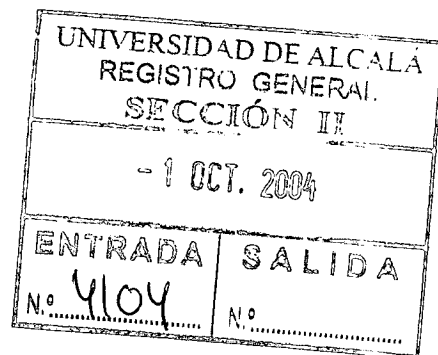
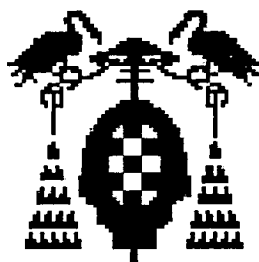


a292514

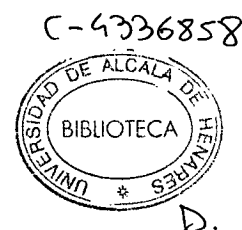


34-05
UAM
ARI
Sala

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE FUNDAMENTOS DEL DERECHO
DERECHO PENAL



**SUSTITUTIVOS PENALES CON
ESPECIAL REFERENCIA
A LA REPARACIÓN DEL DAÑO**



TESIS DOCTORAL

DORIS MARIA ARIAS MADRIGAL

2004

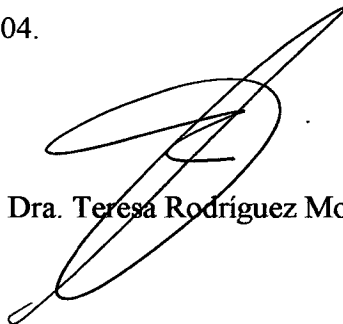
INFORME DEL DIRECTOR DE LA TESIS

La Prof. Dra. Teresa Rodríguez Montañés, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá y Directora de la Tesis doctoral “**Sustitutivos penales, con especial referencia a la reparación del daño**”, presentada por D^a. Doris Arias Madrigal para la obtención del grado de Doctor en Derecho, emite el siguiente **INFORME** en relación con la citada tesis:

D^a. Doris Arias Madrigal ha realizado un trabajo de investigación serio y riguroso, con una amplia bibliografía, acerca del tema objeto de su tesis, una materia con grandes repercusiones prácticas y que está generando una importante discusión dogmática y jurisprudencial. La doctoranda ha llevado a cabo un estudio pormenorizado de la dogmática y la jurisprudencia, tanto española como extranjera, cumpliendo sobradamente todos los requisitos necesarios para pasar el trámite de lectura y defensa de la misma a efectos de la obtención del título de Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá.

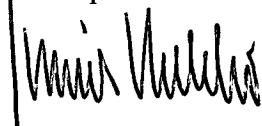
Y para que así conste, expido y firmo la presente certificación en Alcalá de Henares a 10 de septiembre de 2004.

Fdo.: Prof. Dra. Teresa Rodríguez Montañés



VºBº

Director del Departamento



Fdo.: Prof. Dr. Carlos García Valdés



«La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres».

Miguel de Cervantes

NOTA PRELIMINAR

A Dios que en su infinita misericordia me permitió concebir y llevar a feliz término este sueño.

A la Universidad de Alcalá de Henares, a sus profesores y funcionarios, y a los ciudadanos de Alcalá por abrirnos sus puertas y corazones.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá y a su Decano Dr. D. Diego Manuel Luzón Peña, fundador de una escuela de pensamiento que ha trascendido las fronteras europeas, por su visión al acoger a los y las Jueces de Costa Rica, por su calidez humana y su amplitud intelectual, por sus enseñanzas y contribuciones para que impartamos una mejor Justicia penal.

En especial a Dra. D.^a Teresa Rodríguez Montañés, por su sabiduría de Maestra, todo un ejemplo a seguir. Gracias a su apoyo incondicional y empuje he logrado esta meta, su exigencia y rigurosidad científica no solo me han acercado al Derecho penal, a la Academia, sino también a dar lo mejor de mi misma.

A la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a la Escuela Judicial y a mi país Costa Rica por financiar este proyecto a través de una Beca, y por romper los estereotipos al confiar en que una Jueza, mujer con hijos, aún tiene muchas oportunidades.

A mi esposo Miguel y a mis hijas Carolina, Doris y Catalina por que son mi razón de ser y mis compañeros de aventuras.

A mis padres Roberto y Doris, y a mis hermanos por su amor y apoyo incondicional.

A todos mis amigas y amigos que de una forma u otra siempre me han apoyado.

SUSTITUTIVOS PENALES CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SITUACION DEL DERECHO PENAL, Y SU INCIDENCIA EN EL PLANTEAMIENTO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

1.	INTRODUCCIÓN	1
1.1.	LA CRISIS DEL DERECHO PENAL	10
1.2.	LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS PENAS CORTAS.....	15
1.2.1.	Principales objeciones a la pena privativa de libertad	16
1.2.2.	Las penas de corta duración	19
1.2.2.1.	Antecedentes históricos	19
1.2.2.2.	Cuestionamiento de las penas cortas desde la teoría de los fines de la pena	24
1.2.2.3.	Toma de postura	26
1.3.	LAS IDEAS RESOCIALIZADORAS: NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN.....	28
1.3.1.	El «retorno a Von Liszt»	28
1.3.2.	Consideraciones críticas en torno a la resocialización	31
1.3.2.1.	Efectos de la crisis del ideal resocializador	33
1.3.3.	Perspectivas actuales para la resocialización.....	35
1.4.	HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS	37
1.4.1.	La progresiva racionalización del Derecho penal	37
1.4.2.	Análisis de la postura de ESER	39
2.	LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO	41
2.1.	CUESTIONES GENERALES	41
2.1.1.	Conexión entre el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas	41
2.1.2.	Valoración de otras circunstancias del autor en el sistema de las consecuencias jurídicas	43
2.1.3.	Especial referencia a la postura de BOTTKE	44
2.1.4.	Las consecuencias accesorias.....	46
2.2.	EL SISTEMA DE DOBLE VÍA: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	47
2.3.	LA TERCERA VÍA	49
3.	LAS NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES: EL SISTEMA SANCIONATORIO DIFERENCIADO	53
3.1.	EL MOVIMIENTO DE LA DESPENALIZACIÓN.....	58
3.1.1.	Los procesos de remisión normativa: especial consideración sobre la remisión al Derecho civil	61
3.1.2.	Otras vías para la despenalización	63
3.1.2.1.	Las soluciones procesales	63
3.1.2.2.	El recurso a las penas privadas.....	64
3.1.2.3.	Valoración crítica	67
3.2.	DESINSTITUCIONALIZACIÓN O DESCARCELACIÓN.....	73
3.3.	LAS TESIS DESFORMALIZADORAS O DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS	76

3.3.1. El desarrollo de las soluciones informales	76.
3.3.1.1. Fundamento de la propuesta desformalizadora	79
3.3.1.2. La tendencia a la ampliación	81
3.3.1.3. Valoración crítica	85
3.4.LA « <i>DIVERSION</i> »	89
3.4.1. Orígenes del movimiento y concepto	89
3.4.2. Ventajas e inconvenientes del recurso a la « <i>diversión</i> »	93
3.5.LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-DELINCUENTE Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO ...	94
3.5.1. Aspectos generales.....	94
3.5.2. Distintas tendencias político-criminales.....	96
3.6.TOMA DE POSTURA	101

CAPÍTULO II

LOS SUSTITUTIVOS PENALES: DELIMITACION CONCEPTUAL

1. CONCEPTO DE SUSTITUTIVOS PENALES	105
1.1.DEFINICIÓN	105
1.1.1. Ámbito de operatividad del concepto	109
1.2.DIFERENCIA ENTRE SUSTITUTIVOS PENALES Y ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	112
1.3.LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL MARCO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES.	116
2. LOS DISTINTOS MODELOS DE SUSTITUCIÓN DE PENAS.....	118
2.1.EL MODELO INDIVIDUALIZADOR.....	119
2.2.EL MODELO PROPORCIONALISTA	120
2.3.EL MODELO RESTAURADOR	121
2.4.TOMA DE POSTURA	122

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO Y LIMITES DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

1. LOS SUSTITUTIVOS PENALES Y LOS FINES DE LA PENA	126
2. PREVENCIÓN GENERAL	131
2.1.LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA: ASPECTOS GENERALES	132
2.1.1. La postura de ROXIN.....	135
2.1.1.1. Especial referencia a los sustitutivos penales	138
2.1.1.2. Análisis crítico de la postura de ROXIN	139
2.1.2. La postura de JAKOBS	153
2.1.2.1. Especial consideración sobre los equivalentes funcionales	154
2.1.2.2. Análisis crítico a la postura de JAKOBS	157
2.2.LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA	162
2.2.1. La función de intimidación del Derecho penal	163
2.2.2. Consideraciones críticas	168
2.3.EL MODELO MIXTO O ECLÉCTICO	172
2.3.1. Planteamiento del modelo mixto.....	174
2.3.2. Los límites a la función de intimidación.....	175
2.4.TOMA DE POSTURA: EL MODELO PREVENTIVO GENERAL GARANTISTA	179
2.5.LA PREVENCIÓN GENERAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	184
2.5.1. Las antinomias de los fines de la pena	184
2.5.2. Prevención general y sustitutivos penales	188

3.	LA PREVENCIÓN ESPECIAL	194
3.1.	ASPECTOS GENERALES	194
3.1.1.	Breve reseña histórica	194
3.1.2.	Principales direcciones de la prevención especial	195
3.1.3.	Concepto	196
3.2.	PRINCIPALES CRÍTICAS	198
3.3.	PLANTEAMIENTO ACTUAL	201
3.3.1.	Preeminencia del fin resocializador	204
3.4.	PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	208
3.4.1.	La prelación de finalidades preventivo-especiales.....	209
3.4.2.	La prelación entre prevención especial y general	211
3.4.3.	La valoración de circunstancias personales del delincuente.....	214
3.4.3.1.	Consideración sobre la peligrosidad	222
3.5.	LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LOS SUSTITUTIVOS PENALES	226
4.	ESPECIAL REFERENCIA A LA CULPABILIDAD Y A LA PROPORCIONALIDAD	230
4.1.	APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA CULPABILIDAD.....	233
4.2.	LAS RELACIONES ENTRE LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	235
4.2.1.	Culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena	242
4.2.2.	Culpabilidad y sustitutivos penales	246
4.2.3.	Culpabilidad y reparación del daño	251
4.3.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	261
4.3.1.	Proporcionalidad y sustitutivos penales.....	267
4.3.2.	Proporcionalidad y Reparación del daño	276
5.	RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA	293

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I

LA REPARACIÓN DEL DAÑO

1.	LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO	296
1.1.	BREVE RESEÑA SOBRE LOS ORÍGENES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO	301
1.1.1.	Los proyectos de conciliación víctima-autor	306
1.1.2.	El Derecho penal juvenil.....	316
1.2.	LAS APORTACIONES DE LA VICTIMOLOGÍA	325
1.3.	FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES	335
1.3.1.	Tesis abolicionista	337
1.3.2.	Tesis resocializadora	342
1.3.3.	Tesis garantista	346
2.	CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.....	348
2.1.	DIFERENCIA ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>	350
2.2.	CONCEPTOS DE CONTENIDO PARCIALMENTE DIVERSO	355
2.2.1.	Mediación víctima-delincuente	356
2.2.2.	Conciliación víctima-delincuente	359
2.3.	RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA	361

CAPÍTULO II

LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LOS FINES DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN	365
2. LA PREVENCIÓN GENERAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO	369
2.1.PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y REPARACIÓN DEL DAÑO	369
2.1.1. Exposición general	370
2.1.2. Principales objeciones a la relación entre la prevención general positiva y la reparación del daño	373
2.1.3. Algunas matizaciones de la doctrina	377
2.2.PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA Y REPARACIÓN DEL DAÑO	379
2.2.1. Prevención general negativa y reparación como sanción autónoma ...	380
2.2.1.1. Consideraciones críticas	385
2.2.1.2. La prevención de intimidación como límite a la reparación del daño	390
2.2.2.Prevención general negativa y la reparación en lugar de pena	392
3. LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO	397
3.1.PLANTEAMIENTO GENERAL	397
3.2.PRINCIPALES CORRIENTES DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO	402
3.2.1. La repersonalización	403
3.2.2. La reconciliación	405
3.2.3.El esfuerzo de la reparación del daño	408
3.3.OBJECIONES A LA RELACIÓN ENTRE PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO	413
4. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA	416

CAPÍTULO III

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO SUSTITUTIVO PENAL EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1995	435
1.1.ANTECEDENTES DE LA REFORMA	441
1.1.1. Los Anteproyectos y Proyectos de Código penal	443
2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES.	461
2.1.LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	464
2.1.1. Consideraciones generales	464
2.1.2. La suspensión de la ejecución de la pena y la reparación del daño	467
2.1.3. Análisis <i>ius</i> comparativo	472
2.2.LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN	478
2.2.1. Consideraciones generales	478
2.2.2. La sustitución de la pena y la reparación del daño	483
2.2.3. Experiencias en el Derecho comparado	484
2.3.LA LIBERTAD CONDICIONAL	486
2.3.1. La libertad condicional y la reparación del daño	489
2.4.TOMA DE POSTURA	492
CONCLUSIONES	495
BIBLIOGRAFÍA	507

ABREVIATURAS

A	Aranzadi, (Repertorio Informático de Jurisprudencia, cit. por número de marginal)
AA	Actualidad Jurídica Aranzadi (cit. por tomo y año)
AA.VV.	Autores varios
art.	artículo
AIC	Anales Internacionales de Criminología (cit. por año)
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (cit. por año)
ap.	apartado
AP	Anteproyecto de Código Penal
APen	Actualidad penal (cit. por año)
ArPCrim	Archives de <i>politique criminelle</i> (revista cit. por tomo y año)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHst	Sentencia del BGH
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCGPJ	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (cit. por tomo y año)
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial (cit. por tomo y año)
CE	Constitución Española
cfr.	confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citado
Concilium	Revista Internacional de Teología (cit. por año)
ComLP	Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por Cobo del Rosal
ComNCP	Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigidos por Quintero Olivares, coordinados por Valle Muñiz.
ComCP1995	Comentarios al Código Penal de 1995, coordinados por Vives Antón
CP	Código Penal
CP 1995	Código Penal de 1995
CPC	Cuadernos de Política Criminal (cit. por año)
CPCR	Código Penal de Costa Rica
CPr.PCR	Código Procesal Penal de Costa Rica
CPP	Comportamiento posterior positivo
DP	Derecho Penal

DJ	Documentación Jurídica. Gabinete de publicaciones Ministerio de Justicia (cit. por tomo y año)
DocP	Doctrina Penal (revista argentina, cit. por tomo y año)
ed.	editor/edición
EGUZKILORE	Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología (cit. por tomo y año)
ej.	ejemplo
Ext.	Extraordinario
EPCrim	Estudios Penales y Criminológicos. Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago (cit. por tomo y año)
EPB	Enciclopedia Penal Básica. Editorial Comares
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas
Esp.	Especial
Ext.	Extraordinario
HLR	<i>Harvard Law Review</i> (cit. por tomo y año)
inc.	inciso/incisos
IP	Índice Penale (cit. por año)
IURIS	Quaderns de Política Jurídica (cit. por tomo y año)
JDem	Jueces para la Democracia. Información y debate (revista, cit. por número y año)
JyS	Justicia y Sociedad (revista del Proyecto regional de justicia. Dirección regional de América Latina y el Caribe, cit. por número y año)
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP	Ley General Penitenciaria. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre General penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORCPJM	Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, 4/1992, de 5 de junio
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 5/2000, de 12 de enero.
LL	Revista Jurídica La Ley (cit. por año y volumen)
MFC	Manuales de Formación Continuada. Consejo General del Poder Judicial (cit. por tomo y año)
n.	nota
n. del t.	nota del traductor
n.pp.	nota pie de página
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Seix (cit. por tomo y año)
NFP	Revista Nuevo Foro Penal (cit. por tomo y año)
nm.	número marginal
n.º	número
ÖStGB	<i>Österreichisches Strafgesetzbuch</i> (Código Penal de Austria)

p./pp.	página/s
pfo.	párrafo
§	parágrafo
PAPERS	<i>Papers d'estudis i formació</i> (revista, cit. por tomo y año)
PAA	Proyecto Alternativo Alemán (<i>Alternativ Entwurf</i> , 1962)
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial (cit. por tomo y año), a partir del año 1997, Revista del Poder Judicial
PLORRPM	Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, BOCG de 3 de noviembre de 1998
PyC	Revista Poder y Control (cit. por tomo y año)
PyE	Revista hispanolatinoamericana Pena y Estado (cit. por tomo y año)
RAP	Revista de Administración Pública (cit. por tomo y año)
RCP	Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (cit. por tomo y año)
RCPen	Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales (cit. por tomo y año)
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación (cit. por año)
RDPCrim	Revista de Derecho penal y Criminología (cit. por año)
REPe	Revista de Estudios Penitenciarios (cit. por tomo y año)
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (cit. por tomo y año)
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (cit. por tomo y año)
RGD	Revista General de Derecho (cit. por año)
RICASV	Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (cit. por tomo y año)
RitDP	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> (cit. por año)
RintDP	<i>Revue Internationale de Droit Pénal</i> (cit. por año)
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña (cit. por año)
RJCastLM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (cit. por tomo y año)
RLORRPM	Reglamento Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio
RP	Reglamento Penitenciario. Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero
SAPM	Sentencia Audiencia Provincial de Madrid

SAPC	Sentencia Audiencia Provincial de Cataluña
SC	Sala Constitucional de Costa Rica
S III.	Sala Tercera de Casación Penal de Costa Rica
s./ss.	siguiente/s
s.f.	sin fecha de publicación
SISTEMA	Revista Sistema (cit. por año)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ley procesal penal alemana)
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UNSDRI	<i>United Nations Social Defense Research Institute</i>
v.	voto
vd.	véase
vol/s.	volúmen/volúmenes

PARTE I

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL, Y SU INCIDENCIA EN EL PLANTEAMIENTO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

1. INTRODUCCIÓN

La sola idea de sustituir ya nos evoca el cambio;¹ cuando nos referimos a los sustitutivos penales planteamos una corriente crítica de la pena como consecuencia jurídica y de la privativa de libertad, -que es la más difundida-, a la vez que la revisión, en términos más amplios, del Derecho penal en general.²

También vienen a nuestra memoria las preguntas clásicas: ¿por qué castigar?, ¿para qué castigar? y ¿qué clase de pena imponer?,³ que legitiman la intervención del Derecho penal en la

¹ El diccionario de la Real Academia, define la voz sustitutivo de la siguiente forma: «*Dícese de lo que puede reemplazar a otra cosa en el uso*», REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «voz sustitutivo», 1995.

² Al respecto cabe reseñar los aportes que han brindado la criminología, la psicología y la sociología, ciencias sociales que con sus análisis desde el punto de vista empírico, cuestionan la legitimidad de la pena privativa de libertad y el Derecho penal en general. Los principales señalamientos apuntan a la selectividad del sistema penal, la deshumanización de la cárcel, el cuestionamiento sobre la intimidación de las penas privativas de libertad, frente a otras consecuencias jurídicas, el daño al afectado por la separación de su familia y del trabajo y para finalmente concluir que las penas privativas de libertad ni reeducan ni resocializan. En igual sentido, ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 608; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 843.

³ Acerca de la misión del Derecho penal, la discusión es centenaria y se le suele justificar en que, tratándose de un *mal*, conlleva un *mal* menor que el que trata de evitar. Así, GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 67-68; ROXIN, Iniciación, 1981, 24; FERRAJOLI, PyC, n.º 0, 1986, 25; el mismo, Derecho y Razón, 1995, 232; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 215; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 181. Sobre de la historicidad del Derecho penal, vd., entre otros; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 51-52.

vida en sociedad,⁴ o dicho de otra forma, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal.⁵

⁴ No puede olvidarse el carácter bifronte del Derecho penal, por una parte, la protección del individuo frente al poder punitivo estatal (como conquista del liberalismo político), y por otra, de la sociedad frente a los ataques individuales, y menos aún puede ignorarse el equilibrio entre ambos aspectos. Cfr., PÉREZ MANZANO, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 88. Sobre este tema, desde el punto de vista del Derecho penal orientado a las ciencias sociales, cfr., NAUCKE, en: MIR (Editor): DP y ciencias sociales, 1982, 93.

⁵ En igual sentido, ROXIN, *Iniciación*, 1981, 23. Para algunos autores el *ius puniendi* (facultad que corresponde al Estado de imponer sanciones penales) es un medio de control social, es decir, que el dilema entre libertad individual y poder estatal se resuelve a través del intento del Estado por encauzar los comportamientos individuales, que éstos asuman e interioricen las normas del Estado y sus modelos de conducta, utilizando para ello sanciones de ciertos hechos intolerables para la convivencia pacífica. Así se indica que el Derecho penal tiene elementos comunes a todas las formas de control social como son el quebrantamiento de la norma, la reacción a la infracción a la norma y el procedimiento de imposición de la sanción. Al respecto, en principio, cabe señalar que el término «control social» puede llenarse de diversos contenidos, y ser capaz de legitimar abusos por conductas simplemente discrepantes, marginales o desviadas. Sin que se tome en cuenta que es precisamente la dañosidad social grave, la que marca la diferencia entre el Derecho penal y otros medios de control social, que se quedan en la mera constatación formal. Por otra parte, también es posible, - si se entiende que el Derecho penal tiene la función de control social -, que se le considere como un medio de dominación y control de unos miembros sobre otros, lo cual es inconcebible en el marco de un Estado democrático de Derecho. Mayoritariamente la doctrina prefiere apartarse de considerar el control social como función característica del Derecho penal, posición a la que me adscribo. Finalmente, no pueden dejarse de lado las tensiones que desde mediados de los años sesenta se han suscitado en cuanto a la influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal. Personalmente comparto la tesis de un papel preponderante, de signo abierto y diferenciador, del Derecho penal frente a otras disciplinas, sin negar la contribución de éstas. En este sentido, GIMBERNAT, en: *Estudios*, 1976, 67; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Concepto*, 1981, 31 ss.; LUZÓN PEÑA, voz «conducta desviada y control social», *EJB I*, 1995, 1392; el mismo, *Curso DP PG I*, 1996, 59-61-70; RODRÍGUEZ/SERRANO, *DP PG*, 1995, 10 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso DP PG*, 1996, 7 ss.; el mismo, *Manual DP*, 2002, 229; ROXIN, *DP PG I*, 1997, 81; CEREZO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 13, 18; COBO/VIVES, *DP PG*, 1999, 131; LANDECHO VELASCO, *DP PG*, 2000, 56 ss. Recordando la base normativa que posee el Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 86, 93 y 250 ss. Un importante sector doctrinal hace referencias al Derecho penal como medio de control social formalizado, sin que ello sea el reflejo de la asunción de la terminología sociológica, ya que concluyen por atribuirle la función primordial de protección de libertades y legítimos intereses de los individuos y de la sociedad. Así, JESCHECK, *Tratado DP PG I*, 1981, 4; MUÑOZ CONDE, *DP y control social*, 1985, 16, 37; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 1993, 34 ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo*, 1996, 16, 28; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios PG*, 1997, 42-43; MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 5, 125-126; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 31 ss., 76 ss. Asumiendo un enfoque dinámico y sociológico, GARCÍA-PABLOS, *DP*, 1995, 2 ss.; BERGALLI, *Control social*, 1996, 2; BUSTOS/HORMAZÁBAL *Lecciones DP*, 1997, 19.

El fundamento de tal intervención⁶ se cimienta en la necesidad,⁷ ineludible a nuestro criterio, de protección de los bienes jurídicos fundamentales.⁸ Así, se reprimen tan solo aquellos

⁶ La intervención del Derecho penal es hoy en día, un problema nuclear, referido a la legitimación misma del Estado moderno. Dicha intervención se autoriza porque se ha causado un grave daño a la sociedad, es decir, porque se han atacado gravemente las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos. Lo cual, a su vez, permite la afectación de bienes jurídicos importantes como respuesta al delito. En este sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 59; SCHÜNEMANN, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 89.

⁷ Sobre la necesidad del Derecho penal en el Estado moderno, cfr., entre otros, GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 69, 76; BERDUGO/FERRÉ/SERRANO, Manual DP III PG, 1994, 38; LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 79.

⁸ Muy interesante resulta el planteamiento que se realiza actualmente acerca de la función del bien jurídico en el Estado, donde constituye una garantía fundamental en la delimitación del Derecho penal, a la vez que goza de esencial reconocimiento en cuanto al tipo de injusto. Luego de que FEURBACH vinculara el Derecho penal con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano, las tempranas correcciones que hiciera BIRNBAUM, acerca de la concreción del derecho subjetivo en un bien, el concepto ha girado sobre las interrogantes de cuáles son los bienes que merecen protección y cómo debe ser la protección que dispense el Derecho penal. El concepto de bien jurídico es en el Derecho penal moderno difícil de definir. Planteándose la disyuntiva entre un concepto conciso y crítico sin base empírica o un concepto más realista, pero vago e impreciso; sobre todo frente a los retos de una sociedad compleja, en la cual, contamos con nuevos comportamientos y realidades. Así, por ejemplo, la criminalidad que ocurre en el marco de las empresas, la del medio ambiente, la económica, caracterizadas por la titularidad difusa, o conductas de peligro abstracto referidas a bienes de tipo supraindividual. Algunos autores llegan a hablar de crisis en la función del bien jurídico de delimitación de la intervención penal. Lo cual es evidente cuando conductas inocuas desde el punto de vista de la dañosidad social son llevadas al plano de tutela como bien jurídico fundamental, a pesar de la distancia de la realización efectiva de una agresión. Lo que ha conducido por una parte a la creación de nuevos tipos delictivos - alejados de una efectiva agresión o de hechos inocuos o de poca significación-, que es urgida por los legisladores (el denominado Derecho penal simbólico), y que choca con las exigencias de mínima intervención penal. Poniéndose en duda, desde la postura garantista, la legitimidad de la incriminación de conductas, que cada vez se alejan más de la agresión. Con lo cual la función de protección de bienes jurídicos ha conducido a tendencias desincriminadoras y al fenómeno contrario, la incriminación de nuevas conductas delictivas. Otros autores van más allá y consideran que el concepto de bien jurídico en el Derecho penal moderno tiene un sentido «*nominal*», pues los objetos de protección de los nuevos tipos penales solo se pueden definir de modo vago e impreciso, se concluye que lo protegido por tales tipos no serían en realidad bienes jurídicos, sino «*funciones*», es decir, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales, que generan una inflación de comportamientos. Cfr., entre

comportamientos que imposibilitan las condiciones de una pacífica coexistencia en libertad y que entrañan dañosidad social. Se protegen las condiciones básicas para el funcionamiento social contra los más intolerantes ataques a los mismos, cumpliéndose estos objetivos,⁹ a través de la prevención general¹⁰ y especial¹¹ de delitos.

otros, HASSEMER/MUÑOZ, Introducción, 1989, 105 ss.; HORMAZÁBAL, Bien jurídico, 1991; HASSEMER, ADPCP 1992, 239, 248; MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 159 ss.; GARCÍA RIVAS, El poder punitivo, 1996, 50 ss.; MOCCIA, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 117 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La Expansión, 1999, 132 ss.; ALBRECHT, La insostenible, 2000, 480; BESTE/VOß, La insostenible, 2000, 347; GRACIA, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 384. Crítico de las teorías sistémicas y de la anulación del principio del delito como lesión de bienes jurídicos, vd., BARATTA, CPC 1984, 537. Abogando por un concepto de bien jurídico sin contenido material, JAKOBS, DP PG, 1995, 45 ss.

⁹ La doctrina científica reconoce ampliamente como función fundamental del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, constituyendo los fines de la pena -prevención general y especial de delitos- un medio de la protección de éstos. La dañosidad social como característica ampliamente aceptada, constituye una condición indispensable que legitima en la generalidad de los ciudadanos la incriminación de un hecho. De igual forma actúa sobre el delincuente, sujeto concreto sobre el que recaerá la acción del Estado, permitiéndole conocer claramente la lesión o ataque significativo a un bien merecedor de la tutela penal. Especialmente claros, ROXIN, en: Problemas, 1976, 41, nota 21; el mismo DP PG I, 1997, 70, 81; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 49; el mismo Curso DP PG I, 1996, 79, 82; SCHÜNEMANN, ADPCP 1991, 704. Recientemente y refiriéndose a la antinomia de los fines de la pena, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 286 ss., señala que es en la teoría del bien jurídico protegido, donde se manifiesta de forma evidente el conflicto-entre los diversos fines del Derecho penal. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 810.

¹⁰ Hay un amplio consenso en la doctrina en cuanto a que la finalidad de la pena se halla en la prevención. Se discute, sin embargo, si debe situarse en primer plano la prevención general o especial. A fin de tomar partido en cuanto a la discusión que se origina en la segunda mitad de este milenio, considero que la finalidad fundamental de las penas es la prevención general, aunque también se orientan a la prevención especial. Llegar a esta conclusión no ha sido fácil puesto que la doctrina oscila entre las teorías absolutas, relativas y eclécticas. Para empezar es preciso señalar que las doctrinas que propugnan como función de la pena la retribución son minoritarias, prácticamente se consideraban abandonadas. Sin embargo, un nuevo movimiento, el neoclasicismo, retorna a los planteamientos de la sociedad liberal del siglo XIX. Es lo que algunos autores han denominado un «*retorno a Kant*». Aunque más adelante nos referiremos a estas tesis con detenimiento, baste señalar aquí que ha revivido principalmente en los Estados Unidos y en los países escandinavos, la vieja idea de retribución como contraparte o compensación a la violación a la norma penal, la aplicación del criterio de justicia y de proporcionalidad con la gravedad de los delitos. Estas teorías que no gozan en la doctrina europeo-occidental de

Estas reflexiones, que representan los pilares básicos del Derecho penal, alcanzan su punto álgido en el momento en que ante un sujeto concreto, que ha violado la norma penal, se reacciona aplicando una sanción penal.¹²

Individualizar la pena en concreto para aplicar las consecuencias jurídico penales implica decidir por qué y para qué se sanciona al autor,¹³ pero también implica decidir cuánta pena es la que se impondrá¹⁴ y en lo que respecta a esto último, el eje vertebral del sistema, la pena privativa de libertad¹⁵ es cuestionada desde hace mucho tiempo.

Si se repasa el contenido de Códigos penales españoles desde el siglo anterior, observaremos que en el sistema de penas el lugar central lo ocupaban las penas privativas de libertad. El Código Penal de 1995 da un importante paso hacia adelante en la

aceptación, sí han implicado cambios evidentes, pero no una variación radical del marco de la discusión político criminal. Vd., al respecto, DEL ROSAL BLASCO, ADPCP 1990, 565, 570; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 35; ROXIN, en: Política criminal, 1992, 10, 16 ss.; MORSELLI, ADPCP 1995, 269 ss.; MIR PUIG, DP PG, 2002, 84-85. Negando que en los países escandinavos se mantenga la tesis neoclásica, ANTTILA, CPC 1986, 153.

¹¹ Sobre el papel de la prevención especial, no podemos obviar el tratamiento constitucional se da al tema en el artículo 25.2 CE, que orienta las penas y las medidas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social. Con lo cual se integra el programa de la prevención especial y de la resocialización en particular, en el marco de la política criminal democrática, sin que se excluyan los otros fines de prevención general a los que ya hemos hecho referencia. En este sentido, LUZÓN PEÑA, en: ASÚA, (Coordinadora): El pensamiento penal, 1990, 83; el mismo, Curso DP PG I, 1996, 89; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 310. Exhaustivamente acerca de este tema en la Jurisprudencia constitucional, GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 809 ss.

¹² Cfr., QUINTERO OLIVARES, CPC 1978, 53.

¹³ Para más detalles, vd., GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 9. Muy claramente lo señala BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 566: «*el momento principal de la determinación de la pena es aquel en que precisamente el juez la determina, allí se resume el porqué y para qué de la pena*».

¹⁴ Ampliamente sobre este punto, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 398.

¹⁵ En igual sentido, JESCHECK, en: MIR (Editor): La reforma del DP, 1980, 11.

reforma del sistema sancionatorio, lo que puede constatarse en el instituto de la sustitución de la pena,¹⁶ con lo cual el legislador traduce en norma positiva los planteamientos de la moderna política criminal.¹⁷

Camino que continua con la introducción novedosa, pero no sustancial, de la reparación del daño causado. Los supuestos de aplicación de la reparación del daño son múltiples, interesando destacar entre ellos, el artículo 81.3º, la reparación es condición en la suspensión de la ejecución de la pena; artículo 88.1.^a como regla de conducta en la sustitución de la pena de prisión; y a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio, de condición para el otorgamiento de la libertad condicional, en tanto estos supuestos constituyen un primer eslabón en la aplicación de la reparación del daño como sustitutivo penal.¹⁸

Sin duda, la reforma operada -aunque en forma modesta-, enlaza con las novedosas corrientes de la política criminal que otorgan un lugar preeminente a los modelos de justicia reparativa¹⁹

¹⁶ Cuyos antecedentes se encuentran en el PCP 1980 y AP 1983. Sobre ello, cfr., MIR PUIG, en: ASÚA (Editora): Jornadas CP 1995, 1998, 61, 64.

¹⁷ En igual sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas*, 1996, 24; CID, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 11. La doctrina considera que la reforma del Código Penal en este apartado constituye la introducción en el movimiento internacional de reforma del Derecho Penal, vd., al respecto, JESCHECK, *EPCrim VIII*, 1985, 41; MIR PUIG, *RICASV n.º 34*, 1987, 49, 57 ss.

¹⁸ El CP 1995 también se refiere a la reparación del daño en los artículos siguientes: 21.5.^a en el que se le concede el carácter de circunstancia atenuante (si la reparación a la víctima se produce antes del juicio oral); 126.1; 136.1; 216; 225; 227.3; 319.3; 321 pfo.2; 323 pfo. 2; 339, 378.1; 433. Con respecto a la reforma LO 15/2003, de 23 de noviembre, el articulado que recoge la reparación del daño se mantuvo intacto.

¹⁹ Para más detalles sobre el término «justicia reparativa», vd., MESSMER/OTTO, en: MESSMER/OTTO (Editores), *Restorative*, 1992, 4 ss.; WRIGHT, en: MESSMER/OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 530; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 231; TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, 1998, 218; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 82; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 8 ss.

o restaurativa,²⁰ que pretenden no solo la compensación de daños materiales e inmateriales, sino que valoran algo más como el esfuerzo reparador y la asunción de responsabilidad del autor. Pero es palpable el distanciamiento frente a la idea de que la reparación del daño pueda en los delitos de gravedad leve y mediana constituir una consecuencia jurídico penal independiente, una «*tercera vía*» de reacción, con capacidad para alcanzar los fines del Derecho penal, menos aún en la criminalidad grave.

La legislación recoge la experiencia relativa a la reparación del daño de algunos otros países del entorno Europeo,²¹ además de la propia, en el ámbito del Derecho penal juvenil.²² De igual forma, considera las críticas que se efectúan contra la pena privativa de libertad,²³ permitiendo la posibilidad de sustituirla por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o arresto de fin de semana, según la reforma LO 15/2003, de 23 de noviembre.

²⁰ Cfr., sobre esto, WRIGHT, en: MESSMER/OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 525 ss.; BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 359; KERNER, CPC 1997, 375.

²¹ En ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 115; TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 29-31. En las agendas de los científicos del Derecho penal, el tema de la reparación del daño ocupa un lugar de privilegio, en este sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 171.

²² Refiriéndose a los programas de reparación y conciliación que se han desarrollado en el Derecho penal juvenil en España desde 1988, de modo detallado, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA JUVENIL, PAPERS n.º 8, 1992, 217; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 45; URRÁ PORTILLO, *Menores*, 1995, 155; DELGADO MARTÍN, *APen 1998-I*, 21ss; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 52 ss.

²³ Ello es perceptible de la lectura de la exposición de motivos del CP 1995, en el cual se destaca que los cambios en el sistema de penas vienen a simplificar la regulación de las penas privativas de libertad, a la vez que amplían las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos importantes. Como consecuencia se evita la intervención innecesaria del Derecho penal en especial mediante penas de prisión. Cfr., al respecto, MIR PUIG, en: ASÚA (Editora): *Jornadas CP 1995, 1998*, 65; VAELLO ESQUERDO, en: DEL ROSAL (Editor): *Estudios*, 1997, 16.

Puede observarse cierta timidez o conservadurismo en el alcance del CP 1995 en cuanto a la reparación del daño,²⁴ si se la compara con otras legislaciones cercanas,²⁵ lo que también es palpable respecto de los sustitutivos penales, si se compara la legislación positiva con los textos de los anteproyectos y proyectos de ley que le precedieron y que se referían expresamente a éstos últimos.²⁶

²⁴ En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1507; GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 815. Desde otra óptica, TAMARIT SUMALLA, La víctima, 1998, 204, califica la reforma como parcial frente a actuales tendencias político-criminales del entorno europeo.

²⁵ Tal es el caso de la legislación alemana con la «Ley de modificación del Código penal, de la Ley procesal penal y otras leyes», de 28 de octubre de 1994, conocida como «Ley para combatir el delito», en la que se incorporó un nuevo §46 a, al Código Penal Alemán (StGB). Esta norma faculta al tribunal a disminuir la pena (§49 pfo.1º), o, a renunciar a la misma cuando se dé la reparación a las víctimas del delito, cumpliendo una serie de requisitos. La citada ley, a su vez, complementa el §56 pfo.2º incidiendo directamente en los sustitutivos penales. Así, en la suspensión a prueba de la ejecución de la pena privativa de libertad -suspensión condicional-, (§§ 56, 56 b pfo. 2º, inc. 1º, n.º 1º StGB) y en la amonestación con reserva de pena, se tomará en consideración el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho (§§ 59, 59a pfo. 2º StGB). Cfr.; al respecto, CEREZO MIR, DP PG, 1998, 39-40; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 145 ss; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 260. También es el caso del Código penal francés en vigor desde 1994 que en cuanto al tema de la individualización de la pena, permite un mayor arbitrio judicial en la valoración de las circunstancias de la infracción y subjetivas del autor. Facultándose al juez, que en los delitos con penas de hasta diez años de prisión, se pueda sustituir la pena por cualquier otra de duración inferior hasta el límite de seis meses o que pueda ser sustituida por: pena de multa, por alguna de las múltiples penas privativas de derechos, o trabajos de interés general. Vd., en ese sentido, ASÚA BATARRITA, en: ASÚA (Editora): Jornadas CP 1995, 1998, 12. Otro ejemplo es el Código penal austríaco (ÖStGB), en los § 42 y §167 -falta de merecimiento de pena del hecho y arrepentimiento activo-, donde la reparación del daño determina la impunidad de la conducta, en un gran número de delitos contra la propiedad. Sobre ello, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 142; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 34; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 152.

