

La reparación en el Derecho Penal

Jorge GARCÍA^(*)

Sumario

Introducción. La situación actual del Derecho Penal. La reparación y las teorías de la pena: a) La neutralización de la víctima; b) El renacimiento o redescubrimiento de la víctima; c) Diferentes modelos de propuestas de reparación en Derecho Penal; d) Crítica y toma de posición; e) Compatibilidad entre reparación y teorías de la pena: 1) Relatividad de las teorías de la pena; 2) Reparación y prevención general positiva; 3) Reparación y prevención general negativa; 4) Reparación y prevención especial. El Derecho Penal Argentino y la reparación. Conclusión.

Resumen

El presente trabajo fue originariamente preparado con motivo del Homenaje al Prof. Dr. Claus Roxin a raíz de su distinción como profesor "Honoris causae" por la Universidad Nacional de Córdoba. En pocos autores como en Roxin se vislumbra la necesidad de una visión interdisciplinaria del Derecho Penal con las Ciencias Sociales, en especial con la Sociología. El énfasis puesto por el profesor de Munich en lo que se ha dado en llamar una dogmática abierta a la política criminal —desde la función del derecho Penal y de la teoría de la pena pasando por lo intrasistemático de las categorías concretas—, tiene esa impronta del "hacerse cargo" del aporte sociológico en una búsqueda permanente de síntesis enriquecedoras.

El acento sobre el tema de la reparación, supone la superación de una visión retributiva y abstracta del derecho penal, y la pretensión de "dar cuenta" del "desencantamiento de la modernidad", es decir de traducir la tensión entre "facticidad y validez" en un derecho penal que ya no puede recurrir a incondicionales teológicos ni de cualquier iusnaturalismo sustancialista, sino que debe fundamentar su propia legitimidad como refuerzo coactivo de los consensos comunicacionales básicos en sociedades pluralistas y anonimizadas. En suma la tensión entre principios que hacen a la dignidad humana y una dinámica social de creciente irracionalidad en el poscapitalismo globalizado.

^(*)Profesor de Derecho Penal (FCJS-UNL).

Introducción

Si tuviese que afrontar la casi imposible tarea de sintetizar o seleccionar algún aspecto que me pareciera esencial de la formidable obra de nuestro mercedamente homenajeado Prof. Claus Roxin, creo que no tendría más remedio que obrar dentro de aquellos “prejuicios hermenéuticos” de que hablaba Gadamer y tomar aquellos aspectos que más han influenciado en mi precomprensión sobre la cuestión penal.

Y aquí no dudo en señalar—obviamente sin ninguna pretensión de originalidad—mi admiración por el efecto paradigmático de su construcción dialéctica del derecho penal desde la perspectiva de la Política Criminal. Y dentro de este motorizador y aún no agotado horizonte de proyección, creo que su valor preponderante es la permanente búsqueda de síntesis constructoristas que superen paralizantes antinomias.

Así es evidente que su construcción dogmática va más allá de cualquier modelo positivista, como dogmática creadora, pero al mismo tiempo es relativista, en el sentido de que es sólo limitadamente vinculada en perspectivas ontologistas. Desde aquel homenaje a Radbruch sobre la simbiosis entre idea y materia, Roxin desarrolló “el problema de cómo se explica la dialéctica de materia y forma en la estructura de la teoría del delito; es decir de un instrumento para el tratamiento jurídico penal de hechos sociales” (Roxin, 1973 (1968) 388)⁽¹⁾.

Del mismo modo, su construcción se ha esmerado por alejarse de un modelo de Política Criminal de signo consecuencialista de Prevención Eficaz del delito sobre bases empíricas que integra las garantías formales y materiales de Derecho Penal, en una Política Criminal Valorativa, que aunque no pueda confundirse con un Principialismo al estilo del monismo individualista de los autores de la escuela de Frankfurt, sí contiene limitaciones externas a la funcionalización⁽²⁾.

Y esto es del todo aplicable por supuesto a su conocida teoría dialéctica de la unión como teoría de la pena, y sobre todo en su contenido de prevención integradora con la incorporación de la Reparación a la víctima en el sistema de sanciones: “...la incorporación de la reparación voluntaria al sistema de sanciones en relación con los delitos de pequeña y mediana gravedad conjuga de forma airosa los aspectos preventivo generales y especiales con la satisfacción de los intereses de la víctima”.

Comentando que la conciliación entre prevención general, prevención especial orientada a la integración social y limitación de la pena en un Estado de Derecho es la “mejor política criminal”, Roxin sostiene que estas metas combinadas basan la inclusión de la reparación en el

⁽¹⁾ Dice así Roxin: “Radbruch tuvo razón: la idea es distinta según que se la deba realizar en mármol o en bronce. Igualmente puede decirse que las normas jurídicas toman una distinta configuración según se refieran a un hecho positivo o una omisión, a un acto voluntario o involuntario”. “No es preciso destacar que la materia jurídica debe entenderse no en el sentido de una facticidad libre de valor sino como una relación de sentido dada. En un método semejante, la naturaleza de la cosa —no es necesario temer las huellas de los términos de Radbruch— exige la particularidad de la solución adecuada materialmente a la materia de la regla” (ob.cit., trad. castellana de E. Bacigalupo en NPP, 1973, 393; Roxin se ha ocupado extensamente de la reparación dentro de su teoría de la pena. Los fundamentos ya en “Sentido y Límite de la pena estatal”, en Problemas básicos del Derecho Penal, trad. de Luzón Peña; Reus, 1976; específicamente en “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en la colectánea de Heinz Schöch “Wiedergutmachung und Strafrecht”, trad. de J. B. Maier y E. Carranza, en la colectánea dirigida por Maier “De los delitos y las víctimas” ed. Ad-hoc, 1992; también, presentando las conclusiones del Proyecto Alternativo de Reparación del que es co-redactor en “La Reparación en el sistema jurídico penal de sanciones, trad. de Manzanares Samaniego, en jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, publ. por el Consejo General del Poder Judicial de España, s/f; idem. en su Der. Penal, I, pag. 108 y sig. de la trad. de Luzón Peña.

⁽²⁾ Sintetiza Roxin recientemente esta postura en: “La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal” ed. Tirant-Valencia. Año 200, pag. 70: “Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal, y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosas como sus orientaciones preventivas”.

Paragr. 46 a de StGB, “única conquista político criminal importante del Derecho Penal alemán de los últimos veinte años”.

“El atractivo del fomento del instituto de la reparación en Derecho Penal radica en primer lugar en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos, fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. De este modo, el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población. Pero también, en la misma medida, la introducción de la reparación y la conciliación entre autor y víctima en el sistema sancionatorio son adecuadas a las exigencias de prevención especial. Porque el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y por ello es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización. Finalmente, entre todas las instituciones con relevancia sancionatoria, la reparación y la conciliación entre el autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor”. “Soluciones como ésta –concluye Roxin– abren el camino a una Política Criminal humana de futuro”.

Los interrogantes que cabe plantearse frente a esta postura, y al aparente “renacimiento” de la víctima, y de allí el objetivo de esta breve colaboración, son los siguientes:

¿Cómo se compatibiliza la idea de reparación con el actual fenómeno de expansión del Derecho Penal? En otros términos, estos venturosos efectos que parecen surgir de la “tercera vía” son funcionales a la “huida hacia las penas”, o expresan un signo contradictorio a esta tendencia.

En segundo lugar: ¿Significa la idea de reparación una vuelta atrás en el modelo autoritario de la pena estatal hacia modelos que tengan en cuenta los llamados protagonistas reales del conflicto, o se trata sólo de un problema de eficiencia, en el sentido de cálculo costo-beneficio que en definitiva amplíe el modelo de delito como infracción del deber?

Para contestar los puntos en cuestión hemos de ubicarnos en la situación del Derecho Penal en la actualidad, para luego repasar la compatibilidad de la reparación con las llamadas teorías de la pena, para finalizar con un breve repaso de algunos ejemplos de incorporación legislativa de alternativas reparatorias.

La actual situación del Derecho Penal

a) No creo exagerar si digo que contrariamente a lo que ocurría en la década del setenta –y aún hasta mediados de los ochenta–, existe la tendencia –sobre todo legislativa y de los “massmedia”– de lo que se ha denominado “inflación penal” o “huida hacia las penas”, entendido esto como utilización aunque más no sea meramente simbólica del derecho penal y obviamente de la pena de prisión como “solución” de problemas tan diversos como la violencia social, la inseguridad urbana, el tráfico de narcóticos, el terrorismo, las agresiones al medio ambiente, los delitos informáticos o fiscales, etc. Esta tendencia de nuestro tiempo, sintetizada por Winfried Hassemer en una conferencia en Buenos Aires (1998) en la reflexión de que cada vez más las personas estaban dispuestas a pagar en moneda de libertad a cambio de seguridad, pareciera que nos adentra en un nuevo modelo de legislación penal que implica el fin del derecho penal en su concepción liberal mediante su transformación en un derecho de intervención punitiva en sentido amplio.

Frente a esta corriente, reitero sobre todo de política legislativa, se contraponen la mayor parte de la doctrina, la que alerta no sólo sobre los defectos de índole constitucional de que adolece esta posición criminalizante, sino sobre todo en la postura de fuerte contenido irracional de una utilización meramente

simbólica del derecho penal, en donde el símbolo reza: si adopto el símbolo desaparece el delito. Esta postura es absolutamente criticable –por su ingenuidad si es inconsciente, por su hipocresía si es consciente– dado que sobreestima la posibilidad real de motivación al destinatario de la norma penal, y a la larga incluso desde una perspectiva utilitaria termina por desacreditar la buscada vigencia normativa.

Creo, entonces, que la problemática fundamental del Derecho Penal como instrumento profano del control social, de una sociedad plural y anonimizada, es decir de una sociedad que no se funda en un orden incondicional o absoluto, sino que descansa en el reforzamiento coactivo de ciertas normas que expresan consensos comunicacionales básicos –el orden legítimo constitucional– sobre el reconocimiento de la calidad de persona y ciudadano de sus miembros, continúa siendo el de su supervivencia.

b) También considero necesaria una aclaración previa, que es al mismo tiempo una toma de posición subjetiva sobre el abordaje del problema: No creo que el Derecho Penal derive ni de un orden iusnaturalista inmutable, ni de ningún otro tipo de ontologismo substancial.

La imagen del hombre sobre la que se edifica el Derecho Penal de nuestro tiempo tiene sí unos atributos mínimos que son los normativizados en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y que se recogen en las constituciones de los Estados Democráticos occidentales, es decir una especie de mínimos éticos que no están abiertos al mero consenso/disenso. Más allá de si “realidad en sí”, es “realidad representada”, estos principios que hacen al afianzamiento de la dignidad y espacios de autonomía del hombre a lo largo del tiempo, nos marcan un sustrato material indisponible sobre el que puede predicarse no sólo lo correcto o incorrecto, sino también lo justo o injusto³⁹.

Esta especie de “ontologismo débil” que no estaría tan alejado de un normativismo relativista, aboga la tesis de que estos imperativos éticos mínimos informan al Derecho Penal de los Estados Constitucionales en la propia noción de “persona” o “ciudadano”. Puede reformularse entonces la vieja frase de Von Liszt de que el Derecho Penal era la “Magna Carta del delincuente” que formaba un vallado dogmático frente a la lucha contra la peligrosidad científica causalmente hallada, por la idea de que el Derecho Penal es la Magna Carta del Ciudadano. Esta noción no limita desde “fuera” o, como vulgarmente se cree, como “gracia” de los buenos a los malos, sino como único modo de comunicación normativa legítima, en que se describe el ámbito de autonomía y el ámbito de deber.

