. La obligación de indemnizar a la víctima se entiende supeditada a la declaratoria de responsabilidad penal de un autor; así, ésta es considerada como una fuente obligacional. Esta concepción aparece recogida tanto por el Código Civil colombiano como por el español⁹, ambos elaborados a finales del siglo XIX, en 1887 y 1889 respectivamente.

Es importante recordar que la visión aquí presentada se ubica en el contexto de una sociedad decimonónica “*dominada por unas relaciones interpersonales relativamente sencillas*”¹⁰. Desde la perspectiva sociológica este periodo es conocido como el de la *sociedad de productores*, caracterizado por el disciplinamiento de los individuos y sus relaciones, la búsqueda de la seguridad, la apropiación de bienes perdurables que garantizaran la estabilidad a futuro¹¹. Este modelo de sociedad se contrapone a la *sociedad de consumidores*, en la cual se promueve un estilo de vida y una forma de organización social esencialmente consumistas, masificadas, dependientes de las ofertas de las grandes corporaciones y orientadas por la *ce-*

delito, es de la misma naturaleza que la obligación resultante de un contrato». [SAVIGNY, Traité de Droit Romain. V pp. 49-50] (...) Contra esta concepción de la naturaleza de la obligación de indemnizar, luchó con constancia loable la Escuela Positiva. «¿Qué identidad puede encontrarse ente una deuda proveniente de un contrato cuyo incumplimiento ha podido preverse tomando las oportunas precauciones y una deuda proveniente de un acto criminoso, es decir, de un acto que no ha violado una norma de conducta convenida entre dos personas, sino una norma de conducta universalmente aceptada y contra la cual nadie piensa que los demás quieran rebelarse?» -decía GAROFALO”.

9 Cfr. Código Civil colombiano art. 1494 y Código Civil español art. 1902. En el Ordenamiento colombiano la declaratoria de responsabilidad civil pretendida dentro del proceso penal debe tener causa en la responsabilidad penal, es decir, en la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, a excepción de las hipótesis de conflictos de antijuridicidad, como en la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber legal. En todo caso, se puede invocar ante la jurisdicción civil el hecho dañoso como fuente de responsabilidad y en ese evento no se tendría que cumplir con las exigencias de una declaratoria de responsabilidad penal de conformidad con la concepción dogmática de la conducta punible. En el caso español ocurre de manera similar; al respecto ver: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Civitas, 2005. p. 402.

10 *Ibid.*, p. 399.

11 BAUMAN, Zigmunt. Vida de consumo. (ROSENBERG, Mirta y ARRAMBIDE, Jaime, Trads.). Madrid: Fondo de cultura económica. 2007, p. 48.

leridad y el *eficientismo* hasta en las conductas más simples de la cotidianidad¹². Si se entiende que el lenguaje es un reflejo de la sociedad, resulta esclarecedor constatar que los Códigos Civiles de Colombia y España¹³ en sus redacciones originales del siglo XIX, compuesto cada uno de ellos por casi dos mil artículos, no usan la palabra “*consumidor*”¹⁴ mientras que hoy existe toda una parcela de los respectivos Ordenamientos dedicada al *Derecho del consumidor*. Uno de los elementos de análisis importantes que aportan estas visiones de la sociedad tiene relación con la legitimidad del poder, y en este caso del poder punitivo a partir del conflicto de soberanías: la de los *ciudadanos* frente a la de los *consumidores*. En el liberalismo la ciudadanía es un derecho de las personas; para ser consumidor no sólo se requiere existir como persona sino que además se debe ser un agente activo de los mercados que demande bienes y servicios.

La concepción del proceso penal en la sociedad del siglo XIX tenía por cometido fundamental el ejercicio de una pretensión punitiva buscando la retribución y la prevención especial frente al autor individualizado de una conducta punible, a partir del establecimiento de una verdad material. Por ende, el objeto del proceso penal no era disponible y el titular del poder punitivo estaba en la obligación de ejercer la persecución punitiva en todas las hipótesis de comportamientos que revistieran las características de punibles, pues sólo así la sociedad entendía la legitimidad del poder de castigar. En cuanto a la inclusión de la pretensión indemnizatoria como accesoria a la pretensión punitiva, pero concebida en todo caso como una pena, podría decirse que buscaba materializar la retribución aterrizándola del sentido metafísico al plano de lo fácilmente perceptible por el conjunto social y por el mismo condenado¹⁵ y excluía la posibilidad de disponer del objeto principal desde

12 *Ibid.*, p. 78.