²⁶ Un análisis sobre este tema, MIR PUIG, en: ASÚA (Editora): Jornadas CP 1995, 1998, 55 ss. vd., *infra*, Parte II, Capítulo III, 1.1.1.

No obstante, considero que el mimetismo de instituciones foráneas²⁷ debe realizarse con sumo cuidado, luego del estudio y conocimiento de su funcionamiento, porque lo que en un Estado puede ser un éxito, en otro no necesariamente, sin que con ello se prejuzgue la bondad de los institutos jurídicos.²⁸

El legislador del CP 1995 consideró como límite irrenunciable de las penas la prevención general, aunque también reconoce la finalidad preventivo-especial, otorgándole preeminencia sobre un criterio meramente retributivo, aspecto que se puede deducir del tratamiento del tema de los sustitutivos penales,²⁹ lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que se decanta por la teoría unitaria de la pena.³⁰

La aproximación al tema exige una referencia obligada a los fundamentos de los sustitutivos penales, a establecer cual es su justificación y cuáles son los límites.

El tema de los sustitutivos penales se plantea desde dos vertientes, la primera responde al fenómeno de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, mediante un catálogo de alternativas,³¹ y la segunda es en el marco de los fines de la pena, siendo ese el orden en que los estudiaremos.

²⁷ Acerca del Derecho comparado como método de la política criminal, vd., RODRÍGUEZ DEVESA, ADPCP 1979, 5 ss.

²⁸ En igual sentido, MANTOVANI, RFDUG, n.º 17-20, 1988-1992, 207; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 159.

²⁹ Cfr., entre otros, LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 58; LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias, 1996, 14; MUÑOZ CONDE, LL 1996-3, 1341; SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1510; SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 8.

³⁰ Cfr., por todos, GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 63.

³¹ En este sentido, VAELO ESQUERDO, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 31.

Estrechamente vinculados estos temas se encuentran una serie de manifestaciones que vienen presentándose dentro de la ciencia penal, como son: la crisis de la pena de prisión, especialmente aquellas de corta duración, el renacimiento de las ideas resocializadoras y la corriente de humanización de las penas, temas que por su importancia serán tratados a continuación.

1.1. LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

En los albores del siglo XXI hay un lugar reservado para la palabra crisis.³² Así, es común que en los más diversos ámbitos percibamos la alusión a ella, ya trátase de crisis del Estado,³³ de la economía mundial, de la crisis del Derecho,³⁴ del Derecho penal³⁵ y de la pena privativa de libertad.³⁶

³² PASQUINO, en: BOBBIO/MATTEUCCI (Directores), Diccionario T I, 1983, 454-455, define la palabra crisis como: «*un momento de ruptura en el funcionamiento de un sistema, un cambio cualitativo en sentido positivo o negativo, una vuelta sorpresiva y a veces hasta violenta y no esperada en el modelo normal según el cual se desarrollan las interacciones en el interior del sistema en examen*». Sobre ello, RUÍZ VADILLO, PAPERS n° 8, 1992, 10.

³³ La transición al siglo XXI está caracterizada según los analistas políticos por una serie de fenómenos socio-históricos de desequilibrio y redefinición de las estructuras, de la jerarquía y de la dinámica del poder. Entre los cambios se destacan: la crisis del Estado-Nación y la mundialización de las relaciones sociales; la hegemonía de la política neoliberal con manifestaciones crecientes de privatización que alcanzan en general la subordinación del poder político al poder económico con frase emblemáticas como «lo público es malo, lo privado bueno»; la exaltación a valor supremo de la individualidad; una intensificación de la lucha mundial por los recursos naturales, escasos o limitados; amenaza de grandes migraciones y radicalización de la hostilidad; el surgimiento de nuevos movimientos autoritarios (etnocéntricos, xenófobos y racistas); la generalización del hambre y la miseria; en el fondo las relaciones del Estado con la sociedad civil. Así lo destacan entre otros, MONEREO PÉREZ, SISTEMA 123, 1994, 81 ss.; BARTSCH, EGUZKILORE, n.º 9, 1995, 12; JEREZ MIR, SISTEMA 142, 1998, 23 ss.

³⁴ Ampliamente, FERRAJOLI, CDJ, Monográfico 3, 1995, 463.

³⁵ Una crisis conlleva otra, produciéndose el denominado efecto dominó o «*teoría del dominó*» de la que nos hablara GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 59. La crisis que afecta al Derecho penal puede analizarse desde diversas perspectivas: la primera, ve la crisis como conclusión de las irresueltas de las contradicciones entre libertad y seguridad, produciéndose roces internos entre prevención y garantías o entre legalidad y política

Podemos decir sin temor a equivocarnos que la crisis es un signo de la época y como tal el Derecho penal no es una excepción.³⁷ Se discute en los diversos foros: académicos, legislativos, de opinión pública y en la sociedad civil, cuál es el papel que debe jugar el Derecho penal.

En ese sentido se cuestiona su legitimidad,³⁸ su capacidad para responder como *ultima ratio*,³⁹ es decir, el último recurso al

criminal. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 13. Desde un segundo punto de vista, la crisis se produce porque se cree erróneamente que el Derecho penal puede solucionar los problemas de la sociedad. Más detalladamente, GIMÉNEZ SALINAS, CDJ, XV, 1996, 56. Una tercera visión del problema, indica que hay crisis dada la contraposición entre prevención general y prevención especial, es decir, la traducción del conflicto entre individuo y sociedad y que hace al sistema disfuncional. Fundamentalmente, MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 124, considera que las tensiones dialécticas se dan entre la sociedad que tiene derecho a proteger sus intereses recurriendo a la pena cuando sea necesario y los derechos del delincuente a ser tratado como persona y a reintegrarse a la sociedad.

³⁶ Sobre esto, LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias, 1996, 55.

³⁷ Especialmente claro sobre estos temas, el excelente ensayo de SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Civitas, 1999, *pássim*.

³⁸ Cuando nos referimos a la crisis de legitimidad del Derecho penal, el término «legitimidad» debe entenderse en sentido amplio, puesto que ya no solamente se cuestiona la utilización o justificación por el Estado del Derecho penal en la sociedad, sino también la validez científica, en el sentido de que su método abstracto y lógico sistemático es insuficiente para comprender la realidad penal. La crítica avanza hasta preguntarse sobre cuál es el modelo que debe adoptarse y cuál es la utilidad desde el punto de vista empírico. Exhaustivamente acerca de este tema, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 33; ROXIN, en: Política criminal, 1992, 35 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 14, 43 ss.

³⁹ Frente a un Derecho penal en expansión -debido sobre todo a la creación de legislación penal que regula hasta los aspectos ínfimos de la vida en sociedad-, emerge como límite del *ius puniendi*, el principio de mínima intervención, produciéndose tensiones entre éste y las crecientes necesidades de tutela, en el marco de una sociedad cada vez más compleja. Asimismo, la legislación expansiva conlleva la aparición del denominado Derecho excepcional, o para el caso concreto, siendo suficientes unos cuantos reportajes en los medios de comunicación para que se incriminen nuevas conductas. Sobre estos temas, BRICOLA, Prólogo a PERIS RIERA, 1983, VII; ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 606; RAPOSO FERNÁNDEZ, LL 1998-5, 1563 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La expansión, 1999, 17 ss. Sobre la influencia de los medios de comunicación en la hipercriminalización, vd., SCHNEIDER, DJ n.º 56, 1987, 146 ss.; ANIYAR DE CASTRO, AIC 1992, 36. El enfrentamiento de la inflación penal con las tesis del Derecho penal mínimo y el

que hay que acudir a falta de otros medios menos lesivos y graves que los penales, a la vez que se cuestiona su modernidad.⁴⁰ Tampoco son pacíficas las posturas, que se han presentado recientemente, tendientes a una «privatización» o «reprivatización» del Derecho penal.⁴¹

neoclasicismo ha abierto un amplio debate en la doctrina. Sobre ello ampliamente, HASSEMER, Fundamentos, 1984, 398; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 16. La crisis se plantea, a mi entender, por las tensiones que se suscitan a nivel político entre los postulados del Estado social y del Estado democrático. En este sentido, considero al igual que MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 34, que «*la función de la pena depende de la función que se atribuye el Estado*», es decir, que depende del modelo de Estado la fundamentación del Derecho penal. Facilitándose desde la concepción del Estado social una excesiva intervención y una fácil «*huida al Derecho penal*». En consecuencia, solo a partir de la concepción liberal del Estado y en la idea del pacto social se legitima la aplicación del Derecho penal, como grave restricción de derechos, en tanto que sea imprescindible para proteger los derechos y libertades de todos; así sucede en los Estados sociales y democráticos de Derecho como es el caso de España, art. 1.1 CE. Para más detalles, vd., MUÑOZ CONDE, Introducción, 1975, 71 ss; ROXIN, en: AA.VV, Política criminal, 1982, 9; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 16; GARCÍA RIVAS, El poder punitivo, 1996, 53; LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 79 ss.

⁴⁰ La superación del modelo del Derecho penal «*clásico*» por un Derecho penal «*moderno*» amenaza con producir un fenómeno expansivo sin límites. Los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad, y el recurso a los delitos de lesión como tipo delictivo normal, producen frente a las nuevas y complejas formas de criminalidad problemas específicos como la utilización del Derecho penal como *sola o prima ratio*, y la conversión de éste en un medio de solución de conflictos. Más detalladamente vd., HASSEMER, ADPCP 1992, 235 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Dogmática Penal, 1997, 313. En sentido contrario, GRACIA, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 351, 381, para quien el discurso del Derecho penal moderno debe rechazarse principalmente porque le parece «*insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo*». No bastando para calificar de moderno un simple incremento formal y cuantitativo de la legislación penal, siendo preciso indagar si hay una ruptura materialmente distinta del Derecho penal clásico. La modernización del Derecho penal debe entenderse «*ante todo como lucha por el discurso material de criminalidad, la que ha de entenderse en el sentido de conquistar la integración, en dicho discurso, de toda criminalidad material propia de las clases poderosas que estas mismas han logrado mantener excluida del mismo gracias al dominio absoluto que han ejercido siempre sobre el principio de legalidad penal desde su invención. Como un instrumento formal que incluye, pero al mismo tiempo y sobre todo -lo que es mucho más importante- excluye comportamientos criminales del discurso de criminalidad*»

⁴¹ En este sentido, cfr., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 113; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 17; ESER, RDPCrim 1998, 136.

Fundamentalmente la crisis se mantiene irresoluta porque no existe una fuerza, llámesele modelo científico, filosofía, ideología, o doctrina capaz de aglutinar las ideas las diversas corrientes de pensamiento,⁴² tal cual ocurrió en el pasado.⁴³

Recientemente SILVA SÁNCHEZ,⁴⁴ agrupa en tres las posturas político-criminales⁴⁵ que en la actualidad cabe estimar básicas, para el análisis del Derecho penal,⁴⁶ síntesis que considero

⁴² Así, por ejemplo, hasta los años treinta del siglo pasado dominaron en Italia, Alemania y el resto de Europa, las orientaciones basadas en la integración de la dogmática penal con las disciplinas antropológicas. Posteriormente, dominaron las corrientes técnico-jurídicas. Vd., en este sentido, BARATTA, PAPERS n.º 13, 1980, 18.

⁴³ Al efecto puede verse la polémica planteada hace veinte años y aún vigente en el Coloquio Regional del Grupo Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Madrid y Plasencia, octubre de 1977), sobre los objetivos de la política criminal, la dogmática y el fundamento de la pena. Sobre ello vd., GIMBERNAT, RintDP 1978, XXXVI.

⁴⁴ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 17 ss; recientemente y con un análisis sobre la importancia de la política criminal de orientación personalista, el mismo, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 215. Sobre la imposibilidad de una respuesta unitaria, cfr., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 8; ROMERO BARRANQUERO, ADPCP 1987, 135 ss. Una distinción con terminología diversa, no incompatible con la aquí utilizada, refiere, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 247 ss., así, distingue entre doctrinas justificacionistas y doctrinas abolicionistas. Las primeras, justifican el Derecho penal con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las segundas, propugnan la eliminación del Derecho penal, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, o porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción de los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzga que los son.

⁴⁵ Las corrientes ideológicas subyacentes en la política criminal han sido analizadas por DELMAS-MARTY, Política criminal, 1986, 26-36, quien señala la existencia de al menos tres posiciones, a saber: libertad, igualdad, autoridad. Para la autora, pese a que en una determinada sociedad, en un momento histórico determinado, el influjo de una de las tres posturas determina la política criminal, en las sociedades pluralistas, la política criminal es el resultado de muchos otros factores individuales y colectivos, políticos, económicos y culturales.

⁴⁶ Seguimos aquí la postura del profesor, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1997, 101, en cuanto a la relación de la dogmática penal y la política criminal, en el sentido de que las valoraciones y fines político criminales se introducen en la elaboración de la dogmática en sus diferentes estadios: en la interpretación teleológica y valorativa, en la orientación de las categorías generales y en la construcción del sistema, sirviendo de límite el principio de legalidad, a esa orientación política criminal de la tarea dogmática. De diversa forma lo

acertada por su tendencia a la simplificación, sin que ello constituya un catálogo cerrado o que no se admitan posiciones mixtas, porque también las hay.

Esas corrientes son: las tesis abolicionistas, las posturas de la resocialización y la corriente garantística.⁴⁷ Desde cada una de éstas orientaciones o modelos teóricos es posible aprehender el fenómeno criminal, y por tanto brindar respuestas a las interrogantes básicas que hemos señalado al inicio de nuestra exposición. Aunque cabe recalcar que las dos últimas tienen como punto de partida el reconocimiento del Derecho penal como institución y de su función fundamental de prevención general, lo cual es cuestionado desde las perspectivas abolicionistas.⁴⁸

Es así, que el tema de los sustitutivos penales está inmerso en la polémica de la crisis del Derecho penal, puesto que si se

aprecia MUÑOZ CONDE, Introducción, 1975, 119 ss., al señalar la existencia de una fase crítica, al final, pero integrada en el método de la dogmática jurídica penal; en igual sentido se manifiesta MORILLAS CUEVA, Curso DP PG, 1996, 68. Algunas observaciones sobre el significado político y contenido científico de la denominada «dogmática crítica», vd., COBO/VIVES, DP PG, 1999, 131.

⁴⁷ Fundamental al respecto, FERRAJOLI, PyC, n.º 0, 1986, 45; el mismo, Derecho y Razón, 1995, 33 ss.

⁴⁸ Dentro del abolicionismo es posible distinguir las corrientes del abolicionismo penal radical y otras posiciones moderadas, como el reduccionismo. Por el primero se debe entender un movimiento de ideas contra todo el sistema de la justicia penal, que pretende su abolición, rechaza por tanto la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos, es decir, de los delitos, en ese sentido se nutre de las corrientes sociológicas y de la criminología crítica. Las tesis moderadas son corrientes que pretenden no la abolición del Derecho penal sino de la cárcel, concluyen en la «desestatalización» de la sanción y una crítica «intrasistémica» del Derecho penal. Cfr., al respecto, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 25-26, 42; HULSMAN/BERNAT DE CELIS, Sistema, 1984, 80; PAVARINI, PyC n.º 1, 1987, 141; LARRAURRI PyC n.º 3, 1987 104 ss.; CHRISTIE, en: AA.VV., Abolicionismo, 1989, 139; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 33 y n. 74. Con una postura crítica frente el abolicionismo entre otros vd., HASSEMER, Fundamentos, 1984, 399-400; FERRAJOLI, PyC n.º 0, 1986, 40 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 24. Acerca del reduccionismo como instrumento para minimizar el uso de la prisión, vd., CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 12 ss.

recurre a la utilización de sustitutivos ello no es más que el reflejo de que algo pasa y que debe reemplazarse, es decir, cambiarse o sustituirse.⁴⁹

También el tema de los sustitutivos penales guarda relación con una serie de manifestaciones que vienen presentándose dentro de la ciencia penal, como son la crisis de la pena prisión, la problemática de las penas cortas privativas de libertad, el renacimiento de las ideas resocializadoras y la corriente de humanización de las penas.

1.2. LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS PENAS CORTAS

En sus inicios, la pena privativa de libertad, nace como una alternativa humanitaria a la pena capital y a las penas corporales. Se la concibe como un hallazgo perfecto y natural en una sociedad cuyo eje es el respeto a la libertad de sus ciudadanos,⁵⁰ llegando a convertirse en la consecuencia jurídica por excelencia.

La evolución histórica señala una total difusión en los siglos XIX y XX,⁵¹ sin embargo, no deja de presentar una imagen de permanente crisis, planteándose por la doctrina la preferencia por la utilización de medios desprovistos de carácter sancionatorio. FERRI afirmaba que era necesario recurrir a otras medidas que

⁴⁹ En igual sentido, LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias*, 1996, 56.

⁵⁰ En detalle, DE LA CUESTA, en: BERISTAIN (Editor): *Reformas penales*, 1984, 142.

⁵¹ Analizando históricamente la pena privativa de libertad, ésta no siempre ha sido en eje del Derecho punitivo. Vd., una evolución sintética de la pena, con carácter cautelar, en DE LA CUESTA, en: BERISTAIN (Editor): *Reformas penales*, 1984, 142; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias*, 1996, 45 ss; RUÍZ RODRÍGUEZ, en: GARCÍA (Director), *Historia*, 1997, 79 ss. Calificando a la pena privativa de libertad como la *ultima ratio* del sistema de penas y como la espina dorsal del Derecho penal, JESCHECK, *ADPCP* 1986, 27; aunque él mismo reconoce los males de la penas privativas de libertad, el mismo, *EPCrim VIII*, 1985, 14.

podieran sustituir a las penas como instrumentos de defensa social, para satisfacer el apremio social del orden, proponiendo al respecto, los *«sostitutivi penali»*. Postulaba, la idea de los equivalentes de las penas y señalaba *«no se llegará a evitar los delitos por las penas, sino por estas otras medidas que, en los límites de su eficacia, las sustituyen, mucho más que cooperan con ellas»*.⁵²

1.2.1. Principales objeciones a la pena privativa de libertad

Los cuestionamientos de la pena privativa de libertad son consustanciales a ésta.⁵³ Podríamos decir que pese a ser una necesidad reconocida, la misma ha fracasado,⁵⁴ reservándose para la criminalidad grave y multireincidente⁵⁵ exclusivamente, ya que, sólo se justifica el recurso a tan lesiva privación de derechos⁵⁶ cuando se ha causado un grave atentado a la convivencia⁵⁷ y deben quedar aseguradas la prevención especial y general.

⁵² Cfr., FERRI, Sociología TI, 1908, 293 ss.

⁵³ Sobre ello, FOUCAULT, Vigilar y castigar, 1984, 236.

⁵⁴ Entre otros autores, vd., SAÍNZ CANTERO, EPCrim II, 1978, 221; GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 189.

⁵⁵ En igual sentido, JESCHECK, en: MIR (Editor): La reforma del DP, 1980, 11; DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 10; GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 191.

⁵⁶ Sobre ello, HASSEMER, ADPCP 1990, 241. Ampliamente sobre la pena como privación de derechos, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 390.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, en: ASÚA, (Coordinadora): El pensamiento penal, 1990, 79 ss. y n. 22, efectúa una fundamentación que comparto sobre la vigencia de las penas privativas de libertad, aludiendo dos razones fundamentales. La primera se cimienta en la garantía de seguridad y confianza de los ciudadanos en el Derecho y en el orden que este mantiene, esto es, a la satisfacción de paz jurídica que imponen las normas penales. Entendidas sin los excesos de algunas teorías que dan primacía a la prevención general, olvidándose de la función de prevención especial, justificándose, la intimidación general, dentro de lo estrictamente necesario. En segundo lugar, porque aunque se considera que la función

Las críticas pueden observarse desde diferentes perspectivas. Así, en el plano empírico son constatables los efectos criminógenos de la prisión, que en todo caso produce efectos desocializadores y estigmatizantes.⁵⁸ En esa misma línea, tampoco puede soslayarse, la inidoneidad de la pena privativa de libertad para la reinserción, favoreciéndose una permanencia mínima en prisión.

El recurso a las penas graves de prisión no significa en la actualidad un aumento de la eficacia intimidatoria. Las investigaciones científicas encuentran un gran potencial disuasorio en otros aspectos como el sometimiento al proceso penal, la publicidad que éste apareja, y el hecho simbólico en sí mismo de la imposición de la pena.⁵⁹

La dogmática penal plantea la racionalidad del castigo frente a las exigencias resocializadoras para el condenado,⁶⁰ optándose en el caso de delincuentes primarios por la exclusión de la pena. También se debate sobre la legitimidad de la pena privativa de libertad para evitar la comisión de delitos en el futuro,⁶¹ cuando confrontadas las estadísticas sobre los índices de reincidencia se

principal del Derecho penal no es la de ser un medio de control social. Con la amenaza de pena, los mecanismos de inhibición hacia la comisión de las conductas prohibidas sí que funcionan. Aún en los pronósticos sobre el Derecho penal de cara al siglo XXI, se mantiene una postura de suavización de los efectos de las penas corporales privativas de libertad, mas no de su completa desaparición, la pena se complementará con otras reacciones jurídico-penales. En el mismo sentido, ROXIN, RJCat 1997, 155 ss.; el mismo, PJ n.º 49, 1998, 386 ss.

⁵⁸ Por todos, MUÑOZ CONDE, en: AA.VV: VI Jornadas, 1990, 40 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 84 ss.

⁵⁹ Cfr., sobre las repercusiones simbólicas del sometimiento al proceso penal, entre otros, COMITÉ NACIONAL SUECO, ADPCP, 1979, 193; DE LA CUESTA ARZAMENDI, EPCrim VIII, 1985, 15; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 16. Sobre la experiencia italiana, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 341.

⁶⁰ Al respecto, ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 608.

⁶¹ Cfr., en igual sentido, TERRADILLOS BASOCO, PyE, n.º 1, 1991, 9.

pone de manifiesto que la intimidación particular no es demasiado alta.⁶² Finalmente, se observa por la doctrina la posibilidad de que por otros medios diferentes a la privación de libertad puedan obtenerse los fines de Derecho Penal.⁶³

Podemos inferir entonces que la crisis de la pena privativa de libertad ha sido una variable determinante en el nacimiento no solo de alternativas a la prisión, sino también al nacimiento de sustitutivos penales, lo cual es patente en el Derecho penal interno como en el Derecho penal Internacional.⁶⁴

⁶² Cfr., al respecto un interesante estudio sobre la reincidencia realizado en Cataluña, por REDONDO/FUNES/LUQUE, *Justicia penal*, 1994, 176, que ilustra en cuanto a la función de prevención especial y su relación con las penas privativas de libertad. El estudio se efectuó con una población total de 485 sujetos, 37 de las cuales eran mujeres, seleccionados bajo el parámetro de haber cumplido una condena superior a tres meses de duración en el año de 1987. De la muestra seleccionada se comprobó que la proporción de personas que habiendo cumplido una condena en prisión vuelven a ella por un nuevo delito, es decir, que el índice de reincidencia es del 37,9%. Las conclusiones muestran asimismo como hay una mayor reincidencia cuanto más larga es la pena. El efecto inverso se produjo en aquellos delincuentes que accedieron a medidas de régimen abierto o libertad condicional, a los cuales se les facilitó el no volver a delinquir.

⁶³ En igual sentido, se expresa SAÍNZ CANTERO, *EPCrim II*, 1978, 232, señalando que existen otros bienes jurídicos, distintos a la libertad, a los que su titular concede una estimación igual o superior, de los que el hombre puede ser privado por el poder estatal, cumpliendo la amenaza de su privación una función de prevención general similar a la que cumple la pena de prisión. Cfr., en igual sentido ROXIN, *Iniciación*, 1981, 31. Otros autores, en la línea de pensamiento anterior, señalan que otras ramas del Derecho como el administrativo, disciplinario, civil, son adecuadas para la tutela de bienes jurídicos, así, MOCCIA, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 139. También algún autor ha referido que en delitos poco graves, una sanción reparadora es más temida que la misma pena, vd., ANTÓN ONECA, *DP*, 1986, 647.

⁶⁴ La legislación de Naciones Unidas es abundante sobre el tema. Tomando como punto de partida los instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, nacen una serie de normas relativas a las medidas sustitutivas al encarcelamiento. Esto es perceptible igualmente, en la resolución n.º 8, del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, relativa a medidas sustitutivas del encarcelamiento; la resolución 16 del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, relativa a la reducción de la población penitenciaria, medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social de los delincuentes y finalmente, el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el que se

1.2.2. Las penas de corta duración

1.2.2.1. Antecedentes históricos

Una especial consideración dentro de la crisis de la pena privativa de libertad merece la inacabada problemática de las penas de corta duración. La lucha contra ellas se inició con precursores como VON LISTZ, BONNEVILLE DE MARSANGY y FERRI, quienes reconocían que causaban más daño que beneficio y se mantiene hoy día vigente.⁶⁵

Los primeros trabajos que se presentan sobre la limitación de la pena corta privativa de libertad en el Derecho comparado europeo, fueron realizados por la Unión Internacional Criminalista (UIC). Posteriormente y a partir de 1924 por la *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), que plantea la sustitución de la pena privativa de libertad por la multa y otras sanciones que no implican la privación de libertad.⁶⁶

Otro paso importante lo constituyó el Informe General de Naciones Unidas de 1960, en el que el Secretario general elabora un listado de sustitutivos a las penas cortas privativas de libertad.

aprueban las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. Éstas últimas conocidas como «Reglas de Tokio» contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, y garantizan un mínimo de derechos para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. Cfr., una visión crítica de los instrumentos internacionales en relación con las medidas sustitutivas de la prisión, MESSUTI DE ZABALA, EGUZKILORE, n.º 7, 1993, 127 ss.; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 127.

⁶⁵ La vigencia de la discusión la traduce ROXIN, DP PG I, 1997, 129 ss., señalando que en la legislación alemana se utilizan solo excepcionalmente, como *ultima ratio*, no obstante, en el año de 1991 se dictaron aún 44.321 condenas a penas de prisión inferiores a los seis meses. Particularmente críticos con la regulación del CP de 1995, que prevé medidas alternativas a la pena de prisión sólo para las penas cortas y señalando que el término «cortas» es relativo, CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 30 y n.34.

⁶⁶ Cfr., BAUMANN, en: *Homenaje a LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA*, 1970, 1; JESCHECK, *ADPCP* 1986, 25.

Los aportes de las resoluciones del Consejo de Europa son decisivos en la idea de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad.⁶⁷ Al principio, basándose en una orientación más social que represiva y tratando de limitar la prisión clásica, cuya eficacia es cada vez mas cuestionada;⁶⁸ luego, basándose en el principio de *ultima ratio* y en la necesidad de contar con otras formas de sanción.⁶⁹

El Proyecto Alternativo Alemán (PAA 1962) propuso por primera vez en la reforma penal alemana la eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, sustituyéndola por penas de multa y en los supuestos en que el delincuente o no podía, o no quería pagar, se preveía la posibilidad de satisfacer la pena mediante trabajo en beneficio de la comunidad; con la conminación de cumplir la pena privativa de libertad en su

⁶⁷ Para más detalles sobre la política criminal desde la perspectiva europea, BARTSCH, EGUZKILORE, n.º 9, 1995, 11 ss.

⁶⁸ En este sentido, la resolución R (65) 1, de 22 de enero de 1965, sobre «*sursis, probation* y otras medidas sustitutivas de las penas de las penas privativas de libertad», que entre otras cosas, recomendaba al Juez o Tribunal competente sustituir la imposición de una privativa de libertad, o la ejecución de ésta, por una medida condicional respecto de los delincuentes primarios que no hayan cometido una infracción de particular gravedad. Para más detalles, vd., MORENILLA RODRÍGUEZ, PJ n.º 8, 1983, 142; GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 191; SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 64-65; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 121.

⁶⁹ Así y en ese sentido, en la resolución R (73) 17 «*Sobre el tratamiento de condenados adultos a penas de corta duración*», se recomienda limitar el papel de las penas cortas de prisión, por su cuestionada eficacia. En la Recomendación n.º R (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación del público en la política criminal, siguiendo las líneas maestras de una nueva política criminal, invita a la sociedad civil -público-, a colaborar en la aplicación de medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad, creando las estructuras adecuadas, como consejos locales, sociedades de patronato, etc. Los pronunciamientos más recientes del Consejo de Europa continúan con la línea de limitación hacia las penas cortas de prisión. En ese sentido, el apartado B, 5 a y b del anexo a la Recomendación n.º R (92) 17, del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la coherencia en los pronunciamientos de las penas. Cfr., de modo detallado sobre ello, MORENILLA RODRÍGUEZ, PJ n.º 8, 1983, 143; MINISTERIO DE JUSTICIA, DJ n.º 56, 1987, 323; SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 65; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 124.

totalidad, en el supuesto del sujeto que se negaba a pagar tanto la multa como la prestación del trabajo en beneficio de la comunidad.⁷⁰

En España, la discusión arranca desde hace más de dos décadas, introduciéndose el tema en las III Jornadas de profesores españoles de Derecho penal (1975), donde se proclamaba la abolición de las penas privativas de libertad de duración inferior a un año.⁷¹ Pero sin duda fueron tanto el PCP 1980 y el AP 1983, con una clara influencia del Proyecto Alternativo Alemán,⁷² los que propusieron la supresión de la prisión inferior a seis meses,⁷³ posteriormente traducidos en legislación positiva con el CP 1995.⁷⁴

En la doctrina nacional es prácticamente unánime la tesis que admite el fracaso de las penas cortas privativas de libertad.⁷⁵ En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en los casos de suspensión de la ejecución condicional de la pena, ha señalado *«la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad, por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados*

⁷⁰ Ampliamente sobre esto, BAUMANN, en: Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, 1970, 6; ROXIN, Iniciación, 1981, 72; ROXIN, DP PG I, 1997, 129.

⁷¹ Vd., SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 65.

⁷² Para más detalles, MUÑOZ CONDE/LUZÓN PENA, en: ROXIN, Iniciación, 1981, 92.

⁷³ Así, DE SOLA DUEÑAS, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 214; MIR PUIG, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 191; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 281; MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 57.

⁷⁴ Sin embargo, poco duró esta supresión de las penas cortas inferiores a seis meses, según la reforma, LO 15/2003, de 25 de noviembre, artículo 36,1, que redujo el tiempo de duración mínima de la pena de prisión a tres meses.

⁷⁵ Por todos, COBO/VIVES, DP PG, 1999, 845.

*positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo».*⁷⁶

Un sector doctrinal minoritario considera que no se puede prescindir totalmente de la pena corta privativa de libertad. Recomendándose por razones preventivo-especiales en cierto tipo de delitos principalmente socioeconómicos, por su eficacia intimidatoria manifiesta en personas socialmente integradas, a los cuales el efecto desocializador no les afectaría. Se proponen igualmente como sanción adecuada a las personas físicas frente a las modernas propuestas de sanción a las personas jurídicas, en el marco de la criminalidad de las empresas.⁷⁷

Otros abogan por la utilización de las penas cortas en los delitos de la circulación y medio ambiente,⁷⁸ dados sus efectos preventivo-especiales al producirse en el delincuente un «efecto de shock»,⁷⁹ caracterizado por una intervención breve pero drástica. En la misma línea de la tendencia minoritaria, otro grupo de autores opina que no es la pena corta la que tiene efectos perniciosos, sino su ejecución. Sus afirmaciones se apoyan en la evaluación de las experiencias en los países nórdicos, donde se

⁷⁶ Así, y en ese sentido, STC 224 /1992, de 14 de febrero. En igual sentido, STC 209/1993, de 28 de junio y STS 26-enero-1993 (A 185); STS 15-febrero-1995 (A 859).

⁷⁷ Vd., en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR/LUZÓN (Coordinadores): Responsabilidad penal, 1996, 32. Discrepante en este punto, LANDROVE, JDem, n.º 31, 1998, 37.

⁷⁸ Cfr., acerca de la utilización de las penas cortas en delitos de pequeña y mediana criminalidad, SAÍNZ CANTERO, EPCrim II, 1978, 231; JESCHECK, Tratado DP PG II, 1981, 1066.

⁷⁹ De otra opinión, ROXIN, en: AA.VV, Política criminal, 1982,17; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 75.

demostró que los delincuentes primarios sometidos a penas cortas privativas de libertad, no reinciden.⁸⁰

Para COBO y VIVES es aconsejable no generalizar fórmulas sustitutivas o de eliminación de las penas cortas, si no que se debe diferenciar en función de una serie de factores (autor, tipo de delito, tratamiento, circunstancias personales, etc.). Señalan que no se trata de un asunto puramente dogmático, sino de política criminal, resultando indispensable el examen real de la pena en el concreto delincuente. Afirman que compete a los jueces la sustitución de las penas cortas y no debe corresponder a un mero automatismo legislativo.⁸¹

Personalmente, comparto con los autores citados este argumento, no solo por responder a un sistema sancionatorio diferenciado, sino también porque en él subyacen tanto la discusión sobre los fines de la pena, como la cuestión del límite de la proporcionalidad.⁸²

Algunos autores, siguiendo la línea de pensamiento anterior optan por una fórmula radical que consiste en la eliminación del límite inferior del marco legal. Estas ideas han sido acogidas recientemente por la legislación francesa con su nuevo Código penal de 1992, en las que se suprime el límite inferior de las penas, dando lugar a un amplio arbitrio judicial.⁸³

⁸⁰ Una breve referencia exponen, LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias*, 1996, 57. En igual sentido el COMITÉ NACIONAL SUECO, ADPCP, 1979, 204, aboga por la utilización de penas cortas cuando la prisión se considere necesaria, ya que resultan menos dañosas que las penas largas.

⁸¹ Vd., COBO/VIVES, DP PG, 1999, 846.

⁸² Sobre estos temas, vd., ampliamente, Parte I, Capítulo III, 3.3.

⁸³ Cfr., en este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 400; ASÚA BATARRITA, en: ASÚA (Editora): *Jornadas CP 1995*, 1998, 12. En desacuerdo fundamentalmente por la ausencia de una teoría elaborada y precisa de la medición de la pena, en la legislación española vd., LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 287; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas*, 1996, 13.

1.2.2.2. Cuestionamiento de las penas cortas desde la teoría de los fines de la pena

Resulta evidente que el marco de la discusión sobre las penas cortas privativas de libertad y su inconveniencia es la teoría de los fines de la pena.⁸⁴

Desde la perspectiva de la prevención especial, resultan inútilmente dañosas, pudiendo sintetizarse algunos de sus problemas del siguiente modo: a) son ineficaces en su función de corrección y rehabilitación; b) favorecen el contagio criminógeno - son corruptoras o desocializadoras al iniciar en contacto de delincuentes primarios con delincuentes habituales-; c) estigmatizan y marginan socialmente;⁸⁵ d) son incapaces para intimidar a delincuentes habituales o profesionales; e) no impiden la reincidencia y, d) finalmente, son costosas en su ejecución.⁸⁶

Desde el punto de vista de la prevención general, plantean un debilitamiento de la intimidación. El indiscriminado recurso a la pena de prisión en las hipótesis de desviación marginal, hace que se reduzca la percepción de la generalidad de los ciudadanos, entre los delitos leves y los mas graves.⁸⁷

La opinión dominante en la doctrina, fundamentándose en el principio de efectividad o idoneidad y acogiendo las críticas antes expuestas, considera que las penas de corta duración deberían

⁸⁴ Vd., en igual sentido, GARCÍA ARÁN, en: JDem, Jornadas privaciones de libertad, 1987, 179.

⁸⁵ Tampoco puede olvidarse que las penas cortas privativas de libertad, como todas las penas, tienen un componente de afflictividad y de contenido simbólico, como son la detención, el proceso, la sentencia, la publicidad. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 16.

⁸⁶ Cfr., en este sentido, ROXIN, Iniciación, 1981, 72.

⁸⁷ En idéntico sentido, TRAPANI, Le sanzioni, 1985, 1.

suprimirse de las legislaciones y sustituirse por otras sanciones alternativas; incluso algún autor va más lejos y destaca que debe recurrirse a las sanciones alternativas aun cuando estas últimas no fueran totalmente eficaces.⁸⁸ En lo que respecta a la determinación judicial de la pena se propone que los jueces opten por la sustitución o no-imposición de penas cortas.⁸⁹

El legislador español en el CP de 1995, suprimió las penas de duración inferior a seis meses (art.36), sustituyéndolas por las penas de arresto de fin de semana y multa (art.88).⁹⁰ Sin embargo, como excepción puede aplicarse una pena corta privativa de libertad, ello ocurre en el supuesto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.⁹¹ La cual en principio, debe cumplirse de manera continuada aunque su duración sea inferior a seis meses. Claro está que es posible el cumplimiento de la misma ya sea como arresto de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad, pero dichos sustitutivos son facultativos y no obligatorios (art. 53).⁹² También en algunos supuestos de la parte

⁸⁸ Vd., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 84.

⁸⁹ Cfr., en igual sentido, MUÑOZ CONDE/LUZÓN PEÑA, en: ROXIN, *Iniciación*, 1981, 94. LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 281;

⁹⁰ Posteriormente por LO 15/2003, de 25 de noviembre, se rebajó la duración mínima de la pena a tres meses, existiendo la posibilidad de sustituir la pena inferior a un año, por multa o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art.88).

⁹¹ En ese sentido, LANDROVE, en *Homenaje a VALLE MUÑIZ*, 2001, 433. Ampliamente sobre sanciones alternativas al arresto sustitutorio, ROLDÁN BARBERO, ADPCP 1989, 861 ss.

⁹² Crítico del arresto sustitutorio o responsabilidad penal subsidiaria que se deriva del impago de multas por insolvencia del penado, como un ejemplo de inaplicación de las corrientes que plantean la sustitución de las penas cortas, vd., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, RFDUG n° 15, 1988, 74. Un aspecto importante de la reforma al CP 1995, mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, para la suspensión de la ejecución de la pena es la novedad de excluir del conjunto de la pena o penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa.

especial, es posible la aplicación de penas cortas así por ejemplo la pena contemplada en el art. 255.⁹³

1.2.2.3. Toma de postura

Los cuestionamientos que se han hecho a la pena privativa de libertad y de las penas de corta duración, ponen de relieve que deben buscarse salidas alternativas, «*remedios*», «*sucedáneos*» como lo llaman algunos exponentes de la doctrina,⁹⁴ a fin de evitar todos los efectos dañosos y perjudiciales de las penas privativas de libertad.

A mi entender, lo sugerente de todo este cuestionamiento debe llevarnos a reflexionar sobre el papel de la pena en las sociedades modernas, aplicándola únicamente cuando sea estrictamente necesario.

Personalmente considero que existen comportamientos sumamente dañosos, graves, que socavan las bases de la organización social y considero que ante las vulneraciones extremas de las condiciones mínimas de la convivencia social, la respuesta debe ser la privación de libertad. Ésta debe ser el último recurso contra los comportamientos antisociales, contra aquellos actos frente a los que no cabe reaccionar de manera eficaz a través de la imposición de otras penas menos gravosas.⁹⁵

Desde la perspectiva dogmática, el recurso a la pena privativa de libertad no puede observarse en clave de inocuización o segregación por la conducta desviada, visión que sería reduccionista respecto del fin y función del Derecho penal. Sino que

⁹³ Al respecto, LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 59.