Assumiendo una gran cuota de simplificación podríamos caracterizar a la sociedad del fin del milenio –del llamado poscapitalismo– sobre tres ideas interrelacionadas: a) la de la sociedad de riesgo, b) la de la “globalización”, c) la de la inseguridad.

En lo que hace al primer concepto es un lugar común, desde la obra de Beck (*Risikogesellschaft*-1986), caracterizar al capitalismo posindustrial como una sociedad que lleva en los avances tecnológicos ilimitados –piénsese sólo en la bio-genética y la energía nuclear– el riesgo de procedencia humana como riesgo estructural de supervivencia. El riesgo eventualmente incontrolable proviene no sólo de ataques intencionales, sino de fallos técnicos, sean éstos imprudentes o aun de los que provienen del riesgo permitido –amén de ello la cada vez mayor complejidad de la estructura social en los ámbitos

³⁹Hemos tratado estos temas con mayor desarrollo en “El Estado de derecho y el actual fenómeno de la expansión del Derecho Penal” ed. Fac. Ciencias Juríd. Univ. Concepción del Uruguay (E.R.), 2000; antes en Cuadernos de Doctrina y Jur. Penal nro.4 a cuyas citas me remito. Como dice Silva Sánchez “...hay realidades empíricas ancladas de modo permanente en el consenso intersubjetivo y (todavía) no falsadas. Y asimismo que hay realidades normativas permanentemente instaladas en el consenso intersubjetivo u otras que han alcanzado dicho consenso recientemente respecto de las cuales tenemos la convicción de que un eventual disenso futuro carecería de capacidad de alterarlas en su statu-quo –así lo relativo a los derechos humanos o al propio concepto base de la dignidad humana. La reflexión sobre la pena significa entonces la reflexión crítica sobre si el refuerzo coactivo a la vigencia de la norma débil mantiene todavía legitimidad, sobre si es justo o no, y si finalmente como antes ocurrió con tantas penas históricamente vigentes –desde todas las formas de muerte o tormentos, a las infamantes o eliminatorias–, es posible avanzar en la progresiva reducción de la privación de libertad como modo central de reacción punitiva.

de organización intersubjetiva, organización anonimizada y con creciente división e interrelación de funciones— que hacen que el control de riesgos dependa de roles de garantes de los sujetos.

En cuanto a la globalización, este neologismo en realidad marca la aceleración del proceso de acumulación y centralización del capitalismo en su etapa posindustrial, es decir, la disminución de la hegemonía de los procesos industriales en manos del capital financiero. No sólo pierden importancia los modelos de economías nacionales por los grandes bloques regionales integrados sino que lo fundamental es el “cuidado” de los flujos financieros a través de su circulación cibernética en los mercados.

Obvio corolario de todo esto es el fenómeno de la inseguridad, desde lo individual hasta lo general, y fundamentalmente por la incidencia de los mass-media, la globalización de la sensación de inseguridad. La posibilidad casi ilimitada de disfrute de bienes de consumo convive con el fenómeno del desempleo y la exclusión social; la paz de los grandes bloques económicos convive con la violencia irracional, religiosa o racial; la posibilidad de goce de mejores condiciones de sobrevivencia y salud convive no sólo con carencias mínimas en amplias capas de población sino con resultados inesperados de manipulaciones biogénicas aún insospechadas, y peor con escalofriantes estadísticas de muertes irracionales o irresponsables (desde la autodestrucción por adicciones, hasta los derivados del tránsito).

Pareciera entonces explicable —aunque no compartible— que esta crisis del Estado de Bienestar degenera hacia modos duros de control social como propuesta irracional de solución, pero vemos con gran preocupación que los Estados Democráticos de Derecho tomen estas propuestas irracionales y pretendan a través de la legislación penal su abordaje, ya que los principios constitucionales que informan al Estado de Derecho son incompatibles con modos policíacos de existencia.

En efecto, como luego veremos, la legitimidad del Estado de derecho responde a consensos tácitos y expresos para la integración social, desde los sistemas productivos generadores de empleo hasta la gran cantidad de instituciones sociales intermedias, sistemas educativos abarcativos y una compleja y dinámica red socio asistencial.

Un estado policíaco, por el contrario, privilegia los aspectos coercitivos de la producción del orden, adquiriendo entonces las instancias formalizadas de contención mayor centralidad en la producción del consenso o represión del disenso, produciendo motivaciones inauténticas (externas al individuo) sustitutivas de las reprimidas por el sistema⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Llevando esta preocupación a nuestro marco periférico, es evidente que la discusión sobre estos aspectos se ha limitado a un círculo muy limitado de juristas o criminólogos y no ha tenido recepción en los niveles decisivos gubernamentales. En otros términos, no ha existido ni existe en nuestro ámbito una política criminal.

La crisis del “capitalismo prebendario” de nuestro margen, en el que la llamada “sustitución de importaciones”, escondía un esquema de ineficiencia productiva y corrupción política en el subsidio permanente desde el capitalismo de estado, ha generado un esquema de retro del Estado de todas las funciones (productivas y aún las tradicionales, como las de servicio público pero) y esto es lo grave incluso las tareas de regulación de las actividades privatizadas) en un proceso agudizado de centralización y concentración de capital, en sectores de altísima productividad tecnológica y expulsores de mano de obra. La creciente marginalización de sectores excluidos del modelo, hace especialmente explosivos en términos de violencia social, a los cordones suburbanos más importantes o regiones que han «perdido» en el nuevo modelo productivo.

El problema se agudiza, porque no existe una redistribución del gasto social privatizado, hacia instancias informales de normalización (Asistencia familiar, escolar, médica, etc.) y el que existe cae en los bolsones de corrupción política —el llamado financiamiento ilegal de la política—.

No es extraño entonces que a las políticas “simbólicas” “duras” de represivización del sistema punitivo se le sumen instancias claramente violentas de acción directa de los organismos policiales —estatales y privados— y situaciones de “autodefensa”, todo esto fomentado y aprobado ideológicamente por los medios masivos de comunicación social. Garzón Valdés habla recientemente de “Instituciones suicidas” refiriéndose al mercado y la democracia. La policización de la democracia, siempre me trae a la memoria los conceptos de Arnold Hauser sobre el arte paleolítico “el pintor y cazador paleolítico pensaba que en la pintura poseía ya la cosa misma, pensaba que con el retrato del objeto había adquirido poder sobre el objeto; creía que el animal de la realidad sufría la misma muerte que se ejecutaba sobre el animal retratado” en “Historia social de la literatura y el arte”, ed. Guadarrama, T.I, pag. 20 y sig. Es paradójico como pareciera que esta continuación entre representación y realidad propia del paleolítico opere todavía en el legislador democrático a quien suponemos consciente de la diferencia entre “mundo de la vida” y normatividad.

c) Ahora bien, cómo trasladamos estas ideas al marco normativo, a fin de que como dice Jakobs no se degrade al Derecho Penal "...al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y dicho de modo metafórico debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día...". En otros términos, ¿es posible que un Derecho Penal de un estado democrático contemple las nuevas complejidades de la sociedad posmoderna sin perder su rasgo central que en frase de Callies, "... es derecho de protección de ciudadanos...? Recordaba este autor: "Si bien cabe que las penas atiendan a fines, para el ciudadano, el Derecho Penal es un Derecho de defensa contra el estado, y a la vez garantía de protección contra la autoayuda arbitraria y violenta de otros".

Como hemos adelantado, el problema no halla solución en términos sólo funcionalistas, ya que aquí sospechamos que lo que ha de quedar como reducción autorreferenciada de complejidad social, será una imagen virtual de un derecho penal de ciudadanos, ni tampoco en las teorías tradicionales de la pena que a lo más que llegan es o a adición en las teorías de la unión o a la abstracción del quebrantamiento normativo.

Creemos que un punto de acercamiento al problema es que el Derecho Penal como parte del Estado de Derecho afronte la tarea de la justificación de su racionalidad procedimental. Como dice Habermas, "...los fundamentos morales del Derecho positivo no se pueden explicar bajo la figura de un derecho natural supraordinante, y de otro modo no se puede liquidarlos simplemente sin privar al derecho del momento de indisponibilidad que le es inherente y esencial". "La moralidad implantada en el derecho positivo debe tener más bien la fuerza trascendente de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad. Esta "pretensión normativa de validez", este reconocimiento sólo puede ser logrado mediante la argumentación. Los casos límites de la resistencia legítima y de la desobediencia civil muestran que estas argumentaciones pueden hacer saltar a la misma forma jurídica en que ellas están institucionalizadas"⁽⁵⁾.

Creo que esta idea de autonomía comunicativa como base de la legitimidad normativa puede dar un contenido material al concepto de Derecho Penal de *ultima ratio*, para que éste no sea sólo una expresión utilitaria.

Como expresa Kindhauser, la dimensión de legitimidad "...no es solamente un adorno redundante e idealizante, el cual decora la factibilidad del derecho con un polen metafísico, sino que

⁽⁵⁾ Confr. El Estado de derecho y el actual fenómeno...cit. Pág 63 y sig.. Esto se traduce en que las normas de conducta en un proceso democrático tienen igualmente una racionalidad provisoria y falible, sin que baste para ello el simple argumento de las mayorías – el malentendido Kantiano de la generalidad a que alude Habermas–, es decir exigen autonomía comunicativa también en los procesos legislativos. Esto significa, según Urs Kindhauser el esfuerzo no solo por parte de la representatividad parlamentaria sino informal por la ciencia del derecho o aún los medios de comunicación, por demostrar su falibilidad o falsedad. Kindhauser trae aquí como ejemplo de presunción de racionalidad las normas centrales del Derecho Penal –homicidio o violación– las que poseen un trasfondo de consenso difícilmente discutible, que determina por ej. la exclusión del error de prohibición.

Solo las normas que gozan del status de acuerdo leal –en el sentido de consenso de autonomías comunicativas– tiene la legitimidad necesaria para dar lugar al límite del espacio de libertad – espacio de deber. En un sentido material entonces el quebrantamiento de la norma racional significa el desconocimiento –deslealtad– de la autonomía comunicativa del otro (alter) –lo instrumentaliza–, ya que la norma que se lesiona para los afectados o víctimas deben parecer válidas en el sentido de que su expectativa de cumplimiento está intuitivamente autorizada. Por el mandato de neutralidad Kantiano nadie está jurídicamente obligado a cumplir las normas de Derecho, ni menos a compartir motivos éticos o morales de su imposición. Pero tampoco puede haber un derecho a lesionar la autonomía comunicativa de otros con el quebrantamiento de la norma. Las condiciones elementales para la integración social orientada al consenso se traducen en Bienes Jurídicos, y entre éstos los que por su cualidad especial son indispensables para facilitar o asegurar la participación libre e igualitaria en este consenso son los denominados Bienes Jurídico-penales (confr. Kindhauser, U. "Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa" ed. Externado –Colombia–; sobre Habermas, confr. "Derecho y Moral" en El Derecho, La Política y la Ética" en AAVV ed. SXXI-ídem. en "Facticidad y Validez" en las "Tanner lectures" ed. Troita.-Sobre Jakobs, confr. "Sociedad, norma y persona" ed. Civitas; ídem. "Sobre la teoría de la pena" en Cuadernos ...ed. ad-hoc año IV nro.8.- Sobre Nino, confr. "Ética y Derechos Humanos" ed. Astrea, 2da. ed., ídem en "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de derechos humanos" en D.P. año 1989.

como dimensión de la perspectiva interna en el acuerdo sobre las normas es el primer momento de la integración social”.