13 Esta es la codificación que en cualquier Ordenamiento refleja la regulación de las relaciones sociales básicas.

14 El Código Civil español sólo utiliza la palabra “*consumo*” en el artículo 526 y hace referencia al uso de productos de origen animal: “El que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado, podrá aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto basta para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive”. Por el contrario, las palabras “*producto*” y “*productor*” sí son utilizadas en distintas ocasiones en los códigos civiles colombiano y español.

15 FERRI, Enrico. Sociología criminal. Vol. 1. (SOTO y HERNÁNDEZ, Antonio, Trad.). Madrid: Centro editorial de Góngora, 1907. p. 293: “Es decir, en pocas palabras, que se obtiene más de los hombres lisonjeando su amor propio y dirigiéndose a su interés personal, que usando de violencias y de autoridad”.

el objeto accesorio, porque desde aquel surgía una obligación de indemnizar de carácter *legal* y no *convencional*.

Todo lo dicho hasta aquí permite concluir varias cosas: primero, que en las sociedades de finales del siglo XIX la intervención punitiva tenía como finalidad principal ejercer una pretensión punitiva y accesoriamente una pretensión indemnizatoria dependiente de aquella. Como una segunda conclusión, se puede afirmar que la accesoriedad de la pretensión indemnizatoria fue recogida en los códigos civiles al establecer la responsabilidad penal por la realización de una conducta punible como una *fuerza legal* de la obligación de indemnizar. En tercer lugar, al buscar que la pretensión punitiva se ejecute con un sentido retributivo se imposibilita la disposición de ésta por su titular, es decir, por el Estado. En todos los casos, de conformidad con el *principio de legalidad* el titular del poder punitivo debe adelantar la persecución penal para establecer la responsabilidad individual y aplicar la pena en su totalidad. Otra conclusión indica que concebir la indemnización como una forma de pena, al estilo del Positivismo italiano, la ubica en el Ordenamiento con un sentido retributivo de carácter económico y, por lo tanto, ésta no sería susceptible de disposición por parte de la víctima quien se vería obligada indiscutiblemente a perseguir patrimonialmente a su victimario. Finalmente, en quinto lugar, queda claro que en la sociedad de productores la justificación del poder punitivo emana de las teorías de la pena, fundamentalmente de carácter retributivo y preventivo especial en cuanto a su aplicación y ejecución, y que dicho poder encuentra su legitimación en la soberanía popular de los ciudadanos.

2. La concepción “*Mcdonaldizada*” del proceso penal

Durante el siglo XX se presentaron cambios muy grandes en cuanto a la organización y funcionamiento de las sociedades. De la hegemonía del poder estatal se dio un tránsito a la hegemonía de los mercados; la soberanía del ciudadano se ha cambiado por la soberanía del consumidor. Todo ello ha sido ubicado en las etapas que han sido denominadas como del *fordismo* y del *post-fordismo*¹⁶.

16 Aunque en la actualidad suele hablarse de un periodo histórico del “*post-fordismo*” asimilándolo a la caída del *Estado del bienestar*; lo cierto es que hoy más que nunca la sociedad occidental está signada por la esencia del “*fordismo*”, que no es otra cosa que la producción “*eficiente*” y *masiva* de bienes y servicios.

El *fordismo* materializa todas las ideas sobre la organización de la burocracia que planteó Max WEBER comenzando el siglo XX¹⁷. El *fordismo* debe entenderse esencialmente como la producción en cadena de bienes para consumo masivo. Henry Ford desarrolló un sistema en línea, o de sucesión de procedimientos, para el ensamblaje de coches gobernado por las ideas de *eficiencia*, *calculabilidad*, *previsibilidad* y uso de tecnologías no humanas, visualizadas siempre desde la perspectiva relacional *costo-beneficio*¹⁸. El proceso penal, como instrumento de uso social, no fue ajeno a las influencias del *fordismo*. La inclusión de la eficiencia en el proceso penal ha sido la ideología que con mayor éxito se ha exportado desde los Estados Unidos hacia el resto del mundo occidental, modificando hasta los modelos de procesamiento de la Europa continental¹⁹.