⁹⁴ Así, y en ese sentido, COBO/VIVES, DP PG, 1999, 847.

⁹⁵ En igual sentido, MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 119; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 96.

la justificación del castigo se encuentra precisamente en la gravedad material, es decir, en la especial dañosidad social y reprobabilidad que es requerida por la antijuricidad material.

De las exigencias de un Estado democrático de Derecho, se concluye que solo se puede privar al ciudadano de sus derechos fundamentales cuando resulte absolutamente necesario a la sociedad. A la vez que el Derecho penal debe conducir a respetar los derechos y garantías del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Otra exigencia sería el respeto al principio de proporcionalidad que relativiza y racionaliza la necesidad del castigo.

Al igual que un importante sector en la doctrina penal española,⁹⁶ encuentro que los sustitutivos penales tienen asidero en el artículo 25.2 CE, como exigencia que parece limitarse a prescribir la desaparición de una privación de libertad inútil.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en referencia a la ejecución condicional de la pena se ha orientado tratando de evitar el cumplimiento de penas cortas de privativas de libertad, cuando éstas resulten innecesarias o contraproducentes.⁹⁷

Sin embargo, estimo que en honor a los derechos y garantías de un individuo que en concreto ha cometido un hecho delictivo, no pueden dejarse desprotegidos los derechos del resto de la sociedad. Los sustitutivos penales para gozar de una mayor orientación teleológica deberán inscribirse en el marco de los fines de la pena, es decir, en el marco de la prevención general y especial para la protección de los bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, entonces es posible ponderar, que existiendo la necesidad de protección de los bienes jurídicos -puesto que éstas

⁹⁶ Por todos, cfr., MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional, 1985, 20.

⁹⁷ Así, y en ese sentido, STC 224/1992, de 14 de febrero; STC 209/1993, de 28 de junio.

conductas no pueden despenalizarse dada su dañosidad social-⁹⁸, dentro de los límites que marca la prevención general, se valorarán las circunstancias preventivo-especiales.

Frente a todos los cuestionamientos dirigidos hacia las penas cortas privativas de libertad, el legislador en la reciente reforma al CP 1995, mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre retrocede respecto a la línea trazada por el CP 1995 de eliminación de las penas cortas privativas de libertad. Pues en mi opinión, la disminución de la duración de la pena de prisión que pasa de seis meses a tres meses, refleja un retorno a esas penas cortas contra la cual se han elevado tantas críticas. Con la reducción de ese límite inferior el legislador se decanta por dar prioridad a la prevención general en detrimento de las exigencias preventivo-especiales. Lo cual se deduce de su justificación en la exposición de motivos, señalándose que la finalidad de la reforma es que *«la pena de privación de libertad pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia»*.⁹⁹

1.3. LAS IDEAS RESOCIALIZADORAS: NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN

1.3.1. El «retorno a VON LISZT»

Después de muchos años de predominio de las tesis retributivas caracterizadas por concebir la pena como un fin en sí mismo, es decir, como un castigo, compensación, o saldo -pago- de la culpabilidad, nace un nuevo movimiento dentro de la

⁹⁸ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 352.

⁹⁹ Cfr., Exposición de motivos, LO 15/2003, de 25 de noviembre.

doctrina, la corriente de la resocialización.¹⁰⁰ Estas tesis, cuyo destinatario principal es el sujeto que ha delinquido, pretenden que luego de un tratamiento éste no cometa delitos en el futuro, por lo que se afirma que constituyen una variante de la prevención especial en tanto inciden en el sujeto que ya ha delinquido tratando de proteger a la sociedad.¹⁰¹

El cambio en las corrientes de pensamiento dominantes hasta entonces se produce fundamentalmente, porque se constata que la retribución no es eficaz, y que los niveles de reincidencia son muy altos. De igual forma se considera que la personalidad del autor se manifiesta en el delito, siendo posible con el tratamiento al delincuente que las causas empíricas del mismo desaparezcan. El movimiento utiliza una frase emblemática, el «retorno a Von Liszt», con la que se destaca la voluntad de orientar el Derecho penal a la resocialización¹⁰² del delincuente, ésta será la filosofía que inspira la propia legitimación del Derecho penal durante más de dos décadas.

Son muchas las legislaciones que adoptan las ideas resocializadoras.¹⁰³ Así, en Alemania, son claros exponentes de

¹⁰⁰ La doctrina dominante entonces caracterizó la transición como la «despedida de Kant y Hegel». Cfr., sobre esto, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 26.

¹⁰¹ Cfr., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 26.

¹⁰² El concepto de resocialización es ambiguo e impreciso, estas circunstancias impiden su control racional y su análisis crítico. A la vez la definición engloba concepciones heterogéneas del hombre y del castigo y reúne los conceptos de reeducación, readaptación, reintegración o inserción social. En ese sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 52; el mismo, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5067; MUÑOZ CONDE, en: *Homenaje a ANTÓN ONECA*, 1982, 389.

¹⁰³ Destacan en el ámbito europeo las reformas tras la segunda guerra mundial. Ampliamente, vd., FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 269; ROXIN, *DP PG I*, 1997, 86.

esta corriente el Proyecto Alternativo (1962), el Código penal y la Ley Penitenciaria.¹⁰⁴

En países como los escandinavos y en Estados Unidos este movimiento hizo nacer figuras como la sentencia indeterminada (*indeterminate sentence*).¹⁰⁵

En España,¹⁰⁶ esas ideas se plasmaron en el art. 25.2 de la CE¹⁰⁷ y en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.¹⁰⁸ La influencia también se hizo sentir en una amplia utilización de las medidas de seguridad y corrección, que en algunos casos sustituían a las penas.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Para más detalles, ROXIN, en: AA. VV., Política criminal, 1982, 12 ss.; el mismo DP PG I, 1997, 87.

¹⁰⁵ Este sistema consistía en que los Tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplios y la decisión definitiva sobre el momento preciso de puesta en libertad era encomendada a una comisión de expertos en penas «*parole board*», dependientes del Ejecutivo, con la finalidad de poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Ampliamente ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», NEJ XIX, 1989, 420, 432. También la autora realiza en p. 435 una interesante crítica que resume la opinión mayoritaria respecto de los efectos negativos de la pena indeterminada.

¹⁰⁶ Desde el punto de vista histórico sobre el correccionalismo español, entre otros, vd., SAÍNZ CANTERO, REPe, n.º191, 1970, 1060; CERESO MIR, Curso DP PG I, 1998, 92 ss.; QUINTERO OLIVARES, Manual DP, 2002, 125 ss.

¹⁰⁷ Sobre las posibles confusiones que se presentan a nivel doctrinal entre la justificación de un tipo específico de pena -privativa de libertad- y la justificación de la pena en general y la alusión a funciones como la reeducación o la reinserción social del condenado, que son aplicables a la pena de prisión no así a otros tipos de pena como las penas pecuniarias. Vd., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 236. En igual sentido, y sobre la experiencia en Cataluña cfr., ADELANTADO, ADPCP 1993, 206 ss.

¹⁰⁸ Cfr., entre otros, MUÑOZ CONDE, en: AA.VV., Política criminal, 1982, 131-132; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 120; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Dogmática Penal, 1997, 310.

¹⁰⁹ Para más detalles, cfr., MUÑAGORRI, Sanción penal, 1977, 200 ss.

1.3.2. Consideraciones críticas en torno a la resocialización

Como aciertos de las tesis resocializadoras cabe destacar el acentuado interés por el sujeto delincuente, lo cual sirve para un doble propósito, positivo en tanto ayuda para que éste sea reeducado y readaptado para la vida en sociedad, y negativo porque neutraliza al infractor manteniéndolo aislado, fuera de contacto con la sociedad.¹¹⁰

Sin embargo, esta corriente caería en descrédito¹¹¹ y podríamos resumir en tres grandes apartados las principales críticas de la resocialización.¹¹² El primero sería el cuestionamiento

¹¹⁰ Sin embargo no puede identificarse plenamente prevención especial con resocialización. Ampliamente, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 178; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 26. Cfr., sobre las dos corrientes de pensamiento de la prevención especial positiva y negativa, BARATTA, PyC n.º 0, 1986, 83. Desde otra perspectiva, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 264, ss., distingue tres orientaciones de la prevención especial, según las motivaciones políticas o filosóficas: las doctrinas moralistas o de *enmienda*, las naturalistas de la *defensa social* y las teleológicas de la *diferenciación* de la pena.

¹¹¹ Desde el punto de vista político, BARATTA, PyC n.º 0, 1986, 85 ss., apunta que la crisis de la ideología del tratamiento tiene como causa fundamental la decadencia del Estado de bienestar (*Welfare State*), es decir, la crisis en las áreas del capitalismo central. Analiza también la aparición de nuevas formas de conflictividad (amenaza a las bases ideológicas del consenso sobre el que se apoya el equilibrio simbólico del sistema político) en el seno de los Estados, así como el nacimiento de los movimientos autoritarios de ley y orden.

¹¹² Sin duda alguna que la Sociología y Criminología han realizado grandes críticas a la resocialización. Partiendo de la postura de DURKHEIM, el crimen es un fenómeno ubicuo y parte integrante de una sociedad, a los desarrollos posteriores de la teoría del etiquetamiento (*labelling approach*) que entiende la criminalidad no como cualidad del individuo, sino como consecuencia de un proceso de definición social y en consecuencia producto de la sociedad. Si la sociedad es la que genera la criminalidad, resulta paradójico pretender que el individuo se reinserte en el grupo social que le ha llevado a delinquir. Quien debería ser resocializada es la sociedad y no el individuo que delinque. Ampliamente sobre ello, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 13 ss.; MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 390 ss. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 28 ss., sintetiza los factores desencadenantes de la crisis de la resocialización de la siguiente forma: en primer lugar se encuentran las críticas que rechazan la absolutización de la idea de resocialización, por que ésta elimina tanto la proporcionalidad de la sanción respecto al hecho cometido, como ignora las exigencias de prevención general, tanto si se trata de una condena leve

por la sociología de la cárcel y la criminología crítica sobre el lugar donde ha de cumplirse la función de resocialización.¹¹³ Las investigaciones empíricas demuestran que más que resocializar la cárcel desocializa. Desde esta perspectiva también se efectúan señalamientos sobre la desviación secundaria y la reincidencia.¹¹⁴

En segundo término se objeta la aplicación de tratamientos que no respetan los derechos fundamentales de la persona. Asimismo se cuestiona la aplicación de tratamientos en aquellos casos de autores con un grado de socialización suficiente, que cometen delitos de cuello blanco o en una situación muy puntual en su vida, así como los casos de personas con valores culturales diferentes.¹¹⁵ Aquí también se ubican las críticas que señalan la inexistencia de un baremo para la pena, con lo cual se desbordarían los límites permitidos de injerencia del Estado en la libertad individual.¹¹⁶

Finalmente, se debate sobre el propio concepto de la resocialización. La discusión gira en torno a la eficacia del mismo,

como si resulta una excesivamente grave. En segundo lugar, los señalamientos sobre la imposibilidad de resocialización en condiciones de falta de libertad. En tercer lugar los cuestionamientos sobre la ilegitimidad de toda intervención resocializadora por constituir una injerencia intolerable en el ámbito individual. Aunque fundamentalmente comparto sus puntos de vista, considero que deben tomarse en cuenta los importantes los señalamientos de la criminología crítica y de la sociología de la cárcel que integrarían el apartado segundo. Exhaustivamente sobre este tema, entre otros, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 20; el mismo, LL 1983-I, 1227; LARRAURI, *Criminología crítica*, 1991, 76 ss.; CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 238.

¹¹³ Acerca de la sociología de la cárcel y la crítica a las instituciones totales, entendiéndose por éstas instituciones en las que se aplican programas basados en la disciplina y el control de todas las actividades de los sujetos a control y vigilancia total, como casas de trabajo, asilos de huérfanos, manicomios, casas de mujeres, establecimientos social-terapéuticos. Fundamental, LARRAURI, *Criminología Crítica*, 1991, 210.

¹¹⁴ Ampliamente, BARATTA, en: OLIVAS, (Compilador): *Problemas*, 1991, 138.

¹¹⁵ Cfr., MUÑOZ CONDE, en: AA.VV., *Política criminal*, 1982, 144.

¹¹⁶ Vd., en igual sentido, JESCHECK, *ADPCP* 1986, 26; ROXIN, *DP PG I*, 1997, 88.

argumentándose la imposibilidad de una educación para la libertad, en condiciones de ausencia de libertad.

1.3.2.1. Efectos de la crisis del ideal resocializador

El fracaso de los programas de resocialización y tratamiento se manifiesta en la doctrina científica con la teoría de la «*radical non intervention*», o renuncia a la intervención jurídico-penal en amplios sectores de la criminalidad de escasa y mediana gravedad.¹¹⁷ Cuyas consecuencias, entre otras, son la tendencia a la abolición de las penas privativas de libertad y su sustitución por medidas de carácter no punitivo, como serían la *diversioni*, la reparación del daño, el sometimiento a prueba, el trabajo en beneficio de la comunidad.¹¹⁸

En sentido contrario, la crisis del ideal resocializador, revitalizó la política criminal basada en la pena justa o «*just deserts theory*»,¹¹⁹ produciendo el efecto de un mayor recurso a la pena privativa de libertad,¹²⁰ con plena vigencia a fines del siglo XX.

¹¹⁷ Para más detalles, vd., HASSEMER, Fundamentos, 1984, 377.

¹¹⁸ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 31; SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 258 ss. En un interesante estudio empírico realizado en las cárceles de Cataluña, ADELANTADO, ADPCP 1993, 214 ss., demuestra la crisis del ideal resocializador y cómo algunas tesis neo-liberales han permeado la cárcel.

¹¹⁹ Es decir, teoría del merecimiento o de la culpabilidad, significa «*movimiento para dar a cada uno lo que se merece*». Vd., DEL ROSAL BLASCO, en: ANTTILA CPC 1986, 153 n. del t.

¹²⁰ La corriente se manifiesta primero, reivindicando el papel de la víctima y desemboca junto con modelos de fundamentación de carácter general preventivo y un pensamiento en términos de ley y orden, en una punición más dura del autor. Cfr., en este sentido, DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 67; ROXIN, DP PG I, 1997, 89. Para más detalles sobre «*el imposibilismo*», es decir, las corrientes de pensamiento que consideran la reexpansión de la cárcel porque «*nada funciona*» o «*nada funciona demasiado bien*», vd., MATTHEWS, PyC n.º 3, 1987, 84- 85.

En consecuencia, coexisten simultáneamente dos estrategias bajo el modelo de justicia o «*justice model*», unas medidas que suponen la supervisión del delincuente en la comunidad para los casos menores -control blando-, frente a ellas un refuerzo y extensión de las sanciones de privación de libertad -control duro-, para la mayoría de las infracciones.¹²¹ Paradigmáticas resultan las sanciones largas para los multireincidentes en los Estados Unidos bajo el eslogan «*three strikes and you are out*», perpetuidad para el que cometa un delito por tercera vez. Se trata de un renacimiento de la incapacitación como fin de la pena.¹²² Los argumentos para esta nueva implementación de la cárcel como respuesta adecuada señalan que, si pocos delincuentes producen un gran número de delitos y mientras están dentro no delinquen, entonces, se deben alargar las condenas y en lo que respecta a la delincuencia habitual puede doblarse la condena.¹²³

En forma concomitante, el fracaso del ideal resocializador fue, finalmente, un factor que desencadenó el «*neoclasicismo*».¹²⁴ Esta corriente doctrinal acentúa la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como en otras garantías formales, dentro de la justificación del castigo orientada hacia la prevención general.¹²⁵

¹²¹ La característica de las sanciones bajo el modelo de justicia es su tendencia a la polarización, ubicándose en los extremos la prisión y la suspensión de la pena. Sin embargo, en el último decenio se ha prestado importancia a los castigos intermedios (multas, días-multa, arresto domiciliario, trabajos en beneficio de la comunidad, supervisión intensiva). Sobre ello, ampliamente, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, 99 ss.

¹²² En este sentido, cfr., PETERS/NEYS, *EGUZKILORE*, n.º 8, 1994, 179; ASÚA BATARRITA, *RCPen* n.º 2, 1998, 286; LARRAURRI, *JDem*, n.º 32, 1998, 87.

¹²³ Cfr., LARRAURI, *Introducción*, 1998, 15 ss.

¹²⁴ Cfr., ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 34 ss.

¹²⁵ En igual sentido, ROXIN, *DP PG I*, 1997, 88.

Desde el perfil de la dogmática penal la crisis de la resocialización y el imposible retorno a la retribución,¹²⁶ contribuyen al nacimiento de las tesis intermedias, teorías eclécticas o de la unión, que giran en torno al pensamiento o justificación de la pena no por la conducta pasada «*quia peccatum*», sino de cara al futuro «*ne peccetur*».¹²⁷

Estas tesis han contribuido a configurar un sistema de consecuencias jurídicas del delito en las que se reconoce que la actuación sobre el delincuente, para que no cometa delitos en el futuro, implica a la vez la disposición de medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. Este es el sentido del art. 25.2 de la Constitución Española, que orienta las consecuencias jurídicas del delito a la reinserción y resocialización del delincuente.¹²⁸

1.3.3. Perspectivas actuales para la resocialización

Las tesis de la resocialización han tenido un enorme impacto en el Derecho penal, y es apreciable una orientación en la mayoría de las legislaciones hacia las tesis moderadas. Desde la concepción que aquí hemos mantenido en cuanto a la función primordial del

¹²⁶ Como factores que han influido en la etiología de la prevención general positiva. Especialmente clara, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 26 ss.

¹²⁷ Vd., por todos, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 27.

¹²⁸ Así y en ese sentido, STC 19/1988, de 16 de febrero; STC 209/1993, de 28 de junio. «Desde esta perspectiva, la reinserción y la reeducación proclamada en el art. 25.2 CE obliga al legislador y aplicador del Derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atiende a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación». La influencia de estas tesis puede observarse en el debate parlamentario sobre las penas que recoge el CP 1995. Para más detalles, vd., LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 58.

Derecho penal de prevención general, pero orientada a la prevención especial resulta inconcebible, aceptar las tesis radicales de la «*non intervention*».¹²⁹

Al igual que un sector de la doctrina, considero que prescindir de todo criterio de resocialización, implica que lo único que queda es la prisión en términos totalmente duros y extremos.¹³⁰ En el Estado democrático de Derecho tanto se garantizan los derechos de la comunidad en general cuanto se respetan los derechos del sujeto delincente y renunciar al fin resocializador implicaría la invisibilización de éste. En este sentido, conociéndose los efectos negativos de la intervención penal, que la pena es un *mal*, pero que evita un mal mayor, la resocialización debe tender al libre desarrollo de la personalidad del delincente, o al menos a que su estado de socialización no se vea empeorado,¹³¹ es decir, a la no desocialización.¹³²

En la actualidad, indudablemente el principio de resocialización en su doble vertiente viene a constituir uno de los fundamentos de los sustitutivos penales.¹³³ En tanto desde la perspectiva pasiva pretende evitar los efectos desocializantes de la pena privativa de libertad, desde la vertiente activa coadyuva a la resocialización del delincente, puesto que la reacción penal se

¹²⁹ En igual sentido y ampliamente sobre este tema LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 59; el mismo, en: ASÚA (Coordinadora): *El pensamiento penal*, 1990, 77; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 31. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en forma reiterada señala que la finalidad preventivo especial no es la única del Derecho Penal, vd., STS 4-julio-1991 (A 150), fundamento, 4.b.

¹³⁰ En igual sentido, GIMBERNAT, en: *Estudios*, 1976, 66 ss.; GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 7, 1993, 76.

¹³¹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 264.

¹³² Sobre la resocialización como no desocialización, vd., MUÑOZ CONDE, en: AA. VV.: *Política criminal*, 1982, 131 ss.; el mismo, VI Jornadas, 1990, 40 ss.

¹³³ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 282.

adecua a las características concretas del hecho y del autor a lo que se conoce como sistema sancionatorio diferenciado. Entendiendo como señala GARCÍA ARÁN, que «evitar la desocialización es la mejor política de reinserción social».¹³⁴

Finalmente, hoy día se abren nuevas vías para la resocialización. Un sector doctrinal observa que la reparación del daño puede contribuir sensiblemente a la resocialización del delincuente a través de la asunción de responsabilidad por el autor del hecho cometido,¹³⁵ y que esa consternación interna puede tener efectos promotores de la resocialización.¹³⁶

1.4. HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS

1.4.1. La progresiva racionalización del Derecho penal

La evolución histórica del Derecho penal está marcada por su progresiva racionalización.¹³⁷ Consecuentemente, el inicio de Derecho penal moderno, en cuya génesis se encuentra la obra de BECCARIA (s. XVIII) es también el principio del movimiento de revisión de las penas,¹³⁸ fundamentalmente por las fuertes críticas realizadas contra las arbitrarias intervenciones judiciales e

¹³⁴ Cfr., GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 41, 99.

¹³⁵ En ese sentido, entre otros, CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 74.

¹³⁶ Para más detalles, ROXIN, IP 1989, 10; el mismo, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 153.

¹³⁷ Cfr., GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 7-8; el mismo DP, 1995, 56.

¹³⁸ Así, y en este sentido, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 385 ss., afirma «la historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia ejercida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno».

ineficaces sanciones, entre ellas la pena de muerte y los castigos corporales.¹³⁹

La tendencia racionalizadora, que llega hasta nuestros días, se ha manifestado en grandes movimientos nacionales e internacionales,¹⁴⁰ que buscan la humanización de las penas.¹⁴¹ Agrupa entre otros, a los movimientos de abolición de la pena de muerte,¹⁴² a la lucha contra las penas crueles, tratos inhumanos y degradantes, y al progresivo desplazamiento del lugar central que ha ocupado la pena privativa de libertad.¹⁴³

Por lo general, las Constituciones Políticas de los estados modernos, reconocen como garantía fundamental el respeto a la

¹³⁹ Ampliamente sobre el pensamiento de BECCARIA, cfr., MORENO CASTILLO, en: GARCÍA (Director): Historia, 1997, 99 ss. Vd., al respecto las tendencia del Derecho internacional en la cual organizaciones como Naciones Unidas y el Consejo de Europa han realzado la tendencia hacia la humanización de las penas de forma particular. Para más detalles, cfr., DÍAZ PALOS, Jurisprudencia penal, 1991, 169 ss.; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 121 ss.

¹⁴⁰ Cfr., por ejemplo el movimiento internacional de reforma del Derecho penal, JESCHECK, en: MIR (Editor): La reforma del DP, 1980, 9 ss. De igual forma el movimiento de la nueva defensa social, vd., MUÑAGORRI, Sanción penal, 1977, 24, 39 ss.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 84, en sentido contrario a la humanización de las penas lo que se produce es la «hipertrofia cualitativa» del Derecho penal, que caracteriza al Estado totalitario en tanto que para preservarse recurre a amenazas penales atroces.

¹⁴² Pese a la orientación en el sentido de humanización del Derecho penal, históricamente se ha demostrado la ausencia de esa característica. Por ejemplo, en las legislaciones de países que se dicen respetuosos de los Derechos humanos y contemplan la pena de muerte. Así pues, como señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción, 1989, 172, «ello demuestra que no existe una línea continua que lleve directamente a la humanización del Derecho penal, a través de una continua atenuación de sus consecuencias y la construcción de unas garantías formales».

¹⁴³ Así, por ejemplo, se ha considerado que las sanciones de control en comunidad, realizan un objetivo humanitario, en tanto que eliminan la institución carcelaria, permitiendo un desarrollo pleno del delincuente con la posibilidad de que realice una vida normal. Sin embargo un sector de la doctrina se manifiesta en desacuerdo, porque considera que se da una ampliación difuminada de la cárcel. Cfr., en este sentido, LARRAURRI, ADPCP 1987, 779; MATTHEWS, PyC n.º 3, 1987, 77.

dignidad personal,¹⁴⁴ así el artículo 10.1 de la CE. En consecuencia con ese principio se considera una reducción tanto de la duración como del contenido aflictivo de las sanciones, hasta donde sea compatible con la eficacia preventiva.¹⁴⁵ Valga recordar aquí la prohibición expresa en el caso español, de la pena de muerte y de las penas corporales e infamantes (art. 15 CE).

El humanismo o humanitarismo ha de entenderse como el respeto a la persona y a la necesidad social del castigo, no como caridad o benevolencia.¹⁴⁶ En el caso concreto, es decir, al momento de individualizar la sanción, es un criterio que debe valorarse, antes de aplicar irremediabilmente el peso de la ley o imperativo de la justicia.¹⁴⁷

1.4.2. Análisis de la postura de ESER

Una especial consideración merece la reciente exposición de ESER dentro de la tendencia a la humanización. El autor esboza una fundamentación a la que denomina «Justicia Penal *a la medida del ser humano*» (*menschengerechten Strafjustiz*).¹⁴⁸ Su planteamiento preconiza el antropocentrismo, en otras palabras, que el hombre es el centro de todas las cosas y el fin absoluto del Estado; derivándose un puesto secundario para las instituciones

¹⁴⁴ Sobre la influencia del Derecho natural en el reconocimiento de la dignidad humana y como límite de la intervención estatal, cfr., BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 99.

¹⁴⁵ Vd., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 89.

¹⁴⁶ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, Manual DP PG, 2002, 103.

¹⁴⁷ Cfr., en igual sentido, ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 621. Para BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 99, el principio de humanidad se puede entender como indemnidad de la persona como ser social, lo que significa que no se puede atacar a la persona en las características propias que configuran su dignidad de persona. Está referido a la teoría de la pena e implica límites sustanciales a las clases de penas, a su determinación y ejecución.

¹⁴⁸ Cfr., ESER, RDPCrim 1998, 133 ss.

estatales que se conciben como «*instrumentos al servicio de*». Lo primordial es el valor dado a la persona, tanto al autor como a la víctima.

Estas tesis que están ideadas, en principio, para el proceso penal, luego se extienden al sistema penal en general. Las consecuencias de sus reflexiones sobre la sanción penal, señalan que la justificación del Derecho penal debe buscarse a partir de que se revele como un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad y con ello pueda servir a la protección de la persona y de la sociedad humana. Los fines de la pena deberán dirigirse al ser humano en cuanto ente social, individual e intergeneracional.

Desde la perspectiva de la víctima se debe procurar la reparación del daño, de sus derechos lesionados. Por otro lado, en cuanto al restablecimiento de la paz social debe orientarse a la estabilización de las esferas de protección y los límites de la libertad perturbados por el hecho, lo cual debe suceder tanto influyendo sobre el transgresor individual como en el resto de los miembros de la comunidad jurídica.

Entiendo que esta visión pretende ser innovadora sobre el criterio de humanización de la justicia penal. Desde mi perspectiva se puntualiza la humanización, de cara a las nuevas tendencias político criminales, especialmente de la reparación del daño. Sin embargo, no aporta mayores novedades a lo que ya se ha escrito sobre el reconocimiento de la dignidad humana, inherente tanto al delincuente como a la víctima y al resto de la colectividad.¹⁴⁹

¹⁴⁹ No podemos olvidar que esta propuesta sigue las líneas de pensamiento tradicionales de ESER. Que se ubican en la línea intermedia, de la resocialización para la moralidad y resocialización para la legalidad y se refieren a la idea inicial de VON HENTIG, sobre «la pedagogía de la autodeterminación». En síntesis se ofrece al delincuente una pluralidad de caminos, distintos a los contenidos morales y valorativos concretos -que son los que se encuentran en la sociedad moralmente heterogénea-, para que sea el propio sujeto el que decida; inculcándole, más que el respeto a las normas penales, una actitud positiva hacia los valores y bienes jurídicos que están detrás de esas prohibiciones punitivas. Tesis que

2. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

2.1. CUESTIONES GENERALES

2.1.1. Conexión entre el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas

Normalmente cuando se define al Derecho Penal, desde el punto de vista formal, se hace referencia a dos pilares fundamentales sobre los que se estructura el mismo: el delito y las consecuencias jurídicas que de él derivan.¹⁵⁰ Es decir, que ante la violación de una proposición jurídica hipotética formulada como «supuesto de hecho»¹⁵¹ en la norma jurídica, el ordenamiento jurídico reaccionará con consecuencias jurídicas de carácter penal, -pena y medida de seguridad-.¹⁵² Precisamente un aspecto

han sido criticadas por «*su tibieza y falta de contenido*» Cfr., sobre ello, MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 40-41.

¹⁵⁰ Acertadamente, MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas, 1991, 13, considera que la doctrina presta más atención al delito que a las consecuencias jurídicas que de él se derivan, comparativamente, la producción dogmática sobre la teoría del delito sobrepasa la literatura sobre de las consecuencias jurídicas. Personalmente matizaría en cuanto a que últimamente se observa un esfuerzo de la doctrina española por abordar estos temas, así las monografías: MAPELLI/TERRADILLOS, Consecuencias jurídicas, 1990; LANDROVE, Las consecuencias, 1996; DIEGO-DÍAZ/CAPARRÓS (Coordinadores), Reflexiones, 1995; ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996; CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997; GRACIA (Coordinador), Las consecuencias jurídicas, 1996; CHOCLÁN MONTALVO, Individualización, 1997; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999; SANZ MULAS, Alternativas, 2000. Una situación similar ocurrió en los años setenta, en Alemania. La reforma del Derecho penal, tuvo que esperar una segunda fase, para que el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito alcanzaran un papel importante. Cfr., sobre ello, HASSEMER, Fundamentos, 1984, 133.

¹⁵¹ Siempre será necesaria una conexión interna de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Cfr., GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 29.

¹⁵² Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 48, 50.

característico del Derecho penal es ser definido por sus sanciones, por ello se habla de consecuencias jurídico-penales.¹⁵³

Otras veces, y desde una perspectiva más amplia, las consecuencias jurídicas ni siquiera pertenecen al Derecho penal. Como han destacado algunos autores, la comprensión jurídico-penal de un caso representa tan solo una parcela o pequeña parte de su desarrollo jurídico.¹⁵⁴ Existen otros sectores del ordenamiento jurídico que cumplen funciones diferentes en la atribución de las consecuencias, que surgen de la infracción jurídica y que completan esa comprensión. Así por ejemplo, las consecuencias jurídicas pueden provenir del Derecho civil, del Derecho de seguros y del Derecho administrativo.¹⁵⁵

También es posible que ante la violación de la norma no se aplique la pena, tal y como sucede con la aplicación del criterio de oportunidad, en los países que lo contemplan.

El tema de las consecuencias jurídicas del delito adquiere cada día una mayor importancia, mientras los desarrollos teóricos anteriores se centraban en el análisis de las penas y medidas de seguridad, la aparición en el panorama dogmático de la reparación del daño y su inclusión en el catálogo de consecuencias jurídico-penales como una sanción independiente, tiene consecuencias esenciales. El sistema tradicional de consecuencias del delito se ve trastocado en sus aspectos estructurales, reconociendo capacidad y autonomía a los implicados en el delito para regularlas. Esta circunstancia irradia e involucra a la propia comprensión del

¹⁵³ Así lo aprecia la postura mayoritaria por todos, cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 48 ss.; ROXIN, DP PG I, 1997, 41. Respecto de otras posturas, vd., POLAINO NAVARRETE, DP PG TI, 2001, 132.

¹⁵⁴ Cfr., por todos, GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 31.

¹⁵⁵ Vd., en este sentido, HIRSCH, CPC 1990, 568.

Derecho penal y de sus fines, caracterizándose por ello sus efectos como de carácter nuclear.¹⁵⁶

2.1.2. Valoración de otras circunstancias del autor en el sistema de las consecuencias jurídicas

Un sector minoritario de la doctrina considera que, en el Derecho penal moderno, la base de las consecuencias jurídicas no la constituye sólo el delito, sino que junto a éste existen otras circunstancias del sujeto que influyen en la imposición o no, medición, atenuación, agravación de las penas y medidas de seguridad.

Esta postura de la doctrina parte de que el delito es el marco de referencia fundamental y que esas otras circunstancias poseen en el Derecho vigente una relevancia fuera de lo común, pueden ser anteriores, coetáneas o posteriores, encontrándose recogidas en la legislación positiva tal es el caso de la reincidencia, la personalidad del autor o el comportamiento postdelictivo.¹⁵⁷

La doctrina mayoritaria, probablemente influida por el denominado «*Derecho penal de autor*», se limita a señalar que el presupuesto de la pena es el delito o el hecho, rechazando la influencia de las circunstancias del sujeto. Sin embargo, es innegable que éstas son valoradas por el legislador, al punto de

¹⁵⁶ Cfr., sobre ello, HIRSCH, CPC 1990, 568.

¹⁵⁷ Vd., ANTÓN ONECA, DP, 1986, 646; LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 53, 123. De modo gráfico, con ejemplos sobre la legislación española vigente, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 195-196, 366; el mismo, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 185 n. 27, 196. La discusión en la doctrina acerca de la personalidad del delincuente, como un factor en la individualización judicial de la pena es compleja y depende en primer término del valor que se otorgue en este estadio a los distintos fines de la pena. Ampliamente y sintetizando las distintas posturas, cfr., GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 226.

que puede incluso ante ellas ni siquiera existir reacción penal,¹⁵⁸ como en el caso del instituto de la renuncia a pena.¹⁵⁹

2.1.3. Especial referencia a la postura de BOTTKE

En la actualidad, en Alemania, algunos autores, partiendo de la teoría de los sistemas y más específicamente en la «*prevención de asociación*» proponen otros tipos de consecuencias jurídicas.¹⁶⁰

BOTTKE -uno de sus principales exponentes- partiendo de que, por lo general, la apertura de un proceso penal conlleva consecuencias negativas, señala, que tanto la imposición de éstas, como el tipo de consecuencia por el que se opte requieren una legitimación en los ordenamientos jurídicos. Ese carácter legítimo viene dado por la finalidad de la consecuencia en cuestión, siendo la finalidad la que determinará la legitimidad o no de la medida. Según esta determinación la consecuencia puede tener carácter obligatorio, facultativo o depender del concurso de un tercero.

¹⁵⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 53, 62.

¹⁵⁹ Sobre la renuncia a pena, HASSEMER, en: AA.VV., Política criminal, 1982, 214; GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 207.

¹⁶⁰ La prevención de asociación se decanta por una concepción globalizante, que pretende dirigir la interpretación del Derecho penal vigente, del Derecho sancionador y del Derecho Procesal penal. Sus raíces se sumen en las ideas del contrato social, en las democracias estatales de Derecho modernas, enriquecidas con elementos del Estado social además de los aportes doctrinarios sobre la finalidad de la pena de BECCARIA y la teoría de la justicia de RAWLS. Esta teoría participa de las ideas de la prevención de integración propuesta por ROXIN, en cuanto a que el fin de la pena solo puede ser preventivo, luego matiza y resta importancia a la prevención especial, a la que no considera un fin de la pena, sino un objetivo a alcanzar. Por ello no habla solamente del binomio de penas y medidas de seguridad, sino que analiza los efectos primarios y secundarios de las medidas accesorias jurídico-penales y emplea la división tripartita entre «condición» de la ventaja, restitución y producción de costes. Finalmente esta teoría pretende una «procesalización» de la teoría de la pena a una determinación distinta de cuál sea el fin y el objetivo del procedimiento penal. Señalando que el fin del procedimiento penal es el aseguramiento de la posibilidad de un general disfrute de unas libertades iguales, amplias e individuales. Para más detalles, cfr., BOTTKE, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 62, 70.

Desde esta perspectiva, a diferencia de los sistemas de doble vía,¹⁶¹ se distinguen tres consecuencias negativas que acompañan el proceso penal: a) de carácter condictivo, b) de carácter reparatorio y c) productoras de costes. Las consecuencias denominadas de carácter «*condictivo*»¹⁶² se distinguen porque retiran a los beneficiados por el delito las ventajas reportadas por el hecho punible. Por ejemplo, la confiscación del producto del crimen.

En segundo lugar encontramos las consecuencias de carácter reparatorio, vienen a reparar de los perjuicios causados por el delito, y cuya finalidad es eliminar las consecuencias materiales o inmateriales del hecho. Por ejemplo, la imposición de una reparación del daño (§56 b, pfo. 2º inc. 1º, n.º 1º, StGB), o de una conciliación entre el autor y la víctima. El ámbito en el que operan las consecuencias «*condictivas*» y «*reparatorias*» es pre-penal.

El tercer grupo de consecuencias jurídicas consiste en la producción de costes. Producen al responsable del hecho unas cargas que ya no cabe comparar con las consecuencias pre-penales producidas a la víctima, en forma de pérdida de libertades e incluso de fortuna. Van más allá del posible enriquecimiento por las ventajas extraídas del delito o del deber de reparación de las consecuencias. Pueden estar determinadas por la culpabilidad del hecho punible, en cuyo caso son retributivas y están limitadas en su alcance por la culpabilidad del hecho. También pueden ser determinadas por la especial peligrosidad manifestada en el hecho punible, desplegando efectos preventivos frente a la peligrosidad,

¹⁶¹ Cfr., por todos, ROXIN, DP PG I, 1997, 41 y 103.

¹⁶² El término «*condictivo*» es un neologismo y designa la obligación de devolución de la cosa obtenida ilícitamente. Para más detalles, vd., BENLLOCH, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 44, n. del t.

están sujetos al principio de proporcionalidad, por ejemplo, las penas y medidas de seguridad.

Las formas mixtas son también posibles. Se trata de consecuencias jurídicas, en parte «*condictivas*», y en parte productivas de costes, por ejemplo, las medidas de invalidación, de confiscación y de inutilización.

Para BOTTKE, su punto de vista es más amplio que el tradicional que solo distingue dos grupos de consecuencias: penas y medidas de seguridad, y tiene la ventaja de que permite la ubicación de las consecuencias accesorias, en alguno de los tipos anteriores.

2.1.4. Las consecuencias accesorias

Las consideraciones anteriores nos conducen a la reflexión acerca de otras consecuencias jurídico-penales, como son las consecuencias accesorias. Éstas son sanciones de naturaleza peculiar, que sin ser penas ni medidas, se unen o pueden unirse a una condena penal.

El aspecto más discutible de ellas es determinar cuál es su naturaleza jurídica:¹⁶³ se considera por unos, que son penas, por otros medidas de seguridad, o medidas de carácter administrativo.¹⁶⁴ Mayoritariamente la doctrina se inclina por considerarlas de naturaleza jurídico-penal y no meramente administrativa. Se trata de sanciones previamente descritas en la ley, impuestas por el juez, que suponen una privación de derechos

¹⁶³ Sobre la situación en Alemania y en el, CP de 1995, cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 57.