Y se justifica la idea de *ultima ratio* del Derecho Penal, porque precisamente la sociedad democrática al constituirse pluralmente y reproducirse críticamente conforme al discurso jurídico, tiene en sí misma el “momento de la discordia”, esto es los derechos subjetivos –los derechos humanos– no son una gracia otorgada por el orden jurídico a modo de un despotismo ilustrado de fin de milenio, sino que son momentos éticos de consensos acumulados que integran esta autonomía comunicativa –“cartas de triunfo” las denomina Nino–. Lejos de esta especie de sociedad sin personas que parecen exudar las tesis funcionalistas, la idea de autonomía comunicativa y pretensión de consenso se entiende como acuerdo polémico y con “derechos de defensa y rechazo” de sus integrantes.

La contestación ante el injusto culpable del Derecho Penal sólo puede hacerse reconociendo a quien lesionó bienes jurídicos la autonomía comunicativa como persona. Esto excluye su instrumentalización, por ejemplo, con fines intimidantes del colectivo (Prevención General Intimidatoria) o la mera idea de venganza “jurídica” –ej. la pena de muerte, la reclusión perpetua o en general la idea de represalia– como asimismo la pretensión conductista de la resocialización.

Pero también este concepto excluye las funciones que se pretenden legislativamente en la expansión del Derecho Penal Simbólico: así, en la mera insistencia del aumento en las penas de prisión, como en la utilización de instrumentos procesales abiertamente inconstitucionales propios del Derecho Penal de Enemigos –testigos de la corona, arrepentidos, agentes encubiertos, escuchas telefónicas o ilimitadas intromisiones a la privacidad, etc.

Ciertamente que algunas formas altamente violentas u organizadas de criminalidad representan un riesgo serio a la convivencia, pero aquí debe ser infranqueable el momento ético fundamental del Estado de Derecho, en que procedimentalmente se haga valer el mejor argumento de que la justicia no se da por un precio como recordaba Kant.

d) Teniendo en cuenta estas ideas que operan en mí como aquellas “lentes del pensar” de que hablaban los neokantianos, es que adelanto mi postura favorable a la admisión de soluciones composicionales o reparatorias, que tengan en cuenta los intereses de las víctimas en el Derecho Penal, no como una especie de *remake* romántica y bucólica de los modelos primitivos germánicos, sino por los perniciosos efectos que evita.

No se puede negar –siempre dentro de un orden democrático– que el esfuerzo por reparar, ya sea como alternativa o como atenuante de la pena de prisión, no desocializa, reduce la violencia del modelo punitivo, y confirma el consenso normativo como modelo de orientación de conductas de un modo menos autoritario, aun que se formule desde el Estado, porque se da cabida a sus protagonistas reales. No se trata de ampliar el Derecho Penal incorporando la vía indemnizatoria civil como pena, sino de limitarlo en la medida posible mediante sustitutos reparatorios.

La idea de reparación y las llamadas teorías de la pena

La neutralización de la víctima

Es una afirmación generalizada en doctrina que el Derecho Penal, tal cual lo conocemos, surge precisamente con la neutralización de la víctima. El proceso de extrañamiento de la víctima de su posición natural frente al ofensor, y la sustitución por la retribución estatal, derivándola al ámbito civil indemnizatorio y a la previsión social se sitúan generalmente en el paso del sistema acusatorio privado propio del derecho germano antiguo –la *friedensbruch* o pérdida de la paz–, lentamente a la

“paz del rey” –*Königsfriede*– del período franco con su composición obligatoria para llegar a la “Recepción” del derecho romano-canónico y su sistema inquisitivo⁶⁵.

Se ha destacado incluso como rasgo beneficioso este proceso de “formalización” y “generalización” del tratamiento moderno de la desviación social, superando la venganza y los riesgos de las reacciones informales ilimitadas⁶⁷.

Entre nosotros, Maier efectúa un análisis diacrónico para llegar a su idea de Derecho Penal como poder del Estado, no sólo en el fenómeno del nacimiento del Estado-nación –poder político, monopolio de la fuerza o violencia centralizada– sino aun con las limitaciones del Estado de Derecho propias del ser humano y su dignidad. Este modelo de Derecho Penal – como Derecho Público– y las teorías que han pretendido justificar su reacción –la pena– conciben en última instancia al conflicto, no entre personas sino entre la organización social soberana y un súbdito o ciudadano de ella.

Esta afirmación general de la doctrina podría ser relativizada –sin negar su fondo de verdad– en el sentido de que creemos que la diferencia es gradual. Así nunca existió un enfrentamiento estrictamente personal o individual entre ofensor y víctima sino que siempre se trató de sistemas de atribución de cada organización social. Es obvio que en el sistema antiguo la responsabilidad es atribuida por la pertenencia tribal, quizás más como forma de estabilización de subgrupos sociales, y con frecuentes connotaciones míticas como la “grieta en el edificio del mundo” a que alude Achter en su referencia al crimen, en que el cosmos es el injuriado.

Del mismo modo, tanto el orden jurídico griego como el romano tuvieron históricamente épocas de mayor o menor predominio de soluciones autoritarias o donde primara la decisión de los interesados, sin bien nunca dejó de existir el momento de atribución desde la autoridad⁶⁸.

Pero más allá de esta disquisición propia de la arqueología del derecho penal o del control social, lo cierto es que el Derecho Penal moderno hasta no hace mucho tiempo desatendió la posición de la víctima, olvido que se acentuó en el tránsito de la modernidad desde el racionalismo al positivismo, en la creciente preocupación de la teoría penal por el autor del delito –las teorías preventivas.

El llamado “Renacimiento” o “redescubrimiento” de la víctima

El proceso de formalización de la respuesta institucional del Derecho Penal fue presentada como vimos como la lógica respuesta racional frente al delito, en pro del valor justicia, superando la venganza más propia del estado de naturaleza. La neta separación entre Derecho Civil y Penal recién alcanzó su plenitud en el siglo XIX, y de ello es prueba las frases contundentes de Binding: “... La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena en cambio es prestada al Estado que cumple un deber en infligir una pena” y “no a favor de un particular”, “la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra en lo posible sin causar una segunda” (*Die Normen und ihre Ubertretung*, I, par. cit. por Maier en el *Hom.a Baigún*, pág. 36).

⁶⁵ Confr. por todos el estudio histórico en Maier J.B.: *Derecho Procesal Penal*, T.I, 262 y sig. ed. Del Puerto. Asimismo Zaffaroni, E. *Derecho Penal P. General*, T.I, 219 y sig.; antes en su Tratado, T.II. El paso y tensión entre la fase pre-penal de la venganza tribal germánica a formas de fortalecimiento de la autoridad monárquica de Merovingios y Carolingios, en la obra póstuma de Radbruch, y su discípulo Gwinner, *Historia de la Criminalidad* ed. Bosch Idem. entre nosotros la “arqueología” penal de Ladislao Thot “Historia de las antiguas Instituciones de Derecho Penal” ed. Un. de La Plata, 1940.

⁶⁷ por todos Hassemer, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, ed. Bosch, 92 y sig.; idem. Hassemer, W.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* –versión castellana de su colaboración en AK–, con adiciones de Muñoz Conde, ed. Tirant, pag. 116 y sig. –idem. en “Persona, Mundo y Responsabilidad” ed. Tirant, 1999, pag. 157 y sig.

⁶⁸ Confr. por todos las obras cit. en el punto 6 una síntesis en Maier, J.B. “Entre la Inquisición y la Composición” en “No hay Derecho” nro. 6 1992. Desde la perspectiva de atribución social –culpabilística o por la pertenencia tribal en Jakobs, G. “El Principio de Culpabilidad” en “Fundamentos de Derecho Penal” ed. Ad-hoc 1996; idem. “Sobre la génesis de la obligación jurídica” *Un. Nac. Litoral*, 2000, ed. Rubinzal.

Incluso el paso desde la concepción de Feuerbach del delito como afectación de un derecho subjetivo del ciudadano a la concepción de Birnbaum de afectación a un Bien Jurídico que solidificó luego con Von Liszt y su idea de dañosidad social –antijuridicidad material– ha sido vista como una acentuación de la pérdida de importancia de la víctima (confr. Eser, A: “La exaltación del Bien Jurídico a costa de la víctima”, en *Doctrina y jur.*). En este sentido, es interesante cómo Klaus Gunther ubica a éste tránsito como propio de la restauración, de contenido liberal, por expansivo del concepto de posibles objetos de delitos (en “De la Vulneración de un Derecho a la Infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho Penal?, en “La Insostenible... 489).

Paradójicamente, el positivismo criminológico de Ferri y Garófalo llevó al extremo esta idea de desentenderse del interés de la víctima estatalizando la reparación como parte de la reacción penal.

Nos resulta anacrónico por ello el régimen oficioso del actual Código Penal Español art.109.1 y sig., lo que contrasta con la interpretación clásica de nuestra doctrina –Nuñez, Velez Mariconde, Orgaz entre otros– al art.29, C.P., como dependiente de la acción civil accesoria en el proceso penal, lo que frustró el origen positivista del precepto.

Más allá de su carácter ambiguo, a veces confuso y aun contradictorio en sus tendencias, es cierto que ha sido la victimología la que impulsó decididamente el llamado “redescubrimiento de la víctima”, primero sobre la base de la atención a la interacción entre autor-víctima como causas o factores de la criminalidad, a la cuestión del riesgo de victimización, las tipologías victimológicas, los efectos procesales en ellas, la prevención y reparación etc.. Por último, la criminología de la reacción social o crítica y el abolicionismo han llamado también la atención sobre el fenómeno de “expropiación” del conflicto y el desinterés y aún más fenómeno configurador de la criminalidad del propio sistema penal.

En el ámbito del Derecho Penal, por su parte, también se ha desarrollado la llamada “victimodogmática” que intenta sistematizar hasta qué punto puede tomarse en cuenta el comportamiento –doloso o imprudente– de la víctima durante el desarrollo del hecho delictivo sea para eximir o atenuar la responsabilidad del autor. Ha sido Schunemann quizás quien más lejos ha postulado el principio de autoresponsabilidad, en base al carácter fragmentario y de *ultima ratio* de la solución penal, para excluirla en los casos en que la víctima no merezca y no necesite protección.

Creo que –al igual que la victimología como parte de una criminología no tradicional– tampoco la llamada victimodogmática puede tener autonomía, sino que sus aportes interesantes en orden a los principios aludidos deben aprovecharse en la teoría de la imputación, no en el sentido de un deber de autoprotección sino de las consecuencias que ante la autoexposición al riesgo de la víctima pueden disminuir y hasta excluir la atribución de competencia al autor, en una forma de argumentación semejante a la del efecto excluyente de la tipicidad del consentimiento.

Pero, y de allí el peso de Roxin en este tema, ha sido la crisis de la Política Criminal tradicional, sobre todo en el descrédito de la pena de prisión, lo que ha alentado la orientación a la búsqueda de las llamadas alternativas o sustitutivos a dicha pena de encierro y, entre ellas, la reparación a la víctima.