El proceso penal de la post-modernidad no busca materializar una pretensión punitiva que busque la *retribución* o la *prevención especial positiva*. La primera es una idea demasiado etérea que no puede ser *calculada* y por lo tanto no es susceptible de ser gobernada, lo que elimina el factor de la *previsibilidad*. La segunda idea, es decir, la *prevención especial positiva*, sí puede ser calculada en el sentido de considerar qué cantidad de agencias deben participar en un proceso de reinserción social de un procesado-condenado, y esto es precisamente lo que hace que sea desechada de plano por lo altos costos económicos que le demandaría al Estado. Por tanto, la intervención punitiva se ha venido entendiendo en las últimas cuatro décadas en términos de preventivo generales, con los cuales sí se puede pretender prever, calcular y alcanzar la *eficiencia*. Así, la pretensión punitiva que antes era concebida exclusivamente como el objeto principal del proceso penal ha retrocedido en muchos aspectos frente a la primigenia concepción accesoria de la pretensión indemnizatoria. En otros términos, es posible afirmar que la determinación de la responsabilidad penal de un autor individualizado frente a una conducta punible, luego de la búsqueda y construcción de una verdad material, ya no es lo que *principalmente* busca el proceso penal; éste ha sido orientado a la

17 WEBER, Max. Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva. 2ª ed. (8ª reimpresión). (WINKELMANN, Johannes, Trad.) México: Fondo de cultura económica, 1987.

18 Aldous Huxley desde el año 1932 presenta al *fordismo* como una anti-utopía de la modernidad en su libro "Un mundo feliz". 9ª ed. México: Publimexi, 2004.

19 Ver, SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)". En: Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid, Tecnos, 2002. pp. 289-302.

construcción de una verdad formal negociada entre las partes, donde la pretensión indemnizatoria se convierte en el eje de la discusión y por lo tanto deviene en objeto principal del proceso. Es considerado más funcional un proceso penal que busque la *eficiencia* con el envío de mensajes preventivos a la sociedad cifrados en clave indemnizatoria.

Cuando el objeto accesorio del proceso penal se convierte en el principal y viceversa, la pretensión punitiva pende de la posibilidad de disposición de la indemnización, de tal manera que una eventual negociación que genere una convención sobre la obligación de indemnizar aniquila la imposición de cualquier consecuencia jurídica punitiva. Dicho de otro modo, la pretensión punitiva termina por depender de la discusión y un eventual acuerdo que sobre la pretensión indemnizatoria realicen las partes involucradas. Este cambio de orden en las prioridades trae consigo varias consecuencias en la actividad de la intervención punitiva. El Estado, con la escasa soberanía que ostenta en un mundo globalizado por el dominio hegemónico de los mercados, opta abiertamente por el eficientismo evitando desgastes políticos y económicos²⁰. Este se encarga de desarrollar una intervención punitiva más en el plano de lo *simbólico* que de lo *real* y para ello acude a múltiples figuras que aplica tanto en la criminalización primaria como en la secundaria; las que utiliza en esta última pueden ser cobijadas por el *principio de oportunidad*²¹. En la criminalización primaria al hecho procesal de la reparación se le otorga el efecto

20 CONTRERAS ALFARO, Luis H. Corrupción y principio de oportunidad penal. Salamanca: *ratio legis* Librería Jurídica, 2005. p. 15: "Nuestro actual modelo de sociedad post-industrial, caracterizado por Beck como «Sociedad de riesgos», presenta una problemática complejísima para los sistemas de enjuiciamiento criminal contemporáneos, que reaccionan frente al contexto de crisis agudizado por éstas nuevas amenazas sociales con criterios de solución que pretenden distanciarse del modelo punitivo liberal".