¹⁶⁴ Cfr., en ese sentido, GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 34-35.

de considerable entidad, y su finalidad es preventiva, así parece desprenderse de los artículos 127 a 129 del CP de 1995.¹⁶⁵

Quizás la discusión puede zanjarse ya no atendiendo a la naturaleza jurídica de las mismas, porque tal y como aprecia la doctrina mayoritaria se trata de sanciones jurídico-penales, sino partiendo de la distinción entre penas principales y accesorias. La característica distintiva de unas y otras es que la penas principales se pueden aplicar en forma independiente, mientras que las segundas -penas accesorias-, sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal. En ese sentido las consecuencias accesorias entrarían dentro de este segundo grupo, pues siempre estarían referidas a una pena principal.

Las consecuencias accesorias a pesar de ese carácter dependiente, se les reconoce tanto la finalidad preventivo-general como el fin especial, adicionales a las de la pena.¹⁶⁶ Lo igualmente es exigido para los sustitutivos penales como veremos.

2.2. EL SISTEMA DE DOBLE VÍA: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

La aplicación de penas¹⁶⁷ y medidas de seguridad como respuestas penales por excelencia,¹⁶⁸ ha dado nacimiento al término «doble vía», con el que se indica el elemento estructural fundamental¹⁶⁹ de la regulación de las consecuencias jurídicas.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Por todos cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 57.

¹⁶⁶ Para más detalles, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 60; ROXIN, DP PG I, 1997, 41-42.

¹⁶⁷ Sobre la definición de pena, vd., MORILLAS CUEVA, voz «Pena», en: NEJ XIX, 1989, 347; GARCÍA VALDÉS, voz «pena», EJB III, 1995, 4823.

¹⁶⁸ Vd., en igual sentido, MAPELLI/TERRADILLOS, Consecuencias jurídicas, 1996, 21.

¹⁶⁹ En este sentido, por todos, ROXIN, DP PG I, 1997, 103

Ambas categorías se comprenden dentro del concepto general de sanción penal.¹⁷¹ En referencia a la sanción penal existen autores que utilizan el término en sentido omnímodo,¹⁷² que incluye la responsabilidad civil que deriva de delito, para otros, se debe reservar el término sanción para designar las consecuencias jurídicas provistas de contenidos punitivos y de vocación preventiva.¹⁷³

A fin de perfilar tomas de postura posteriores, asumiremos el término sanción penal en su sentido restrictivo, es decir, para denominar a las consecuencias jurídicas que importan privaciones de bienes primarios o semejantes con contenido punitivo -como facultad del Estado de penar-, ante la realización de conductas que causan grave daño social y son reprobables, contenida en la ley en

¹⁷⁰ Sobre las concepciones globales de las consecuencias jurídicas, en el sentido de dar entrada a la pena y a las medidas de seguridad en un sentido de unidad, cfr., entre otros, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción, 1989, 165; POLAINO NAVARRETE, DP PG TI, 2001, 166.

¹⁷¹ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 41.

¹⁷² La discusión de este aspecto no es banal, su relevancia traduce el conflicto entre formalismo y sustancialismo, y se encuentra íntimamente ligada con el principio de legalidad. Las justificaciones formalistas, asumidas por juristas positivistas distinguen los ilícitos penales de los demás ilícitos (civiles y administrativos), en razón del tipo de pena, es decir, en la ley se dispone una pena y no una sanción administrativa o una sanción de reparación del daño. Desde la perspectiva del sustancialismo se atribuyen a la juridicidad y a la antijuricidad, algún fundamento ontológico meta o pre-jurídico sobre el que basan su definición real de delito, que completa o acompaña la definición legal. Estos fundamentos presentan múltiples variantes según el carácter ético, sociológico, político o antropológico de la base meta-jurídica elegida. La diferenciación del delito respecto a los ilícitos civiles se hace depender de criterios sustanciales como la irreparabilidad frente a la reparabilidad del daño causado, o la alarma o el daño social producido por los delitos, respecto al simple daño o perturbación individual provocado por los ilícitos civiles, o la peligrosidad social que se expresa en los delitos frente a la lesividad de los ilícitos civiles. Cfr., sobre este tema ampliamente, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 371 ss.

¹⁷³ En este sentido, entre otros, CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 17, n. 2; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 100, n.6.

la que se establece previamente la privación de tales bienes y con contenido preventivo general y especial.¹⁷⁴

2.3. LA TERCERA VÍA

La moderna ciencia del Derecho penal alemán ha propuesto la introducción en la categoría de las consecuencias jurídicas, de la reparación del daño a la víctima como «tercera vía».¹⁷⁵ Con ello se quiere indicar que junto a las penas y medidas de seguridad como respuesta al delito se colocaría una tercera opción, la reparación del daño,¹⁷⁶ a manera de sanción autónoma.

La «tercera vía» se percibe como un híbrido entre, la filosofía de la represión y la resocialización, pues en sus orígenes en parte se rescata la posición de la víctima del delito, y en parte, hay un interés por que el delincuente asuma su responsabilidad.¹⁷⁷

Aunque las tesis de la reparación del daño son reivindicadas por las diversas corrientes de la política criminal.¹⁷⁸ Así, a los

¹⁷⁴ Fundamentalmente de acuerdo, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 59-63; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, RDPCrim 1999, 372.

¹⁷⁵ Sin embargo no se debe a la doctrina alemana la introducción del debate sobre la reparación del daño en el sistema de justicia penal, se encuentran antecedentes en épocas recientes en las tendencias de reforma internacional como los sistemas de reparación americano (Estados Unidos y Canadá) y en la moderna victimología. Otro antecedente de la reparación como sanción independiente lo constituye en la «*compensation order*», de utilización en Inglaterra desde 1982. Se trata de una sanción restitutiva que acentúa las formas de conciliación que exceden de la mera reparación material de los daños. Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 115, 134; KILLIAS, en: KAISER/ALBRECHT (Editors): Crime, 1990, 262; ROXIN, en: Política criminal, 1992, 32; BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 357. Vd., antecedentes históricos, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 105 ss.

¹⁷⁶ Una explicación del término «tercera vía», desde el punto de vista histórico, vd., HUBER, ADPCP 1994, 169.

¹⁷⁷ Entre otros, cfr., Note, HLR, n.º 97, 1984, 932; TRENCZEK, PAPERS n.º 8, 1992, 23; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 381.

¹⁷⁸ Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 115 ss. En cuanto a las posturas garantistas pareciera que como tesis de principio no aceptan la

abolicionistas les interesa la reprivatización y devolución de los conflictos de los que el Estado se ha apropiado; los neoclacistas la defienden como castigo adicional a las penas alternativas -bajo la configuración de «*intensive supervision*»-, mientras que la resocialización, la reclama como mecanismo efectivo de prevención especial, con propuestas como la confrontación con la víctima.¹⁷⁹

Entre los impulsores de la «tercera vía» destacan FREHSEE,¹⁸⁰ ROXIN¹⁸¹ y el grupo de profesores que presentó el Proyecto Alternativo de la Reparación. Sus planteamientos desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal han creado un clima de desconcierto en el sistema tradicional de las consecuencias del delito.¹⁸²

La reparación como consecuencia penal autónoma, aunque integra algunos aspectos con connotaciones civiles, supera el simple convenio o acuerdo entre las partes, cuyos efectos se

reparación, así y en ese sentido, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 255, 420; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 172. Algunos autores seguidores de las corrientes garantistas la aceptan con algunas matizaciones, así, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 354-355.

¹⁷⁹ En los Estados Unidos los programas denominados VORP (Proyecto de Reconciliación Víctima-Delincuente) presentan un gran desarrollo desde la perspectiva de la resocialización. Estos programas que abarcan más de trescientos proyectos en todo el país, se caracterizan por el enfrentamiento del autor con la víctima lo que actúa como un freno inhibitorio ante el delincuente para la comisión de otros delitos. Por otra parte se evita la «neutralización» según la cual, la relación del autor es con el Estado y respecto de la víctima su actuación es marginal. Cfr., SCHNEIDER, en: *Homenaje a ANTONIO BERISTAIN*, 1989, 379; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 164; ROXIN, en: CGPJ (Editor): *Reforma DP*, 1991, 21.

¹⁸⁰ Vd., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), *De los delitos y las víctimas*, 1992, 62.

¹⁸¹ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 143.

¹⁸² Cfr., en este sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 113; CEREZO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 39; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La reparación*, 1997, 16; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 66; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 209 y 310.

materializan en la consecución de los fines de la pena.¹⁸³ Los propios impulsores de la «*tercera vía*» se apresuran a declarar que la reparación no es una pena, ni constituye ningún fin penal autónomo.¹⁸⁴ Se postula que la reparación del daño se debe colocar como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar y en su caso sustituir. La reparación se encuentra al servicio de la prevención especial y general, por lo que está en capacidad de cumplir los fines de la pena, en especial el de la prevención-integración.

La teoría de la prevención general positiva ha sido constantemente utilizada por sus seguidores como justificadora de la reparación del daño, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica y a la estabilización del ordenamiento jurídico.¹⁸⁵ El restablecimiento de la paz jurídica se producirá cuando se dé una compensación entre autor y víctima, o bien, cuando se haya reparado el daño; en ese momento se logra la eliminación de la perturbación social originada por el delito y es entonces cuando, desde la perspectiva de los fines de la pena, - general y especial-, no existe necesidad de pena.

Si el autor logra o al menos intenta seriamente la reparación del daño, se renuncia a la pena, así el §4 del Proyecto Alterativo de la Resolución (AE-WGM).¹⁸⁶ Esta es una de las más novedosas

¹⁸³ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, 109.

¹⁸⁴ Discrepantes en cuanto a la integración de la reparación del daño en lugar de la pena estatal, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), De los delitos y las víctimas, 1992, 58; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 184.

¹⁸⁵ Cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 19; ROXIN, DP PG I, 1997, 91. Particularmente crítico, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 64.

¹⁸⁶ El tenor literal del §4 del AE-WGM, señala:
«Reparación en lugar de pena.

aportaciones, el uso de la reparación en lugar de pena. En cuanto a la reparación del daño como sustitutivo penal, se encuentra limitada por razones de prevención especial y general, es decir, que no cabe como sanción única cuando la personalidad del delincuente o la gravedad del delito exigen una pena. El mencionado §4, podría llevar a interpretaciones erróneas en la práctica, en el sentido de dar prioridad a la «necesidad de punición», y aplicar, entonces la pena, frente a la aplicación del sustitutivo. Sin embargo, la misma norma en el párrafo 2, impone como límite que en caso de reparación integral sólo debe acudirse a la punición si el delincuente hubiera merecido, sin la reparación, una pena de privación de libertad superior a un año.¹⁸⁷

(1) *El Tribunal renunciará a la pena en el caso de que el infractor haya reparado su hecho (§§ 1 y 3), a no ser que resulte indispensable una pena para incidir en el sujeto o en la colectividad.*

(2) *Por regla general se supondrá la necesidad de pena en el sentido del párrafo 1º, solo en el caso de que el sujeto, sin la reparación, hubiera incurrido en una pena privativa de libertad superior a un año».*

¹⁸⁷ A nivel doctrinal se plantea una viva discusión sobre si debe considerarse a la reparación del daño como sanción autónoma o si ésta carece de los contenidos que aquí hemos señalado básicos para definir a las sanciones penales.

3. LAS NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES: EL SISTEMA SANCIONATORIO DIFERENCIADO

Al referirnos al «sistema sancionatorio diferenciado» sin duda alguna pretendemos dar satisfacción a los intereses y exigencias de trato individualizado para el sujeto concreto que cometió un delito.¹⁸⁸

Las tensiones entre generalización-individualización se manifiestan de manera cíclica, en la historia del Derecho penal. Inicialmente las ideas de un sistema sancionatorio diferenciado fueron planteadas por GROLMAN en el siglo XVIII, y consideran la pena como un medio de intimidación al reo por lo que tendrían que adecuarse judicialmente a su concreta personalidad.

Posteriormente, fueron realmente desarrolladas por VON LISZT en su «Programa de Marburgo» (1882), en el que propone una distinción de los instrumentos punitivos particulares, con la finalidad de adaptar exactamente la pena según su tipo y extensión, al logro del fin que es necesario y posible en el caso particular. Lo que se obtiene no del tipo delictivo en abstracto, sino de la acción concreta que es inseparable de la persona del autor, lo que lleva a especificar «este delito», «este ladrón, este asesino, este falso testigo», etc.¹⁸⁹

El impacto del pensamiento de VON LISZT en el entorno europeo continental¹⁹⁰ fue de gran magnitud, llegando a conjugarse con distintas clases de orientaciones formalistas y tecnicistas,¹⁹¹

¹⁸⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 293.

¹⁸⁹ Desde el punto de vista histórico, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 268 ss.

¹⁹⁰ Sobre la evolución europea de estas ideas, vd., ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», NEJ XIX, 1989, 424 ss.

¹⁹¹ Un análisis de posturas utilitaristas en las vertientes garantísticas, retributivas y de la prevención, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 202 ss.

siendo tributarios de estas ideas el correccionalismo español representado por DORADO MONTERO y el movimiento de la individualización de la pena en Francia, con SALEILLES.¹⁹²

Un tratamiento diferenciado se apoya en la diversidad de los delincuentes y en el principio de igualdad, que exige no sólo igualdad para lo igual, sino también tratar lo desigual como desigual.¹⁹³ A la vez que se adecua la sanción a las distintas clases de delitos y a la situación personal de cada delincuente.¹⁹⁴

Pero nada obsta para que el sistema sancionatorio diferenciado dé cumplimiento a las exigencias de prevención general y especial, lo que constituye su carta de naturaleza en el Estado democrático de Derecho, permitiendo la aplicación individualizada de las sanciones penales.¹⁹⁵

Esta particularización tiene que operar en diferentes momentos, tanto en la determinación judicial de la pena, como posteriormente, según evolucione la situación del condenado durante el cumplimiento de la sentencia,¹⁹⁶ con lo cual el recurso a sustitutivos penales en ambos casos está totalmente justificado. Un buen ejemplo de ello lo constituye el instituto de la renuncia a pena,¹⁹⁷ que contempla el §60 del StGB y que permite la no imposición de pena, es decir que no se extraen las consecuencias jurídicas normales que serían la determinación de la pena y la imposición de la misma, si el hecho hubiera afectado al propio reo.

¹⁹² Vd., ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 619.

¹⁹³ Cfr., ROXIN, en: Política criminal, 1992, 18.

¹⁹⁴ En este sentido, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 268.

¹⁹⁵ Para más detalles, GARCÍA ARÁN, en: JDem, Jornadas privaciones de libertad, 1987, 178; LUZÓN PEÑA, en: ASÚA, (Coordinadora): El pensamiento penal, 1990, 77.

¹⁹⁶ Sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 293.

¹⁹⁷ Ampliamente, vd., HASSEMER, en: AA.VV., Política criminal, 1982, 215 ss.

De igual forma sucede con el nuevo instituto de la reparación del daño tanto del Proyecto Alternativo de Resolución §4, como en los §46 a y §49 pfo.1º StGB.¹⁹⁸

Se debate si el sistema sancionatorio diferenciado choca con el principio de igualdad, porque se permitiría en un caso igual aplicar a unos sanciones penales y en otros no, por ejemplo llámesele renuncia a pena, suspensión condicional de la pena, sustitución de una sanción grave por otra leve. No existe tal riña, el parámetro de la igualdad no es aplicable cuando no son equiparables los supuestos que se compara. Efectivamente se trata de forma desigual dos hechos iguales. Pero también hay que tener en cuenta que se trata de sujetos diferentes y como derivación del principio de justicia distributiva se trata igualmente lo igual y desigualmente lo que no es igual.¹⁹⁹

En idéntico sentido se le objeta la posible contradicción que puede ofrecer, en la práctica, un sistema que diferencia la pena según la personalidad del reo, con el principio de certeza y de estricta legalidad.²⁰⁰

Las respuestas de la doctrina se orientan en el sentido de reconocer un sesgo del principio de legalidad,²⁰¹ en tanto la delimitación concreta de la pena dependerá no solo del injusto culpable, sino también de las circunstancias personales del autor. Lo que ha sido calificado por algún autor como «*el ocaso de las*

¹⁹⁸ Vd., texto del artículo *supra* n.186.

¹⁹⁹ En este sentido, vd., LUZÓN PEÑA, en: ASÚA, (Coordinadora): El pensamiento penal, 1990, 91. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no observa roces al principio de igualdad por la aplicación de un sistema sancionatorio diferenciado. Por todas, vd., STS 11-octubre-1997 (A 7219).

²⁰⁰ Así, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 268.

²⁰¹ En este sentido, ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 149.

garantías formales»,²⁰² en tanto que las consecuencias jurídicas no están totalmente determinadas. Ello se manifiesta de modo palmario en las modernas corrientes político-criminales, que recogidas en la legislación positiva, permiten reaccionar ante el delito a través de la conciliación víctima-delincuente y algunos casos de reparación del daño.²⁰³

Dentro de los aspectos críticos del sistema sancionatorio diferenciado se destaca que ha dado lugar a tesis extremas. Particularmente en los Estados Unidos, a partir del Congreso de *Cincinnati* de 1870, se inician los tiempos del sistema de pena indeterminada y basada en la práctica del «*non fixed sentence*»,²⁰⁴ a la cual ya nos hemos referido de forma crítica.²⁰⁵

Para algunos autores,²⁰⁶ que centran la problemática del Derecho penal en el excesivo recurso a la prisión, este sistema permite reducir el ámbito de ésta a la vez que reflexionar sobre la función de las penas de prisión de breve y mediana duración. Desde la óptica de la efectividad se presenta un abanico de medidas alternativas, frente al individuo sometido al Derecho penal y sin que la colectividad se sienta desprotegida.²⁰⁷

De esta postura me parece importante destacar, que en la evolución del Derecho penal, frente a las sanciones tradicionales,

²⁰² Para más detalles, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Dogmática Penal*, 1997, 312.

²⁰³ Así lo destaca, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 310. Especialmente crítico en cuanto a la flexibilidad de los acuerdos de reparación y la posible vulneración de garantías formales como el principio de legalidad y otros, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 353.

²⁰⁴ Ampliamente sobre esto, ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», *NEJ XIX*, 1989, 423; FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 269.

²⁰⁵ Vd., *supra*, pp.29, n.105.

²⁰⁶ Cfr., DE SOLA/GARCÍA / HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 15.

²⁰⁷ Vd., DE SOLA DUEÑAS, *PAPERS n.º 5 Esp.*, 1990, 139.

se crean nuevas medidas alternativas en libertad,²⁰⁸ que posibilitan la participación más directa de la sociedad y de las comunidades, mediante el trabajo y la interrelación mutua.

Sintetizando, puede señalarse, que en la actualidad la tesis del sistema sancionatorio diferenciado tiene amplia vigencia, dentro de los límites del Estado social y democrático de Derecho. Haciéndome eco de las palabras de ASÚA BATARRITA, la exigencia de individualización contempla la realidad situacional y personal del delincuente para buscar una sanción penal o una medida cautelar que no se convierta en factor criminógeno o desocializante.²⁰⁹ Sin embargo, llevar la individualización al grado máximo lo que implica es una injerencia de carácter autoritario e ilimitado y esto es críticamente contemplado por la doctrina.

Con lo cual, y en la búsqueda de un justo medio, es decir, de una postura que concilie el ejercicio de la potestad punitiva y el respeto de los derechos de los ciudadanos -tanto sociedad como delincuente-, se recurre a las tesis de justificación utilitaristas y mixtas del castigo.²¹⁰ En cuanto a la individualización de la sanción, éstas pretenden, las primeras, conseguir que las sanciones penales alcancen, en determinada medida, funciones de prevención especial reeducativa. Desde la óptica de las segundas, el objetivo es más limitado: se pretende reducir el coste de ineffectividad de las sanciones penales.²¹¹

²⁰⁸ En este sentido, es innegable el aporte de la escuela italiana encabezada por MANTOVANI y el Grupo penalístico de la Universidad de Bologna, en la década de los setenta. Cfr., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986,15-16; ROBLEDO RAMÍREZ, *Sustitutivos penales*, 1996, 90.

²⁰⁹ Cfr., en este sentido, ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 620.

²¹⁰ De modo detallado sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 201 ss.

²¹¹ A propósito del amplio debate de la doctrina española, vd., CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 221 ss.

3.1. EL MOVIMIENTO DE LA DESPENALIZACIÓN

Aproximadamente desde el último cuarto de siglo anterior, desde que el objetivo resocializador entrara en crisis, distintas orientaciones político-criminales y los científicos sociales han abogado por la despenalización. A veces pareciera no encontrarse explicación racional a la reivindicación de estas ideas por los movimientos de sustitución de penas y por las recientes formulaciones de la reparación del daño. Sin embargo, teóricos del Derecho Penal recurren a las ideas de la despenalización con el afán de sustentar sus planteamientos.

Entendido el proceso despenalizador en sentido amplio,²¹² según RUIZ VADILLO,²¹³ implica una disminución manifiesta del sistema punitivo, que debe entenderse como una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena, que puede revestir la modalidad de sustitución de una pena por otra, el establecimiento de un sistema de penas alternativas, incluye asimismo la descriminalización en el cual mediante una decisión legislativa, se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida.

El movimiento de la despenalización acoge nuevas corrientes político-criminales sensibles al carácter fragmentario del Derecho

²¹² Para, PERIS RIERA, El proceso despenalizador, 1983, 7ss., despenalizar significa convertir determinadas infracciones penales en infracciones administrativas, proceso que se da cuando el ataque al ordenamiento jurídico, no tiene una relevancia tal como para justificar la adopción de una medida penal. Un sector de la doctrina encabezado por JESCHECK, EPCrim VIII, 1985, 41 ss., considera a la despenalización dentro de un marco más amplio, el movimiento mundial de reforma de las leyes penales, que incluiría entre otros la descriminalización: aplicación del principio de oportunidad, reparación del daño; la prueba del condenado en libertad vigilada; la pena de multa frente a la pena privativa de libertad de breve duración y las nuevas formas de sanción como la amonestación de los países nórdicos y la «*caution*» inglesa.

²¹³ Cfr., RUIZ VADILLO, en: BERISTAIN, (Editor): Reformas penales, 1983, 378-379,

penal.²¹⁴ Generándose movimientos que tienden a sacar fuera del ámbito penal conductas socialmente aceptadas o conductas que aunque perjudiciales no afectan bienes jurídicos fundamentales²¹⁵ y que, por tanto, no exigen como consecuencia jurídica la imposición de una pena.

También implica una considerable reducción de las sanciones penales, lo que se manifiesta en diferentes sentidos: disminuyendo el número y cuantía de las penas por un lado, o bien, suavizando la aplicación judicial de las mismas en el caso concreto.²¹⁶

De igual forma, dentro de la línea de pensamiento del sistema sancionatorio diferenciado, la despenalización nos conduce a la reflexión sobre la función que deben cumplir las penas, especialmente las cortas y las de mediana duración, y lleva al cuestionamiento de si no sería más efectivo el recurso a otras vías -entre ellas las informales-, que permitan una mayor participación del delincuente y de la sociedad.²¹⁷ Esta es precisamente la fundamentación político criminal, en que tratan de apoyarse algunos exponentes de la reparación del daño y de las «vías extrajudiciales de solución de los conflictos».²¹⁸

²¹⁴ Con una amplia información sobre las razones formales y sustanciales del movimiento, PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, 1983, 35 ss. En igual sentido, BUENO ARÚS, RFDUCM n.º 6 monográfico, 1983, 149; ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 606.

²¹⁵ Paradigmático resulta el informe sobre descriminalización del Consejo de Europa (1980), en el que se señala el papel fundamental de los procesos de criminalización y descriminalización en la dinámica del sistema de justicia penal, siendo un componente de éstos la despenalización. Vd., CONSEJO DE EUROPA, *Descriminalización*, 1987, 18, 23.

²¹⁶ Vd., BUENO ARÚS, RFDUCM n.º 6 monográfico, 1983, 152.

²¹⁷ Cfr., en este sentido, RUÍZ VADILLO, PJ n.º 7, 1987, 29; DE VICENTE REMESAL, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 173.

²¹⁸ Objetivo que no es alcanzado pues existe una amplia diferencia entre el modelo propuesto por los seguidores de la reparación como «tercera vía» (que asignan a la reparación el cumplimiento de los fines de la pena), y el modelo antiformalista que propugna el movimiento de la despenalización. Así, y en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 340; el mismo, PJ n.º 45, 1997, 67

En esa línea anterior, ROXIN fundamentándose en el principio de subsidiariedad observa una segunda oportunidad para la despenalización. El principio de subsidiaridad se fundamenta en la idea de que el Derecho penal por su carácter aflictivo debe ser la *ultima ratio* de la política social. De lo que concluye que, «*solo debería conminarse bajo pena una conducta socialmente lesiva allí donde la superación de la perturbación social no se pueda alcanzar por otros medios extrapenales de mejor injerencia*».²¹⁹ Para el respetable sector doctrinal, que aboga por las posturas despenalizadoras, una de las propuestas es la remisión al Derecho civil.²²⁰

Si se despenalizan todas aquellas conductas que por distintas razones no deben pertenecer al Derecho penal, remitiéndolas a otros ámbitos normativos, cabría preguntarse ¿qué función tendrían los sustitutivos penales?. Pareciera que su ámbito de acción estaría limitado a la aplicación concreta de la pena, como lo propongo más adelante.

²¹⁹ Cfr., ROXIN, PJ n.º 49, 1998, 381. Ejemplifica este proceso de despenalización en Alemania con la creación de faltas o infracciones administrativas del orden «*Ordnungswidrigkeiten*» (n.del t. forma híbrida entre lo que sería una falta y una infracción administrativa). Las perturbaciones sociales de bagatela tales como las infracciones del tráfico vial de escasa entidad, los ruidos no permitidos y las molestias a la comunidad, ya no son punibles y se sancionan como infracciones administrativas del orden con una multa.

²²⁰ Particularmente crítica sobre la remisión al Derecho civil para que en este se resuelva el conflicto creado por el delito, vd., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 12, 24-25, 149, 152.

3.1.1. Los procesos de remisión normativa: especial consideración sobre la remisión al Derecho civil

La despenalización puede consistir en la remisión normativa al Derecho administrativo sancionador,²²¹ al Derecho civil,²²² disciplinario o político-social, lo cual se pondera desde la óptica de la sanción y la tutela.²²³ De este catálogo de remisiones normativas nos interesa analizar la segunda, es decir, el recurso al Derecho civil, no porque la primera carezca de importancia, pues el debate doctrinal respecto de la utilización del Derecho administrativo ha sido de diverso signo y amplio en España,²²⁴ sino porque el tema aquí propuesto y analizado tiene puntos de encuentro con una tendencia simbiótica actual hacia la privatización del Derecho penal y, por otra parte, por el traslado de fines propios del Derecho penal al Derecho civil,²²⁵ temas que afloran a partir de la ubicación de la reparación del daño en el sistema de sanciones.²²⁶

²²¹ El proceso despenalizador puede implicar el recurso al sistema sancionador administrativo, pero no en forma exclusiva. Este recurso tampoco está exento de problemas, dadas las diferencias cuantitativas y cualitativas entre los órdenes penal y administrativo. Un análisis exhaustivo, QUINTERO OLIVARES, RAP 126, 1991, 254 ss.

²²² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 340.

²²³ Cfr., MOCCIA, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 139. Otras definiciones sobre los procesos de descriminalización y depenalización con diferentes efectos, por supuesto, asumen BOIX/ORTS/VIVES, La reforma, 1989, 193 ss.

²²⁴ En efecto, ha sido la reconducción al ámbito administrativo sancionador la primera y más utilizada forma de despenalización. Existe abundante bibliografía, vd., entre otros, CERESO MIR, ADPCP 1975, 159 ss.; GONZÁLEZ RUS, RDCir 1985, 179 ss.; MESTRE DELGADO, ADPCP 1988, 503 ss.; ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 606; QUINTERO OLIVARES, RAP 126, 1991, 253 ss.; TRAYTER JIMÉNEZ, PJ n.º 22, 1991, 113 ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, AA n.º 324, 1997, 1ss.

²²⁵ Particularmente crítico, JAKOBS, DP PG, 1995, 14, n.14, indica que la elección de otras vías punitivas para resolver la criminalidad si bien sirve a los efectos de exoneración de pena, puede conducir a que esas vías estigmaticen a todo lo que se solucione a través de ellas.

²²⁶ Cfr., en este sentido, TAMARIT SUMALLA, La víctima, 1998, 202.

Lo que subyace en la discusión actual sobre este tema es la «*huida del Derecho penal*», es decir, recurrir al Derecho civil y a la reacción por excelencia de éste, que es la reparación del daño, como una viable opción de política criminal.²²⁷

Se indica, por un respetable sector doctrinal, que si con mecanismos o formas de reacción diferentes a la pena pueden alcanzarse los objetivos de la prevención general y especial de delitos, con fundamento en los principios de «*ultima ratio*» y «*subsidiaridad*» es oportuna la despenalización, en otras palabras, la justificación de estas tesis se asienta en la ineficacia del sistema punitivo tradicional.²²⁸

El pensamiento de este sector doctrinal, del cual BRICOLA²²⁹ es un destacado representante, señala nuevos rumbos para el movimiento despenalizador orientándolos hacia una mayor utilización de los instrumentos civiles, en los hechos en que se apreciare una prevalencia del interés del particular. Correlativamente se aboga por una mayor flexibilidad en la valoración del significado civil de las obligaciones nacidas *ex delicto*. De acuerdo con esta idea, el sistema sancionatorio o estrategia diferenciada frente al delito se vería beneficiado, ya que se dispone de una mayor gama de sanciones o reacciones frente al mismo, con lo cual se satisface el principio de «*ultima ratio*» del Derecho penal.²³⁰

²²⁷ De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 340.

²²⁸ En igual sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 12.

²²⁹ Cfr., BRICOLA, *Il foro italiano*, 1985, 4, 7.

²³⁰ Vd., en igual sentido, la propuesta despenalizadora con respecto a los delitos contra el honor que plantea MORALES PRATS, CPC 1988, 703-704. Propone el reconocimiento de una función preventivo general en las normas civiles sancionadoras, lo que implica aceptar

La solución civil del conflicto puede darse tanto por la vía procesal penal,²³¹ o bien, a nivel de la sanción penal (en este caso se trata de consecuencias jurídicas reguladas por el Derecho civil – penas privadas-).

3.1.2. Otras vías para la despenalización

3.1.2.1. Las soluciones procesales

Constituyen también una disminución o «*desescalada*» -como la llaman algunos autores-, en el sistema punitivo y por ende implican despenalización.²³² Desde luego, este proceso implica una privatización del Derecho penal, lo que no siempre conlleva efectos favorables para la víctima.²³³

Un buen ejemplo de lo dicho hasta ahora es la reproducción en el Derecho penal de instituciones jurídicas propias del Derecho civil. Así, en los delitos de acción privada o a instancia de la víctima que excepcionan al régimen de persecución pública de los hechos delictivos, se percibe expresamente la existencia de intereses particulares, a los cuales se les concede prioridad sobre el ejercicio de la potestad punitiva.²³⁴ Esta sería sin duda, una solución procesal penal en la que están involucradas las consecuencias

que la potestad sancionadora del Estado es unívoca para todo el ordenamiento jurídico y que las diferencias entre ilícito civil y penal no es más que formal y cuantitativa.

²³¹ Cfr., en ese sentido, QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 592.

²³² En ese sentido, RUÍZ VADILLO, en: BERISTAIN, (Editor): Reformas penales, 1983, 378-379.

²³³ Así, y en ese sentido, DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 67.

²³⁴ Cfr., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 73; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 235.

jurídicas del delito reguladas por esferas tradicionalmente reservadas al Derecho civil.

Sin embargo, ésta no es la única vez en que se observa una penetración en el Derecho Penal de criterios del Derecho privado, también es constatable la tendencia privatizadora en la introducción del criterio de oportunidad,²³⁵ y en la regulación de la conciliación víctima-delincuente.²³⁶

3.1.2.2. El recurso a las penas privadas

En lo que respecta a las penas privadas, la creciente importancia que adquieren a nivel doctrinal proviene según esta tendencia, de su importancia práctica, ya que son eficaces ahí donde la persecución penal no actúa adecuadamente.²³⁷

Las penas privadas tienen su origen en el Derecho anglosajón,²³⁸ en las que se autoriza la reparación como sanción y

²³⁵ El instituto de la conformidad, que es una manifestación del principio de oportunidad, es regulado por la LECr. en el artículo 793, 3º y fue introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre de 1988. A través del llamado «proceso abreviado» se autoriza una «negociación», previa conformidad entre las partes, fiscalía y defensa, con la finalidad de que los acusados acepten una pena y se evite la celebración del juicio oral. El límite máximo es el escrito de acusación más grave, pudiéndose negociar sobre los elementos accidentales de los hechos y sobre la pena a imponer. Cfr., ampliamente, Fiscalía General del Estado, circular n.º1 /1989 de 8-marzo-1989; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Justicia 92, 1992, 47 y ss.; SOLÉ RIERA, La tutela, 1996, 107; RODRÍGUEZ GARCÍA, El consenso, 1997, 73 y 85; ORTELLS RAMOS, El proceso, 1997, 2 ss.

²³⁶ En España está expresamente autorizada la conciliación víctima-delincuente en el ámbito del Derecho penal juvenil, así el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Sobre ello, entre otros, GIMÉNEZ-SALINAS, MFC n.º 9, 2000, 39; ELIECEGUI/SANTIBAÑEZ, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 191. Particularmente crítico acerca de la fórmula empleada por el legislador para describir lo que se entenderá por conciliación y reparación del daño. Vd., MARCHENA GÓMEZ, en: CONDE-PUMPIDO (Director), Responsabilidad penal, 2001, 273. Sobre el principio de oportunidad en el Derecho penal de menores, cfr., TAMARIT SUMALLA, RPe n.º 8, 2001, 84.

²³⁷ Vd., en este sentido, ROXIN, DP PG I, 1997, 77.

²³⁸ Sobre la evolución histórica de esta institución jurídica, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 106.

en el que es común la utilización de los «*punitive*» o «*exemplary damages*» (indemnizaciones sancionatorias), que se caracterizan por la presencia junto a la indemnización del daño causado de elementos de carácter sancionatorio, que producen el efecto disuasivo.²³⁹

Generalmente se recurre a ellas para dar respuesta a la delincuencia menor dentro de empresas, pues el sometimiento a la regulación interna evita el tener que acudir a los tribunales, con lo cual agilizan los procedimientos. También es común su utilización en aquellos supuestos de hurtos en tiendas o grandes almacenes,²⁴⁰ en la que se sustituye la intervención del juez penal, y en delitos contra la personalidad (contra la intimidad y contra el honor).²⁴¹

²³⁹ Los «*punitive damages*» se desarrollaron a partir de que no se admitía la indemnización de los daños morales. Procedían en varios supuestos, no solo previstos expresamente por ley, como es el caso de lesión a los derechos de autor, sino también por ejemplo en los actos de los funcionarios que se califican como opresivos, arbitrarios e inconstitucionales, también cuando con el hecho dañoso se persigue un enriquecimiento. Los daños punitivos adquieren distintas funciones según el ordenamiento jurídico, la figura se caracteriza de forma distinta en el Derecho inglés, que en la legislación estadounidense. Así, en el Derecho anglosajón la indemnización de los daños puede tener tres tipos de funciones: la *función compensatoria*, la *función reintegradora* o declarativa de derechos y *función sancionadora*, ésta última función es la que corresponde a los *punitive damages* a los que se asigna fines de retribución y prevención especial y general. En los Estados Unidos cumplen funciones tanto de sanción penal adecuada, en supuestos en que el hecho dañoso no se contempla como delito, o porque la pena prevista no se estima adecuada, pero también pueden cumplir funciones preventivo-generales o preventivo-especiales. También pueden utilizarse como sanciones complementarias a otras y por daños que no se pueden probar. Vd., al respecto, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 22.

²⁴⁰ El Proyecto Alternativo sobre el hurto en grandes almacenes alemán, proponía sustituir la tradicional pena privativa de libertad por una sanción civil de carácter pecuniario. Para el caso de los delitos fiscales se proponía la configuración de un sistema de justicia arbitral al que se le unía un sistema sancionatorio de carácter progresivo. Esta propuesta fue presentada en el 51° *Juristentag* (Jornadas de los Juristas Alemanes), en 1976 y fue rechazada por una mayoría de votos. Cfr., MANNA, IP 1991, 600, n. 51; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 163, n. 176; ROXIN, DP PG I, 1997, 77.

²⁴¹ Cfr., MANNA, CPC 1988, 81; MORALES PRATS, CPC 1988, 703.

La idea central de estas sanciones es que la condena a la reparación del daño sirve como mecanismo disuasorio eficaz y previene la comisión de delitos en el futuro, a la vez que se constituye en un adecuado castigo para el autor.²⁴²

Las nuevas tendencias de la reparación del daño como sanción independiente suponen el recurso a las penas privadas, en tanto se admite que la cuantía de la reparación no venga determinada sólo por el daño causado, sino que tenga además elementos punitivos, que le den eficacia disuasoria en la línea de los *punitive* o *exemplary damages* (indemnizaciones sancionatorias).²⁴³

Para quienes abogan por el recurso a las penas privadas se trata de que la reparación del daño se convierta en una sanción privada, ante ciertos comportamientos que se entiende deben quedar despenalizados, pero que siempre representan un conflicto que merece sanción.²⁴⁴

En la discusión sobre el recurso a las penas privadas algunos piensan que se da un acercamiento o aproximación entre el Derecho penal y el Derecho civil.²⁴⁵

²⁴² Vd., en ese sentido, SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 12.

²⁴³ En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 340.

²⁴⁴ MANNA, IP 1991, 599, introduce la reparación del daño en clave de despenalización y recurre directamente al Derecho civil, tratándose de delitos que afectan a los bienes de la personalidad. Parte para ello de la base de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, efectividad de la protección penal y retoma las argumentaciones del Proyecto Alternativo sobre el hurto en grandes almacenes y los delitos fiscales alemán. Con ocasión de la despenalización, recurre a la utilización de la reparación con función de pena privada, cuando la reacción penal al ilícito dañoso se estime excesiva o inadecuada, admitiéndose también otros efectos junto a la reparación del daño como el desagravio del ofendido. En igual sentido, MORALES PRATS, CPC 1988, 703.

²⁴⁵ Cfr., ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 19.

Para otro sector doctrinal, el objetivo de las corrientes de reparación del daño es trasladar fines propios del Derecho penal al Derecho civil, como las funciones simbólicas y de afirmación o vigencia del Derecho que pertenecen al Derecho penal.²⁴⁶

Incluso, para algún autor es posible un entrecruzamiento de funciones, puesto que el potencial sancionador de la reparación es inferior al de algunas medidas civiles a las que se atribuye naturaleza sancionadora además de reparadora.²⁴⁷

3.1.2.3. Valoración crítica

El traslado de las instituciones anglosajonas a la realidad jurídica europeo-continental presenta ciertas dificultades. Según un sector de la doctrina, el principal problema se refiere a la potencial vulneración de garantías.²⁴⁸

La doctrina propone el establecimiento de límites para las indemnizaciones sancionatorias, entre ellos, el que sean impuestas por los Tribunales, con lo cual se evitan consecuencias prácticas

²⁴⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 341, considera que funciones que según la prevención general positiva pertenecen al Derecho penal quieren trasladarse al Derecho civil. El mismo autor, en: Aproximación, 1992, 292- 293, analiza los procesos de despenalización y remisión al ámbito civil u otros en forma crítica, desde la perspectiva de vulneración de las garantías de la intervención formalizada del Derecho penal.