En efecto, la importancia de los modelos dogmáticos abiertos a la política criminal que desde el llamado “Proyecto Alternativo” con marcada orientación a la prevención especial, propios del *welfare state* de las socialdemocracias, superaron a los modelos retribucionistas de la inmediata posguerra, decreció ya a fines de los setenta ante el fracaso del “paradigma resocializador” debido a los comprobados deterioros irreversibles de la prisonización. De allí que incluso se hablara críticamente del paso de la euforia de la resocialización a la “moda” o euforia en la víctima, que diera origen al igualmente Alternativo proyecto de ley de Reparación a la víctima, co-redactado e impulsado fundamentalmente por nuestro homenajeado.

Esta tendencia se verifica no sólo en las cuestiones de derecho penal sustancial sino también en las soluciones de tipo procesal tanto en la intervención de la víctima –para quien se decía ciertamente el

proceso penal tradicional era una nueva victimización— como en las posibilidades de criterios de oportunidad o de extinción de la persecución ante soluciones compositivas⁽⁹⁾.

Diferentes propuestas de modelos de reparación dentro de las consecuencias jurídico penales del delito

La reparación *dependiente* de las consecuencias jurídicopenales

Para esta posición, la reparación que no se diferencia de la indemnización civil, solo puede jugar un papel limitado como privilegio para el autor que cumple o se esfuerza por indemnizar, y ha de tenerse en cuenta en la medición de la pena (ej. España, art.21.5; Alemania par.46II) o en los sustitutivos (St GB), o como carga para el sobreseimiento del proceso (par.153 de la ley de enjuiciamiento de Alemania) Esta postura restrictiva es defendida por Gracia Martín en España, en la colectánea "Las consecuencias.." y en la dogmática alemana por Hirsch, "Derecho Penal Material y Reparación del daño).

La reparación como Tercera Vía

En esta postura la reparación ocupa un papel más relevante, desde que puede llegar a considerarse una tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad. Así si el autor consigue reparar por completo antes del juicio oral, debe renunciarse a la pena. La reparación podría comprender: ya sea el resarcimiento in natura —las cosas al estado anterior—; o el resarcimiento integral —daño material y moral—; o si esto no es posible entrarían en juego formas de reparación simbólicas como trabajo para la comunidad o donaciones a instituciones públicas. Aquí la compensación sería más amplia que la reparación civil pues contendría prestaciones voluntarias que sirven al restablecimiento de la paz jurídica, con lo que se abarcan los fines de la pena, combinándolos con la satisfacción civil de los intereses de la víctima, pero aquel objetivo —paz jurídica— pareciera solo alcanzable en la reparación por incluir al interesado (Modelo alternativo; Roxin; Eser, etc.).

Entre nosotros Maier formula un concepto amplio de REPARACIÓN en el sentido de volver al statu quo ante, es decir colocar al mundo en la posición en que se encontraba antes del injusto, no solo reparación natural, sino también la reparación simbólica, abarcando la reparación en género del patrimonio de la víctima, como también otras similares como la novación de la obligación según la víctima consensúa o una prestación de interés público —a favor de la comunidad—.

Pero también el concepto de víctima no supone solo la víctima individual, sino también las entidades intermedias como representantes de los bienes jurídicos supraindividuales, que pueden actuar en defensa del interés difuso (por ej. en los delitos ecológicos) y aún el Estado en los delitos económicos que afectan a la economía nacional (Hacienda pública, fraude de subvenciones, contrabando, lavado de dinero etc.).

Entre los argumentos relativos a los fines de las penas Maier coincide con la tesis de Roxin, en que la reparación del daño por voluntad del autor permite, con mayor eficacia que la pena, solucionar el

⁽⁹⁾ Confr. por todos, Kaiser, *Kriminologie*, pag.47; García Pablos, *Manual*, 77; idem: "Las Aportaciones de la Criminología al estudio del problema criminal" en DP, año 1989, 631 y sig.; idem. en *Criminología*, ed. tirant, pag.38 y sig.; - Schneider, HJ "La posición jurídica de la víctima en el derecho y en el proceso penal" en D.P., 1989, 307 y sig.; - Roxin, C. "Derecho Penal", pag. 562 y sig.; - Eser, A. "Acercas del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal" en "De los delitos y las víctimas" ed. ad-hoc; idem. - en "Una justicia penal a la medida del ser humano" en "temas de Decho. Penal y Procesal" - Cancio Meliá, M. "Reflexiones sobre la victimodogmática en la teoría del delito" en NDP-1997-B; idem. su tesis "Imputación objetiva y conducta de la víctima" ed. JMBosch.-Silva Sánchez, JM, "Victimología y Derecho Penal" en "Perspectivas sobre la política criminal moderna", ed. ábaco-pag-145 y sig.; idem. en "Sobre la relevancia jurídico-penal de actos de reparación" en "Estudios de Derecho Penal" Inst. Peruano de C. Penales, 213 y sig.; idem. extensamente en *Aproximación al derecho penal contemporáneo* ed. Bosch.-Queralt, J. "Víctimas y Garantías" algunos cabos sueltos" en el hom.-a Roxin, *Política Criminal y nuevo derecho penal*" ed. JMBosch, 1997, pag.145 y sig.; Maier JB "La víctima y el sistema penal" en "De los delitos ..." cit. 185 y sig.; idem. "El ingreso de la reparación a la víctima como tercera vía en el derecho penal argentino" en el hom. a Baigún, ed. Del Puerto.-pag.27 y sig.; - Hirsch, HJ, "Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal", y "La reparación del daño en el marco del derecho penal" ambos en "De los delitos ...cit. Larrauri, E. "Victimología", en "De los delitos..." cit.-Rodríguez Delgado J.L.: *La Reparación como sanción jurídico-penal*, en NDP 1999-A.

conflicto y a veces un regreso casi perfecto a la paz jurídica, lo que nuestro agasajado denomina “prevención integración”, y que en términos similares se ha denominado como prevención general positiva, a modo de efecto docente sobre el valor protegido por la norma y reconocido por el propio autor, quien lleva a cabo una acción significativa para su reinserción social.

La reparación como pena

Aquí directamente se considera a la reparación como el contenido de la condena, es decir como pena, ya que al ser impuesta lleva implícito un elemento penal que tiene efectos de prevención general y es sentido como mal por el condenado (sigue esta postura, por ej., Sessar).

Reparación y compensación autor-víctima

Cuando se habla de compensación, se está pensando en un modelo en el que las partes a instancias del juez o del ministerio Fiscal intenten una mediación, la que en caso de acuerdo, daría lugar al sobrecimiento del caso. Estos supuestos de *diversion* son propios de los sistemas que contienen el principio de oportunidad (ej. paragr. 153 LE o ley de enjuiciamiento juvenil de Alemania). Pero también existen supuestos en que para la renuncia a la pena se menciona tanto a la reparación como al esfuerzo por la compensación autor-víctima (paragr. 46II y 56II: la diferencia, en esta última, una comunicación interpersonal autor-víctima).

Creo que esto último entraría en el concepto amplio de reparación de la tercera vía.

Críticas y toma de posición

Como se puede ver, las distintas posturas esbozadas no difieren en la necesidad de dar lugar tanto en el ámbito sustancial como procesal a la reparación, sino que se diferencian en el grado o alcance de dicha incorporación, a veces hasta con discrepancias semánticas que recuerdan a los pseudoproblemas de la filosofía analítica –los “juegos lingüísticos” de Wittgenstein o las “disputas verbales” de John Hospers.

Creo que esto último ocurrió con el interesantísimo Proyecto Alternativo –Alternativ-Entwurf Wiedergutmachun– que en 1992 se presentó en el 59 Deutscher Juristentag de Hannover, en donde a pesar de acordar en la necesidad de potenciar la idea de compensación se rechazaron las propuestas legislativas específicas. La ley de reformas al StGB–1994 sólo tomó muy parcialmente sus recomendaciones.

Los puntos principales del proyecto tenían que ver con la Reparación como forma de sustitución, de suspensión o de atenuación de pena según la levedad o mayor necesidad de sanción. Se afirma en la voluntariedad, es decir no imposición coactiva de responsabilidad, situándose entre la renuncia y la pena, como camino hacia el restablecimiento de la paz jurídica, lo que no desaparece porque se hiciera durante el proceso, y además contenía lo que Roxin llamaba “principio de aplicabilidad universal” que permitía aplicarlo a todos los delitos y a todos los autores: caso de acusados insolventes, casos en que el ilícito haya quedado en grado de tentativa, reparaciones simbólicas –como disculpas, obsequios, tareas de bien común etc. (Confr. Ed. castellana de la Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA 1998).

Muchas de las críticas al proyecto se han referido no tanto a lo propuesto sino a su técnica farragosa, lo que en sí, siendo importante, no justificaría su rechazo sino pulir o mejorar su redacción.

Existen en cambio críticas más profundas aunque erróneas como la de Lampe, que señala que la reparación no es un medio de lucha contra el hecho injusto, sino que es la “ocasión que se le da al delincuente para sustraerse a la pena”.

Se ha dicho también que no puede ser “consecuencia jurídica del delito” ya que o bien se aplica antes del juicio oral, o bien cuando sustituye a la pena lo que existe es una condición de renuncia de la pena, es decir la consecuencia es la renuncia, por la reparación, por lo que no puede ser “tercera vía” (confr. Alastuy, idem Hirsch –objeción de tipo formal–).

Se ha puesto en duda la validez de la noción de Voluntariedad —aún bajo la presión del proceso— como decisión autónoma, que es relativa a medida que avanza el proceso y que se diferencia de la voluntariedad del desistimiento de la tentativa. En la reparación no se podría decir que se actúa de conformidad a la norma o que no exista necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención. Habrá sólo beneficio a la víctima (indemnización) pero excepcionalmente servirá a los fines de la pena.

Estas críticas no son de recibo. En primer lugar se trata casi de una disquisición lingüística que “tercera vía” aludiría no a la consecuencia sino a la reparación como presupuesto de la renuncia o atenuación de la pena, con lo que la cuestión de fondo no cambia. Creo que la idea de “tercera vía” contiene una carga simbólica de sentido político criminal referida a la crisis de la pena estatal, y tiene sentido su utilización porque abarcaría todas las respuestas integradoras de la víctima al conflicto.

En lo que hace a la “voluntariedad relativa”, la comparación con el desistimiento sale sobrando ya que allí el *actus contrarius* excluye según las opiniones o bien la Responsabilidad, o bien es una excusa absoluta, por lo que no habría necesidad de reparación. Pero además se olvida que también el proceso civil implica un sometimiento coactivo a la imposición sancionatoria judicial, por lo que nunca sabríamos —salvo intromisiones intolerables en la privacidad moral autónoma del acusado— cuando compensa o repara por obediencia al imperativo Kantiano o por cálculos utilitarios.

Es que lo fundamental de la contemplación de la reparación a la víctima en Derecho Penal, no es la afirmación de los fines tradicionales de la pena, sino por el contrario su valor está en la no imposición o aminoración de males inútiles, innecesarios a la luz de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* al haberse compensado o reparado a quien sufrió el conflicto. El efecto consensual en cuanto a las normas está precisamente en la reparación o en su esfuerzo serio, y no en supuestos e incomprometidos ánimos de expiación.