21 El principio de oportunidad se entiende generalmente como la antítesis del principio de legalidad en materia procesal penal. Con todo, esta concepción no es satisfactoria al no definir el contenido del mismo; es decir, ella comporta una *definición negativa* del principio, enuncia lo que no es, pero no establece lo que es. Una definición que englobe los elementos esenciales del principio de oportunidad, esto es, una definición en *sentido estricto*, indica que aquel es un mecanismo por medio del cual el titular del ejercicio de la acción penal puede desistir del inicio de las actividades de persecución, en otras palabras, de iniciar el proceso penal, así como de procurar el sobreseimiento o preclusión en el curso de la actividad investigativa, y de disponer del contenido de la pretensión penal en cuanto a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal. Algunos autores restringen la facultad de disposición a los sujetos que hacen parte de la estructura persecutoria del Estado, por entender que tienen el deber legal de iniciar la persecución penal.

de circunstancia atenuante²² e incluso de eximente de responsabilidad²³. En la criminalización secundaria el legislador procura omitir el procesamiento penal con instituciones de naturaleza reparadora-indemnizatoria como la conciliación o la mediación; incluso hasta en la ejecución penal, última fase de la manifestación del *ius puniendi*, se busca evitar la materialización de la pretensión punitiva a favor de la pretensión indemnizatoria²⁴.

Resulta paradójico que mientras en la criminalización primaria es evidente la expansión del ámbito de actuación de la intervención punitiva²⁵, en la criminalización secundaria el Estado como detentador del poder punitivo procura evitar la aplicación del Derecho penal sustantivo utilizando la mayor cantidad de instrumentos a su alcance.

Otra de las manifestaciones que tornan perceptible la preponderancia de la disponibilidad, que como ya se dijo surge desde la esfera de una discusión de carácter patrimonial, aparece en las negociaciones que se hacen de manera directa sobre la pretensión punitiva a través de figuras como la conformidad negociada de la responsabilidad penal²⁶; con ésta se le otorgan beneficios punitivos al procesado, o a veces se llega hasta eliminar la imputación para evitarle el Estado el desgaste político y económico de un procesamiento penal.

22 Cfr. Código Penal español art. 21.5: "Son circunstancias atenuantes: (...) 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral", y Código Penal colombiano art. 55.6: "Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: (...) 6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible".

23 Cfr. Código Penal español art. 305.4.

24 En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, Cfr. Código Penal español art. 81.3; y, Código Penal colombiano arts. 63 y 65.3; en lo relativo a la concesión de la libertad condicional, Cfr. Código Penal español art. 90.1.c) y Código Penal colombiano arts. 64 y 65.3.

25 Se habla de una expansión del Derecho penal que se manifiesta a partir de la creación de nuevos bienes jurídicos, de la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, de la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía; al respecto ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús –María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

26 Cfr. Ley de Enjuiciamiento Criminal de España art. 801 y Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 906/ 2004, arts. 324 y 348 al 354.

En síntesis, la reivindicación de la víctima durante el siglo XX pareciera estar más enfocada a encubrir un *eficientismo punitivo*, dándole una prevalencia a la reparación sobre la responsabilidad penal. Para lograr dicho cometido, las teorías utilitarias de la pena han sido dotadas con nuevos contenidos; esgrimiendo la búsqueda de una prevención se termina depositando en un mismo saco la pretensión punitiva y la indemnizatoria, desconociendo la naturaleza de una y otra²⁷. Esta es quizá una forma muy *eficiente, calculable y previsible* de concebir y ejecutar la intervención punitiva en una sociedad de consumidores, pero ello no guarda coherencia con las bases filosóficas del Derecho penal de cuño liberal, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho²⁸. Hoy en día el proceso penal se ha reconstruido según los dictados de una *sociedad McDonaldizada*²⁹, y en su concepción y funcionamiento pesa más la *producción en cadena de "justicia"*³⁰ que las pausadas discusiones de fondo acerca de la responsabilidad penal, sobre todo en un universo de situaciones y datos tan complejo donde es muy difícil hallar un responsable individualizado. Para ello ha sido un ingrediente básico la reivindicación de las víctimas y su reparación.

Conclusiones

En la globalización neoliberal la intervención punitiva no podía escapar de los aires privatizadores. En la moderna sociedad del riesgo el Estado ofrece a sus asociados

27 HIRSH, Hans Joachim. "La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación". En: *Cuadernos de política criminal*. No. 42. Madrid: Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, (1990). pp. 565 y 568, respectivamente: "Pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas"; "Los fines de la pena o fines del derecho penal se refieren por lo tanto a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de instrumentos de actuación sobre el autor. Que la víctima obtenga resarcimiento constituye por el contrario un "aliud" que está fuera de esos fines".