²⁴⁷ Sobre esto, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 158.

²⁴⁸ Esto no es más que la traducción del eterno problema de los procesos despenalizadores, en los que se interroga acerca de si deben mantenerse las garantías que rigen en la materia penal. Vd., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 592; LARRAURRI, ADPCP 1991, 57 y n.14. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 23, en forma amplia se refiere a la virtual vulneración de garantías en la admisión de instituciones como la pena privada en el Derecho penal y en el Derecho civil. Un aspecto importante de su crítica se refiere a los supuestos de responsabilidad civil por hecho de otro en los supuestos de responsabilidad solidaria, responsabilidad de las empresas y patronos por daños morales de sus empleados. Especialmente relevante la crítica de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, RDPCrim 1999, 383 ss., en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.

como el común recurso del traslado de la deuda al presupuesto de la empresa y ello a pesar de que se resienta la eficacia preventiva de la sanción.²⁴⁹

Asimismo se recomienda como cláusula de salvaguarda, el establecimiento en la legislación de un límite máximo a las indemnizaciones sancionatorias, ya que éstas generalmente se centran en la gravedad de la ofensa y en la intensidad del elemento psicológico.

Los anteriores señalamientos nos conducen a examinar uno de los puntos esenciales del Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), en que las líneas divisorias establecidas entre el Derecho penal y el Derecho civil no aparecen tan claramente trazadas y en las que los procesos de despenalización están involucrados.

Para un sector doctrinal, la reparación del daño que contempla el Proyecto Alternativo de Reparación se identifica con la reparación civil del daño, con lo cual es suficiente el cumplimiento de las obligaciones civiles *ex delicto*, para gozar de los beneficios de atenuación y exclusión de pena.²⁵⁰

El debate de la doctrina alemana sobre este punto ha sido arduo, pues de considerarse una identificación entre la obligación civil *ex delicto*, con la reparación del daño del Proyecto Alternativo de Reparación, ésta podría ser considerada como pena, con lo cual

²⁴⁹ Para mas detalles, MANNA, IP 1991, 592-593. Cabe recalcar que el autor, al realizar la crítica, efectúa un análisis de la experiencia de limitación en los Estados Unidos de Norteamérica, donde ésta institución jurídica se ha utilizado en general para los daños derivados de los productos, en delitos lesivos al honor y a la imagen.

²⁵⁰ Vd., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 158. Sin embargo, algunos proyectos de reparación o conciliación víctima-delincuente pasan la indemnización material a un segundo plano. Sobre ello, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 199, 141.

se eliminarían los límites existentes entre el Derecho penal y el Derecho indemnizatorio civil.

En este sentido, HIRSCH opina que la exigencia de distinguir entre ambos órdenes tiene especial importancia, ya que existen diferencias materiales subyacentes: si para un grupo de casos la única respuesta posible es la imposición de la reparación, entonces lo correcto sería sacarlos del Derecho penal o de la persecución penal.²⁵¹

ROXIN, uno de los impulsores del Proyecto Alternativo de la Reparación²⁵² discrepa en este punto, considerando que si bien se utiliza una institución de carácter civil, a ésta se le otorga un carácter y contenido diferente, debido a que se integra en el Derecho penal, pero no como una pena, ni constituye ningún fin penal autónomo, sino como una tercera sanción. La reparación se asocia a la obtención del efecto de integración y pacificación, cuya consecuencia es la reducción o exclusión de la pena.²⁵³ En ese sentido, afirma: *«Si la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la pena ha de ceder. Si no basta para ello, deberá al menos moderar la pena en su duración y configuración»*.²⁵⁴

²⁵¹ Sobre esto, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 65.

²⁵² Para los autores del Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), la reparación del daño tiene una función preventiva que sobrepasa los estrictos contenidos de la indemnización civil. Va más allá de ésta última, en tanto las condiciones de la reparación son flexibles, valorándose incluso el «esfuerzo» del autor para reparar los efectos del delito, lo que se considera un indicio de menor necesidad preventivo-especial y constituye una garantía de realización del fin preventivo-general que consiste en el restablecimiento de la paz jurídica.

²⁵³ En igual sentido, SCHNEIDER, DPCrim 1993, 210; HUBER, ADPCP 1994, 170; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43.

²⁵⁴ Vd., ROXIN en: Seminario Hispano-Germánico, 1992, 7.

PÉREZ SANZBERRO,²⁵⁵ señala para la reparación un contenido diferente al de la reparación civil del daño, aunque no niega que puedan coincidir parcialmente. Resaltando que la reparación puede requerir un *plus*, algo distinto o hasta algo menos que la indemnización civil del daño para producir los efectos de atenuación o reducción de pena.

En conclusión, puede señalarse que en la actualidad existe una apertura hacia la utilización del ilícito civil y de las penas privadas como vía de la despenalización, y aunque algún sector doctrinal asegura que se ha demostrado su eficacia preventiva, principalmente en los delitos contra la personalidad,²⁵⁶ esta afirmación no es unánimemente aceptada, ni desde la perspectiva del Derecho penal ni del Derecho civil.²⁵⁷

En la moderna doctrina penal, tal y como hemos visto, se acepta una cierta orientación en el sentido de creación de un espacio de regulación de conflictos con cierta trascendencia social en el seno del Derecho civil,²⁵⁸ aunque es absolutamente dominante en la doctrina española la tesis de que la vulneración de bienes jurídicos fundamentales, que se han tipificado como delitos, se resuelvan por el Derecho penal. Para aquellas conductas que no vulneran bienes jurídicos fundamentales, en aplicación del principio

²⁵⁵ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 27, 368-369.

²⁵⁶ Cfr., MANNA, CPC 1988, 91-92.

²⁵⁷ Por todos, cfr., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 23 y ss..

²⁵⁸ En este sentido, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 19-20; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 164; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 310. En posición de minoría hay quien considera que estamos en presencia de un cambio orientado hacia el carácter privado y secundario del Derecho penal, en este sentido cfr., RODRÍGUEZ RAMOS, AA, n.º 251, 1996, 6.

de subsidiaridad, debe procederse a la despenalización o descriminalización.²⁵⁹

Por otra parte, en mi criterio debe mantenerse la distinción entre la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad penal.²⁶⁰ No se trata únicamente de un problema ubicación sistemática de las normas de la responsabilidad civil, sino más bien, de la naturaleza jurídica, del fundamento mismo de una y otra.²⁶¹

Mientras la responsabilidad *ex delicto* nace de la producción de un daño atribuible a un sujeto el civilmente responsable,²⁶² que puede coincidir o no con el penalmente responsable.²⁶³ Lo cual se

²⁵⁹ Categóricamente NAUCKE, cit. por PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 364-365 critica los procesos de conciliación autor-víctima, señalando que se trata de la creación de un Derecho penal intermedio que tranquiliza al Estado y a sus juristas, los que no se atreven a trasladar áreas de su conocimiento a otras esferas jurídicas como el derecho civil o el de seguros, propiciando una efectiva reducción del Derecho penal, de cara a la tendencia expansiva actual. Matizadamente, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 352. Frente a estas críticas con abundantes razones PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 365 ss. mantiene una posición que tiende a conjugar la existencia de espacios que permitan la reparación del daño o un posible tratamiento autónomo (entre el autor y la víctima) del hecho delictivo, en el Derecho penal.

²⁶⁰ Por todos, vd., desde el punto de vista penal, GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 40. Desde la perspectiva civil, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 24; YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles, 1997, 32; Desde la perspectiva procesal, PANTALEÓN PRIETO, JDem, n.º19, 1993, 6.

²⁶¹ El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo permite delinear la distinta naturaleza jurídica de la responsabilidad civil que nace de delito, aunque, históricamente el legislador la haya ubicado en el Código Penal, se indica: «*su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no deba extrañar que las normas que la regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales*». Así, y en ese sentido, STS 26-setiembre-1997 (A 6366); STS 24-octubre 1997 (A 7290).

²⁶² Acorde con esta tesis la STS 5-junio-1998 (A 5152), señala «*La responsabilidad civil derivada de delito supone la restauración del orden jurídico económico alterado y perturbado, en mayor o menor medida por la infracción punible*».

²⁶³ No todos los delitos originan responsabilidad civil. Así, y en ese sentido, STS 9-octubre-1997 (A7483). De otra parte, la exención de responsabilidad penal para el autor por apreciarse la concurrencia de una circunstancia eximente, puede dejar subsistente el deber de resarcir. En ese sentido, cfr., STS 16-diciembre-1998 (A 10314).

hace mediante un criterio de atribución de responsabilidad civil dolo, culpa o riesgo. En la responsabilidad penal la vulneración es de un bien jurídicamente protegido y la consecuencia jurídica se producirá luego de comprobar su lesión o puesta en peligro en forma concreta o abstracta, o el comienzo de las acciones a ella dirigidas, es decir, la gravedad del hecho y la culpabilidad.

En algunos casos en que no existe correlación entre la gravedad del hecho, y la obligación civil de resarcimiento, por ejemplo, en casos de imprudencia leve con cuantiosos daños materiales,²⁶⁴ o aquéllos en que los obligados civiles, solidariamente o subsidiariamente sean otras personas o entidades, en éstos no podría bastar la reparación del daño o un serio esfuerzo del autor para extinguir la obligación civil, aunque se acepte tal esfuerzo reparador para la atenuación o la renuncia a la pena.²⁶⁵

Por otra parte, eliminar la distinción entre responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad penal, utilizando la fórmula de la reparación del daño puede llevar a enriquecimientos ilícitos. Así, en el supuesto de la reparación del daño que se efectúa parcialmente o en tractos y ante el incumplimiento de los sucesivos

²⁶⁴ Con una mayor abundancia en supuestos donde esto podría ocurrir, cfr., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 146.

²⁶⁵ Alguna legislación, como es el caso de la costarricense tratando de evitar que la víctima o el perjudicado tengan que acudir a otras instancias a reclamar las indemnizaciones *ex delicto*, solo permiten la reparación integral del daño, sintetizando de esta forma la reparación civil y penal. Aunque esta síntesis solo se utiliza cuando la reparación del daño tiene efectos extintivos de la acción penal. En otros supuestos se mantiene la distinción, por ejemplo en el caso de rectificación post-delictiva, en la que no se logre resarcir los daños y perjuicios ocasionados en su totalidad, el comportamiento postdelictivo será valorado en la determinación de la pena, pero queda subsistente la responsabilidad civil. La reparación integral del daño puede ser material o simbólica, correspondiendo a la víctima la aceptación o no de esta última. Lo cual entraña, desde mi perspectiva, algunos problemas debido a que la suerte del autor queda librada a la decisión de la víctima quien no siempre esta dispuesta a aceptar la reparación.

tractos deba el procedimiento continuar. En este caso, el esfuerzo por reparar el daño es valorado en la determinación de la pena, sin embargo con respecto al cumplimiento parcial podrían suceder varias cosas, por ejemplo, que no resultase el autor responsable único del pago de los daños o que no se lograra acreditar la obligación de indemnizar, en este caso, podría incrementarse indebidamente el patrimonio de la víctima.

Otros supuestos, más graves aún serían el de atribuir responsabilidad penal con la finalidad de lograr un resarcimiento civil ex delicto,²⁶⁶ o bien, la aceptación por el autor de la reparación del daño, incluida la responsabilidad ex delicto, simplemente por temor a verse sometido a un proceso penal.²⁶⁷

3.2. DESINSTITUCIONALIZACIÓN O DESCARCELACIÓN

Los múltiples aspectos a considerar en cuanto a los sustitutivos penales nos llevan a tratar el tema de la descarceración.²⁶⁸ Ha sido la criminología crítica la que ha puesto

²⁶⁶ Como ha ocurrido en el caso de la STS 26-setiembre-1997 (A 6366), comentada muy extensamente por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, RDPCrim 1999, 374.

²⁶⁷ También podrían producirse situaciones de desigualdad por el traslado de instituciones penales para que sean resueltas en otros ámbitos del Derecho en el que las partes sean las que buscan una solución dadas las diferencias de poder y capacidad de las mismas. En igual sentido, QUERALT, ADPCP 1996, 138, señala: «*Por ello, no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho penal privado y la, si procede humillación del presunto sujeto activo del delito*».

²⁶⁸ Hemos utilizado aquí el término «descarceración» atendiendo a que la doctrina española traduce «*decarcelation*» como descarceración, refiriéndose a un movimiento radical que pretende «deestructurar la cárcel». Ésta debía desaparecer porque ya había jugado su rol, era un fracaso total que sólo podía ser redimido mediante su abolición. La política de descarceración promocionada por el propio Estado pretendía el cierre de asilos, cárceles y reformatorios. Así y en ese sentido, cfr., LARRAURRI, ADPCP 1987, 771; COHEN, Visiones, 1988, 58 ss. Más restringido es el término reconocido por la Real Academia «excarcelar» que significa «*poner en libertad a un preso por mandamiento judicial*». Vd., REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz «excarcelación», 1995.

el acento en la evaluación del papel de las sanciones privativas de libertad y el recurso a alternativas.

El movimiento descarceratorio²⁶⁹ se sitúa en los Estados Unidos en la década de los sesenta y su principal objetivo se centraba en la sustitución de la cárcel como pena por una serie de medidas basadas en el control en comunidad, es decir, fuera de la cárcel, por eso se le denomina también desinstitucionalización.²⁷⁰

Los factores que propiciaron el recurso a esta estrategia fueron múltiples y permitieron la iniciativa privada en el manejo de la criminalidad.²⁷¹ Sin embargo, no fue tardía su caída que ha sido calificada de desastrosa.²⁷² Las críticas al tratamiento en comunidad, y por ende a las penas alternativas, señalaron que éstas suponían una extensión del poder de castigar, una normalización y difusión de los mecanismos disciplinarios.²⁷³

Ampliaban el poder de castigar, lo difuminaban, se constituían en unas redes distintas más amplias y sutiles, es decir, implicaban un control de mayor expansión que la propia cárcel y permitían someter a un mayor número de personas en los sistemas

²⁶⁹ Cfr., LARRAURI, ADPCP 1987, 771, 785. El conjunto de ideas y experiencias que sirven de justificación a la descarceración ha sido analizado con detalle por COHEN, Visiones, 1988, 59 ss., que los agrupa en tres grandes apartados a los que denomina cognitivos, teóricos e ideológicos.

²⁷⁰ Cfr., COHEN, Visiones, 1988, 84 ss.

²⁷¹ Acerca de las tendencias privatizadoras en la ejecución penal, DEL ROSAL BLASCO, ADPCP 1990, 561 ss. Sobre los presupuestos ideológicos de la iniciativa privada en la ejecución penitenciaria y los movimientos «re» es decir, re-privatizadores, re-emergencia, renacimiento, re-entrada, re-introducción, reconsideración, redescubrimiento que, enlazan los movimientos privatizadores recientes con las figuras del pasado, SANZ DELGADO, Las prisiones privadas, 2000, 141 ss., 229 ss. Acerca de las tendencias privatizadoras en la ejecución penal, vd., DEL ROSAL BLASCO, ADPCP 1990, 561.

²⁷² En este sentido, LARRAURI, Criminología crítica, 1991, 195.

²⁷³ Vd., MATTHEWS, PyC n.º 3, 1987, 77 ss.

penales estatales: cuanto más benevolentes aparecían mayor era su aplicación.

La eficiencia de las medidas desinstitucionalizadoras tampoco era óptima, ya que no lograban sustituir la pena de cárcel. Los críticos señalaban que su control era muy suave, de ahí que los Tribunales preferían no aplicarlas,²⁷⁴ con lo cual se propicia el nacimiento del fenómeno contrario: la re-expansión de la cárcel, como estrategia ante el «imposibilismo» de hacer otra cosa.²⁷⁵

Pasado algún tiempo emergen unos movimientos a los que denominan de re-confirmación, realismo, recuperación, que afirman que se deben rescatar las alternativas sólo en algunos casos, bajo condiciones especiales, para determinadas poblaciones.²⁷⁶

El sistema sancionatorio diferenciado continúa inmerso dentro de esta polémica. Pese a que la discusión que hemos reseñado se produjo hace más de dos décadas, hoy día tiene plena vigencia,²⁷⁷ En el marco del Estado social y democrático de Derecho siempre se está en la búsqueda de sanciones más humanas, menos lesivas y menos costosas, en las que está presente la idea de respeto a la autonomía personal del delincuente, es decir, a tomar en consideración la personalidad del autor.²⁷⁸

²⁷⁴ Entre sus críticos se encuentran AUSTIN-KRISBERG (1981), SCULL (1984) y COHEN (1985). Vd., ampliamente sobre estos autores y el impacto de su obra en el pensamiento criminológico, LARRAURRI, *Criminología crítica*, 1991, 209 ss.

²⁷⁵ Cfr, MATTHEWS, *PyC* n.º 3, 1987, 86.

²⁷⁶ Sobre esto, LARRAURI, *Criminología crítica*, 1991, 212-213.

²⁷⁷ En efecto, las modernas legislaciones europeas plantean sistemas de sustitución de la pena en las cuales se toma en cuenta el aspecto de la resocialización del delincuente, así como el recurso a penas alternativas, distintas a la privación de libertad. Cfr., BACIGALUPO, *PJ* n.º 43-44, 1996, 121, 127 ss.

²⁷⁸ Vd., HUBER, *ADPCP* 1994, 162.

Sin duda alguna ha sido el principio de reducción de la intervención penal Derecho penal el que ha motivado a la doctrina en la búsqueda de otras formas de reacción, con tendencia a reducir la pena privativa de libertad, ya sea en la forma de alternativas o como sustitutivos de la prisión en el caso concreto.

En lo que respecta a los sustitutivos penales, la discusión es en términos más estrictos que respecto del tema de las alternativas, que es donde la doctrina sitúa la desinstitucionalización; sin embargo, también el juzgador, en el momento de la determinación de la pena, puede optar por la imposición de una sanción diferente a la privación de libertad clásica, sin los inconvenientes de ésta.

3.3. LAS TESIS DESFORMALIZADORAS O DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS

3.3.1. El desarrollo de las soluciones informales

A partir del pensamiento abolicionista, en la ciencia del Derecho penal se han desarrollado propuestas innovadoras para la resolución de los conflictos sociales.²⁷⁹ Los movimientos de

²⁷⁹ Para más detalles, entre otros, MAIER, en: MAIER (Coordinador), De los delitos y las víctimas, 1992, 189, n.10. Desde una perspectiva totalmente contraria se cuestiona que en las sociedades modernas existan las condiciones para una resolución del conflicto por otras vías que no sean las tradicionales. Son coincidentes las críticas en señalar, que el recurso a otras vías alternativas distintas al Derecho penal presenta graves inconvenientes desde múltiples puntos de vista. Algunos autores califican esta regresión como «regreso a un estado salvaje» o «retroceso atávico». Van más allá los autores que cuestionan que el cometido del Derecho penal sea el de resolver el conflicto. En este sentido se afirma que el Derecho penal no es la única ni la mejor solución a los muchos problemas sociales que motivan la delincuencia, el Derecho penal es la *última ratio*, para la protección de los bienes jurídicos esenciales. En este sentido, FERRAJOLI, PyC, n.º 0, 1986, 39 y 40; ALBRECHT, DP Menores, 1990, 285; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 22 y n. 32; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima, 1998, 224; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 82.

diversion, y últimamente, la conciliación víctima-delincuente y la reparación del daño son tributarios en parte de ellas.²⁸⁰

La principal crítica del abolicionismo se dirige hacia el formalismo con que el Derecho penal resuelve los conflictos en la sociedad «*expropiándolos de sus reales titulares*». Este es el inicio de una vuelta atrás,²⁸¹ que pretende devolver el conflicto a sus reales titulares -víctima y ofensor-. La meta es «*reprivatizarlos*», limitando la intervención del Estado, para lo cual se utiliza la fórmula conocida de «*los conflictos como pertenencia*», que significa que los conflictos pertenecen a sus protagonistas, es decir, autor y víctima.²⁸²

²⁸⁰ En igual sentido, LARRAURRI, ADPCP 1991, 53.

²⁸¹ Podemos observar una especie de esquema circular, si en la Edad Media y hasta el siglo XIII, la mayor parte de los conflictos se resolvían en el marco compensatorio, el retorno a soluciones informales pretende una regresión a formas más benignas de reacción, caracterizadas por una mayor satisfacción para todas las partes y mucho menos violentas. Cfr., sobre ello, HULSMAN/ BERNAT DE CELIS, Sistema, 1984, 110 ss.; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 9. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 343; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 333; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 174.

²⁸²Cfr., HULSMAN/BERNAT DE CELIS, Sistema, 1984, 88 ss.; CHRISTIE, en: VVAA: Abolicionismo, 1989, 139; el mismo, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 169 ss; LAMARCA PÉREZ, Homenaje a CASABÓ, 1997, 138. Para un sector doctrinal crítico de la «devolución del conflicto» a los directamente afectados, ésta implica un cambio radical, con sus consecuentes riesgos, puesto que trastoca los pilares fundamentales del Derecho penal. Al punto que sería la propia víctima quien decidiría sobre la relevancia penal del conflicto. Ésta sería quien define si se considera víctima o no, en el sentido jurídico-penal, igual ocurriría con la propia definición de delito. Cfr., entre ellos, CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima, 1998, 231. Otro sector de la doctrina no ve problemas ni riesgos en ello, porque resulta evidente que es la propia víctima quien en la mayoría de las ocasiones inicia el proceso. Esta postura, apoyándose en estudios criminológicos y victimológicos, manifiesta que en múltiples ocasiones la víctima se abstiene de denunciar por haber alcanzado un acuerdo o composición satisfactoria con el autor, de forma extrajudicial. En este sentido, vd., entre otros, SANGRADOR, en: JIMÉNEZ/CLEMENTE, Psicología social, 1986, 68-69; QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 590; WRIGHT, Justice, 1991, 48-49; LARRAURRI, JDem, n.º15, 1992, 23; LANZAROTE MARTÍNEZ, PJ n.º 34, 1994, 34.

El punto de partida de este viraje hacia las respuestas informales, que afecta a la tradicional consecuencia del delito, es la inadecuación del instrumento penal para resolver los conflictos de la sociedad y ha sido incorporado en un grupo representativo de legislaciones positivas.²⁸³ Las primeras experiencias se ubican en Canadá²⁸⁴ y Estados Unidos, en los años setenta, utilizándose primero en el Derecho penal juvenil y con una tendencia expansiva hacia el ámbito de adultos.²⁸⁵

Acertadamente, SILVA SÁNCHEZ ha calificado la importancia del proceso desformalizador y de sus consecuencias, como una de las tareas más importantes de la dogmática penal

²⁸³ Sobre estas ideas en los Estados Unidos vd., Note, HLR, n.º 97, 1984, 934. En Finlandia desde el año 1984, cfr., MADLENER, en: Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA, 1989, 31; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 184. Vd., sobre los programas de conciliación víctima-delincuente en el Derecho penal comparado entre otros, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 134 ss. y 141; ESER, en: MAIER, (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 31 ss. Esta tendencia también se percibe en el Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), cfr., sobre ello, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 24 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 335; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 15.

²⁸⁴ La «*Law Reform Commission of Canada*» (Comisión de Reforma del Derecho canadiense) propuso por primera vez en 1975 la idea de una solución extrajudicial por medio de procesos de compensación, aplicable a aquellos delitos que tienen lugar en el seno de la familia o del medio cercano social, como resultado de la interacción víctima-autor. Cfr., RICO, Las sanciones penales, 1979, 140; SCHNEIDER, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 386. Sobre la teoría en que se asienta el movimiento de reforma canadiense, cfr., BARATTA, CPC 1984, 544.

²⁸⁵ La dirección desformalizadora hacia el Derecho penal de adultos es la que más inquietudes ha suscitado a nivel científico, por tratarse -a diferencia de los menores-, de sujetos totalmente formados. En lo que respecta a los delincuentes juveniles, la inclinación hacia la informalidad ha gozado de aceptación por estar ligada a los principios del «interés superior del menor» y a la «formación integral» de éste, en el que la educación juega un papel preponderante. Los sociólogos y criminólogos aducen que los procesos informales disminuyen la estigmatización, adicionalmente con la «no intervención» se puede actuar de forma preventiva. Cfr., ampliamente sobre el tema, ALBRECHT, PAPERS n.º 5 Esp., 1990, 124; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 137; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 45; URRRA PORTILLO, Menores, 1995, 132 ss.; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 123.

contemporánea.²⁸⁶ La característica más sobresaliente del Derecho Penal es la forma en que lleva a cabo la misión, rodeado de una serie de garantías, controlable en todas sus etapas.²⁸⁷ Más aún, la formalización del Derecho penal constituye una vía racional para llevar a cabo la función de protección de bienes jurídicos fundamentales.²⁸⁸

Los hechos penalmente relevantes serán aquellos que revistan cierta gravedad y que además de afectar a la víctima repercuten en la sociedad en general; alcanzando el nivel de la discusión al proceso de incriminación/despenalización, en el sentido de que si por otros medios distintos al Derecho penal se puede efectivamente tutelar los bienes jurídicos, la vía correcta es la despenalización.²⁸⁹

3.3.1.1. Fundamento de la propuesta desformalizadora

Las finalidades y justificaciones que se persiguen con las tesis desformalizadoras son varias y de múltiple signo, considerándose razones de política-criminal,²⁹⁰ económicas y sociales.²⁹¹

²⁸⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 251.

²⁸⁷ Vd., por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 1993, 35 ss.

²⁸⁸ En este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, 117 ss.; PyC, n.º 0, 1986, 39-40. Analizando la funcionalización del Derecho Penal, es decir, la tendencia hacia la criminalización de conductas con alta necesidad política de solución y el fenómeno de la legislación penal simbólica, como consecuencias de la desformalización, vd., MUÑOZ CONDE, *PAPERS* n.º 8, 1992, 174.

²⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 352; QUERALT, *ADPCP* 1996, 138 y 151.

²⁹⁰ En igual sentido, DE VICENTE REMESAL, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 173.

²⁹¹ Para algunos criminólogos las soluciones informales tienen la ventaja de que reducen la cárcel y eventualmente la abolirían; en este sentido, MATHIESEN, en: *VVAA, Abolicionismo*, 1989, 119 ss. Otros autores justifican el recurso a las vías informales luego de criticar tres

Desde el punto de vista de la política criminal se indica que hay una mayor asunción de responsabilidad por parte del ofensor. Generándose un proceso creativo, que implica un esfuerzo personal de admisión de la infracción frente a la víctima y la sociedad.²⁹² Correlativamente se propicia una mayor satisfacción a la víctima, que puede exponer sus necesidades y expectativas en la resolución del conflicto.²⁹³ Psicológicamente la víctima podrá racionalizar y entender lo sucedido, ese efecto es extensible al autor propiciándose la prevención especial.²⁹⁴

En el plano económico se considera para aplicar los procedimientos informales es la necesidad pública de reducir los gastos de la Administración de Justicia.²⁹⁵ Los procedimientos formales generalmente resultan onerosos, lentos y poco efectivos haciendo disfuncional el sistema de justicia criminal.²⁹⁶

aspectos del proceso judicial: la formalidad y rigidez, lentitud y el alto costo que propicia el enfrentamiento entre las partes; dotando a las reacciones informales y extrajudiciales de calificativos contrarios, aludiendo que son flexibles, económicos, eficientes y conciliadores. Cfr., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 339.

²⁹² Con amplitud sobre ello, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 210 ss.; el mismo DPCrim 1993, 706.

²⁹³ Un argumento que se utiliza comúnmente es el relativo al proceso de comunicación. Se dice que el lenguaje jurídico utilizado en los procesos formales no es comprendido por los protagonistas del proceso -refiriéndose al autor y la víctima-, y tiende a una dramatización del conflicto. Se destaca que es importante que la comunicación se desarrolle de manera comprensible a todos y esto se logra a través de las vías informales, en que víctima y ofensor pueden acercarse y comunicarse en términos coloquiales, con la ayuda de un mediador que les facilita el diálogo. Cfr., en este sentido, BERNAT DE CELIS, RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, 132; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 231; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 12.

²⁹⁴ Cfr., HERRERA MORENO, La hora, 1996, 238 ss.

²⁹⁵ En ese sentido, vd., GIMÉNEZ GARCÍA, EGUZKILORE, n.º 8, Ext., 1995, 121.

²⁹⁶ Exhaustivamente acerca de esta problemática y analizando las diferentes posturas doctrinales que buscan soluciones rápidas y consensuadas, dentro del proceso penal para simplificar la justicia penal, entre otros, KILLIAS, en: KAISER/ALBRECHT (*Editors*): *Crime*, 1990, 252; ARMENTA DEU, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 216; RODRÍGUEZ GARCÍA, El consenso, 1997, 123 ss.

Socialmente las vías informales tienden a lograr la pacificación social,²⁹⁷ entendida ésta como la búsqueda de una reconciliación global entre las partes.²⁹⁸ Lo que raramente se consigue con la aplicación de la pena, por su alto contenido aflictivo y simbólico,²⁹⁹ y tampoco se alcanzan los objetivos con acudir a los Tribunales de Justicia, que se limitan a declarar el Derecho.

3.3.1.2. La tendencia a la ampliación

Quizás la característica más interesante y censurada de la desformalización y de las vías extrajudiciales de resolución del conflicto, sea la amplitud con que tienden a desarrollarse.³⁰⁰ Pueden estar integrados por mecanismos de diferente índole, involucrando en algunas ocasiones instituciones de la sociedad civil que aportan soluciones extrajudiciales,³⁰¹ o bien la solución puede darse en el seno de las diversas instancias del sistema de justicia penal involucrando a las instancias policial, judicial y administrativa.³⁰²

Dentro del amplio espectro que presentan las soluciones extrajudiciales pueden intervenir diferentes organismos

²⁹⁷ Cfr., ROXIN, en: Seminario Hispano-Germánico, 1992, 22; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 247.

²⁹⁸ Vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 117.

²⁹⁹ En este sentido, vd., por todos, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 158.

³⁰⁰ En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 344; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 241 ss.

³⁰¹ Fundamental al respecto, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 63 ss.

³⁰² Cfr., LARRAURRI, JDem, n.º 15, 1992, 28.

administrativos, corporativos o privados, que conducen a la resolución del caso o conflicto.³⁰³

En algunas legislaciones la sociedad civil está involucrada como un elemento de apoyo en la política criminal. De esta forma, las asociaciones que defienden determinados intereses de la sociedad pueden intervenir favoreciendo la resolución del conflicto, por ejemplo, asociaciones ecologistas, defensoras de la mujer; éstas pueden ser iniciativas privadas, o bien pueden estar controladas por el aparato judicial.³⁰⁴

La intervención puede favorecerse desde la fase policial³⁰⁵ y hasta antes de que se dicte la sentencia.³⁰⁶ En el plano judicial, se

³⁰³ En los Estados Unidos la resolución extrajudicial, «*Alternative Dispute Resolution*» (medios alternativos al litigio judicial) abarca diversos mecanismos entre ellos la negociación, la mediación y el arbitraje. cfr., EDWARDS, HLR, n° 99, 1986, 669 ss.; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 73. Acerca de la experiencia de la Comisión de la Reforma del Derecho canadiense vd., SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 214.

³⁰⁴ Refiriéndose a la participación de asociaciones en la búsqueda de soluciones informales bajo el control reglamentario estatal en el Estado francés, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º10, 1996, 209; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, *pássim*. En Costa Rica, vd., ARIAS, El Foro n.º 4, 2003, 32.

³⁰⁵ Algunas experiencias en este sentido han sido expuestas por DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 122; WRIGHT, *Justice*, 1991, 85.

³⁰⁶ La tendencia dominante en otras legislaciones del entorno europeo es la admisión de respuestas informales aún en fase policial. Cfr., algunos ejemplos en DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 122, el mismo, CDJ, III, 2001, 129. En España el Derecho penal de menores con la anterior LORCPJM (art. 16, 3º de la) sólo se permitía la intervención informal cuando el propio juez la había autorizado. La instancia judicial es necesaria para que los equipos técnicos o delegados de asistencia del menor intervengan en la búsqueda de un acuerdo entre el menor y la víctima -mediación y reparación del daño-. Cfr., en igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 86; GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 209; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 60-61; DELGADO MARTÍN, APen 1998-I, 21-22; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 56; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 73. Acerca de los Programas de mediación extrajudicial en la justicia de menores y adultos, vd., VARONA, La mediación reparadora, 1998, 249 y ss. La situación cambia sustancialmente tanto en el PLORRPM de 1998, propugnándose la reparación del daño y la conciliación con la víctima como forma de terminación del conflicto jurídico (exposición de motivos n.º13). Aunque no se señala expresamente en el articulado del Proyecto la admisión de respuestas informales en fase

plantea el abandono del procedimiento formal y la postura tradicional del juzgador, quien deja la posición privilegiada *supra partes*, para asumir la función de conciliador o árbitro,³⁰⁷ aspectos que la misma legislación puede prever.³⁰⁸

La incorporación de los planteamientos informales en el proceso penal,³⁰⁹ se dirige hacia la aplicación del criterio de

policial, considero que son posibles la *diversion* o derivación y la conciliación y reparación del daño, en los supuestos señalados en los arts. 18 y 19; estas fórmulas extrajudiciales pueden darse antes de la intervención del Ministerio Fiscal, quien procederá cuando el asunto sea de su conocimiento al desistimiento o en su caso a solicitar el sobreseimiento al Juez de Menores. La LO 5/2000, de 12 de enero establece como un principio informador de la ley el principio de intervención mínima, estableciendo de una forma amplia la posibilidad de no apertura del procedimiento o de renuncia al mismo en determinados supuestos facilitándose las soluciones extrajudiciales. Ampliamente sobre ello, GIMÉNEZ-SALINAS, MFC n° 9, 2000, 38; ELIECEGUI/SANTIBAÑEZ, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 198 y ss.

³⁰⁷ Algunas legislaciones cambian el rol tradicional asignado al Juez o Tribunal acercándolo al del mediador o conciliador, así sucede en la legislación procesal penal de Costa Rica, artículo 7: «*Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho (...) en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas*». Vd., entre otros, ISSA EL KHOURY, en: GONZÁLEZ (Compilador), Reflexiones, 1996, 192-193; MORA MORA, en: GONZÁLEZ (Compilador), Reflexiones, 1996, 37.

³⁰⁸ La legislación costarricense también es paradigmática en ese sentido. Así, el artículo 36 párrafo 2° CPr.PCR, establece: «*Si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el Tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse*», lo cual puede realizarse en todos los delitos que admitan la suspensión condicional de la pena, es decir, con penas que no excedan los tres años, a excepción de delitos sexuales cometidos en perjuicio de un menor de edad y la violencia doméstica. Cfr., CHAVES RAMÍREZ, en: GONZÁLEZ (Compilador), Reflexiones, 1996, 174, 187. En igual sentido, el Proyecto de Código Procesal penal para Iberoamérica de 1989, cfr., MAIER, en: MAIER, (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 211 n. 44 y 213, n. 48. Con más detalles sobre la desformalización en Latinoamérica, vd., MAIER, JDem, n.º 16-17, 1998, 161 ss.

³⁰⁹ Particularmente crítico en cuanto a la preferencia de soluciones procesales obviando la decisión que debe partir del Derecho penal sustantivo, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 45. Para VARONA, La mediación reparadora, 1998, 177 y ss., la mediación reparadora es un proceso distinto del enjuiciamiento criminal, tiene sus propios principios y técnicas. Principios que en la actualidad se estudian en el campo de la Psicología y el Trabajo social. En mi opinión recurrir al campo de las ciencias sociales para fundamentar el recurso a una solución procesal, se trata de una visión parcial de lo que el proceso penal significa. De entrada ocurre una pérdida de garantías y olvida que las legislaciones procesales son de orden público y algunas de sus normas constituyen derechos fundamentales por constituir garantías constitucionales. Muy detalladamente y refiriéndose

oportunidad³¹⁰ y a la introducción de la negociación entre las partes.³¹¹

La gama de soluciones informales incluye: la *diversion*, las reacciones no privativas de libertad y las tendencias privatizadoras o soluciones extrapenales del conflicto y por lo general están precedidos de procedimientos de mediación y conciliación.³¹²

Paralelamente a estas soluciones informales se encuentran tendencias que pretenden evitar en última instancia la imposición de penas de prisión, por lo que es común encontrar procesos de desincriminación y desinstitucionalización, a los que ya hemos hecho referencia.³¹³

al Derecho procesal, ARMENTA DEU, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 216, señala: «*el fenómeno procesal constituye un suceso histórico y dinámico (una situación jurídica) que comprende no solo las relaciones entre las partes, sino las de éstas con el Estado, y en donde entran en juego principios constitucionales y procesales*».

³¹⁰ Lo que definitivamente nos hace concluir que nos encontramos en trance, en un momento crítico y definitivo para el principio de legalidad, que desde la óptica procesal se ve enfrentado al principio de oportunidad. Cfr., en este sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 52-53; CERVELLO DONDERIS, PJ n.º 28,1992, 56; SOLÉ RIERA, La tutela, 1996, 216; ARMENTA DEU, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 223 ss. Una corriente doctrinal con tendencia expansiva se manifiesta a favor de la aplicación del principio de oportunidad. Vd., entre otros, CONDE-PUMPIDO, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 1009; MARTÍN OSTOS, Justicia penal, 1995, 40 ss.; VARONA, La mediación reparadora, 1998, 192 ss. La experiencia en Iberoamérica sobre la reparación del daño es impulsada más por las transformaciones en el proceso penal que por cambios en el Derecho penal sustantivo. Sobre ello, GONZÁLEZ ALVAREZ, RCP 18, 2000,124.

³¹¹ Un aspecto que se subraya es el libre juego de las voluntades de los sujetos protagonistas del conflicto (autor-víctima), así y en ese sentido cfr., CREUS, RDPCrim 1993, 205. Opiniones discrepantes en la doctrina ponen en duda la igualdad procesal de autor y víctima para la negociación, cfr., en ese sentido HIRSCH, CPC 1990, 563; SCHÜNEMANN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP,1991, 53 ss.; LARRAURI, JDem, n.º 15, 1992, 28; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 353; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 42; QUERALT, ADPCP 1996, 135; SOLÉ RIERA, La tutela, 1996, 218; RODRÍGUEZ GARCÍA, El consenso, 1997, 85.

³¹² Ampliamente sobre la mediación, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, *pássim*.

³¹³ De igual opinión, HERRERA MORENO, La hora, 1996, 235.