Si se piensa además que los supuestos en los cuales existe suspensión del proceso a prueba, o renuncia o remisión de la pena, son siempre casos de criminalidad leve o media, el argumento de Lampe se asemeja más a las propuestas vulgares de estados policiales de un defensismo social rudimentario. La “administración de la herencia de Von Liszt”, como ha dicho con elegancia Silva Sánchez, supone precisamente dar vuelta el sentido expansivo de la política criminal de lucha y el Derecho penal como barrera infranqueable, hacia un Derecho Penal que contenga una Política Criminal para el ciudadano.

Tampoco es cierto, como dice Hirsch, que la presión al delincuente para que repare sería un retorno a la prisión por deudas, ya que la no reparación no evitaría la eventual deuda en el proceso civil.

Y en lo que hace al argumento de que es difícil compaginar los intereses de la víctima actual con los de las víctimas potenciales —evitación de futuros delitos—, volvemos al mismo razonamiento circular. El descrédito de la respuesta punitiva se afirma en que olvidando o prescindiendo de quien se vió afectado por el hecho, es más que dudosa su eficacia preventiva, por lo que entonces es necesario realzar su naturaleza de última instancia y reservarla para los casos graves. Se reconoce entonces que una solución que admite el ingreso de la víctima y su reparación estará *ab initio* menos desacreditada que la anterior que tampoco garantizaba la integridad de las “víctimas futuras”. El argumento de la lenidad en términos de prevención general se destruye porque es la propia legislación quien fija de modo general los topes o límites para la efectividad de la suspensión o renuncia, es decir es el propio consenso ético-normativo el que fija y define los ámbitos mínimos de deber para la orientación de expectativas.

Creo que en el fondo de la disputa lo que existe es una diferente “visión” del derecho penal como instrumento profano del control social. Maier, en el Homenaje a Baigún sintetiza esta discrepancia afirmando que la contemplación del protagonista implica una visión del Derecho Penal como forma de solución de conflictos entre personas, aun reconociendo en él el ejercicio del poder estatal frente a la infracción normativa referida a las expectativas básicas para la convivencia pacífica y de la propia organización social, que puede privilegiar la “solución” antes que la reacción estatal. Esta visión es más compatible con posturas preventivas en teoría de la pena que con teorías absolutas o sólo retribucionistas.

El argumento de Hirsch respecto de que el ingreso de la reparación implica un regreso a la retribu-

ción en Derecho Penal, además de incorrecto pareciera referirse a las objeciones procesales a la intervención, que en nuestra dogmática procesal fueron usuales contra la incorporación del querellante adhesivo, pero ello tampoco es de recibo por cuanto aunque se diera el mentado propósito de venganza nunca podría superar el límite de la actuación estatal, y sí en cambio puede aminorar la respuesta punitiva excesiva. El ingreso de la reparación con la moderación con que se postula no se puede entender como una sumatoria de inquisidores en perjuicio del acusado, ni tampoco una especie de privatización salvaje de la respuesta punitiva que quedaría en las manos desiguales del mercado, sino una tendencia a reconocer formas más auténticas y humanas de resolver los conflictos –sobre todo los de gravedad leve y media–, sin que ello signifique afectar los derechos humanos del autor.

Maier recoge la idea de Weingend en las Jornadas de Profesores de 1981 citando a Werner Maihofer sobre el regreso a la composición, recordando que aun en el sistema antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento, y que “...el movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derechos en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal”.

Esta frase sintetiza la situación actual tanto en Derecho Penal material como procesal penal con mayor o menor matiz en el acogimiento de soluciones consensuales o de autonomía de la voluntad de alguno de los protagonistas, con el efecto de excluir o aminorar la pena.

Una cuestión que sí puede tener su importancia es la eventual afectación del estado de inocencia en los casos en que se exige una previa aceptación de culpabilidad para que la reparación pueda conllevar la renuncia o no persecución. Este requisito, como todos los vinculados a los métodos de “simplificación procesal”, debe ser examinado con mucha cautela pues efectivamente pueden ocasionar en la práctica del mecanicismo burocrático de la administración de justicia consecuencias deletéreas para un Derecho Penal de garantías. Una norma interesante en este sentido es nuestro art. 76 bis C.P. que expresamente dice que la petición de suspensión a prueba no implica aceptación civil o penal de responsabilidad.

El riesgo que significa, para quien es imputado –y por ende inocente–, la vía compensatoria frente a la espada de Damocles de una eventual condena si no acepta el acuerdo reparatorio, o del mismo modo que la víctima se vea enfrentada con el presunto autor de un modo relativamente compulsivo, es ineludibles en todo esquema social posible de arbitrio de conflictos, pero no por ello insuperable. Así se podría prever la suficiencia del esfuerzo del autor para aventar la pretensión excesiva, dejando a la víctima expedita la vía civil, o su aceptación parcial sin perjuicio de la indemnización integral a pretender en la vía civil. O bien se podría prever formas de extensión temporal, o un nuevo debate sobre la determinación de la pena por apelación voluntaria al proceso compensatorio, y en el caso de la víctima que ella prefiera la vía civil expresamente, sin que tal decisión vincule para impedir sustitutivos penales para el acusado.

En lo que hace a la desigualdad económica y obvia posición de poder vinculado con el ingreso de la víctima, los problemas no son exclusivos del Derecho Penal sino de todo el llamado “acceso a la justicia”, de donde sin ninguna duda no será solución la pretensión racionalista de que la formalización de la respuesta punitiva estatal ha de superar estas desigualdades (esto tanto en la posición del imputado como del agredido). De nuevo estamos ante el mal menor¹⁶⁹.

En lo que se refiere a la tesis de Sessar, de considerar a la reparación como “pena”, éste, apartándose de la postura abolicionista radical y constatando el insuficiente uso de las vías reparatorias, propone

¹⁶⁹ Un repaso exhaustivo de todas las críticas tanto al proyecto alternativo como a las tesis reparatorias, y un análisis de las disposiciones de los textos alemán y español en el completísimo trabajo de tesis de Carmen Alstuey Dobón “La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”, con prólogo de su maestro Cerezo Mir ed. Tirant, 2000, Valencia.-idem. en los trabajos de Hirsch ya citados ídem. en los de Silva Sánchez.

introducir esta vía en el sistema de consecuencias pero con carácter de pena, como sanción negativa. Fundamenta su tesis sosteniendo que el menoscabo patrimonial que sufre el autor del delito cumple una función de satisfacción y como *pecunia doloris* tiene efectos similares a la pena, y que en dicho carácter es aceptada socialmente como suficiente a los fines preventivos, apoyándose para ello en trabajos empíricos, sobre todo encuestas relevadas por él mismo en Hamburgo (Los resultados de la encuesta favorables a la conformidad social con la reparación en vez de la pena, y su crítica por Kury, en Alstuey, 190 y sig.). La legitimación del Derecho Penal para penar desaparece allí donde el mencionado interés público no existe en realidad porque los intereses privados quedan satisfechos con la “compensación de daño” y que en los delitos graves, donde el sistema penal convencional es inevitable, éste debe ser ampliado y sustituido con medidas de seguridad y reparación donde la pacificación de la víctima y la sociedad resulten idénticas. En suma, se trata de una combinación de la reparación sustituyendo como sanción penal a la de multa y prisión (Similar Freshee; también lo considera una pena Schild aunque partiendo de que como sanción más leve es aceptada por el autor para evitar sanciones mayores, o sea como mal menor, por lo que es retribución de lo injusto).

En realidad parece que la tesis de Sessar, más allá de la denominación no contempla algo distinto a las opiniones tradicionales –reparación como sustitución–, ya que si la indemnización en lo penal fuese una pena, también lo sería la indemnización de la condena civil, y tampoco se entiende cómo sería una pena, lo que por definición hace retroceder al Derecho Penal –la suficiencia del mecanismo reparatorio–. En cuanto a la opinión de Schild, ya vimos que la eventualidad de que recaiga una pena no implica ni excluir la voluntariedad de la reparación, ni menos transformar su naturaleza en pena⁽¹⁾.

Compatibilidad entre reparación y teorías de la pena

Relatividad de las teorías de la pena

Como hemos señalado en otro lugar más detenidamente, los discursos de justificación del castigo han vicariado entre formulaciones referidas al castigo justo por el daño causado –retribución– y argumentos preventivistas, ya referidos a la *deterrence* –disuasión–, a la defensa social, o aún a la más reciente tesis de la prevención, integración como ejercicio de fidelidad a la norma (todos ejemplos de prevención general) o referidos a la persona infractora (especial).

Por ello hemos hablado de teorías que ponen el acento en la retribución para adelantar que en realidad ni siquiera el postulado Kantiano escapa a un sesgo relativista.

“La pena jurídica (*poena forensis*) –dice Kant–, que difiere de la pena natural (*poena naturalis*) por la cual el vicio lleva en sí su propio castigo y a la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto, no puede nunca aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que siempre debe serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto del derecho real”. Kant arremete contra cualquier pretensión utilitaria, lo que sin embargo presupone el orden objetivo como sinónimo de Justicia: “La ley penal es un imperativo categórico y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo para encontrar algo que por la ventaja que se puede sacar descargase al culpable en todo o en parte de las penas que merece según el proverbio farisaico” “...más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo”, “...porque cuando la justicia es desconocida los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra”.

Kant enfatizó el carácter incondicionado de la pena tanto en el famoso ejemplo de la isla como en el del colegio médico que aconsejara conservar la vida de un criminal que ha merecido la muerte pero

⁽¹⁾ Sobre la tesis de Sessar y de Schild, confr. Alstuey ob. cit. pag.105 y sig.; idem Silva Sánchez: *Sobre la relevancia...* cit.

que se presta a experimentos peligrosos y sale indemne de ellos, ya que la justicia dejaría de serlo desde el momento en que cede por un precio cualquiera.

Sin embargo, al tratar la gracia del soberano su idea de la pena no es “absoluta” sino relativa. Dice Kant que “... si el número de cómplices fuera tan grande que el Estado para librarse de semejantes criminales tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito y sin embargo no quisiera disolverse, es decir pasar al estado de naturaleza que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero)” tiene el soberano el poder de imponer otra pena, que conserve la vida del conjunto del pueblo, pero como gracia no como ley, criterio relativista que sostiene también respecto del honor en el infanticidio y en el ámbito militar¹²⁾.

Ahora bien, aunque Kant separa moral y derecho con su construcción del imperativo categórico –absoluto e incondicionado– propio de la moral y el imperativo hipotético como necesidad práctica de una acción posible, como medio o instrumento de conseguir otra cosa que se quiere, donde ubica al derecho –acciones exteriormente conformes al deber pero inspiradas en un motivo de utilidad– su caracterización de la ley penal –que prescribe el castigo– como imperativo categórico a la vez de impedir cualquier finalidad preventiva termina imbricando de nuevo la retribución con lo moral, y aquí sí impidiendo por la abstracción en que debe quedar anclada, toda discusión más concreta sobre la legitimidad en órdenes jurídicos pluralistas y anonimizados.

También, al definir Kant el castigo como derecho del soberano de imponer un dolor al súbdito a causa de su violación de la ley, y sostener que el Jefe de Estado no puede ser castigado, termina en una concepción del *ius puniendi* como derecho del soberano-deber del súbdito (rechazo del derecho de resistencia a la opresión), es decir en una justificación preventiva más cercana al Despotismo Ilustrado que al liberalismo revolucionario (“contractualismo talional del despotismo ilustrado” lo ha denominado Zaffaroni).