28 La Constitución española de 1978, la cual fue asumida como modelo en Colombia por parte del constituyente de 1991, se adscribe a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho; así, dispone en su art. 1: "1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (...)".

29 Ver, RITZER, George. *La McDonaldización de la sociedad*. (SAUTIÉ, Miguel, Trad). Madrid: Editorial popular, 2007. p. 20: se entiende por *McDonaldización* "el proceso mediante el cual los principios del restaurante de comida rápida están invadiendo y llegando a regir un número creciente de sectores de la sociedad americana así como del resto del mundo".

30 *Ibid.*, p. 241.

unas expectativas de protección que es incapaz de cumplir³¹; por tanto, acude a la privatización de la protección y para ello es funcional el rol que desempeñan los *consumidores*, que ya no *ciudadanos*. Se consolida la prevención actuarial de riesgos medidos desde una perspectiva netamente económica. La indemnización cobra un papel protagónico porque se percibe como el medio para la eliminación de las consecuencias de un riesgo pasado, que se concretó en un daño, y de un riesgo futuro, como puede ser la criminalización terciaria³² que pueda llegar a sufrir la víctima. De ahí que las compañías aseguradoras vendan pólizas que cubran todas las eventualidades que se les puedan llegar a generar a los potenciales actores de un conflicto punitivo, por activa o por pasiva, y el pago sobre el riesgo, concreto o futuro, está anclado en la sociedad como un síntoma de la confianza en el sistema. Las ideas de justicia y libertad aparecen replanteadas en términos exclusivamente económicos.

El proceso penal ha pasado de ser un escenario de discusión sobre la verdad material acerca de los presupuestos de imputación y punibilidad, para convertirse en escaparate de negociación de una verdad formal con pretensiones netamente económicas. El proceso penal, incluyendo la ejecución penal, es una mercancía que puede ser adquirida por el mejor postor.

El pretendido regreso a la víctima, anunciado y estructurado normativamente, se ha hecho más con una orientación utilitarista a favor del Estado que con la intención de reivindicar los derechos de aquella. Por esta vía se ha logrado trastocar el orden de prioridades en el proceso penal, pasando la pretensión punitiva a la condición de accesoriedad respecto de la indemnizatoria; puede que así las víctimas obtengan una prestación de carácter material, pero se deja de lado el problema ético que entraña la responsabilidad penal.

31 Una reciente investigación interna, de abril de 2008, realizada en España por el Consejo General del Poder Judicial desveló que existen más de 270.000 sentencias condenatorias proferidas por órganos de la jurisdicción penal pendientes de ejecución debido a la incapacidad operativa del sistema penal; sobre ello véase: MORÁN, Manuel. "Los datos del sistema de justicia oficial en una cultura poco proclive a la mediación". En: *Universitas vital*. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007. pp. 509-520.

32 Puede entenderse por *criminalización terciaria sobre la víctima*, todas aquellas consecuencias materiales que ésta eventualmente tendrá que soportar derivadas de la criminalización de su victimario, como por ejemplo, manipulación por parte de los órganos del Estado y de los medios de comunicación y estigma social. Valga aclarar que algunos entienden por *criminalización terciaria* la ejecución de una consecuencia jurídico penal sobre el victimario; ese significado no es el que se aplica en este escrito.

En tanto que la sociedad de consumidores percibe más fácilmente lo material que lo ideal, la reparación aparece como un símbolo del castigo sobre el victimario y desde aquella el Estado reivindica la intervención punitiva con una supuesta prevención general. Con todo, es muy poca la discusión que se presenta sobre la constitucionalidad de aquellas hipótesis normativas que supeditan el reconocimiento del derecho a la libertad individual al pago de perjuicios, lo que comporta verdaderos casos de prisión por deudas, a no ser que se estime que la indemnización es una pena que acompaña a la de prisión.