Sobre la tendencia a la ampliación desde la perspectiva del control social, los resultados de las soluciones informales se muestran contradictorios, por una parte se presenta una disminución de la aplicación de sanciones formales, pero por otra aparecen tendencias a ampliar las redes del control social (*net-widening*), como el arresto domiciliario y la vigilancia electrónica.³¹⁴

3.3.1.3. Valoración crítica

El fenómeno de la desformalización es visto por la doctrina desde una doble vertiente: con aspectos positivos y negativos.³¹⁵ En cuanto a los aciertos hay que reconocer la reorientación del Derecho penal hacia la satisfacción de la víctima,³¹⁶ el poner en el tapete de la discusión jurídico-penal el propio carácter fragmentario del Derecho penal³¹⁷ y el aporte de una mayor flexibilidad y rapidez en la resolución de los casos.³¹⁸

³¹⁴ Muy interesantes me parecen las consideraciones de DÜNKEL, CDJ, n.º III, 2001, 162 sobre el efecto de ampliación que presentan nuevas medidas ambulatorias. Donde antes no se reaccionaba, se desestimaba o se archivaba el caso, ahora, se opta por una medida de control informal como puede ser la conciliación y reparación del daño. Por ejemplo, *la Criminal Justice Act de 1994*, en Inglaterra, donde hay «una clara regresión represiva, al establecer que en las sanciones ambulatorias se tenga en mayor consideración el elemento *punible*». También con referencias a Holanda, Suecia e Italia.

³¹⁵ Exhaustivamente acerca de este tema, QUERALT, ADPCP 1996, 134 ss. Distingue tres clases de objeciones a la utilización de la mediación desde la perspectiva de las víctimas actuales y potenciales: político-criminales, dogmático-políticas y sistemáticas.

³¹⁶ La opinión mayoritaria de la doctrina reconoce esta reorientación hacia la víctima, vd., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 341; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 233 ss.; QUERALT, ADPCP 1996, 132; LANDROVE, *Víctimología*, 1998, 13. Las dudas se plantean en cuanto al carácter prioritario de la protección a la víctima; en este punto pareciera más bien que se trata de una coartada de las tesis desformalizadoras para justificarse. En ese sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 179; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 235; SILVA SÁNCHEZ, *PJ* n.º 45, 1997, 189.

³¹⁷ Cfr., en igual sentido, BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/GARCÍA, *Lecciones DP*, 1996, 29; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 162. Para algunos el carácter de *ultima ratio*, se entiende como subsidiariedad del proceso formal, así TRENCZEK, *PAPERS* n.º 8, 1992, 38.

Desde una perspectiva negativa y partiendo de las posturas garantistas, se indica que la progresiva sustitución de los instrumentos penales no debe perjudicar las garantías que acompañan al Derecho penal. El llamado «*ocaso de las garantías formales*» no es más que la traducción en el terreno práctico de las tesis desformalizadoras. Principios como el de legalidad, taxatividad, mínima intervención y el principio de determinación son desechados en la introducción de estos nuevos modelos, frente a lo cual se observa una reacción en contra muy fuerte por la opinión mayoritaria de la doctrina penal.³¹⁹

La desformalización puede aparejar condiciones inaceptables, superadas o excesivas en la esfera individual, pero dada la sutileza con que se presenta pueden esconderse tras de ella las verdaderas intenciones, algunas incluso ya superadas como la fundamentación desde el punto de vista ético-religioso.³²⁰ Cuando en apariencia se

³¹⁸ En este sentido, vd., Note, HLR, n.º 97, 1984, 944 ss.

³¹⁹ En este sentido cfr., entre otros, ARMENTA DEU, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 218-219; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Dogmática Penal, 1997, 313. Las críticas negativas de la doctrina se extienden en forma tajante a la vulneración de garantías desde la perspectiva procesal. Así se exige el cumplimiento del debido proceso como garantía fundamental, que puede ser vulnerada en el marco de una solución informal, cuando se exige previamente la confesión del autor. También pueden observarse faltas en el derecho de defensa cuando por la presión del tiempo, los autores se ven obligados a aceptar una reparación o conciliación con consecuencias peores que de haberse realizado el proceso judicial. DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 117; QUERALT, ADPCP 1996, 140; SOLÉ RIERA, La tutela, 1996, 217. Otras vulneraciones de las garantías -específicamente del principio de legalidad-, pueden observarse a propósito de la aplicación de institutos como el de la conformidad, arts. 688 ss. de la LECr, en los cuales por razones de economía procesal se da entrada a soluciones informales o de transacción atenuada sobre el procedimiento. Exhaustivamente acerca de este tema, RODRÍGUEZ GARCÍA, El consenso, 1997, 72, 85, 99 ss.

³²⁰ Algunos autores, entre ellos, BIANCHI, Concilium, 1975, 92, abogan por un modelo «*tsedeka*» -la justicia bíblica-, como alternativa al Derecho penal convencional. Consiste en buscar en la Biblia inspiración para desarrollar estructuras jurídicas que sirvan para dirimir los conflictos planteados por los delitos. Otros autores dentro de las teorías informales se refieren a conceptos meramente morales tales como, «*expiar la culpa*», «*perdonar*», «*arrepentirse*», «*ideología de la armonía*». Así y en ese sentido, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 211. Discrepantes sobre ese tipo de justificaciones, vd., entre otros, DE VICENTE

había olvidado la contrición y atrición, algunos sectores doctrinales³²¹ y hasta jurisprudenciales³²² parecen regresar a ese tipo de fundamentaciones, ahora teñidas incluso de contenidos ético-valorativos importantes, que en mi criterio parecen excesivos para el Derecho penal.

Las tendencias desformalizadoras a nivel extrajudicial, especialmente la mediación y la conciliación, asumen frente a las garantías del Derecho penal una postura referencial importante, pero las reglas penales no imperan. Así, no se aplican las normas referidas al tipo de compensación, ni la proporcionalidad de la reparación con el daño.³²³

Otra importante objeción es la reducción de la función del Derecho penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima. Con esta visión se limita la prevención general y se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal.³²⁴

Un importante sector científico objeta las posibles relaciones entre la denominada «*pareja criminal*»,³²⁵ ya que no observan un

REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 96 y 122; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 25, 251 ss.; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 172 ss.; GARCÍA-PABLOS, DP, 1995, 57; QUERALT, ADPCP 1996, 135.

³²¹ Como ocurre con aquellas posturas que pretenden un encuentro y un diálogo directo y personal entre la víctima y el autor del hecho, cfr, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 211. Una explicación de la reminiscencia a los principios religiosos que se traducen en algunos de los programas de respuestas informales, vd., HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 389.

³²² Paradójicamente, en la STS 25-enero-1994 (A103) se parte del abandono del arrepentimiento por una culpa cometida en los términos ético-religiosos. No obstante reconoce como fin del Derecho penal «(la *pacificación por vías legítimas de los espíritus*)», lo cual conduce a una más efectiva realización de la justicia.

³²³ Cfr., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 86.

³²⁴ Cfr., en este sentido, FERRAJOLI, PyC n.º 0, 1986, 40.

³²⁵ La victimología ha realizado importantes aportes sobre la «*pareja criminal*», que se configura partiendo de una radical desarmonía entre sus integrantes, víctima y delincuente.

conflicto, combate, lucha, entre la víctima y el delincuente que requiera de resolución. Este sector doctrinal reconoce en el Derecho penal el carácter público además de las funciones de prevención general y especial de delitos, marco de referencia que le permite cuestionar el llamado conflicto en aquellos encuentros casuales entre víctima y ofensor, que es como suele ocurrir el delito.³²⁶

Finalmente, como ya apuntamos, desde la óptica del Derecho penal como forma de control social, se censura a las soluciones informales por su tendencia a ampliar las redes de control (*net widening*),³²⁷ al tiempo que por medio de un sistema informal también se puede estigmatizar, con la misma gravedad que con un procedimiento formal, lo cual también entraña riesgos.³²⁸ Véase por ejemplo los postulados de la Criminología republicana con sus

Distinguiéndose dos momentos de interrelación: en el primero, antes de que el hecho delictivo ocurra, las relaciones entre víctima y delincuente son indiferentes o también puede ocurrir que se atraigan en sus relaciones sociales; en una segunda etapa que ocurre después del delito son interdependientes pero antagónicos, con intereses en conflicto. Sobre vd., ampliamente por todos LANDROVE, *Victimología*, 1998, 27-28. Acerca de los desarrollos recientes de la interdependencia de la pareja criminal y otorgando un papel preponderante a la víctima en la conformación de esa relación, se observa el movimiento de la victimodogmática. Cfr., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 107 ss.; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 180.

³²⁶ Vd., al respecto, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 337; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La reparación*, 1995, 13; QUERALT, *ADPCP* 1996, 154. En sentido contrario, se argumenta que donde antes se observaba una lesión contra la sociedad, hoy se constata una infracción contra una víctima individual, por tanto, la deuda no es con la sociedad, sino con la víctima. Lo que se refuerza con estudios sociológicos en los que se señala que en muchos casos que se han llevado a programas de mediación víctima-delincuente, los protagonistas se conocían entre sí y el delito responde a una problemática preexistente. Cfr., TRENCZEK, *PAPERS* n.º 8, 1992, 24-25.

³²⁷ Sobre esta problemática cfr., entre otros, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 115 ss.; el mismo, *CDJ*, n.º III, 2001, 160 ss.; LARRAURRI, *JDem*, n.º 15, 1992, 28.

³²⁸ Cfr., TRENCZEK, *PAPERS* n.º 8, 1992, 36.

principios de reprobación y reintegración, en la que se considera que debe potenciarse la censura como control social reintegrativo y no estigmatizante. La reprobación enfatiza la noción de «vergüenza» en oposición a la coerción.³²⁹

3.4. LA «*DIVERSION*»

3.4.1. Orígenes del movimiento y concepto

El movimiento de la *diversion* se origina en los Estados Unidos en la década de los setenta³³⁰ y tiene como marco teórico de referencia a los movimientos críticos de la cárcel, de las instituciones totales y del etiquetamiento, que postulan -entre otras cosas-, la necesidad de reducir la intervención e internamiento en las agencias formales de control.³³¹

Las tesis desformalizadoras han ido penetrando a paso lento en Europa, debido sobre todo a la rigurosidad del sistema jurídico continental. Movimientos como la *diversion*, con varias décadas de existencia en los Estados con tradición anglosajona, han tenido que luchar para permear el sistema, siendo pioneras las experiencias austríaca, la griega y la portuguesa.³³² Las primeras experiencias europeas se han aplicado en el Derecho penal juvenil con

³²⁹ Ampliamente, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 59 ss.

³³⁰ En el marco del movimiento neoclásico, cfr., GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 206. En igual sentido, LARRAURRI, ADPCP 1987, 771, mencionando que forma parte del movimiento descarcelatorio que emerge conjuntamente con otros movimientos con un impulso «*destructor*», que rompe estructuras, como la desinstitucionalización, la desprofesionalización, la deslegalización, la descriminalización. Ampliamente sobre el «*movimiento destructor*», COHEN, Visiones, 1988, 56 ss.

³³¹ Cfr., LARRAURRI, ADPCP 1987, 773.

³³² Cfr., ampliamente, MADLENER, en: Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA, 1989, 30-31.

resultados bastante satisfactorios,³³³ con una tendencia a ampliarse al Derecho penal en general.³³⁴

El concepto de *diversion*, que proviene del latín y se traduce literalmente como derivación o desviación hacia otro objetivo,³³⁵ genera gran controversia en la doctrina³³⁶ y depende en gran medida de los objetivos político-criminales que se le asignen.

³³³ Un análisis de la situación de los programas de *diversion* en Alemania en la segunda mitad de la década de los ochenta, señala una disminución de la población de las cárceles (de 44.300 a 30.100 presos incluyendo presos preventivos y menores arrestados) y un aumento de los programas de *diversion*. Cfr., en este sentido, SAVELSBERG, PAPERS n.º 5 Esp., 1990, 100.

³³⁴ La tendencia expansiva del movimiento de *diversion* es motivo de preocupación para la doctrina. Cuando se recurre en el Derecho penal juvenil a este instituto jurídico, no se observan mayores problemas, ya que por lo general se engloban dentro del amplio concepto del «interés del menor»; la discusión se polariza cuando se pretende la transferencia automática de esta tesis desformalizadora al Derecho Penal de adultos. Cfr., en igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 159; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996. 384 ss.

³³⁵ Vd., en ese sentido, KERNER, CPC 1997, 376.

³³⁶ Un simple vistazo a algunas definiciones que se dan en la doctrina nos muestra lo polifacético del término *diversion*, que se puede llenar de diversos contenidos dependiendo de la justificación político-criminal que se le asigne. Asignando al término connotaciones cercanas a la idea de desinstitucionalización, vd., ANTILLA, en: UNSDRI, Crime, 1985, 56 ss. LARRAURRI, en: COHEN, Visiones, 1988, 20, opta por traducir el término *diversion* como «derivación», aunque indica que pueden emplearse otras traducciones como «distracción» o «desviación» del sistema penal, señalado que se trata de «una política penal desarrollada en los Estados Unidos por la que se pretende evitar que delincuentes, generalmente juveniles o acusados de ofensas menores, entren en contacto o se adentren en los intersticios del sistema penal». SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 213, indica que se trata del «*apartamiento y desviación del sistema jurídico criminal*» que puede consistir en cualquiera de las siguientes reacciones: traspaso de delincuentes a organizaciones que trabajan fuera del sistema de justicia penal, por ej. servicios juveniles dirigidos por asistentes voluntarios, o bien dentro del propio sistema de justicia penal, aplicación de consecuencias jurídicas menos graves, por ej. formas de ejecución en comunidad. Para TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 43, se trata de una tendencia político criminal «que tiene como finalidad evitar el proceso penal formal o las sanciones de este tipo - especialmente la privación de libertad-, mediante una revisión de las vías tradicionales del control social jurídico-penal». Por su parte, CID/LARRAURI en: CID/LARRAURI (Coordinadores), Penas alternativas, 1997, 14, indican que «los órganos encargados de la ejecución no proceden a denunciar o a acusar por el delito sin establecer condiciones o subordinándolo a determinadas exigencias como puede ser la reparación».

De esta forma se puede referir a la reducción de los procesos de etiquetamiento o estigmatización del delincuente,³³⁷ a la celeridad en la resolución del caso, a la descongestión de la Administración de Justicia³³⁸ con el consecuente efecto económico³³⁹ y a evitar las sanciones formales.

En síntesis, podríamos decir que mediante la *diversion* se pretende la interrupción o suspensión de los procedimientos criminales en casos en que el sistema de justicia penal tiene formalmente competencia. El proceso puede implicar la remisión del problema a las partes directamente afectadas, a las que se les puede ofrecer la ayuda de un organismo externo para enfrentar el problema; en otros supuestos se pone un mayor énfasis a la intervención positiva de un organismo externo para ayudar al delincuente a superar los problemas que lo hayan llevado a delinquir. Dichos actos se realizan a través de organismos *ad-hoc* que no pertenecen a los sistemas penales ordinarios.³⁴⁰

Es oportuno reseñar que las organizaciones internacionales propugnan desde hace bastante tiempo el recurso a la *diversion*, justificándola tanto como medio de simplificación de la justicia penal, en aquellos casos de lentitud del proceso, y a la vez como instrumento eficaz para reducir el recurso a la prisión, y especialmente en el campo del Derecho penal juvenil como mecanismo de prevención eficaz.³⁴¹

³³⁷ Por ejemplo, la evitación del proceso penal dada la carga ofensiva implícita en la comparecencia judicial. Cfr., en este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, EPCrim VIII, 1985, 15.

³³⁸ Cfr., CONDE-PUMPIDO, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 1010 ss.

³³⁹ Ampliamente al efecto, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 44 y n. 64.

³⁴⁰ Vd., CONSEJO DE EUROPA, Decriminalización, 1987, 23.

³⁴¹ Vd., en este sentido Consejo de Europa, Resolución (78) 62 sobre delincuencia juvenil y cambio social, en la que se recomienda la utilización de la *diversion*, en la delincuencia

Ha sido precisamente el Derecho penal juvenil donde más fuertemente se ha sentido el impacto de los programas de *diversion*, donde no sólo se buscan sino que se favorecen las soluciones informales de carácter extra-judicial. El espectro comprende desde programas en que la autoridad policial entrega al menor a sus padres, tras una amonestación en los casos de bagatela (*diversion to nothing*), hasta los programas de educación intensiva, que implican la transferencia del menor a centros privados o públicos para que les ilustren educativamente sobre sus derechos y se les apliquen medidas de seguridad (*diversion to something*).³⁴²

Los métodos de la *diversion* han servido para fundamentar las respuestas extrajudiciales a la comisión de delitos pues son un buen instrumento tratándose de delitos leves y medios en donde no se posible una despenalización. En algunos casos tanto el tribunal como la fiscalía pueden suspender el procedimiento o hasta llegar a la renuncia de la acción penal, en el marco de la criminalidad media, mediante el establecimiento de prestaciones a favor de la comunidad.

3.4.2. Ventajas e inconvenientes del recurso a la «*diversion*»

En la evaluación de los programas de *diversion* se repiten algunas de las ventajas e inconvenientes que suelen acompañar a los procesos de desformalización.

juvenil. Cfr., MORENILLA RODRÍGUEZ, PJ n.º 8, 1983, 143. En igual sentido CONSEJO DE EUROPA, Recomendaciones R (87) 20, adoptada el 17 de septiembre de 1987, Apartado II, 2º; R (87) 18, adoptada el 17 de septiembre de 1987; R (92) 17, adoptada el 19 de octubre de 1992, apartado A, 6º; NACIONES UNIDAS, Las Reglas de Tokio, art. 5,1º.

³⁴² Cfr., sobre ello, JAKOBS, DP PG, 1995, 17; KERNER, CPC 1997, 376.

Entre las primeras, destaca la protección del delincuente frente a la estigmatización de las medidas formales.³⁴³ Los procesos de *diversion* favorecen la abreviación del procedimiento con lo que se facilitan los procesos de racionalización del delito, reparación del daño y la mediación y conciliación de la víctima con el delincuente.³⁴⁴ También se valoran como legítimas las ventajas sobre el descenso de la población de las cárceles, una mayor efectividad del seguimiento penal y la eliminación de las consecuencias secundarias de la pena privativa de libertad.³⁴⁵

En cuanto a los efectos negativos, para algunos autores la *diversion* trata de conducir a un «desarme del Derecho penal», al introducirse un componente discrecional muy alto, y permite en algunos supuestos la desestimación o archivo del caso, lo que sería imposible en otras condiciones.³⁴⁶

Las críticas desde la perspectiva de la Criminología reiteran el peligro de la ampliación de las redes de control, consistente en un ablandamiento de la forma jurídica, pero una extensión de la intervención estatal controlada.³⁴⁷ En último caso, se critica la

³⁴³ Vd., ampliamente, ALBRECHT, PAPERS n.º 5 Esp., 1990, 124; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 123.

³⁴⁴ Cfr., en igual sentido, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 214.

³⁴⁵ Vd., en igual sentido, COHEN, Visiones, 1988, 85; LANDROVE, Víctimología, 1998, 87.

³⁴⁶ Se subraya críticamente por TRENCEK, PAPERS n.º 8, 1992, 35, que el cumplimiento de las obligaciones del acuerdo alcanzado por las partes implica la desestimación o sobreseimiento del caso. Sin embargo, esos mismos hechos analizados desde una perspectiva formal no darían lugar a la finalización del proceso, introduciéndose un componente discrecional muy alto. En igual sentido, pero desde la perspectiva procesal penal, cfr., SOLÉ RIERA, La tutela, 1996, 217; RODRÍGUEZ GARCÍA, El consenso, 1997, 131. Paradigmáticamente, frente al desarme punitivo que representa la reparación del daño, hay un contraste con tendencias hacia la criminalización de nuevas conductas tales como la criminalidad organizada, el narcotráfico, la delincuencia económica o contra el medio ambiente. En ese sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 161.

³⁴⁷ Paradójicamente, en muchos de los casos en los que anteriormente, con la intervención del Derecho penal se hubiera reaccionado con un sobreseimiento y la consecuente

permeabilidad de los programas de *diversion* a la discriminación de la sociedad frente a minorías socialmente débiles.³⁴⁸

También se incrementa el riesgo de pérdida absoluta de garantías. Sobre todo por la indeterminación de sus presupuestos y por el traslado de la competencia de la decisión a órganos no jurisdiccionales como la fiscalía, que conducen a distintas formas de consecuencias jurídicas frente a la infracción de la norma.

3.5. LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-DELINCUENTE Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.5.1. Aspectos generales

La búsqueda de alternativas a la formalización del Derecho penal ha propiciado también el auge de los modelos de transacción,³⁴⁹ que suponen la reparación del daño, a través de los procesos de mediación y de la conciliación entre víctima y delincuente.

finalización del proceso. Con los mecanismos informales sí se responde, por ejemplo interviniendo en una conciliación víctima-delincuente, o a través de un programa de reparación. Cfr., en igual sentido, DAPENA/MARTÍN, PAPERS n.º 11, 1992, 78; JAKOBS, DP PG, 1995, 17, n.14 j; CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 20.

³⁴⁸ SAVELSBERG, PAPERS n.º 5 Esp., 1990, 101-106, observa un tratamiento o sentencia de privilegio para los delincuentes poderosos, principalmente en los supuestos de delincuencia económica, traduciéndose en una desigualdad de trato sistemática en el Derecho penal.

³⁴⁹ Estableciéndose una relación directa entre la reparación del daño y el movimiento de *diversion*. Así, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 120; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 172; QUERALT, ADPCP 1996, 133; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 60; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 11; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 71 ss.

La mayoría de los proyectos de conciliación delincuente-víctima surgieron en los Estados Unidos y Canadá.³⁵⁰ En Europa, las primeras manifestaciones se desarrollan en la década de los 80, siendo favorecidos tanto por las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa.³⁵¹

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional tempranamente, reconoce la tendencia actual hacia la reparación del daño, así en las STC 84/1992, de 28 de mayo y 1993/5, de 14 de enero, en las que se destaca la necesidad de agilizar el abono de las indemnizaciones a favor de quienes han sufrido las consecuencias de un accidente de tráfico.

Hoy día, la conciliación víctima-delincuente y la reparación del daño forman parte de la legislación penal positiva en un número representativo y creciente de países,³⁵² algunas veces como sanción independiente y otras, como sustitutivo penal.³⁵³

³⁵⁰ Cfr., EDWARDS, HLR, n° 99, 1986, 669 ss.; SCHNEIDER, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 386; el mismo, EPCrim, XV, 1992, 214 ss.; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.° 34, 1999, 73; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 9, 60.

³⁵¹ Fundamentales en instar a los Estados signatarios a la adopción de medidas tendentes a obtener una rápida reparación, la «Declaración de principios básicos de Justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder» aprobada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU, Convenio Europeo 116, relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 14 de noviembre de 1983. Sobre ello ampliamente, cfr., TAMARIT SUMALLA, La Reparación, 1994, 15.

³⁵² Exhaustivamente acerca de este tema, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 116 ss.; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 23 ss., 33 ss.; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 172 ss.

³⁵³ Ampliamente sobre este tema, la excelente monografía de, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999.

3.5.2. Distintas tendencias político-criminales

Los programas de justicia reparativa o restitutiva emergen con una gran fuerza y se caracterizan por su multiplicidad y variedad, aspecto que dificulta el acuerdo sobre las ideas político-criminales que les sirven de base.³⁵⁴ Las tendencias político-criminales que sirven de fundamento a los modernos programas de reparación y conciliación víctima-delincuente han sido agrupadas en las siguientes corrientes: tesis despenalizadoras, tesis victimológicas, tesis resocializadoras y tesis abolicionistas.³⁵⁵

En efecto, las ideas de reparación del daño y de conciliación víctima-delincuente entran en la discusión penal como reflejo de las distintas preocupaciones³⁵⁶ y tendencias.³⁵⁷ El estado actual de la polémica alcanza grandes dimensiones, ya que con las ideas de mediación y reparación, y sus posibilidades de extensión al Derecho penal en general se cuestionan puntos neurálgicos como la

³⁵⁴ Cfr., ampliamente, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 122; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 340; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 75; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 69.

³⁵⁵ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 340. Analizando los factores determinantes del nacimiento del movimiento de la reparación y conciliación víctima- delincuente, vd., entre otros, MADLENER, en: *Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA*, 1989, 9; TAMARIT SUMALLA, *La Reparación*, 1994, 115.

³⁵⁶ La recuperación del papel de la víctima es fundamental y reconocido por todas las corrientes de pensamiento que reivindican la reparación y conciliación. Vd., entre otros, SCHNEIDER, en: *Homenaje a ANTONIO BERISTAIN*, 1989, 380; GIMÉNEZ-SALINAS, *PAPERS*, n.º 8, 1992, 89 ss.; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 116; LANDROVE, *Victimología*, 1998, 88; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 35 ss.

³⁵⁷ La descarga de la administración de justicia es otro de los factores considerados. Los procesos conciliadores son más rápidos, menos costosos y más eficientes. Cfr., KILLIAS, en: KAISER/ALBRECHT (Editors): *Crime*, 1990, 253; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1996, 116; KERNER, *CPC* 1997, 370. La eficiencia se aprecia en las evaluaciones de los proyectos que incorporan esta tendencia una menor reincidencia en los delincuentes. DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 136.

justificación del Derecho penal en general,³⁵⁸ la propia definición del Derecho penal como Derecho público, y el establecimiento de las fronteras con el Derecho civil.³⁵⁹

Desde la perspectiva del sistema sancionatorio diferenciado, la reparación del daño y los procesos de conciliación son considerados como un deber y como un valor fundamental en la administración de justicia penal.³⁶⁰ La doctrina científica reconoce en los procesos de reparación y mediación víctima-delincuente un modelo de reacción adecuado y productivo frente a conductas lesivas.³⁶¹ Un significativo sector doctrinal no duda en concluir que la asunción de responsabilidad voluntaria por parte del sujeto permite una respuesta diferenciada,³⁶² acorde al caso concreto, en el que no imperan las reglas del Derecho penal en cuanto a la proporcionalidad, ni al tipo de compensación.³⁶³

Algunas propuestas son tan radicales que abogan por un «conciliar en lugar de juzgar» o «comunicación en lugar de intimidación», ya que se trata de sustituir un sistema sancionatorio

³⁵⁸ Cfr., en igual sentido, MAIER, en: MAIER, (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 197; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 377.

³⁵⁹ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 135. Particularmente crítico, TAMARIT SUMALLA, La Reparación, 1994, 105 ss.

³⁶⁰ Vd., PETERS/NEYS, EGUZKILORE n.º 8, 1994, 187-188. Para KERNER, CPC 1997, 371, la composición del conflicto tiene como marco un Derecho penal «*que atiende a la personalidad del sujeto*», del autor, entendido como un «*Derecho penal que atiende a los fines*» de las consecuencias jurídicas del delito que se aplican a la persona del autor, y aspira a la mejora del delincuente y en el caso de que ésta no sea posible, a la «*inocuidad*» del mismo, principalmente a través de las medidas de seguridad de los sujetos inculpables.

³⁶¹ En igual sentido, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 210; FREHSEE, IURIS, n.º 4, 1995, 62.

³⁶² Cfr., SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 210 ss.

³⁶³ Vd., en este sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 8, 1992, 97.

de contenido punitivo por uno que restituya, restaure y compense.³⁶⁴

La constante de devolución a las víctimas del conflicto sustraído por el Estado³⁶⁵ y, la defensa de una solución en que víctima y ofensor dominen la situación es el punto de partida de esta nueva forma de enfrentar la delincuencia.³⁶⁶ En sus bases programáticas se encuentra la idea de la repersonalización,³⁶⁷ entendida como la efectiva participación de la víctima y el delincuente en la resolución de sus propios problemas, los que, como seres dotados con capacidad y autonomía, pueden asumir sus propios actos con responsabilidad.³⁶⁸

Las relaciones entre las personas se restablecen pacíficamente a través de la implicación directa de las personas afectadas por medio del diálogo a lo que se denomina una «restitución comunicativa».³⁶⁹ La humanización, en este proceso de encuentro, es entendida en un sentido amplio, sus fronteras traspasan la solución judicial del caso.³⁷⁰ La comprensión mutua

³⁶⁴ Algunos como ROXIN, IP 1989, 10, admiten argumentaciones en este sentido, sin caer en el exceso de desterrar el Derecho penal definitivamente, «*Risarcimento e riconciliazione, riparazione invece che repressione, tutto ciò diversamente che nella mera afflizione di un male.*» Analizando críticamente las posturas de la doctrina alemana, TAMARIT SUMALLA, La Reparación, 1994, 173

³⁶⁵ Cfr., BERNAT DE CELIS, RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, 131.

³⁶⁶ Ampliamente, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 122 y 133; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 60 ss.; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 69.

³⁶⁷ Vd., PETERS/NEYS, EGUZKILORE n.º 8, 1994, 188; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 188.

³⁶⁸ En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 419.

³⁶⁹ Cfr., TRENCZEK, PAPERS n.º 8, 1992, 37; KERNER, CPC 1997, 371.

³⁷⁰ Los planteamientos de la reparación del daño y de programas de conciliación parten de la consideración sobre las necesidades y problemas tanto de la víctima como del delincuente. Vd., en este sentido, TRENCZEK, PAPERS n.º 8, 1992, 29; PETERS/NEYS,

lleva a la conciliación personal e involucra un esfuerzo mayor entre las partes el arrepentimiento, el perdón, la reconciliación,³⁷¹ los regalos,³⁷² etc.³⁷³ La anulación del enfrentamiento producido entre las posiciones contrapuestas de las partes puede darse a través de la solución final del conflicto o la asimilación del hecho por las dos partes,³⁷⁴ con un efecto neutralizante hacia el futuro.

Con la reparación total, parcial o simbólica del daño producido por el delito, la víctima obtiene un beneficio mayor que con la imposición del encierro al delincuente que le genera desafortunadas consecuencias, entre ellas, la dificultad para la indemnización.³⁷⁵

EGUZZILORE n.º 8, 1994, 178. Discrepando, HIRSCH, CPC 1990, 571, señala que este argumento es «romántico», no siempre víctima y ofensor están frente a frente de forma inmediata en sus intereses. En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 173.

³⁷¹ Vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 117.

³⁷² El AE-WGM en el § 2 considera como prestación reparadora en particular, los regalos al perjudicado o prestaciones inmateriales como la disculpa o la charla de conciliación. Cfr., BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 360. Con amplitud ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 26; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 285 ss.

³⁷³ Las críticas a este tipo de justificación no se han hecho esperar por la doctrina, y es que estas posturas se acercan mucho a planteamientos románticos, ético-religiosos, y quizás utópicos. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 331 ss.; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 172; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 218 ss. La ambigüedad que rodea a las corrientes reparadoras y conciliadoras es tal que algunos autores no dudan en justificar sus posturas con alusiones como «expiar» la culpa, «perdonar» y algún autor incluso señala que de «*una labor de confesión y de luto efectivo salen el autor, la víctima y la sociedad transformados y madurados*»; así SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 211. En igual sentido, el pensamiento de SEELMANN, que partiendo de la teoría absoluta de la pena, apunta que la conciliación puede tener que ver con Dios, con uno mismo, con la víctima y con la sociedad. Vd., un análisis del pensamiento de este autor, en: PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 212.

³⁷⁴ En igual sentido, KERNER, CPC 1997, 371.

³⁷⁵ En ese sentido, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 21.

Para el delincuente, la reparación del daño significa soslayar los inconvenientes de la pena privativa de libertad (entre ellos, la estigmatización, la consolidación y aumento de los procesos de socialización negativa y los efectos desintegradores), y le permite reflexionar sobre su actuación, si con el delito cometió un mal, puede rectificar con una conducta positiva hacia la víctima, la familia o la sociedad.³⁷⁶

Merece destacarse, dentro de la amplitud de las justificaciones, el discurso acerca de la no violencia y la pacificación de las relaciones sociales: con la conciliación y reparación víctima-delincuente se busca no añadir más violencia a la ya ejercida por el autor contra la víctima, lo que a su vez se enlaza con la dimensión pacificadora y solventadora de conflictos del Derecho penal.³⁷⁷

La idea de reparación del daño siempre ha estado presente en la dogmática penal, incluso las legislaciones la reconocen como fin secundario de las consecuencias jurídicas.³⁷⁸ Así, destacan, por ejemplo, la reparación en la institución del arrepentimiento activo, las obligaciones imponibles en el marco del sobreseimiento del

³⁷⁶ La doctrina aboga por la aplicación del llamado «*Prinzip Aktivierung*» que partiendo de la posibilidad de elección para el delincuente, permite sustituir el *malum passionis* característico de la pena convencional por un *bonum actionis*. El resarcimiento y algunas otras formas de *diversion* tienen un efecto resocializador mayor que el de las reacciones tradicionales, las que se conforman siguiendo el esquema de una «ayuda a la auto ayuda». Vd., SCHÜLER-SPRINGORUM, cit., por SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 31, n. 75; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 82.

³⁷⁷ Cfr., FREHSEE, IURIS, n.º 4, 1995, 62. Sobre esa cuestionable base legitimadora, alguna sentencia del STS 25-enero-1994 (A 103) se ha pronunciado sobre la reparación del daño en los términos siguientes: «*Cuando esto acaece, uno de los fines del Derecho (la pacificación por vías legítimas de los espíritus) de alguna manera se produce y conduce a una más efectiva realización de la justicia*».

³⁷⁸ En ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 140; HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 67-68; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 187.

proceso por la policía o la Fiscalía, también las reglas de conducta judicialmente impuestas en la suspensión condicional de la pena.³⁷⁹

Sólo que ahora, los planteamientos varían, dándole a la reparación del daño un lugar de privilegio en el sistema de las consecuencias jurídicas. Los proyectos de conciliación víctima delinciente concluyen con un compromiso que puede ser una reparación material, o simbólica, pasando algunas veces la indemnización material completa a un segundo término.³⁸⁰

3.6. TOMA DE POSTURA

De manera particular, pienso que la vulneración al principio de legalidad, es uno de los aspectos que más deberían llamar la atención frente a la indeterminación de respuestas sancionatorias como la reparación del daño.

El mandato Constitucional contenido en el art. 25. 1 tiene una proyección determinante en la consolidación del principio de legalidad como garantía formal y material. Destacándose, desde la perspectiva material, la exigencia de predeterminación normativa tanto de la conducta prohibida como de la consecuencia jurídica.³⁸¹ El principio de legalidad en su vertiente penal (*nulla poena sine lege*) exige fijar mediante una *lex certa* la consecuencia jurídica

³⁷⁹ Un análisis comparativo entre la legislación española y alemana sobre la reparación en el marco de los sustitutivos penales y en el proceso penal puede verse en, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 251 ss.

³⁸⁰ Vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 199, 141.

³⁸¹ Así, y en ese sentido, STC150/1989, de 25 de setiembre. Concretándose el principio de legalidad en la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), que no es más que el reflejo de la trascendencia del principio de seguridad jurídica. Del tenor literal de la formulación del art. 25.1 CE no se describe la necesaria determinación de la sanción penal (*nulla poena sine lege*), sin embargo, la garantía penal ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional a través de la Jurisprudencia. Así, y en ese sentido, STC 8/1981, de 30 de marzo.



frente a la realización del supuesto de hecho, lo cual tiene un evidente fundamento político constitucional.³⁸²

La entrada en el panorama jurídico penal de consecuencias jurídicas distintas a la pena, como la reparación del daño o la solución extrajudicial (conciliación víctima-delincuente), vulnera de manera sensible la exigencia de determinación de la consecuencia jurídica.³⁸³

El planteamiento de una solución jurídica que depende de la voluntad de la víctima y el autor por medio de acuerdos transaccionales -en cuyo seno no se reconocen garantías penales-³⁸⁴ y en la respuesta o consecuencia jurídica está totalmente indeterminada.

De manera gráfica, NAUCKE se ha manifestado señalando, *«en esta justicia oscura y ajena al Derecho penal: el monopolio punitivo del Estado se disuelve en un Derecho penal privado y semi-estatal, anterior al auténtico Derecho penal producto incongruente y sin perfiles. Ese Derecho penal es poderoso porque exige la conformidad de la víctima y del autor. Pero ese mismo Derecho penal pide a los intervinientes que le nieguen su propio poder. Esta es una situación tétrica. Y no deja de serlo por el hecho*

³⁸² Aunque la formulación pareciera *«muy poco feliz»*, desde la postura de RODRÍGUEZ MOURULLO, AFDUAM 1, 1997, 281, 287, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional permite delinear con amplitud los alcances de la garantía tanto en el plano formal como material. De entrada, el principio de legalidad es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho, es presupuesto de actuación sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y del derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica. Así, y en ese sentido, 150/1989, de 25 de septiembre, STC 62/1982, de 15 de octubre; STC 133/1987, de 21 de julio.

³⁸³ De igual forma debe llamar la atención, que por lo general, estas concepciones parten de postulados teóricos cargados de contenido ético-valorativos cuestionables.

³⁸⁴ En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Dogmática Penal, 1997, 312, afirma la ausencia de garantías en los acuerdos de las soluciones extrajudiciales, pensando en los principios de igualdad y culpabilidad.

*de que a ese ejercicio privado del poder se le denomine "solución jurídica comunicativa».*³⁸⁵

La otra forma de ver el principio de legalidad deriva del fundamento funcional de necesidad del Derecho penal para la prevención de delitos, pues contribuye a la eficacia de la prevención general.³⁸⁶ Esta misma conclusión parece deducirse de la Jurisprudencia constitucional que enlaza los principios de legalidad y de seguridad jurídica,³⁸⁷ manifestándose esta última como la certeza de que el Derecho prevalecerá sobre lo injusto. La seguridad jurídica implica uniformidad de las cualificaciones jurídicas de los comportamientos y resolución de los conflictos y como previsibilidad de las consecuencias jurídicas. Lo cual se completa con la exigencia de que la responsabilidad penal solo se puede apreciar en sentencia firme art. 3.1. CP 1995.

La existencia de espacios para el arbitrio judicial, que justifican una respuesta sancionatoria diferenciada, como ocurre en los casos de los sustitutivos penales, me parece que no están en capacidad sin detrimento del principio de legalidad de aceptar una indeterminación de la respuesta sancionatoria tal como la pretenden algunas tendencias actuales sobre la reparación del daño.

Me refiero a aquellas que sin sujeción alguna a las garantías procesales y sustanciales proponen una solución del conflicto de manera informal, como ocurre con las propuestas abolicionistas.³⁸⁸ Una consecuencia jurídica aleatoria en donde ni los protagonistas

³⁸⁵ Cfr., NAUCKE, cit. por, BESTE/VOB, La insostenible, 2000, 348.

³⁸⁶ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 81; RODRÍGUEZ MOURULLO, AFDUAM, 1997, 279.

³⁸⁷ Así, y en ese sentido, STC 150/1989, de 25 de septiembre.

³⁸⁸ Sobre ello, ampliamente, GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORIÑO, 1999, 150.

mismos saben cual será la repuesta final, puede llevar incluso a absurdos tales como exigir a la víctima la realización de prestaciones reparatorias o incluso a una civilización del conflicto tal, que una vez que se dispuesto la reparación, el incumplimiento de la misma deba reclamarse en la jurisdicción civil.³⁸⁹

³⁸⁹ La indeterminación de la consecuencia jurídica es tan incierta que puede considerarse como prestación reparatoria cualquier cosa, desde la realización de trabajos, por ejemplo trabajos de jardinería, regalos, disculpas por el hecho cometido, contribuciones dinerarias a fondos de compensación de víctimas, a instituciones de bien social, a fondos para víctimas de accidentes, etc.