El problema mayor de las tesis retributivas es su carácter deontológico abstracto que se desentien- de deliberadamente de las consecuencias empíricas, con el talión como “especie y grado de castigo” que debe poner la justicia como “principio y regla”, según la calidad del autor para que sienta la misma cantidad de dolor, aunque la garantía en Kant fuese la imposición por parte de un Tribunal.

Es bueno, no obstante, destacar a favor de las tesis retribucionistas que en ellas subyace una idea de limitación al poder punitivo que se traduce en el fundamento del principio de Culpabilidad como derivado de la dignidad del hombre que no puede ser usado como medio, es decir, no puede haber pena legítima más grave que la culpabilidad de la persona en el hecho; no se responde por la “conducción de la vida” ni por meras causaciones de resultados, sino por el hecho o acto como mínimo imprudente; y tampoco se puede condenar a un inocente por razones preventivas o utilitarias. El error del retribucionismo es la bilateralidad de la culpabilidad, ya que no siempre que haya culpabilidad debe haber pena, es decir, como adujo Schunemann siguiendo a Roxin, la culpabilidad es admisibilidad para una eventual necesidad de pena.

¹²⁾ Sobre las distintas teorías de la pena me he ocupado extensamente en “El estado de derecho y el actual fenómeno...cit., analizando el prematuro “Absicht” a Kant y Hegel de Klug en 1968.-Sobre el orden jurídico que presupone siempre el imperativo de Kant, no solo los ejemplos citados sino también su ensayo “Sobre la paz perpetua” de 1795 donde esboza un orden de paz permanente entre los Estados, como meta final, que requiere una constitución republicana en cada uno pero que reconoce el carácter provisional del mero derecho de gentes hasta que se constituyera el estado mundial.-Sobre el imperativo categórico kantiano como una especie de teoría procedimental, confr. Arthur Kaufmann, en “El Pensamiento jurídico contemporáneo”, ed. española a cargo de Gregorio Robles, ed. debate-1992, pag. 70 y sig.-idem. en su Filosofía del Derecho” ed. temis –1999.- Sobre la cercanía conceptual entre retribución como teoría de la unión y prevención positiva ya Armin Kaufmann en “La misión del Derecho penal” en AAVV “Política Criminal y Reforma del Derecho Penal” ed. temis –1982.-La tesis de Lesch, en “Intervención delictiva e imputación objetiva” univ.externado 1995.- La tesis de Jakobs en “Sobre la teoría de la pena” en “Cuadernos... nro.8 ed.ad-hoc.-Sus “equivalentes funcionales”, entre ellos la reparación en su “Derecho Penal, pag.16 y sig.-Ya en su trabajo de 1966 –Sentido y fin de la pena estatal- Roxin había criticado el sentido de “acto de fe” y la duplicación de males como tiempo vacío que significaba la retribución que correspondía al arraigado impulso de venganza humana del que ha surgido históricamente la pena.

Luego de estos párrafos pareciera difícil compatibilizar el retroceso de la pena estatal ante la composición o reparación; sin embargo no se sostienen hoy tesis absolutas sino mixtas o de la unión donde la llamada "retribución justa" ha asumido finalidades propias de las teorías preventivas, y sobre todo de la llamada Prevención General Positiva.

Así se citan como antecedentes las teorías del *restablecimiento*, o compensación de la parte objetiva del delito restableciendo el orden jurídico (Karl Th. Welker) o en la tesis de Adolf Merkel: "con el derecho civil se trata del restablecimiento de un estado externo correspondiente a un derecho subjetivo y afectado por la acción antijurídica, mientras que en Derecho Penal se trata del restablecimiento de las normales relaciones perturbadas o amenazadas mediante la acción antijurídica, entre la voluntad de la comunidad objetivada en el Derecho y los sometidos a él".

Lo interesante es que en Merkel la coerción civil es un círculo más amplio, concéntrico, que contiene a la penal, por lo que es pensable que la sustituya en una determinada proporción.

Debe distinguirse de la retribución, la Expiación como proceso interno mediante el cual el autor intenta por sí eliminar su culpabilidad. Como decía Arthur Kaufmann: un proceso de purificación cuando el autor acepta autorresponsablemente su culpabilidad y se libera del reproche de no haber respondido a las expectativas. Se hace hincapié en la reconciliación del delincuente con la sociedad (progreso moral de éste).

Binding fue muy crítico con la teoría del restablecimiento, enfatizando la diferencia entre pena y reparación ya que aquella no elimina el injusto, por oposición a la indemnización que sí elimina, suprime el estado contradictorio con el Derecho.

En cuanto a la expiación, además de la objeción de su pertenencia al ámbito ético religioso, es esencialmente voluntaria, incompatible con la coerción—mal— que es la pena impuesta por el Estado que no puede obligar al individuo a la expiación. En cuanto a la reconciliación con la comunidad se ha destacado, por el contrario, la estigmatización que supone la pena. Como dice Luddersen: "la retribución y la expiación sin referencia a las metas humanas sociales mensurables pueden sólo ser exigidas con una fundamentación privada, religiosa o moral; se excluyen como fines estatales".

Quienes hoy siguen sosteniendo tesis retribucionistas (ej. Alastuey Dobón, siguiendo a Cerezo) lo hacen desde una teoría mixta, en la que la retribución justa, adecuada al injusto y a la culpabilidad, supone la reafirmación del ordenamiento jurídico, y en la que por los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* la aplicación de la pena total o parcialmente puede ceder en la reparación.

Este sentido de la retribución se asemeja a la explicación de Hegel, y a la idea de "retribución funcional" de Lesch, es decir como función simbólica, pero que no es la única, pues esta reafirmación ha de ceder cuando no sea necesaria la aplicación de la pena por razones de prevención general o especial.

Ahora bien, lleva razón Silva Sánchez cuando observa que "desde el momento en que la 'pena retributiva' no aparezca justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los efectos psicosociales que puedan producir, ya no podrá hablarse de 'retribución' en sentido estricto, sino a lo más de 'Prevención a través de la retribución'".

Es que la retribución, perdido su anclaje en los ideales de justicia absoluta, se convierte en una concepción preventiva integradora, sustituyendo la idea por la estimación que acerca de la sanción penal justa existe en un cuerpo social de configuración concreta y en un momento histórico determinado.

Esta idea del castigo justo habría de ser satisfecha pues de lo contrario se correría el riesgo de no mantener la confianza en el Derecho, de no estabilizar la norma, y de que consiguientemente, se produzcan situaciones indeseables: por un lado, reacciones informales de venganza debido a la insatisfacción ante la respuesta penal al hecho; por otro lado, delitos del mismo signo (reacciones 'de emulación') ante la falta de un refuerzo punitivo suficiente.

Como puede advertirse, por estas vías se ha descendido de la metafísica (reflexión abstracta de principios) a la psicología social.

De otro modo y quizás para evitar los problemas de legitimación empírica de las teorías preventivas

y las críticas a su instrumentalización del individuo, la alusión a que la “retribución justa” lleva en sí todos estos flujos benéficos sigue siendo un postulado, que da como probado lo que tendría que demostrar y que, como decía Stratenwerth, se trata sólo del alivio que significa para todos la existencia y seguridad del ordenamiento jurídico, de lo que ya se han ocupado la teoría del Estado o del contrato.

Se ve por ejemplo en Jakobs un desplazamiento hacia una justificación más abstracta de la identidad del orden jurídico al que pertenecería la pena así como la propia noción de persona, desligándose de toda comprobación de la psicología social empírica (Cada vez más Hegel y menos Luhmann).

En el impresionante trabajo “Norma, Persona, Sociedad” (Civitas) señala Jakobs: “La prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir, a su vez, la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma por tanto la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como por ejemplo la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación”.

Dice Jakobs en su esquema de pena como “marginalización del significado del hecho”, que no se trata de una teoría absoluta, si por ésta se entiende que ha de seguir de modo categórico al quebrantamiento de la norma. No se trata de fomentar otro bien, como por ejemplo el bienestar de los individuos, sino la realidad social. Así, si esta realidad “permanece completamente incólume, por ejemplo porque el hecho manifiesta desesperación o miopía u otra forma de incompetencia para administrar ya los asuntos propios (de modo que no existe el riesgo de que se anuden conductas al contenido material del quebrantamiento de la norma a falta de una perturbación de la vigencia de la norma más allá del hecho) no es necesaria una sanción y ésta puede ser leve mientras el riesgo de que se anuden conductas sea reducido” (Sobre la Teoría de la pena). Y aclara una diferencia de formulación con las llamadas tesis de la Prevención General positiva, en el sentido de que llegan a una configuración demasiado psicologizante, los que sin perjuicio de que puedan darse, no modifican el sentido de “permanencia normativa” que agota la pena. Se trata de prevención como vigencia de la norma y general no por el número sino por lo genérico.

De todos modos, reitero dicha configuración social, y el mayor o menor riesgo de vigencia de la norma –la realidad social– sólo puede abordarse empíricamente si no quiere ello quedarse en un mero postulado, abstracto e inmune a la crítica.

Llevando Alastuey el análisis de la reparación con respecto a la idea retributiva, entiende que nunca aquella puede ser un fin de la pena, entendida como reparación impuesta, porque la compensación del daño civil no se puede comparar o parificar al grado de injusto y culpabilidad: ej. responsabilidad civil objetiva, casos de injustos sin daños –tentativa, peligro abstracto–, etc. (criticando la postura de Fruhauf).

En cambio, puede considerarse la prestación posdelictiva y voluntaria del autor a favor de la víctima, ya que aquí la asunción de responsabilidad expresa el reconocimiento de la validez de la norma infringida y la reafirmación del ordenamiento jurídico –estabilización de la norma–. Además puede ser considerada como una manifestación externa de la expiación de la culpabilidad, lo que es deseable, pero de todos modos la reparación voluntaria no es un instrumento del Derecho Penal sino un acto valorado positivamente por él.

Se pregunta Cerezo en el prólogo si la reparación impuesta como sanción en la sentencia no puede tener un efecto pedagógico y dar lugar a que el delincuente asuma su responsabilidad.

En cuanto a la voluntariedad, Alastuey considera sólo a la espontánea y por propia iniciativa del autor, es decir sin que haya sido presionado por amenazas de denuncia de ningún modo, sin que interesen los móviles del sujeto. A renglón seguido sostiene que lo importante no es el resultado sino el hecho –subjetivo– de que el autor del delito se haya esforzado seriamente por reparar.

Entiendo que esto último es correcto pero no lo anterior, y se deriva de la persistencia en la idea de retribución y reafirmación del orden jurídico que siempre llevan vestigios del imperativo de conciencia. No deja de ser voluntaria la reparación efectuada en el proceso sea para lograr la suspensión a prueba, o como presupuesto de la renuncia o extinción de la pena (caso de nuestro art. 76 bis C.P. y del art.16 de la ley penal Tributaria), aun cuando fuese hecho por puros motivos utilitaristas o de cálculo costo-beneficio.

La ratificación de la vigencia normativa es comunicacional, y no depende de que en el fuero íntimo el sujeto la haya reafirmado.