Al establecerse por regla general la facultad de disposición del proceso penal por los particulares o por el Estado, mediando la negociación, la intervención punitiva deja de ser un asunto de debate sobre los límites éticos que debe respetar el Estado frente a los individuos en materia de restricción de libertades, y por tanto, los conflictos sociales más graves que alteran la convivencia en sociedad terminan convertidos en un problema de *derecho de los consumidores* aplicable tanto a las víctimas y victimarios cuando negocian entre sí, como a estos últimos cuando negocian con el Estado. En final instancia se termina concretando un proyecto abolicionista, de manera más indirecta que soterrada, lo cual por sí mismo no sería rechazable; el punto discutible es la forma y los medios con que se lleva a cabo.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión (M. Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos, coords.). Vol. 1. Madrid: Edisofer; Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. pp. 205-237
- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- : Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios. En: *Un "Codice tipo" di procedura penale per L'America Latina* (14ª: 1991: Roma). Memoria del Congreso Internacional. Padova: CEDAM, 1994. pp. 271-288.
- BARATTA, Alessandro. "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)". En: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004. pp. 299 - 333
- BAUMAN, Zigmunt. Vida de consumo. (ROSENBERG, Mirta y ARRAMBIDE, Jaime, Trads.). Madrid: Fondo de cultura económica, 2007.
- BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal". En: *problemas actuales de la justicia penal*. Barcelona: Bosch, 2001. pp. 13-24.
- BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. "Alternativas a la pena privativa de la libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal". En: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. pp. 1009-1023.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Vol. 4 (reimpresión). (ORTEGA TORRES José J. y GUERRERO, Jorge, Trads.). Bogotá: Temis, 1986.
- CONTRERAS ALFARO, Luis H. Corrupción y principio de oportunidad penal. Salamanca: *ratio legis* Librería Jurídica, 2005.
- DE GIORGI, Alesandro. Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control. Barcelona: Editorial virus, 2005.
- FENECH, Miguel. El proceso penal. 3ª ed. Madrid: Agesa, 1978.
- FERRI, Enrico. Sociología criminal. Vol. 1. (SOTO Y HERNÁNDEZ, ANTONIO, Trad.). Madrid: Centro editorial de Góngora, 1907.
- : Proyecto preliminar de Código Penal para Italia. (JIMÉNEZ ESCRIBANO, Cristino, Trad.). Madrid: Góngora, 1925.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminología. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- GAROFALO, Rafeale. Indemnización a las víctimas del delito. (DORADO MONTERO, PEDRO, Trad.). Madrid: La España moderna, 1890.
- HASSEMER, Winfried. "La persecución penal: legalidad y oportunidad". En: *Jueces para la democracia: información y debate*. No. 4. Madrid: Jueces para la democracia, (septiembre de 1988). pp. 8-11.

- HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal: nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2002.
- HIRSH, Hans Joachim. "La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación". En: *Cuadernos de política criminal*. No. 42. Madrid: Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, (1990). pp. 561- 576.
- HUXLEY, Aldous. *Un mundo feliz*. 9ª ed. México: Publímexi, 2004.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 2005.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales". En: *Jueces para la democracia: información y debate*. No. 61. Madrid: Jueces para la democracia, (marzo de 2008). pp. 19-29.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- MORÁN, Manuel. "Los datos del sistema de justicia oficial en una cultura poco proclive a la mediación". En: *universitas vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007. pp. 509-520.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general*. 5ª ed. (con la colaboración de Miguel Polaino Orts.). Barcelona: Bosch, 2004.
- : "Reformas penales (desde 1995 a 2002)". J. Barja de Quiroga y M. Zugaldía Espinar (coords.). En: *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp. 645-691.
- : *La reforma penal española de 2003*. Madrid: Tecnos, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. "Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos". En: *M. Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos, coords. Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Madrid: Edisofer; Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. pp. 591-656.
- RITZER, George. *La McDonaldización de la sociedad*. (SAUTIÉ, Miguel, Trad). Madrid: Editorial popular, 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)". En: *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 289-302.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús –María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed. (8ª reimpresión). (WINCKELMANN, Johannes, Trad.) México: Fondo de cultura económica, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?". En: *Homenaje al profesor GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO*. Cizur Menor (Navarra): Thomsom Aranzadi, 2005. pp. 1077-1091.
- : *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2006.
- : "Globalización y crimen organizado". En: *Conferencia de clausura de la CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHO PENAL*. (AIDP). (1ª: 2007: Guadalajara). Organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal. Versión digital disponible en: <http://www.cienciaspenales.net> (febrero de 2008).