CAPÍTULO II

**LOS SUSTITUTIVOS PENALES: DELIMITACIÓN
CONCEPTUAL****1. CONCEPTO DE SUSTITUTIVOS PENALES****1.1. DEFINICIÓN**

Luego de analizar el panorama doctrinal en que está inmerso el tema de los sustitutivos penales, conviene definir el concepto de los sustitutivos penales, que utilizaremos a lo largo de esta investigación y que nos servirá para el desarrollo posterior de las ideas de reparación del daño aplicables a éstos. No haremos aquí un análisis histórico ni semántico de las palabras, porque ese no es el objetivo de esta investigación, aunque sí el de encontrar un término operativo.¹

Cuando se ha intentado por la doctrina definir los sustitutivos penales se ha utilizado el término en diversos sentidos:² a) los sustitutivos penales como alternativas a la cárcel;³ b) como

¹Un análisis en ese sentido puede observarse en ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 182 ss.

² SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 48, parece adoptar la misma clasificación que sugiero, pero con distinta terminología. Así distingue: a) alternativas político-criminales, que responden a una política criminal alternativa que tienden a contraer el campo de aplicación del Derecho penal; b) sanciones alternativas, que son consecuencias jurídicas del delito distintas a la prisión como serían las penas no privativas de libertad, y c) consecuencias jurídico penales sustitutivas de la prisión o formas sustitutivas de la prisión, que forman parte del grupo anterior, con un ámbito de aplicación más reducido.

³ Una gran mayoría de autores en la doctrina española se ubica en esta postura. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, EPCrim VIII, 1985, 15; MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional, 1985, 19 ss.; DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 20 ss.; LARRAURRI, ADPCP 1987, 771 ss.; ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 621; GRANADOS PÉREZ, APen, 1990-I, 76; CERVELLO DONDERIS, PJ n.º 28, 1992, 60; ROBLEDO RAMÍREZ, sustitutivos penales, 1996, 182, 185 ss.; POZA CISNEROS, CDJ, XXIV, 1996, 191 ss.

supresión general o sustitución a la pena privativa de libertad;⁴ y c) como una respuesta a los supuestos de no necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial (circunstancias personales del delincuente), a los que el sujeto puede tener acceso, si la ley estima, que lo permite la prevención general.⁵

Con seguridad, para el sector mayoritario de la doctrina es correcto entender los sustitutivos como alternativas a la cárcel o a la pena privativa de libertad. Sin embargo, para nuestros efectos entenderemos los sustitutivos penales en el tercer sentido apuntado. Como una respuesta a los supuestos de no-necesidad de pena, desde el punto de vista de la prevención especial, esto es, que en el caso concreto, dadas las circunstancias específicas del sujeto,⁶ se renuncia a la ejecución de la pena.⁷ Así lo hace alguna

⁴ La variación con respecto a la postura anterior es ínfima, entiendo que ambas pretenden la sustitución de la pena principal, es decir la pena privativa de libertad, en este caso se refieren particularmente a la sustitución de las penas de corta duración. En ese sentido, cfr., MANZANARES SAMANIEGO, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 256; ANTÓN ONECA, DP, 1986, 559; RODRÍGUEZ RAMOS, DP PG, 1986, 92; VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 17; MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas, 1991, 59; RODRÍGUEZ/SERRANO, DP PG, 1995, 906; BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/ GARCÍA, Lecciones DP, 1996, 296; GARCÍA RIVAS, El poder punitivo, 1996, 64; LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias, 1996, 68-69; PRATS CANUT, en: QUINTERO (Director): ComNCP, 1996, 481; QUINTERO OLIVARES, Curso DP PG, 1996, 516-519; el mismo, Manual DP, 2002, 665; SÁNCHEZ YLLERA, en: VIVES (Coordinador): ComCP1995, 1996, 499; SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 80 ss.; DE LAMO RUBIO, Penas, 1997, 463; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 844; MIR PUIG, DP PG, 2002, 683.

⁵ Cfr., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 17, n. 24 ; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 289; MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 129; MORILLAS CUEVA, voz «Pena», NEJ XIX, 1989, 366; ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 100; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 266; el mismo, en: GRACIA (Coordinador): Lecciones, 1998, 229; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones DP, 1997, 185; MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 121; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 580.

⁶ De otra opinión, ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 183, n.5.

⁷ En igual sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 100.

parte respetable de la doctrina alemana⁸ y española,⁹ a la cual me adhiero. No se trata de una simple opción carente de sentido, sino de dotar al término de una mayor orientación teleológica, es decir, poner a los sustitutivos penales en relación con los principios y límites de *ius puniendi*, e igualmente desde el punto de vista axiológico, ponderar las exigencias de los fines de la pena.

Un aspecto de especial consideración es si los sustitutivos penales deben tener la naturaleza jurídica de una pena o si por el contrario son modos de ejecución y cumplimiento de la pena.

Para un sector doctrinal, los sustitutivos penales deben consistir «*en instrumentos o medios materiales idóneos para el cumplimiento de los fines de la pena*»,¹⁰ exigiéndose que se asegure la realización del estándar mínimo de prevención general y de la prevención especial. Esta postura se corresponde con la interpretación de los sustitutivos en un sentido amplio, como el que

⁸ Vd., en ese sentido, ROXIN, en: Problemas, 1976, 42; el mismo, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 104 ss., 121 ss.; STRATENWERTH, El futuro, 1980, 57 ss.; SCHÜNEMANN, en: Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN, 1991, 151 ss. Con una nomenclatura diferente, «equivalentes funcionales», pero refiriéndose a los sustitutivos penales, que se aplican por razones de prevención especial, y particularmente crítico, vd., JAKOBS, DP PG, 1995, 14, n.14 y 14ª.

⁹ Cfr., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 17 n. 24; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 282, 289; el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 616; GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUCM n.º 3 monográfico, 1980, 188; GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 96, 226; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 366, 377; MIR PUIG, C, Sistema de penas, 1986, 80, 267 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 100; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 266; PÉREZ MANZANO, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 140; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 48.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 253; CALDERÓN/CHOCLÁN, DP PG, 2001, 57; MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 119 ss. Reconociendo la diferencia entre los sustitutivos penales y las penas alternativas, pero abogando por que las penas sustitutivas «*se conviertan en verdaderas alternativas*» y, en consecuencia, se reduzca el uso de la cárcel, cfr., SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 307; en igual sentido, MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 122.

¹⁰ Así, y en ese sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 48, 66.

aquí hemos defendido. Los sustitutivos no cuestionan la necesidad de atender a los fines de la prevención general o especial, pues esa necesidad es permanente y consustancial a los fines del Derecho penal.

Precisamente en atención a estos fines es que se considera que no es necesaria la imposición o ejecución de la pena para alcanzarlos, partiendo de que esos institutos jurídicos satisfacen de una mejor manera las necesidades de la prevención especial en el caso concreto, sin mermas preventivo generales.¹¹ Así, por ejemplo, cuando se opta por la suspensión de una pena privativa de libertad se entiende que la pena aun suspendida produce determinados efectos, los ciudadanos pueden confiar en que al delincuente primario se le remitirá o sustituirá la pena establecida para el delito, el autor del hecho, además conoce que si incumple las condiciones impuestas o delinque durante el plazo, el sustitutivo podrá modificarse o revocarse y con esto se envía un mensaje a la sociedad y al delincuente mismo sobre los fines del Derecho penal.

Los sustitutivos por otra parte se justifican en el respeto a los principios limitadores del *ius puniendi*:¹² el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal que integran el principio de mínima intervención, el principio de efectividad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad de las penas y resocialización. Estos principios limitan toda la intervención penal y no solamente los sustitutivos, pues derivan del fundamento político y constitucional (exigencia del Estado social y democrático de

¹¹ En igual sentido, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 254.

¹² Cfr., ampliamente y por todos, ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 109 ss.

Derecho) y del fundamento funcional (la necesidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos a través de la prevención).¹³

A lo largo de la investigación iremos desarrollando cada uno de estos principios pues éstos enmarcan la función del Derecho penal en un Estado social y de Derecho, en el que se aspira a una aplicación racional de las penas, que integre los derechos y garantías de la sociedad y del individuo.

1.1.1. **Ámbito de operatividad del concepto**

La determinación y aplicación de la pena en el caso concreto¹⁴ consta de dos momentos o fases que se suceden en el tiempo. El primero, al que se denomina medición de la pena en sentido estricto, consiste en determinar mediante las reglas que el Código penal establece cuál es el marco penal aplicable y se fija la cuantía o extensión concreta de la pena que en principio corresponde imponer (aquí se valorará si concurren o no circunstancias atenuantes o agravantes).¹⁵ El segundo momento, medición de la pena en sentido amplio, da entrada a los sustitutivos penales; una vez cuantificada la pena concreta aplicable en principio, el Juez decide de conformidad con la legislación vigente y a la conveniencia si se suspende, sustituye o modifica la duración de dicha pena.¹⁶

¹³ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 80. Sobre la necesidad de pena y el merecimiento de pena como principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y exclusión de todos los elementos del delito. Cfr., LUZÓN PENA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 204 ss.

¹⁴ Ampliamente sobre este tema, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 94 ss.

¹⁵ Vd., BACIGALUPO, RFDUCM n.º 3 monográfico, 1980, 63.; GALLEGÓ DÍAZ, Determinación legal, 1985, 246.

¹⁶ Cfr., DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 195; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 285; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, DP PG 2, 1995, 695.

Este proceso de valoración que realiza el Juez¹⁷ es de suma importancia, puesto que dependiendo de cómo se resuelvan las antinomias de los fines de la pena¹⁸ y de cómo se ponderen las circunstancias específicas del delincuente, así será la magnitud de pena que se impondrá y de ello dependerá la aplicación del sustitutivo penal.¹⁹

Los sustitutivos penales que con mayor frecuencia se utilizan en el Derecho comparado son: la suspensión de la pena o de una parte de ella a prueba,²⁰ la dispensa de pena,²¹ la reducción de la pena, la amonestación con reserva de pena,²² la sustitución por

¹⁷ A diferencia de la mayoría de los autores, BOLDOVA, en: GRACIA (Coordinador): Lecciones, 1998, 169 ss., considera que el proceso de determinación de la pena ocurre en tres fases: la pena legal abstracta; la concreción legal y la individualización judicial.

¹⁸ Desde el punto de vista dogmático, existe amplio acuerdo para la conciliación de antinomias en la determinación de la pena en sentido amplio. El esquema se rompe en la determinación de la pena en sentido estricto, fundamentalmente ha sido la teoría alemana, «del valor funcional o de función» o «la teoría del valor jerárquico», «*Stellenwerttheorie*» la que plantea un punto de inflexión considerando que la prevención especial no puede desarrollar ningún efecto en esta fase, sino sólo en la determinación de la pena en sentido amplio. Sobre ello ampliamente, entre otros, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 199 ss.; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 117; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 77.

¹⁹ Cfr., DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 204.

²⁰ Consiste en dejar en suspenso a prueba el cumplimiento de la sanción impuesta al autor, bajo la condición de que no vuelva a delinquir, en España está regulado desde 1908. Algunas legislaciones imponen en forma concomitante al condenado una serie de condiciones entre ellas a reparación del daño, limitaciones en cuanto a residencia, ejercicio de determinadas actividades o su relación con ciertos medios o personas (el *sursis* probatorio europeo-continental o la *probation* de origen anglo-americano). Vd., con amplitud, MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional, 1985, 37 ss. Otra modalidad es la suspensión de la declaración de culpabilidad, unida a un sistema de puesta a prueba asistida y controlada.

²¹ Mediante ella se permite al juez prescindir de la pena cuando las consecuencias del delito hayan afectado al autor de tal modo que sería innecesaria la imposición de la misma. Vd., MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 60.

²² Conlleva la declaratoria de culpabilidad del autor, amonestándole, determinando la pena a imponer, pero reservándose el hecho de condenarle. Vd., ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 100. También la suspensión condicional de penas no privativas de

una pena menos dura o por una medida alternativa más ajustada a las circunstancias personales del condenado,²³ por ejemplo, la transformación en pena de multa, la libertad condicional²⁴ y el denominado *binding over*.²⁵ La característica común a todos ellos es, como se ha indicado, la conveniencia preventivo especial.²⁶

libertad como ocurre por ejemplo en el Derecho alemán respecto de la multa, «la amonestación con reserva de pena».

²³ Por ejemplo la sustitución de penas cortas de prisión por arresto domiciliario, a veces unido al control electrónico de la presencia o ausencia del sujeto, o por trabajo de utilidad social (en beneficio de la comunidad). Sobre ello, ESCOBAR, en: CID/LARRAURRI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 197 ss. Críticamente sobre el control electrónico en el Derecho penal juvenil y la experiencia con la «*curfew order*» (toque de queda) introducida por la *Criminal Justice Act* de 1991 en Inglaterra, cfr., DÜNKEL, CDJ, n.º III, 2001, 164. Sobre el monitoreo electrónico, cfr., DEL ROSAL BLASCO, ADPCP 1990, 558.

²⁴ Aunque estos sustitutivos se determinan en la fase posterior a la imposición de la pena, en la ejecución o cumplimiento, el juez puede tener en cuenta anticipadamente la posibilidad de su posterior concesión en su cálculo sobre la medición de la pena en sentido amplio, cuando el pronóstico sobre el sujeto sea ya favorable en ese momento. De otra opinión, MORILLAS CUEVA, *Consecuencias Jurídicas*, 1991, 60, 62; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 847; a diferencia de la opinión dominante, estos autores consideran que algunas de las medidas para evitar la pena privativa de libertad, no son auténticos sustitutivos, sino que en lugar de sustituir dichas penas por otras o por medidas, lo que persiguen es una función suspensiva, esto es que comportan su ejecución incompleta o inexecución.

²⁵ Consiste en que el declarado culpable no es condenado a una pena, si promete mantener una buena conducta. Si infringe su promesa se le condena al pago de una cantidad de dinero. Vd., SÁINZ CANTERO, EPCrim II, 1978, 233.

²⁶ Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, son una serie de principios básicos que se aplicarán en cada país, teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal. Diferenciando entre la fase anterior al juicio, la fase de juicio y sentencia y la fase posterior a la sentencia. En el artículo 8 se establece una serie de sanciones no privativas de la libertad, que el juzgador tendrá a su disposición, indicándose que al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. Entre estas sanciones se encuentran las sanciones verbales: la amonestación, la reprensión y la advertencia; la libertad condicional; penas privativas de derechos o inhabilitaciones; sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; incautación o confiscación; mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; suspensión de la sentencia o condena diferida; régimen de prueba y vigilancia judicial; imposición de servicios a la comunidad; obligación de acudir regularmente a un centro determinado;

Últimamente el catálogo se ha ampliado con programas de mediación y conciliación con la víctima unida a la reparación del daño.

1.2. DIFERENCIA ENTRE SUSTITUTIVOS PENALES Y ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Es común observar en la doctrina la referencia a las penas alternativas a la prisión y sustitutivos penales como sinónimos,²⁷ sin embargo, tienen distinta significación.²⁸

Cuando nos referimos a las alternativas a la prisión o a la pena privativa de libertad,²⁹ el punto de partida es mucho más amplio que cuando aludimos a los sustitutivos penales. Si recurrimos a los planteamientos de ciertos sectores del Derecho penal, que ven a éste como «*el sistema del Derecho penal*», que esta compuesto por diversas esferas de actividad, esto es, como instancias o grados de un proceso integrado por las esferas legislativa, judicial y ejecutiva, facilitaremos la exposición acerca de la amplitud de las alternativas, sin que ello implique la asunción del planteamiento de la teoría de los sistemas.³⁰

Así, en los distintos momentos de operatividad del ordenamiento jurídico penal pueden plantearse alternativas.³¹ En

arresto domiciliario. En igual sentido, SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 51.

²⁷ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *Homenaje a DEL ROSAL*, 1993, 321.

²⁸ Cfr., sobre esto, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 1993, 103.

²⁹ Ampliamente sobre el estado actual de la discusión de las alternativas desde la perspectiva de la Criminología, LARRAURRI, *Criminología crítica*, 1991, 209-216.

³⁰ Fundamentalmente de acuerdo, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 9 ss.

³¹ En igual sentido, SAINZ CANTERO, *EPCrim II*, 1978, 244; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 52.

sede legislativa, las medidas alternativas pueden estructurarse como medidas que aparecen directamente como superadoras de la prisión convencional³² y que reducen el ámbito de la pena de privación de libertad para un amplio sector de infracciones,³³ cuya gravedad no hace necesaria aquélla. Serían alternativas directas de la pena de prisión. Se habla entonces de descarceración.³⁴ Un ejemplo es la aplicación directa por parte del legislador de la pena de multa.

En sede judicial se hallan las medidas alternativas que frente a un sujeto concreto, al que le correspondería la pena de prisión, prevén una supresión de la pena o renuncia condicionada de su ejecución.³⁵

Finalmente encontramos alternativas que operan en la fase de ejecución de la sanción.³⁶ Éstas son pioneras en la superación

³² Históricamente, el movimiento de reducción de la pena de prisión se inicia a fines del siglo pasado, algunos de los factores que propician la introducción de alternativas a la cárcel son el incremento de la población carcelaria y los problemas que se presentan en la misma ha nivel de supervivencia. Como lo señala GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 192 ss. y 201 ss., las primeras alternativas a la prisión cerrada fueron «*transinstitucionales*», manteniendo básicamente la institución, luego, se innova en la doctrina con una «distinta privación de libertad», finalmente se incluyen las alternativas superadoras de la institución carcelaria, hasta las auténticamente sustitutivas de la prisión.

³³ Una visión crítica sobre el recurso a las alternativas y la función de éstas como sustitutivas de la cárcel LARRAURI, ADPCP 1991, 49. La misma autora también se refiere ampliamente a las críticas que ha recibido el recurso a las alternativas por parte del neoclasicismo.

³⁴ Cfr., en este sentido, entre otros, DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 16; GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 7, 1993, 82; BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/GARCÍA, Lecciones DP, 1994, 297; LUZÓN CUESTA, Compendio DP, 1995, 298; CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 14.

³⁵ Sobre ello, DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 17; ASÚA BATARRITA, CPC 1989, 607; DE SOLA DUEÑAS, PAPERS n.º 5 Esp., 1990, 139; MIR PUIG, DP PG, 2002, 683,ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 580 ss.

³⁶ Discrepante sobre este punto, PAVARINI, NFP n.º 56, 1992, 203.

de la privación de libertad clásica y comienzan con los regímenes abiertos (prisión abierta), favorecen la salida y el trabajo en el exterior.³⁷ También es posible ubicar aquí dos instituciones que son alternativas a la pena de prisión como son la semi-libertad y la semi-detención,³⁸ por ejemplo, el control en comunidad³⁹ derivado de los grados y regímenes del tratamiento penitenciario, art. 72.2 LGP y 80 RP.

La mayoría de las veces que se sustituye la pena privativa de libertad se hace por medio de alternativas a la prisión,⁴⁰ lo cual ocurre en los supuestos de dispensa de pena, en la amonestación con reserva de pena, cuando se otorga el perdón judicial y en el supuesto del «*binding over*».⁴¹

Los sustitutivos penales, por el contrario, no operan en todas las fases en que sí pueden hacerlo las alternativas, sino que están limitados al momento de determinación o medición de la pena en sentido amplio que realiza el Tribunal.⁴² En este estadio procesal,⁴³

³⁷ Cfr., GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 192; ASÚA, en: ASÚA (Coordinadora): Régimen abierto, 1992, 34; DOÑATE MARTÍN, CDJ, XXXIII, 1995, 17.

³⁸ Una sistematización de las diferentes clasificaciones que efectúa la doctrina sobre las alternativas a la pena de prisión, Cfr., entre otros, SAINZ CANTERO, EPCrim II, 1978, 232; VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 26-32; CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 23.

³⁹ Cfr., desde el punto de vista crítico, sobre el control en comunidad, LARRAURI, ADPCP 1987, 775.

⁴⁰ En igual sentido, VAELLO ESQUERDO, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 31; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 255.

⁴¹ Vd., *infra* n. 414.

⁴² En igual sentido, GARCÍA ARÁN, RFDUCM 1986, 314.

⁴³ La idea de contar con un espacio para la medición de la pena dentro del proceso penal ha llevado a la discusión sobre la denominada «censura del proceso penal» o en otros términos a la introducción de un interlocutorio sobre el hecho o sobre la culpabilidad «*Schuldinterlokut*», que consiste, en la división del proceso penal en dos partes o fases: una versa sobre la declaratoria de culpabilidad, mientras que la otra se refiere a la imposición de la sanción sobre la medición de la pena, en la cual se aplicarían principalmente criterios

el juzgador cuenta con un margen de libertad para fijar la pena,⁴⁴ optando por renunciar a la ejecución de la misma.

Uno de los aspectos que plantea inquietudes en la doctrina respecto a la utilización de sustitutivos penales se refiere al respeto del principio de legalidad, pues se pone en duda si esta delegación del poder legislativo en el judicial es compatible con tal principio. En forma unánime se ha respondido que los sustitutivos no pretenden debilitar el principio de legalidad, sino que tratan de atemperar los efectos negativos de la pena en función del criterio preventivo especial.⁴⁵

Cabe recalcar que los sustitutivos penales han sido previstos por el legislador, puesto que se encuentran dentro del catálogo de reacciones jurídico-penales, pero su principal característica es la

preventivo-especiales. Con ello se pretende una mayor humanización de la justicia penal acercándose al sujeto que ha violado la norma para imponerle una sanción más acorde a las necesidades preventivo-especiales, pero también dotar al juez de una mayor flexibilidad a la hora de elegir la clase de pena a imponer. Para más detalles, HASSEMER, *Fundamentos*, 1984, 130 ss.; DE SOLA DUEÑAS, *RJCat* 1986, 508; GARCÍA ARÁN, en: *JDem*, *Jornadas privaciones de libertad*, 1987, 185; ASÚA BATARRITA, *CPC* 1989, 621. Discrepante en este punto, GÓMEZ BENÍTEZ, *RFUCM* n.º 3 monográfico, 1980, 139.

⁴⁴ Sobre este particular, el CP de 1995, adopta una postura intermedia entre la taxatividad y el margen de libertad del juzgador. Históricamente el legislador español ha limitado el espacio discrecional del juez en la elección de la pena, ampliamente, cfr., GALLEGU DÍAZ, *Determinación legal*, 1985, 218 ss. Sobre libre arbitrio cfr., entre otros, SÁINZ CANTERO, *EPCrim II*, 1978, 244; GARCÍA ARÁN, *RFUCM* n.º11 monográfico, 1986, 315 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias*, 1996, 97, 101. Con posturas de signo abierto en el Derecho comparado, vd., entre otros, ASÚA BATARRITA, en: ASÚA (Editora): *Jornadas CP* 1995, 1998, 12. Una breve reseña sobre la limitación a la discrecionalidad judicial como un factor de insatisfacción popular frente a la Administración de justicia y como elemento desencadenante del nacimiento de los programas de mediación, vd., CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 72, n. 29.

⁴⁵ Cfr., entre otros, MUÑOZ CONDE, *DP y control social*, 1985, 129; QUINTERO OLIVARES, *Curso DP PG*, 1996, 536-537; el mismo, *Manual DP*, 2002, 663 ss. Sobre la discusión que se plantea en torno a los principios de legalidad y seguridad jurídica y, la utilización de sustitutivos penales y alternativas, en la reparación del daño, vd., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 395.

aplicación en sede de determinación judicial de la pena, para evitar la ejecución de la misma.

En algunos casos los sustitutivos penales pueden implicar alternancia,⁴⁶ ya que algunos suelen ir acompañados de obligaciones como podrían ser la realización de prestaciones o trabajos de utilidad pública o en instituciones altruistas, con lo cual se aplicaría una alternativa.⁴⁷ Pero no en todos los sustitutivos penales sucede igual, pues por ejemplo, en la libertad condicional, la pena privativa de libertad se está ejecutando, pero por razones de prevención especial cesan los efectos.

GIMENO SENDRA,⁴⁸ refiriéndose al ámbito de competencia que corresponde al conjunto de las alternativas a la prisión, ha señalado que más que al Derecho penal es al Derecho procesal penal al que le corresponde «*la misión de arbitrar*» todo un conjunto de medidas alternativas de la prisión que contribuyan no sólo a la pronta reparación a la víctima, sino también a la reinserción social del imputado, evidenciando con su pensamiento, la mayor amplitud de las alternativas a la prisión.

1.3. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL MARCO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

Un sector de la moderna doctrina penal alemana especialmente se refiere a la reparación del daño como sustitutivo penal.⁴⁹ Se la define como un indicio de una menor necesidad de

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 289; MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas, 1991, 59.

⁴⁷ En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 101.

⁴⁸ Cfr., GIMENO SENDRA, La reforma, 1993, 146.

⁴⁹ Vd., sobre este punto, entre otros, HUBER, ADPCP 1994, 169; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Dogmática Penal, 1997, 334; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 258.

pena, desde el punto de vista de la prevención especial. Aunque luego estudiaremos en profundidad la figura, conviene señalar, por ahora, que un grupo de penalistas en las Jornadas de los Juristas Alemanes (*Deutscher Juristen Tag*) de 1992, presentó un estudio «sobre sanciones no privativas de libertad»,⁵⁰ en el que se considera la reparación del daño como un sustitutivo penal⁵¹ y de igual forma lo hace el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM).⁵²

Posteriormente, el legislador alemán retoma las ideas de reparación del daño y en la reforma legal del 28 de octubre de 1994, introduce como facultades del Tribunal la potestad de disminuir la pena o a renunciar a la misma, cuando se da la reparación del daño (§46 a y §49 pfo.1º StGB). El esfuerzo del condenado por reparar los daños causados se considera, asimismo, en la suspensión a prueba de la ejecución de la pena privativa de libertad -suspensión condicional-, §§56; 56, b pfo. 2º, inc. 1º, n.º 1º StGB) y en la amonestación con reserva de pena (§§ 59, 59, a pfo. 2º StGB), aplicándose la reparación directamente como sustitutivo penal. También el Código penal austríaco en los §42 y §167 contempla la reparación del daño como sustitutivo penal.⁵³

En la legislación española, encontramos que la reparación del daño se encuentra relacionada a los sustitutivos penales. Así, en el marco de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la satisfacción de la responsabilidad civil, es un requisito o condición de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 81.3.ª).

⁵⁰ Sobre las recomendaciones de este Congreso, vd., HUBER, ADPCP 1994, 160; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 165.

⁵¹ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 109, n. 53^a.

⁵² Cfr., ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 24; HUBER, ADPCP 1994, 169.

⁵³ De modo detallado, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 143 ss., 148 ss., 251, 297.

Conviene destacar desde ya, que existen diferencias entre el ordenamiento alemán y el español, en cuanto al tratamiento de la reparación del daño, mientras en aquél constituye un indicio de una menor necesidad de pena, en éste, es un requisito o condición *sine qua non* para la suspensión de la ejecución de la pena.⁵⁴ Idéntica situación ocurre en algunas de las legislaciones iberoamericanas, la reparación del daño es requisito de la suspensión condicional de la pena.⁵⁵

La reparación del daño en el CP 1995 también es un aspecto a valorar para la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88.1.ª), y se considera un requisito para conceder la libertad condicional (art. 90. 1º), según modificación mediante LO 7/2003, de 30 de junio.

2. LOS DISTINTOS MODELOS DE SUSTITUCIÓN DE PENAS

La Criminología, los movimientos que critican las alternativas a la cárcel, y algunos penalistas han propuesto diversos modelos para estructurar un sistema de alternativas que implique la disminución del uso de la prisión.

El debate teórico resulta interesante, no solo desde el punto de vista del Derecho comparado, puesto que se lleva a cabo principalmente en el ámbito anglosajón, sino porque las posturas

⁵⁴ Sobre la discusión en la doctrina española que suscita la satisfacción de las responsabilidades civiles, previa a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, vd., ampliamente, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 262 ss.

⁵⁵ Así, por ejemplo, las legislaciones de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Venezuela. Vd., ampliamente, GONZÁLEZ ALVAREZ, RCP 18, 2000, 126-127. Sobre la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisito para la suspensión condicional de la pena en la legislación centroamericana cfr., SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 278. Es importante mencionar que la reparación del daño en el caso de Costa Rica, se introdujo en la reforma procesal penal que entró a regir el 1 de enero de 1998. La reparación integral del daño que es una causa de extinción de la acción penal, artículo 30, inc. j) CPR.PCR sintetiza tanto la responsabilidad civil *ex delicto* y la reparación del daño.

aquí defendidas sobre los sustitutivos penales y la reparación del daño son parte de la polémica. Probablemente en algún momento nos hemos cuestionado cómo fenómenos tan diferentes como la despenalización, la desinstitucionalización, la *diversion*, la creación de un sistema sancionador diferenciado y, ahora, la reparación del daño sean abordados algunas veces como alternativas a la prisión y otras veces como sustitutivos penales, con consecuencias jurídicas totalmente diferentes.

En la doctrina penal española los distintos modelos de sustitución de penas han sido desarrollados fundamentalmente por CID MOLINÉ y LARRAURRI PIJOÁN.⁵⁶ Estos serían los modelos: individualizador, proporcionalista y restaurador.

2.1. EL MODELO INDIVIDUALIZADOR

Este modelo fija su atención en las necesidades de cada sujeto infractor de la norma y la eficacia resocializadora que la alternativa puede desplegar para ese individuo concreto.⁵⁷ Dentro de esta corriente se ubican las opiniones de la doctrina que defienden la prevención especial, en tanto que lo permita la prevención general -posición que hemos asumido para los sustitutivos penales-. Son individualistas porque la decisión sobre si se concede la alternativa y sobre el tipo de ésta es naturaleza individual.⁵⁸

⁵⁶ Vd., CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 21. Últimamente algunos autores se decantan por acoger alguno de estos modelos de sustitución de penas, entre ellos, SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 92; MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 122-123.

⁵⁷ Cfr., PAVARINI, NFP n.º 56, 1992, 200.

⁵⁸ Cfr., en este sentido, CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 245 ss.; CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 22, n. 19.

El modelo individualista es cuestionado desde la postura proporcionalista, se le reprocha que no permite alternativas a la prisión, como la multa o la reparación del daño que no pretenden la resocialización, pero aún así, pueden sustituir el uso de la prisión.⁵⁹ Se señala que siempre el límite es la prevención general con lo cual su efectividad es reducida. También se le acusa de disfuncional en los casos de delincuentes que no requieran la rehabilitación o delincuentes con una grave problemática social, ya que no se aplicarían alternativas al castigo. Finalmente se aplicarían solo para las penas cortas.

2.2. EL MODELO PROPORCIONALISTA

Desde la perspectiva proporcionalista, la premisa fundamental es la reducción directa de la prisión. Este modelo, que fue propuesto por la *Canadian Sentencing Commission* considera que la prisión sólo es adecuada para los comportamientos de máxima gravedad, mientras que en los comportamientos de poca y mediana gravedad debe recurrirse a medidas alternativas. Las cuales deben guardar proporcionalidad con la ofensa realizada.

Este planteamiento ubica a las alternativas a la cárcel como sanciones principales,⁶⁰ partiendo de que la pena privativa de libertad no es una sanción proporcionada para todos o la mayoría de delitos, por ejemplo, en la delincuencia mediana o menor, la respuesta sancionatoria debería recurrir a medidas alternativas y considerar la gravedad de la ofensa realizada.⁶¹ De lo que se

⁵⁹ En igual sentido, SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 92.

⁶⁰ Cfr., en este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 398, 419.

⁶¹ Sobre ello, DE SOLA/GARCÍA / HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 10.

deduce una reducción de la violencia producida por las sanciones penales.⁶²

Puede observarse que la teoría proporcionalista conjuga el sistema de las consecuencias jurídicas y la legitimidad del recurso a la cárcel (su utilización abusiva) con los uno de los presupuestos valorativos básicos del Estado de Derecho, a saber, el principio de proporcionalidad.

En la doctrina siguen estas tesis quienes se declaran partidarios de la teoría del merecimiento de pena,⁶³ indicándose que éste opera como fundamento o límite del castigo, pero también es defendida desde posiciones utilitaristas y mixtas de la pena.

MACHADO RUIZ, observa la racionalidad como fortaleza de la posición proporcionalista, pues dota a los sustitutivos penales de un régimen de autonomía propio, distante de la prisión, *«reservando su aplicación para los casos en que la infracción no merezca el recurso a una privación de bienes tan esenciales como la libertad»*⁶⁴

2.3. EL MODELO RESTAURADOR

Desde la óptica del modelo restaurador o reparador pueden presentarse dos opciones diferentes para disminuir el uso de la prisión por medio de alternativas.⁶⁵ La primera de ellas se centra

⁶² Vd., sobre esto, CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 294.

⁶³ Así mismo, CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 25.

⁶⁴ Cfr., MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, *DP PG*, 2002, 122-123.

⁶⁵ Algunos criminólogos en términos más amplios denominan a este prototipo como el *«modelo integrador»*, cuyo objetivo se dirige hacia todas las partes involucradas en el conflicto penal, tratando de que los propios implicados y «desde dentro» solucionen de forma efectiva y pacificadora la situación en que se encuentran inmersos. Este modelo lleva implícita una orientación clara hacia *«desjudicialización»* y *«desjuridización»*, en el marco de

en el proceso de conciliación o acuerdo entre las partes como reacción legítima ante el delito. La característica principal de esta construcción teórica es el carácter privado de la solución y por ello, incompatible con los modelos individualizador y proporcionalista que se desarrollan dentro del Derecho Penal.⁶⁶

La segunda opción sería complementaria de los modelos anteriores, concediendo relevancia a la reparación dentro las tradicionales sanciones penales.⁶⁷ Aún los sectores más críticos de la doctrina se manifiestan anuentes a aceptar la reparación del daño como factor de atenuación y de sustitución de la pena,⁶⁸ ya que como señala GARCÍA-PABLOS, «*Las ideas de reparación y conciliación han contado siempre con una poderosa "vis atractiva"»*.⁶⁹

2.4. TOMA DE POSTURA

Es posible observar que el discurso crítico desde la perspectiva de una menor utilización de la prisión para estructurar un sistema de alternativas, es parcial, desde el punto de vista dogmático. Lo que se vincula con el hecho, de que para esta postura un argumento fundamental es disminuir el recurso a la

procesos de solución informales y con la participación de instancias no oficiales de carácter comunitario. Así, GARCÍA-PABLOS, *Criminología*, 1996, 318.

⁶⁶ Esta sería la ubicación de los seguidores de las corrientes abolicionistas cfr., sobre ello, BERNAT DE CELIS, RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, 132; CHRISTIE, en: VVAA, *Abolicionismo*, 1989, 139; MATHIESEN, en: VVAA, *Abolicionismo*, 1989, 117. De igual forma pueden ubicarse aquí algunos seguidores de la corriente de la resocialización, entre ellos, GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 196, 203.

⁶⁷ Sobre el papel de la reparación del daño desde la óptica proporcionalista, cfr., CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 295. Una referencia a la conciliación víctima-delincuente en el marco del Derecho Penal, vd., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 377.

⁶⁸ Cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 68.

⁶⁹ Vd., GARCÍA-PABLOS, *Criminología*, 1996, 319.

cárcel y a la pena de prisión, prescindiendo de los fines del Derecho penal

Considero que el *quid* está en la justificación del recurso a las alternativas y a los sustitutivos penales. Éstos últimos están intrínsecamente ligados a las teorías de los fines de la pena y a las posibles tensiones o antinomias que se den entre la prevención especial y general, y a los diversos momentos de la existencia de la pena, en este caso específico, al de la determinación judicial.

Por lo que, a mi criterio, en la discusión desde se entremezclan dos planos: el de las tendencias político criminales actuales y el de la finalidad de la sanción, que no son incompatibles, pero que de acuerdo a la postura que se adopte -abolicionista, resocializadora o garantista-, permiten justificar de un modo u otro, el recurso a los sustitutivos.⁷⁰

En todo caso, a pesar de las posibles objeciones, he mantenido, como tesis de principio, la posibilidad de aplicación de los sustitutivos penales a toda clase de pena, pues los sustitutivos penales aun en los casos de penas graves o largas podrían tener aplicación. Piénsese, por ejemplo, en la libertad condicional. La pena deja de ejecutarse con vista en el cumplimiento de ciertas condiciones y de las circunstancias del sujeto concreto. Sin olvidar el tenor literal de la ley, que limita por lo general la eficacia de éstos a las penas de corta duración. Ello se manifiesta en la mayoría de las legislaciones, como una decisión de política criminal, enmarcada dentro de la prevención general.⁷¹

⁷⁰ Distinguiendo entre las doctrinas de justificación del castigo y los principios justificantes, así como aludiendo a los desaciertos de algunos autores españoles que confunden el principio de efectividad -principio justificante del castigo- como un fin de la sanción penal, vd., CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 279. En igual sentido se manifiesta MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 122, señalando que lo que se plantea desde la perspectiva político criminal «no es la funcionalidad de los sustitutivos penales en orden a satisfacer los fines de la pena, sino más bien su legitimidad como respuesta penal».

⁷¹ Sobre esto, LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 282.

En algunos casos, el Código penal ha concebido a los sustitutivos penales de las penas privativas de libertad como subsidiarias, reapareciéndolas en caso de quebrantamiento. Así, en cualquiera de los supuestos de incumplimiento del régimen de suspensión de la ejecución de la pena (artículo 84 CP 1995)⁷² o en el supuesto de incumplimiento total o parcial de las penas sustitutivas (art. 88.2.^a CP 1995).⁷³ Diferentes son las recomendaciones de *lege ferenda*.

Como lo hicimos notar en las reflexiones sobre la crisis de la prisión y de las penas cortas privativas de libertad, en algunos casos ha existido un abuso de la prisión y es necesario reconocer a la posición proporcionalista su tendencia a reducirlo a los comportamientos de máxima gravedad, lo cual es acorde con el principio de ofensividad.⁷⁴

Indudablemente, la postura que plantea un régimen de independencia para las medidas alternativas, tiene dotes de racionalidad. Pues es muy extendida la crítica de que las penas privativas de libertad son propensas a la desocialización, estigmatización y en algunos casos se ha probado su incapacidad para rehabilitar y resocializar, pero no creo que retornemos a la justificación de que ante la duda de la finalidad preventivo-especial de una determinada pena se opte por la no intervención o por la aplicación de una respuesta informal.

Desformalizar, no es garantía de que no se producirán efectos contrarios, tanto en la personalidad del delincuente, como

⁷² Vd., artículo 84, modificado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003, al que se le añade un nuevo apartado tercero.

⁷³ Cfr., artículo 88, modificado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003, al que se le dio una nueva redacción.