Más allá de que no comparta la tesis de que la pena es retribución ni siquiera como teoría mixta, es cierto que la reparación es cosa distinta de la pena, y precisamente por preferente y menos dañosa debe imponerse “en lugar de” y no “como” pena⁽¹³⁾.

La reparación y la prevención general positiva

Sumado a las distintas versiones de la teoría, se hace mención de cuatro efectos de la pena: a) contribución a la aceptación de la norma mediante la manifestación simbólica de la validez del derecho –afirmar la validez de la norma quebrantada– la restitución de la relación jurídica perturbada de Kohler; b) efecto pedagógico –aprendizaje en la disposición a observar la norma– como factor de socialización por fidelidad a la Norma (M. Baurmann); c) confianza en los ciudadanos en la estabilidad del Orden Jurídico; d) pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad (Roxin) que también lo produce la reparación, porque el autor ha hecho tanto que se apacigua la conciencia jurídica general. Esto no debe confundirse con la paz jurídica que es una idea más amplia que engloba todos los fines de la pena.

Para quienes trabajan con un sentido de retribución justa, la Prevención Integración alude a estos efectos pero como derivados de la aplicación de la pena justa, con lo cual el problema es circular: el de la pena justa y el sí y quantum de ella según las demandas preventivas.

Diferente es la tesis de Hassemer que alude a la necesidad de metodología empírica y que conceptúa al Derecho Penal como formalización del control social, junto a otras instituciones –familia–, entorno laboral etc. que coopera en la culturización para lograr la estabilidad de la confianza en las normas: Pena como “pública afirmación y aseguramiento de normas dirigidas tanto a la evitación efectiva del conflicto como al tratamiento formalizado del mismo” (AK –StGB previo al par. 1, el problema de verificación empírica, sería según él menos complejo que en las vertientes de la Prevención Especial o General negativa).

En Jakobs como lo esencial a la pena es el mantenimiento de la identidad normativa, los fines psicosociales son subsidiarios –intimidación–, o prevención especial, ésta sobre todo en la ejecución. “No se descarta que el legislador en interés de fines más amplios haga que la estabilización general de la norma deje paso a otros fines, sobre todo a la educación del autor o la evitación de daños en la socialización... (menos que lo indicado)”. Debe recordarse que la culpabilidad en él es referida a fines, por lo que no podría limitar la pena. Ésta –dentro de la Prevención General Positiva– tendría un

¹³ Sobre las distintas tesis de la llamada Prevención General Positiva y su crítica confr. “El estado de derecho...cit.pag.53 y sig. idem.Hassemer Wen” “Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social” en Derecho Penal y Ciencias Sociales” col.dirig.por Mir Puig –Bellaterra ,1982.-idem recientemente “¿Por qué y con que fin se aplican las penas?” en “Persona...cit. -Schunemann,B. en “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva” en el hom. a Roxin cit.

marco desde la reacción que “pueda ya tomarse en serio y un máximo de una ‘reacción severa que todavía no sea excesiva’”, con lo que no se excluye que esa reacción suficiente para restablecer simbólicamente la defraudación de expectativas sea una reparación, lo que él llama “equivalentes funcionales”. Así “...la indemnización resarcitoria para reparar las consecuencias del delito y con más vigor la indemnización por daño personal, *pecunia doloris*, confirma la vigencia de la norma infringida. Además, los costes operarán por lo general haciendo desistir al obligado a satisfacerlos (*Strafrecht*). En algunos delitos puede ser para la víctima más adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena, recordando que con la reparación se trata de una amplia compensación que excede el marco puramente civil, aunque no indique pautas, remitiéndose a lo que pueda decidir el legislador.

En lo que refiere a Roxin, en el trabajo de 1987, “Die Wiedergutmachung”, distingue tres aspectos de Prev. Gen. Positiva: a) aprendizaje sociopedagógico de fidelidad al Derecho; b) Confianza y c) Pacificación cuando el autor ha hecho lo suficiente para que la conciencia jurídico social quede pacificada. Este último efecto es el de prevención integración, englobado en el supraconcepto Prev. Gen. Positiva. La pena adecuada a la medida de la culpabilidad es la que produce efecto de pacificación por lo que nunca, por razones de prevención –pacificación–, se podrá imponer una pena que supere a la culpabilidad. En la medición de la pena, Roxin sigue la *Spielrauntheorie* o teoría del marco, y dentro de ella la concretización se debe hacer en orden a la prevención especial, pudiendo rebajarse del marco mínimo, hasta el límite de no ser tomada en serio (Prev. Gen.).

Aquí Alastuey relativiza algunas afirmaciones de Roxin, ya que si la pena adecuada a la culpabilidad es la que produce efectos de integración, no sólo sería límite, sino además de fundamento, la medida justa. Y si la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad por razones de prevención especial, ello no implicará afectación de la prevención general porque la sociedad considera también justa tal pena. Para el límite mínimo en Alemania se recurre a la cláusula del art. 47 de la defensa del ordenamiento –prev.gen–, criticable por su vaguedad, pero además no sirve ya que los mismos sustitutivos penales tengan su tope legal (cj. 26, 76 bis C.P.) y requisitos de modo que sean éstos los que marquen el tope mínimo.

Ahora bien, la reparación –a veces suficiente como única respuesta– produce prevención de integración –pacificación–, dice Roxin, porque contribuye a suprimir la perturbación social producida por el delito al tener en cuenta las necesidades de la víctima.

Pero si a pesar del delito la comunidad no reclama ningún castigo adicional, lo correcto no sería despenalizar dicha conducta remitiéndola al Derecho Civil, a no ser que se quieran borrar las fronteras o hacer que el Derecho Penal desempeñe tareas que no le competen.

Creo que esta afirmación tiene un punto de verdad cual es la necesidad de expurgar del derecho penal conductas que hayan dejado de significar la “lesividad social cualificada” para derivarlas al orden jurídico general, pero una cosa distinta y, a mi juicio, errónea es que no pueda ser suficiente la reparación como sustitutivo y que siempre deba quedar un dejo de necesidad de pena.

No debe olvidarse que la compensación o reparación en sentido amplio, naturalmente no impuesta como pena sino como sustitutivo voluntario, puede tener contenido simbólico o aun de prestaciones de bien común que sean diversos de la forma usual del derecho civil, que como se sabe cada vez se orienta más a modelos objetivos de reparación, alejados de los culpabilísticos propios del penal. Se añade por Roxin que la reparación tiene que ser voluntaria porque de este modo se convierte en el elemento personal y constructivo para el restablecimiento de la paz jurídica –el autor “ha de haber hecho tanto”–, elemento subjetivo o interno.

Esto también debe matizarse puesto que el haber hecho tanto no debe entenderse en sentido moral o expiatorio sino sólo comunicativo de voluntad de solución de conflicto.

En los delitos graves estas mismas razones juegan para atenuar sin que tampoco se requiera un

derecho penal de ánimo o arrepentimiento. Aun cuando estos efectos se producen, no deberían desecharse ya que hacen a la lealtad comunicativa¹⁴⁹.

La reparación ante la prevención general negativa

“Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas —decía desde el liberalismo clásico Feuerbach—, entonces debe existir otra coacción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz, en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole Psicológica”.

“Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre sea la que lo impulsa por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado, a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir ineludible un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho...”.

“... I) El objetivo de la conminación de la pena es la ley, es la intimidación de todos como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin aplicación la conminación puede quedar hueca (sería ineficaz)”.

Es notable cómo del Ritter Von Feuerbach, cuyo pensamiento liberal es de inmensa importancia en el ámbito penal, sólo se haya popularizado su concepción de la pena como coacción psicológica y no tanto sus aportes a la deducción crítica de los derechos de la persona como anteriores y no derivados del deber —como en Kant—. Al contrario de Kant que deducía los derechos del imperativo categórico, por lo cual la pena no podía ser más que retribución por la violación moral —por lo cual la legítima defensa por ej. no podía ser justificante, sino sólo exculpante: como decía él la necesidad no reconoce ley—, Feuerbach encuentra los derechos en la razón práctica (la *praktische juristische Vernunft* o razón práctica jurídica) del titular de los derechos, que como no derivan del deber, no son permisos morales, sino derechos que abarcan también el derecho al comportamiento inmoral. Estos derechos subjetivos que Feuerbach llamaba derechos externos no eran ilimitados sino que encontraban su límite en la misma razón práctica —que no puede contradecirse— en la prohibición de usar al otro como medio, pero respetando un amplio marco de libertad. Feuerbach —a diferencia de los filósofos de la ilustración como Beccaria o el utilitarista Bentham y su panóptico disciplinario— sólo consideraba a la coacción psicológica como finalidad posible que no vulneraba el imperativo Kantiano, como sí lo hacía la prevención especial, ya que su conminación era abstracta —no mediatizada— y en la imposición se regía por criterios de justicia, con lo cual en realidad era una teoría de la unión.

Pero aun así queda siempre la tendencia al terror y la amenaza a la dignidad, la no proporcionalidad, su inverificabilidad empírica, etc.. El abandono de esta teoría vino de la mano de la crítica a la libertad —determinismo— en lo penal por Von Liszt, y en la psicología por Freud, y el auge de la prevención especial. Con el decaimiento de la tesis de la resocialización en el último cuarto de siglo, reaparece de la mano del utilitarismo y de las preocupaciones por la seguridad —criminalidad de masas, delito de tráfico, económico etc.

Alastuey dice que la intimidación de potenciales autores sería un mero efecto de la pena justa adecuada a la culpabilidad —semejante a la ejemplaridad—, y de allí su cercanía a la Prev. Gen. Positiva, es decir que no puede, por razones de intimidación, imponer una pena superior a la culpabilidad ni tampoco impedir una atenuación conveniente por Prev. Especial, aunque reconoce con Silva que los procesos de despenalización o renuncia pueden disminuir la eficacia preventiva, lo que colisionaría con el interés de evitar la desocialización.

Pero con referencia a la reparación se reconoce el déficit de la misma ya que como dice Hirsch no puede reemplazarse la prevención general por la invitación general. Así se pretende que el delincuente calculador

¹⁴⁹Sobre Feuerbach y las diversas críticas a la Prevención General, véase “El Estado de derecho... cit. pag.48 y sig.

sabría que a lo sumo debería devolver el botín. Esto es igual que el relato histórico del patricio romano que abofeteaba a los paseantes por diversión mientras su esclavo abonaba la pena de multa a los asombrados damnificados. Más allá de lo insólito de los ejemplos, lo cierto es que la imagen del “homúnculo” hiperracional que está detrás de la tesis de la coacción psicológica ha sido bien rebatido y hasta ridiculizado por la evolución de las ciencias sociales (desde la psicología no conductista, las teorías del aprendizaje social o de la asociación diferencial, o el interaccionismo simbólico en sociología, etc.) (en Maier y otros, *idem* Bottke en el *hom* a Roxin).

Se ha dicho que si a la reparación se la entiende en sentido amplio o que se impusiese otra prestación adicional además de reparar, con efecto intimidante mayor que la mera indemnización civil, dicho efecto disuasorio sería el del añadido penal. Esto cambia si se lo entiende como requisito para la aplicación de determinadas sanciones penales. Aquí priman las razones de prevención especial, por lo que entonces ya no podría negarse su aplicación por razones de Prevención General, ya que el posible menoscabo de ella habría sido considerado en los requisitos mínimos para la aplicación del instituto. La tensión estaría antes en la configuración de los sustitutos (entre Prev. General y Especial.)⁽¹⁵⁾.

La reparación y la prevención especial

Con la crisis de la resocialización y su cambio por la idea de no desocialización los sustitutos y en este caso la reparación encuentran aquí su mejor aliado porque se evitan los efectos estigmatizantes. Además, la reparación supone un agregado por su potencial pedagógico –aprendizaje social– según opinan Rossner, Roxin, Freshet, Schuler-Springorum, Silva Sánchez, entre otros.

Según Rossner, la compensación víctima-autor podría neutralizar los efectos de justificación o técnicas de neutralización en el autor, al percibir a la víctima como persona y contribuir a asumir su culpabilidad y responsabilidad, evitando el distanciamiento de sus consecuencias.

Aquí también se niega que la reparación impuesta pueda aportar a la resocialización. En los casos de imprudencia leve en que el autor se viera obligado a una indemnización fuerte, ello como intimidación individual, significa que estos hechos deben ir al derecho civil.

Distinto ocurre con la reparación voluntaria, que sería un indicio de que el autor ha comprendido la ilicitud de su conducta, que asume su responsabilidad y que incluso se arrepiente, lo que es positivo de cara a su resocialización, según la recordada frase de Arthur Kaufmann de la expiación como camino a la resocialización.

Ocurre con esto lo mismo que con la relatividad de la voluntad en la reparación. Si los indicios recién aludidos se dan, es mejor a los fines de la paz social, pero reitero, no desaparece lo positivo de la solución compositiva porque el acusado se esfuerce en reparar por motivos puramente utilitarios, ya que fundamentalmente lo que interesa es el interés de la víctima y la no desocialización del autor.

Mientras el autor se encuadre dentro de los requisitos de la alternativa por composición, ella no podrá negarse por supuestas necesidades de prevención especial⁽¹⁶⁾.

¹⁵ Sobre la crisis de las filosofías “re” y el actual entendimiento de la finalidad de prevención especial de la pena privativa de libertad en la constitución como derecho a la “no desocialización” confr. “El estado ..cit.allí también la crítica a la versión reaccionaria propiciadora de políticas represivizantes con pretexto en el fracaso resocializador.

¹⁶ Sobre la suspensión del juicio a Prueba confr. los textos de Vitale y Bovino con ese título editados por Del Puerto. -La tesis amplia sobre los requisitos del art.76bis del CP son doctrina legal en la provincia de Entre Ríos desde el fallo Barreto, Gi/Casación de fecha 27/11/96 con excelentes resultados de minimización de efectos prisonizantes.-Ya Von Liszt había advertido la consecuencia criminógena de las penas cortas.confr. por todos Bacigalupo E.”Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual” en “Cuadernos ...63 y sig.-Sobre la legislación española y alemana en materia de reparación , por todos Alastuey Dobón ,cit.- Sobre el art.14 de la anterior ley penal tributaria 23.771 -actual art.16 de la ley 24.769 -como mecanismo de reparación en Derecho Penal confr.Maier,Jy Bovino A. en Delitos no Convencionales ed. Del Puerto,89 y sig.-idem. mi colaboración a la obra de Chiara Díez C.” La ley penal tributaria y previsional 24769” ed.Rubinzal.

El derecho penal argentino y la reparación

Nuestro Derecho Penal no es extraño a la reparación, existente en la regulación de las Acciones Penales Privadas, art.73, C.P., y las amplias posibilidades conciliatorias y de juego de voluntades (retractación admitida, desistimiento, renuncia y aún perdón del ofendido, como prescindencia de pena firme declarada en juicio (art. 69 C.P.).

Sin perjuicio de que alguno de los delitos previstos para esta modalidad de acción penal –como las injurias y calumnias merecerían su despenalización, y derivando las conductas más graves que hoy se discuten en los tipos de los arts. 109 y 110 a la afectación de la libertad, privacidad, o la administración de justicia en la denuncia calumniosa–, lo cierto es que convendría a todas luces desde el punto de vista político criminal ampliar el catálogo de delitos perseguibles por acción privada.

Pero la solución compositiva existe también en el nuevo art.132, C.P., según ley 25.087, donde se señala que la víctima mayor de 16 años podrá proponer un avenimiento y el Tribunal siempre que se den plenamente condiciones de igualdad y libertad de decisión y se dé una especial y comprobada relación preexistente, y con mejor resguardo del interés de la víctima, podrá extinguir la acción o aplicar la suspensión del juicio a Prueba.

En el ámbito del delito Tributario –antes en la ley 23.771 y ahora en la 24.316– se contempla un supuesto de extinción de la acción penal por reparación, al aceptar la liquidación o determinación del organismo de control, abonando antes del requerimiento de elevación a juicio, para los tipos dolosos de Evasión Tributaria y Previsional simples art. 1 y 7 de dicha ley.

Pero es, creo, la suspensión del juicio a prueba art. 76 bis y sig. .C.P., el más trascendente instituto de nuestro Derecho Penal que incorpora los intereses de la víctima como alternativa procesal a la persecución y que culmina si se cumplen sus requisitos, en especial los reparatorios con la extinción de la acción penal y el sobreseimiento.

Excedería los límites del presente trabajo ocuparme siquiera fugazmente del instituto nombrado en último lugar. Mi postura a favor de la interpretación amplia de los alcances de la suspensión del juicio a prueba, se ha volcado en los innumerables fallos dictados en mi tarea judicial desde su vigencia, lo que me ha permitido comprobar empíricamente su efecto beneficioso. La estadística es abrumadora sobre la no reiteración delictiva de los probados y el favorable resultado de la solución compositiva. Ello ha evitado el componente criminógeno de las condenas cortas, aun las condicionales que se producía con a antigua vigencia de la *sumis* como única alternativa al encierro. Mi postura se ve reflejada en las exhaustivas obras de Gustavo Vitale y Alberto Bovino, profesores de las universidades del sur y de Buenos Aires respectivamente, por lo que todo lo que se diga sería sobreabundante.

De modo harto sintético la llamada tesis amplia de la suspensión de juicio a prueba implica, primero, conceder que el uso del vocablo *probation* no es correcto porque no hay admisión de culpabilidad. Su naturaleza es de alternativa procesal que contempla como fundamento la reparación o el esfuerzo por lograrlo como presupuesto de la extinción de la pena, con base en los principios de ultima ratio y subsidiariedad. Por ello la “precomprensión hermenéutica” lleva a ampliar su otorgamiento a los supuestos que en concreto puedan ser pasibles de condena condicional. Asimismo que solo sea un obstáculo a su otorgamiento la falta de ofrecimiento de reparar aunque sea simbólicamente y que en cambio no sea vinculante la mera oposición infundada del Ministerio Fiscal. Que por respeto a la mínima lógica la restricción a los casos de pena de inhabilitación sea en aquellos tipos penales que contemplen dicha pena como única sanción, y que en los casos de pena de multa se prefiera a ésta, la reparación a la víctima. Es una lástima como la ideología reaccionaria o simplemente la necesidad burocrática de algunos operadores de la administración de justicia han impedido una mejor utilización del instituto.

Es obvio por lo demás que la reparación voluntaria posterior al hecho puede ser merituada como atenuante en la determinación de la pena en las pautas de los arts. 40 y 41, y obviamente en la obtención de la condicionalidad –art. 26 C.P.–.

Del mismo modo en la etapa ejecutiva la reparación puede acelerar el régimen progresivo como la obtención de la libertad asistida –ley 24.660–.

Creo haber dejado en claro, pero bien vale la reiteración, que en todos los casos el requisito de la voluntariedad debe quedar a salvo de cualquier tipo de pretensión, y menos presión “premiat” por parte de los organismos del sistema de administración de justicia, sino simplemente de que el “actus contrarius” que intenta volver las cosas al estado anterior al ilícito debe tener también su contestación positiva por el orden jurídico reafirmado en su validez sin que esto signifique transformar al derecho en el ámbito de las cosas “que se dan por un precio cualquiera”.

Quizas convendría agregar que se adolece en nuestro derecho penal de un sistema intergral de sustitutos sustanciales y procesales, tal como se intentó en el proyecto de Reformas Puntuales de 1998 elaborado por un grupo de profesores entre los cuales se encontraban Baigún, Donna, Pessoa, Sandro, Chiara Díaz etc.. Este en materia de penas se basó en el llamado proyecto Zaffaroni de penas alternativas: se suprimía la pena de prisión de hasta seis meses, y se facultaba a sustituir las penas de hasta tres años de prisión, entre otros sustitutivos por el de la “multa reparatoria”, y el de “satisfacción material y moral a la víctima en la medida de lo posible” como una de las modalidades de Instrucciones. En el cumplimiento de penas mayores se estipulaba su sustitución obligatoria durante la progresividad de la ejecución. Asimismo se establecía el principio de oportunidad, que permite renunciar o suspender la acción penal en los casos de delitos leves –pena menor de tres años–, interés público insignificante en la persecución, y reparación u ofrecimiento en la medida de lo posible. Es de interés que en estos casos, podía la víctima continuar la acción como privada.

Conclusión

En contra de la insistencia –casi “totémica”– en la pena de prisión, hace casi medio siglo Eberhard Schmidt decía que la Justicia Penal “...está enferma de una utilización excesiva de la pena y de un derroche sin sentido de la pena privativa de libertad”. Esta frase conserva hoy su lozanía, sobre todo con las comprobaciones empíricas de los deletéreos efectos que provoca.

Nuestro ilustre visitante decía hace unos años que “...el movimiento internacional a favor de la reparación es una de las mas importantes corrientes políticocriminales de nuestros días. No llevará a la abolición de la pena pero ésta puede ser reducida, modificada y en ocasiones, incluso ser sustituida por la reparación”, es decir el tránsito hacia formas mas civilizadas y tolerantes de resolver los conflictos.

Este retorno de la composición, del consenso o la autonomía tiene el efecto de desplazar total o parcialmente el instrumento característico del Derecho Penal Estatal, la pena, que supone una visión simplificada y reduccionista de la organización social, hacia un sistema que contemple también al Derecho Penal aún parcialmente, como un regulador de conflictos que busque su solución por intermedio de acuerdos racionales sobre la paz social, alterada por el quebrantamiento normativo de uno de sus integrantes.

Como hemos visto, la discusión sobre esta “tercera vía”, en lo penal está limitada de modo genérico a la incorporación de la misma como sustituto en el ámbito de los delitos leves o de mediana gravedad, y como atenuante o determinante de concesión de beneficios en la ejecución de la pena en delitos graves.

Los matices van desde la negación crítica del derecho penal del abolicionismo, pasando por la postura moderada de la mayoría, hasta posturas que enfatizan que la reparación no es tarea del derecho penal, y que su utilización es insignificante.

Pero no caben dudas desde el plano empírico sobre el fracaso de la pena privativa de libertad y del ideal resocializador, lo que ha favorecido la búsqueda de nuevos caminos preventivos que eviten daños mayores y que no realimenten la violencia al crear otro conflicto –entre el autor y el estado– sin resolver el anterior.

En sintonía con el principio de subsidiariedad y ultima ratio propio de Derecho penal liberal, la reparación impone límites en el ámbito de la Administración de justicia, no solo por la utilización limitada de la violencia estatal, sino con los mecanismos procesales como los conciliatorios o compensatorios que tornan subsidiaria también la persecución. En suma y parafraseando a Schultz, la reparación reduce la “amarga necesidad” que es la pena.