⁷⁴ Sobre ello, DE SOLA/GARCÍA / HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 10.

en la sociedad, pues tanto se podría causar daños al sometido a la pena alternativa erigida como independiente, como se podría involucrar a formulas de venganza privada, individual o colectiva, en los casos en que se opte por no intervenir.⁷⁵

Asumir los sustitutivos penales desde la teoría de los fines de la pena, nos faculta a utilizar las alternativas a la pena privativa de libertad, pero dotadas con una orientación teológica fundamental, es decir, ajustándolas a la totalidad de los principios limitadores del *ius puniendi*.⁷⁶

Todo lo anterior determina que los sustitutivos penales estructurados como «*instrumentos o medios materiales idóneos para el cumplimiento de los fines de la pena*» contarán, entonces con un contenido sancionatorio,⁷⁷ garantizándose la legalidad y la seguridad jurídica.⁷⁸ La sanción se adecuará a la gravedad de la ofensa realizada y se individualizará la consecuencia jurídica de cara al sujeto infractor, lo que redundará en una mayor eficacia.⁷⁹

⁷⁵ Sobre ello, ampliamente, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 340-341.

⁷⁶ A favor de que los sustitutivos penales deben tener la naturaleza jurídica de una pena y debe ser, en todo caso, una sanción penal. Vd., ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 185, 187, 215; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Lecciones, 1998, 256;

⁷⁷ Al igual que FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 341, considero que un sistema racional de penas aflictivas, tienen el fin de minimizar las penas informales, o el recurso a otros sistemas muy en boga en Iberoamérica, como son las policías privadas, los llamados a la ley y orden, las cuadrillas de vigilantes o los escuadrones de la muerte. Sobre los movimientos de ley y orden en Iberoamérica, cfr., CARRANZA, en: CARRANZA (Coordinador): Delito y seguridad, 1997, 24; ISSA EL KHOURY, en: AA.VV., Cuatro temas, 1998, 78-81; CHIRINO SÁNCHEZ, en: LLOBET/CHIRINO, Principio de oportunidad, 2000, 183. Sobre estos movimientos en Europa cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 26, n. 40; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 270; GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 27, n. 72; Note, HLR, n.º 97, 1984, 938-939; DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 67; BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 26; CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 281; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 229; LARRAURRI, JDem, n.º 32, 1998, 85; VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 25; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 83.

⁷⁸ En igual sentido, cfr., RUIZ VADILLO, PJ n.º 7, 1987, 32

⁷⁹ Decantándose por formulas intermedias sometidas a mayores controles y cautelas frente al recurso a la *diversion*, cfr., SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 263.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES**1. LOS SUSTITUTIVOS PENALES Y LOS FINES DE LA PENA**

La doctrina señala que el fundamento y límites de los sustitutivos penales son las exigencias de los fines de la pena.¹ Esta postura refleja la línea de pensamiento iniciada por ROXIN y enunciada en «*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*» (Sentido y límites de la pena estatal),² que relaciona las exigencias de prevención general y especial con las diferentes fases de la pena - conminación, imposición y ejecución-.³

¹Cfr., MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 128-129; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 39, ss., el mismo, en: Estudios penales, 1991, 289-290; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 266; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 73.

² El pensamiento de ROXIN muestra distintos matices. En sus primeros escritos, afirma que el fin de las fases de conminación e imposición es la prevención general con determinados límites, mientras que la fase de ejecución sirve primordialmente a la prevención especial, aunque respetando las exigencias de prevención general, que en algún caso pueden ser prioritarias. Cfr., ROXIN, en: Problemas, 1976, 20-33; el mismo, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 93 ss., 115 ss., 147 ss. Últimamente pareciera que matiza su postura admitiendo un equilibrio de los puntos de vista preventivo especiales y generales en las distintas fases. Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 98, nm. 42.

³ La combinación entre los distintas teorías de la pena (retribución, prevención general y especial) ha dado lugar a las teorías eclécticas, que tienen en común la función de protección a la sociedad. Las direcciones básicas de éstas han sido dos: a) Unos autores que parten de la retribución justa y conceden a los fines de la pena un papel complementario en la determinación de la pena; b) Otro sector doctrinal considera la defensa de la sociedad a través de la protección de bienes jurídicos y conceden a la retribución (u otro nombre), la función de límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. Con esta interpretación se permite prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución. Algunas combinaciones peculiares que merecen destacarse son la «teoría de dialéctica de la unión» y la «teoría de la diferenciación». La primera teoría, expuesta por ROXIN, intenta una síntesis partiendo de lo antitético de las diferentes teorías sobre la pena e intenta reunir las. La otra postura es expuesta por SCHMIDHAÜSER y parte de la

La opinión dominante a nivel científico reconoce ampliamente las aludidas relaciones, pero muestra signos de desconcierto en cuanto a cómo deben operar los criterios de prevención general y especial en cada una de las fases. No existe acuerdo sobre cuál debe ser el sistema de prelación o preferencia en que deben ser atendidas,⁴ ni en cuanto al momento en que se pueden dar estos conflictos entre los diversos fines de la pena.⁵ Esta problemática se

distinción entre teoría de la pena en general y el sentido de la pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena. La teoría de la pena a su vez comprende dos aspectos: la finalidad (o función de la pena) y el sentido de la misma. La *finalidad* es la prevención general, entendida como medio de reducir la delincuencia a límites que hagan posible la convivencia normal. El *sentido* de la pena o castigo se justifica en la absoluta necesidad que tiene la sociedad para la convivencia social. Rechazándose la instrumentalización del delincuente en que lo coloca la posición kantiana. Finalmente, «*para cada sujeto que interviene en la vida de la pena tiene ésta un sentido especial: para el legislador, la pena sirve ante todo a la defensa de la colectividad, aunque también debe tener en cuenta la Justicia en la fijación de las penas; los órganos encargados de la persecución del delito (Policía y Ministerio Fiscal) deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los Tribunales guiados por el principio de igualdad (Justicia); el juez debe perseguir en primer lugar la pena justa, teniendo en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas, pero dentro del marco de la pena justa debe considera también la prevención especial*» y así se refiere también a los funcionarios de prisiones y a la sociedad. Cfr., por todos, MIR PUIG, DP PG, 2002, 82-98.

⁴ Cfr., entre otros, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 179 ss.; MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 35; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 65, 86; PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 86 ss.

⁵ Significativa importancia merecen las posturas opuestas de la doctrina española entre las que destacan las construcciones de LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 56 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1981, 874; el mismo, Fundamentos DP, 1993, 96 ss., el mismo, DP PG, 2002, 71 ss.; GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 116 ss., 177 ss.; la misma en, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 50 ss. Para LUZÓN PEÑA, los tres estadios -conminación, imposición y ejecución- están orientados con mayor o menor intensidad, tanto hacia la prevención general como hacia la especial. La conminación penal tiende fundamentalmente a la prevención general, pero también el legislador prevé ya, en las reglas legales de determinación de la pena, el marco de juego de acción de la prevención especial. La fase de imposición y determinación de la pena, confirma la amenaza penal y sirve por ello a la prevención general, es el campo de tensión entre las exigencias de prevención general y de prevención especial. La fase de ejecución se encamina a la prevención especial fundamentalmente, pero también sirve a la prevención general en dos sentidos: confirmando la seriedad de la conminación legal y de la imposición judicial, y la prevención general puede ser el único fin de la ejecución, en los casos límite en que no hay necesidad de prevención especial, y, sin embargo, las exigencias de prevención general se opongan a renunciar a tal ejecución. GARCÍA ARÁN, por su parte, aprecia en la

conoce desde hace tiempo como las «*antinomias de los fines de la pena*». ⁶

conminación y en la eficaz persecución de los hechos punibles, el efecto preventivo general. Ello se expresa en el marco penal, tanto genérico como concreto. En la determinación de la pena, el juez no debe perseguir finalidades preventivo-generales (por ejemplo, la utilización de conceptos como alarma social o especial repercusión del hecho concreto), la prevención general no es un objetivo a cubrir por el juez, sino es admisible tomarla en consideración para aumentar la pena, no tiene por qué ser imprescindible hacerlo para disminuirla. El juez ya ejecuta una función de plasmación de las necesidades preventivo generales expresadas por la ley, tanto en la calificación de la conducta, como en la determinación y concreción del marco penal aplicable. «*En la individualización judicial debe tenerse en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la pena respecto al hecho concreto, como las necesidades preventivo-especiales que presente el sometido a juicio*». Ahora bien, ello no quiere decir que la prevención general pueda tener influencia en la conformación de otros criterios como la propia culpabilidad o la adopción de un sustitutivo penal en el que el juez determina la medida y la clase de pena. En la fase de imposición de la pena sólo debe jugar la necesidad preventivo especial y no la prevención general, por lo que las antinomias no existen. «*Aunque el acto discrecional del juez pueda producir efectos preventivos generales no debe perseguirlos por sí mismo*». Finalmente, ZUGALDÍA ESPINAR opina, que la única forma de evitar las contradicciones es asignarle a la pena un único fin en el marco de la individualización legislativa o conminación típica y un único fin también en el marco de la individualización judicial. Ese fin, en este último caso, sería la prevención especial. La invocación de fines preventivo generales en la individualización judicial de la pena podría considerarse contraria a la Constitución. Normalmente suele existir un conflicto entre la «*exigencia social de pena*» y la «*necesidad y el merecimiento individual de pena*», el conflicto se resuelve a favor de la persona que ha delinquido. En este conflicto debe tenerse en cuenta, que la pena no puede sobrepasar el límite de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, es decir que el fin de la prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. La dignidad humana constituye un límite, tanto a las exigencias de la prevención general que el legislador debe tener en cuenta en el momento de la fijación de la pena abstracta del tipo penal, como a las exigencias de la prevención especial que el juez debe tener en cuenta en la individualización de la pena.

⁶ Dentro de este tema la doctrina suele llamar la atención acerca de la «*duración de la pena*», como reflejo del juego de los diferentes fines de la pena en las fases de imposición, determinación y ejecución. La utilización de sustitutivos penales es adecuada según la doctrina, cuando la pena es demasiado corta o demasiado larga. Sin embargo, se observa una variación en cuanto al fundamento desde la perspectiva de los diferentes autores. Así, para HASSEMER, Fundamentos, 1984, 359, la pena es demasiado corta si el «*fin de la pena*» prohíbe una pena superior, porque el injusto típico no sea muy grave, y el «*fin de la ejecución*» exige un tiempo superior, este es el caso de los delincuentes por tendencia de delitos de escasa gravedad. La pena es demasiado larga cuando los límites mínimos del marco penal del respectivo delito, impiden que el juez pueda imponer una pena inferior, aunque el delincuente no necesite ser resocializado o pueda ser tratado en menos tiempo, o, si ya se ha conseguido el «*fin de la ejecución*», sin que se haya cumplido la pena adecuada, es decir su duración mínima. LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 21 ss., 69 ss., 90, distingue entre «*fin de la pena*» -que HASSEMER entiende como retribución en la fase de imposición judicial de la pena-, y el «*fin de la ejecución*» -constituido por la resocialización o

La aplicación de los sustitutivos penales no es automática, ocurre en la fase de medición e imposición de la pena y, por tanto, en el proceso de determinación de la pena en sentido amplio. Es en este momento en que pueden presentarse esos roces y antinomias entre las exigencias de la prevención general y especial,⁷ aspecto que algunos consideran como el punto más difícil en la conciliación de la diferentes pretensiones de los fines de la pena.⁸

El panorama se completa con un par de aspectos más, el principio de proporcionalidad y el no menos problemático principio de culpabilidad.⁹ En efecto, en la determinación de la pena se

prevención especial-; en sentido contrario opina, que lo opuesto a la prevención especial no es la retribución, sino la prevención general. Las penas serán demasiado cortas cuando por razones de prevención general se limita el tiempo de las mismas y ese tiempo no es suficiente para la resocialización ni para la prevención especial. Situación que se aprecia tanto con el recurso a las penas cortas privativas de libertad, como cuando el legislador impone un tope o límite máximo en el marco penal típico y esa duración en el caso concreto puede ser insuficiente por las características del sujeto. La pena podrá ser demasiado larga cuando en el momento de la imposición de la pena, el juzgador, ante un sujeto concreto y por razones de prevención especial, ve que no es necesario el cumplimiento de la pena; sin embargo, debe imponer pena por que la ley le obliga al existir un límite mínimo o inferior que se fundamenta en razones de prevención general. Otra postura es la de GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 121, quien, si se considera que la pena es demasiado larga a los efectos que la pena ha de tener en la posterior vida del reo, entonces, puede descenderse hasta el límite mínimo del marco legal previsto y serán los criterios de prevención especial y no general los que habrán de utilizarse. Ese argumento en sentido inverso puede llevar, a considerar una pena demasiado corta, a efectos de prevención especial y elevarla por encima de la adecuada, a lo que la autora responde, que «*alegar hoy la necesidad de una permanencia más prolongada en un establecimiento penitenciario para obtener mayores beneficios del "tratamiento resocializador" es una ilusión totalmente alejada de la realidad*».

⁷ Cfr., en igual sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 19-20; ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 94.

⁸ Así, y en ese sentido, MIR PUIG, DP PG, 2002, 97. Para la doctrina mayoritaria los aspectos retributivos no pueden desempeñar papel alguno en la determinación de la pena en sentido amplio, sino que deciden exclusivamente necesidades preventivas. Cfr., en ese sentido, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 116; DE VICENTE, Comportamiento postdelictivo, 1985, 199; CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 27; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 237.

⁹ Cfr., en igual sentido, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 104, 177; ZIPF, CPC 1982, 353; LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 95.

plantean relaciones entre culpabilidad y fines de la pena, según se otorgue a la primera un papel fundamentador o limitador de la segunda.¹⁰ En cuanto a la proporcionalidad, como límite a los excesos a que tienden la prevención general y especial, un aspecto que no puede pasar por alto es el de la necesidad de pena y, por supuesto, el principio de eficacia.¹¹

Si atendemos a la definición de sustitutivos penales que los conceptúa *«como una reacción o respuesta a los supuestos de no necesidad de pena, desde el punto de vista de la prevención especial, en la que partiendo de unas circunstancias específicas de un sujeto delincuente, se renuncia a la ejecución de la pena»*, dependiendo de cómo se resuelvan esas contradicciones entre las diferentes exigencias de la pena en esta fase (antinomias) y de cómo se ponderen las circunstancias específicas del delincuente, así será la magnitud de pena que se impondrá¹² y de ello también dependerá la aplicación del sustitutivo penal.

¹⁰ Ampliamente sobre ello, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 95 ss.; GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 177; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 199 ss.; SCHÜNEMANN, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 97; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 33, 81 ss. Cfr., también, desde el punto de vista histórico, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 30.

¹¹ Cfr., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 39, 64; el mismo, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5065; MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 50; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 89.

¹² Un punto que se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia alemanas es sí los aspectos que se han valorado en la determinación de la magnitud de la pena inciden o no en la entrada en juego de los sustitutivos penales. Para algunos autores parece fuera de discusión que, en la determinación de la magnitud de pena puedan valorarse aspectos preventivo-especiales del reo, así por ejemplo, el comportamiento postdelictivo positivo - como puede ser el caso de la reparación voluntaria de los daños-. Otros autores, con una visión absoluta de la pena, consideran que el comportamiento postdelictivo afecta al contenido del injusto y la culpabilidad, de ello se sigue que la valoración es anterior a la decisión de la magnitud de pena. Ampliamente sobre estos temas, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1978, 183; STRATENWERTH, El futuro, 1980, 57 ss., 73 ss.; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 190-191; el mismo, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 201-202; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 115, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 40 ss.

Partiendo del reconocimiento expreso de que las antinomias se producen entre las exigencias de la prevención general y especial,¹³ mayoritariamente se propone que de considerar el juez preponderante la prevención general, en el ámbito de la determinación judicial de la pena, la consecuencia será la renuncia a la aplicación del sustitutivo. En sentido contrario, otorgarle preeminencia a la prevención especial implica que el juez siempre que sea posible aplicará el sustitutivo penal y no renunciará a él alegando razones de prevención general, puesto que en la propia ley se establecen los límites dentro de los que considera a salvo el efecto intimidatorio.¹⁴

2. PREVENCIÓN GENERAL

La teoría de la prevención general es sin duda uno de los conceptos que mayor interés y debate han suscitado como teoría de la pena,¹⁵ en especial en su vertiente positiva.¹⁶

¹³ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 20 ss.

¹⁴ Vd., en igual sentido, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 240; MIR PUIG, C., *Sistema de penas*, 1986, 268.

¹⁵ Así claramente se distinguen autores que consideran que la prevención general es una teoría de la pena, en este sentido, ROXIN, *DP PG I*, 1997, 90. Matizadamente, otros asumen que además de teoría de pena es una doctrina de la aplicación de la pena, en el sentido de que debe recaer una sanción penal porque de lo contrario «*podría despertar dudas acerca de la permanencia de la vinculación jurídica de tales normas, con una declaración pública ("simbólica") de que las normas siguen vigentes para todos*» o, como señalan otros, sin la pena «*el proceso de internalización de las normas y valores culturales por parte de la población sufriría a la larga menoscabo*» vd., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 231-232. En igual sentido, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 199. Desde una perspectiva distinta PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 342, a la luz de la reparación del daño señala que la teoría de la prevención general positiva «*no obliga a centrar el discurso en los fines de la "pena", y abre mayores posibilidades para considerar que la consecuencia del delito no tenga que ser inevitablemente una pena*», es decir, que el mensaje normativo puede ser asumido y aceptado por la sociedad sin que se aplique necesariamente la pena.

Parece fuera de discusión que el Derecho penal intenta evitar que la generalidad de los ciudadanos cometa delitos y éste es precisamente el punto de encuentro entre las diferentes escuelas de pensamiento. Las diferencias se materializan cuando se intenta explicar cómo se consigue esa inhibición en la realización de delitos por la generalidad: mientras que unos apuntan hacia la mera intimidación (disuasión según algunos) -prevención general negativa-, otros, dentro de la denominada prevención general positiva, resaltan el aspecto de convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las normas penales, para el fin de protección de bienes jurídicos.¹⁷

2.1. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA: ASPECTOS GENERALES

Conocida también como prevención general «*socialmente integradora*» o «*estabilizadora*», muestra un amplio abanico en el que se identifican diferentes corrientes.¹⁸ Las notas comunes se refieren al influjo de elementos de carácter ético-social,¹⁹ lo que

¹⁶ Ampliamente sobre los objetivos, contenidos y críticas de las dos vertientes de la prevención general vd., PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 17, 50, 168, 202.

¹⁷ Ampliamente sobre el concepto de disuasión general desde el punto de vista sociológico y sus implicaciones jurídicas, vd., ALVIRA MARTÍN, *EPCrim VII*, Santiago de Compostela, 1984, 14 ss.

¹⁸ Sobre las diferentes doctrinas de la prevención general positiva cfr., PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 19; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 229; MIR PUIG, *DP en el Estado social*, 1994, 129 ss.; LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», *EJB III*, 1995, 5066; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 114 ss.

¹⁹ Algunos autores hablan de un «efecto de moralización» y del «*efecto de orientación social a través de la creación de costumbres*», siendo común la incidencia en el fuero interno de la persona y de la comunidad. En sus planteamientos teóricos se trata de generar una actitud de «*convencimiento*», de «*fidelidad al Derecho*», mucho más eficaz que la sola intimidación. Esto que es constatable en el plano empírico, para los seguidores de estas corrientes es trascendental pues legitima la intervención del Derecho penal, así y en ese, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 228, 230 y n. 213. Particularmente crítico, MIR PUIG, *DP en el Estado social*, 1994, 138.

algún autor concibe como grados sucesivos de unión entre el Derecho penal y la moral social.²⁰

Sucintamente la prevención general positiva indica que la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas y lo restablece en su calidad de tal, actuando como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva.²¹ Lo que en términos más sencillos significa que la pena reafirma ante la sociedad que no deben cometerse delitos y que debe regir la norma y el orden, a esto en un primer momento se le conoció como «*prevalecimiento del Derecho o del orden jurídico*» y es lo que otros posteriormente y con diversos matices denominan «defensa del orden jurídico»,²² «estabilización de la confianza en el ordenamiento» o «ejercitación en la fidelidad al Derecho».²³

En la actualidad existe un retorno a la prevención general, las razones de esta vuelta se basan en la crisis de la resocialización y la crisis de la ideología del tratamiento, junto a la conveniencia de superar las antinomias de los fines de la pena, pero ahora, orientada en un concepto integrador que supera la tendencia al terror estatal utilitarista.²⁴

²⁰ Así, y en ese sentido, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 114.

²¹ Cfr., PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 17.

²² La reafirmación del ordenamiento jurídico es vista por la doctrina como el aspecto residual de la retribución de la pena -adecuada a la gravedad del injusto y de la culpabilidad-. Ampliamente sobre ello, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 33-34, 74; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 276.

²³ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 148; JAKOBS, en: *Estudios*, 1997, 10-31.

²⁴ Cfr., en ese sentido, MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 88.

Siguiendo a MIR PUIG,²⁵ deben distinguirse dentro de la prevención positiva las concepciones fundamentadoras y limitadoras. Las primeras permitirían ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social. Se ubican entre ellas, las tesis de WELZEL, JAKOBS, ARMIN KAUFMANN. Las segundas buscan limitar los excesos de pena debidos a razones intimidatorias, exigiendo penas que respondan a la conciencia social, así, las tesis de ROXIN, HASSEMER y ZIPF.

Evidentemente las aportaciones científicas de la prevención general positiva, en sus diferentes versiones, han enriquecido el debate doctrinal y han servido, en parte, de fundamento a los desarrollos teóricos de la reparación del daño como sustitutivo penal.

Los movimientos encabezados por ROXIN y JAKOBS constituyen las más fuertes e importantes tendencias actuales de la prevención general positiva,²⁶ que expondremos, en vista de que en su mayoría las consideraciones sobre la reparación del daño se enmarcan dentro de este aspecto positivo de la prevención general.

27

²⁵ MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 132 ss. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 229.

²⁶ Para otras posturas de significativa importancia, vd., entre otros, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 259 ss.; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 269; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 115 ss.

²⁷ La prevención general negativa -aunque en pocas ocasiones- también ha sido utilizada para justificar las propuestas de la reparación del daño. Para los seguidores de esta postura cuando el resarcimiento del daño se suma a la amenaza de pena en caso de incumplimiento, se realiza bajo el control jurisdiccional y luego de un pronunciamiento de culpabilidad, se produce el efecto intimidatorio propio de la prevención general negativa. Vd., un análisis sobre el pensamiento de SCHÖCH en, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 126-127; ALASTUEY DOBÓN, La reparación 2000, 221. Particularmente críticas sobre la prevención general negativa y su relación con la reparación del daño, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 217; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 325 ss.

2.1.1. La postura de ROXIN

ROXIN, prefiere denominar a la prevención general positiva «*prevención integradora*»,²⁸ refiriéndose a que con la imposición de la pena se evita la comisión de futuros delitos mediante la «*integración*» del delincuente y la comunidad en la norma, produciéndose «*la recomposición de la paz jurídica alterada por el delito*».²⁹

En la prevención de integración, la pena tendría «*la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo*».³⁰ ROXIN enlaza el principio de culpabilidad a la prevención de integración, de tal suerte que la pena que produce este efecto es aquella proporcionada a la gravedad de la culpabilidad, lo que se resume en la siguiente frase: «*la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico-penal, exige que nadie pueda ser castigado mas duramente que lo que se merece; y merecida es solo una pena acorde con la culpabilidad*».³¹

Se distinguen en la prevención general positiva tres fines y efectos relacionados entre sí,³² éstos son: el «*efecto de*

²⁸ Término utilizado por BRUNS y difundido con un significado especial por ROXIN con la obra «*Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*». Publicado en «*Festschrift für Paul Bockelmann*», 1979, pp. 279-309. Utilizaré la versión en castellano, cfr., ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 183.

²⁹ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 148.

³⁰ Según ROXIN, DP PG I, 1997, 91, § 26 «*la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo*».

³¹ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, 101, § 47.

³² Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 91, § 27.

aprendizaje», que debe provocar la ejercitación de la fidelidad en el Derecho; «*el efecto de confianza*», que se logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se cumple; y el «*efecto de pacificación*», que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se pacifica por encima del delito y el conflicto con el autor se soluciona.

Al tercer efecto es al que se denomina «*prevención de integración*»: el efecto de pacificación del sentimiento jurídico, es decir, la restauración de la paz jurídica, se consigue con la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad, porque se corresponde con el sentimiento jurídico de la generalidad.³³ Se trata, como acertadamente señala PÉREZ MANZANO,³⁴ de un «*supraconcepto*», y lo que fundamentalmente distingue la tesis de ROXIN es ese efecto de restauración de la paz jurídica perturbada por el delito.

Una contribución decisiva a la polémica actual de la reparación puede observarse, en la postura de ROXIN al enlazar la reparación con la prevención de integración. El efecto de pacificación se producirá «*cuando la víctima haya sido repuesta en sus derechos, entonces, dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad que el conflicto ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse eliminado*».³⁵

En la obra, «*Die Wiedergumachung im System der Strafzwecke*» («La reparación en el sistema de los fines de la

³³ Se trata de una prevención general tendente a la integración y a la satisfacción, «satisfacción del sentimiento jurídico» y con ello expresa la recomposición de la paz jurídica alterada por el delito. Vd., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 148.

³⁴ Cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 19.

³⁵ Así, y en ese sentido, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 22; el mismo, en: Seminario Hispano-Germánico, 1992, 6; el mismo, DP PG I, 1997, 109.

pena»),³⁶ señala que la prevención integradora permitirá alcanzar el efecto de restablecimiento de la «paz jurídica» que se ve alterada tras la comisión de un hecho delictivo. Partiendo de la reparación como una «sanción independiente», o «tercera vía», ésta para producir pacificación debe ser una reparación voluntaria, diferenciándose sustancialmente de la indemnización civil del daño. La reparación se convierte en un elemento personal y constructivo para el restablecimiento de la paz jurídica.³⁷ La tercera vía sería más benigna, suplementaria o complementaria de la pena.³⁸

La prevención de integración posibilita varias cosas: la primera es que la prevención general se mantiene dentro de los límites de la pena adecuada a la culpabilidad; en segundo término, las antinomias entre la prevención general y especial ya no son antagónicas;³⁹ y en tercer lugar, posibilita que la reparación del daño se introduzca dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito sin mayores problemas. Sobre este último aspecto, se

³⁶ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 129-156.

³⁷ El efecto de pacificación se produce «en el momento en que el delincuente ha hecho lo necesario para que la conciencia jurídica de la generalidad se vea apaciguada en relación a la infracción normativa, considerándose zanjado el conflicto con el autor». Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149; en igual sentido, AA.VV., AE-WGM, 1998, 42.

³⁸ Así, y en ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 143.

³⁹ Si la culpabilidad es el límite máximo de la pena, no hay pérdida de eficacia preventivo general porque la pena adecuada a la culpabilidad produce el efecto integrador. El límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajado, por razones de prevención especial, sin que sufra la prevención de integración. Señala ROXIN, DP PG I, 1997, 96-97, que «corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita (...) por motivo de los efectos preventivo-especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no en todos, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivo-general"». Cfr., PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 76.

indica que la reparación del daño contribuye a la consecución de los fines de la pena y a la restauración de la paz jurídica, con lo cual es útil para la prevención integradora.

2.1.1.1. Especial referencia a los sustitutivos penales

En lo tocante al tema de los sustitutivos penales, ROXIN señala que es en el estadio de determinación de la pena en sentido amplio donde se posibilita su aplicación.⁴⁰

La teoría del espacio de juego «*Spielraumtheorie*», que es la doctrina dominante en Alemania sobre las relaciones entre la culpabilidad y los fines de la pena, sirve de base para introducirle una variación y se manifiesta indicando que, mientras que el límite máximo de la culpabilidad no puede rebasarse por razones de prevención general y especial, puede imponerse, en casos excepcionales, una pena que rebase por abajo el límite mínimo del margen adecuado a la culpabilidad por razones de prevención especial.⁴¹

De esta forma, el respeto al espacio de juego es la regla general, la excepción se daría cuando *ex ante* se prevea que cumplir la pena por la culpabilidad podría tener efectos desocializadores, entonces, se puede quedar por debajo del marco de la culpabilidad y llegar hasta el límite de lo imprescindible para la defensa del orden jurídico.⁴² En síntesis, se trata de matizar las

⁴⁰ Cfr., ROXIN, en: Problemas, 1976, 4, 55; el mismo, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 104 ss., 121 ss.

⁴¹ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 33.

⁴² La defensa del orden jurídico es una disposición del Código penal alemán, como última reserva o límite de la prevención general frente a la especial. Constituye una barrera que impide la aplicabilidad de sustitutivos penales, y se interpreta como el límite por debajo del cual la imposición de pena resultaría incompresible para el sentimiento jurídico general. Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 33-34, el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 619; ROXIN, Iniciación, 1981, 74; el mismo, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 113, n. 42.

contradicciones entre culpabilidad y prevención general afirmándose el efecto preventivo general positivo de la pena adecuada a la culpabilidad por una parte y por otra, se asegura que la renuncia a la pena por razones de prevención especial también tiene efectos de prevención general.⁴³

Los sustitutivos penales se aceptan por razones de prevención especial, la pena puede permanecer por debajo de la medida adecuada a la culpabilidad y seguir siendo eficaz desde el punto de vista de la prevención general, lo cual es aceptado por la sociedad cuando lo pide la prevención especial.

2.1.1.2. Análisis crítico de la postura de ROXIN

A) La teoría de la prevención de integración de ROXIN ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina y si bien, se entiende que el pensamiento de ROXIN ha sufrido algunas variaciones, el aspecto que aquí nos interesa, es decir, que el límite máximo de la culpabilidad no puede rebasarse por razones de prevención general y especial, pero en casos excepcionales, puede imponerse una pena que rebase por abajo el límite mínimo del margen adecuado a la culpabilidad por razones de prevención especial, limitado por lo imprescindible para la defensa del orden jurídico se mantiene firme.

Desde hace algún tiempo, PEREZ MANZANO⁴⁴ y LUZÓN⁴⁵ esbozaron argumentos contrarios de la postura de ROXIN, precisamente por su modo de relacionar la prevención de integración con la culpabilidad. También SILVA SANCHEZ,⁴⁶ se ha

⁴³ Vd., un análisis crítico en, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 266 ss.

⁴⁴ Cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 192, 198.

⁴⁵ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 41, 61;

⁴⁶ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 238.

ocupado de juzgar la perspectiva integradora de ROXIN, concluyendo que podría justificar la sanción de hechos que no se sancionarían desde una perspectiva intimidatoria, o de castigar con una pena mayor.

Podríamos sintetizar las principales objeciones a la prevención integradora de ROXIN en los siguientes cuatro aspectos.⁴⁷

1) Se cuestiona la función de la culpabilidad como límite de la pena o de una cuantía de pena determinada conforme a criterios preventivos. La objeción clásica parte de la premisa de que todo lo que limita a la vez fundamenta, pues en sus primeros trabajos ROXIN tiende a asignar una función exclusivamente limitadora.

Recientemente ALASTUEY DOBÓN⁴⁸ observa críticamente otros aspectos sistemáticos del planteamiento dogmático de ROXIN. Partiendo de que no cabe duda de que la culpabilidad es fundamento de la pena junto con su necesidad, insistir como lo hace ROXIN en la culpabilidad como límite de intervención penal, es injustificado, pues las teorías retributivas de la pena se han superado.

Por otra parte podrían observarse ciertas contradicciones en la teoría, en lo tocante a la medición de la pena. Debido a que ROXIN, no delimita la función de la culpabilidad, es decir si ésta constituye el fundamento de la medida de la pena, porque en sus primeros escritos solo acepta que sea límite.⁴⁹

⁴⁷ Aunque algún autor divide las críticas en dos aspectos fundamentales, las críticas de carácter axiológico por la incorrección de sus presupuestos tales como «la prevención estabilizadora», «la defensa del orden jurídico» y, la ausencia de legitimación empírica, así y en ese sentido, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 126 ss.

⁴⁸ Cfr., ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 174 ss.

⁴⁹ Las críticas a la posición inicial de ROXIN, señalan que todo lo que limita fundamenta, parecen superadas, vd., en ese sentido, por todos, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 192, n. 214. La posterior evolución del pensamiento de ROXIN, lo lleva a integrar la culpabilidad y las necesidades preventivas de la pena, en el concepto de responsabilidad, ROXIN, *DP PG I*, 1997, §7, n.m. 26. Desde el punto de vista crítico, PÉREZ MANZANO,

Las consecuencias de la aceptación de la culpabilidad como fundamento y límite son diferentes. Aunque en ambos casos la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, en el caso que la pena persiga el fin de la prevención de integración y que la culpabilidad ha de actuar como límite, se daría mas importancia a los efectos de la prevención de integración. En el otro caso, lo importante sería la adecuación de la pena a la culpabilidad. Para esta respetable autora, se podría incurrir en contradicciones, «*si lo importante es la prevención de integración mediante la pena justa y luego se relajan los medios de obtención de dicho efecto*».⁵⁰

2) Quizás el punto que mayores críticas suscita en la concepción de ROXIN, sea que desde la prevención de integración se podrían sancionar hechos que no se sancionarían desde la prevención general negativa, o de castigarlos con una pena mayor.⁵¹

ALASTUEY DOBÓN⁵² matiza los efectos de esta crítica y señala que esas consecuencias serían posibles, si no se incorporara a la prevención de integración la prevención especial, la que le da un matiz a la posición de ROXIN, pues no necesariamente la prevención general sufre un menoscabo cuando entran en juego consideraciones de prevención especial. Ya que la sociedad considera justa una pena que se encuentra por debajo de la medida de culpabilidad.

Culpabilidad, 1990, 200, que señala las cuestiones problemáticas de la categoría responsabilidad.

⁵⁰ Vd., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 176.

⁵¹ Así, y en ese sentido, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 263 ss.; SILVA SÁCHEZ, Aproximación, 1992, 238, especialmente, n. 253.

⁵² Cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 177.

3) Asimismo, se señala como inconsistencia de la teoría, el supuesto de que se atenúe la pena por razones de prevención especial, la rebaja de pena no puede ser de tal entidad, que no se respete el mínimo de prevención general.⁵³ Corrección que efectúa ROXIN, a fin de salvaguardar la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico. Este último es un concepto totalmente consolidado en Alemania y que se cimenta en la limitación a la posibilidad de aplicar determinados sustitutivos penales sin que merme el sentimiento jurídico general. Este límite puede coincidir con el límite mínimo del marco legal, aunque en ocasiones necesariamente tiene que ser superior.

Se supone el rechazo del carácter bilateral del principio de culpabilidad, optando por una construcción unitaria, según la cual la pena no puede ser inferior al grado de culpabilidad pero sí inferior a él por razones preventivas.⁵⁴

4) Finalmente podemos observar en la postura de ROXIN una ausencia de legitimación empírica. Los aspectos de más difícil control de la prevención general positiva en cualquiera de sus vertientes y esto se aplica también a la prevención de integración defendida por ROXIN, se refieren a la imposibilidad de demostrar empíricamente sus consecuencias. Efectos tan etéreos como los de «aprendizaje», «confianza», «pacificación» y «defensa del orden jurídico», son sólo parcialmente accesibles a la verificación práctica.⁵⁵

Tampoco las proposiciones normativo-empíricas han sido suficientemente estudiadas en su impacto real, posibilitándose interpretaciones y acentuaciones en las que podrían no coincidir las

⁵³ Fundamental LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 268.

⁵⁴ Sobre ello, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 196; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 76.

⁵⁵ Así, y en ese sentido PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 248 ss.

ideas de la sociedad con la concepción dogmática de ROXIN, ni con la jurídica positiva.⁵⁶

B) Para LUZÓN PEÑA⁵⁷ uno de los puntos débiles del planteamiento de ROXIN es el de los sustitutivos penales. Pues, aunque en principio ROXIN considera que en la medición de la pena en sentido amplio -que es el campo de los sustitutivos penales- se puede quedar por debajo de la medida de culpabilidad cuando la pena tenga efectos desocializadores, luego, marca un límite o tope que viene dado por la defensa del orden jurídico.

Frente a esto, LUZÓN PEÑA insiste en que optar por un sustitutivo penal no supone necesariamente una merma de la intimidación general y *«el límite a esta reducción (o sustitución) de pena cuando la aconsejen o impongan los intereses de prevención especial, vendrá señalado por lo absolutamente imprescindible para la intimidación general (para que no sufra merma), pero no está marcado prima facie y de modo autónomo, por una defensa del*

⁵⁶ DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 129, haciéndose eco de la falta de legitimación empírica, cita una investigación de SCHÖCH, en la que se pretendía demostrar el impacto de las agravaciones de la pena en la evitación de los hechos delictivos y los efectos en el mantenimiento de la validez del Derecho penal en la población y llegó a concluir que ni son necesarias ni eficaces. La investigación empírica sobre los efectos de la criminalidad ha sido escasa, por ejemplo, en Iberoamérica ha ocurrido un fenómeno similar, los estudios empíricos son limitados, excepto por las investigaciones que el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) ha llevado a cabo. Un estudio sobre situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de Iberoamérica realizado por ILANUD muestra la insatisfacción de los ciudadanos, ante la justicia penal. La persona común suele pedir más presos y penas más severas o ejemplarizantes y más policías. Lo que a su vez es acompañado de que el sistema es ineficiente, que la policía es corrupta al igual que los jueces, ya que cuando la policía captura un delincuente ellos rápidamente lo dejan en libertad. El reclamo subyacente es que disminuya la comisión de delitos. Cfr. CARRANZA, Criminalidad, 1994, 63; el mismo en: CARRANZA, Elías (Coordinador): Delito y seguridad, 1997, 39.

⁵⁷ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 27 ss.; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 268; el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

"orden jurídico", entendida según la fórmula jurisprudencial acogida por ROXIN».⁵⁸

Me parece esencialmente correcta la propuesta de LUZÓN PEÑA que señala que, si la gravedad del hecho integrada por el injusto y la culpabilidad, es reducida puede imponer un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto, pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal, salvo el caso de concurrencia exclusiva de agravantes que obliga a un límite inferior más elevado.⁵⁹

De forma tal que por debajo del límite superior para individualizar la pena se atenderá prioritariamente a las necesidades preventivo-especiales en función de las circunstancias personales del sujeto. Un claro ejemplo se vislumbra en el sistema positivo español de determinación de la pena, en el que es posible apreciar en caso de nula necesidad de prevención especial, la atenuante analógica (artículo 21,6.ª) por la rectificación espontánea: reparación o confesión (arrepentimiento) y algunas eximentes incompletas que se basan parcialmente en una menor necesidad preventivo-especial. La que operará como atenuante muy cualificada (artículo 66,4.ª) y podrá disminuir la pena por debajo del límite mínimo del marco penal típico, lo cual es posible aunque hubiera además agravantes.⁶⁰

Personalmente comparto las opiniones discrepantes de la doctrina y pareciera injustificada la pretensión de ROXIN de limitar el efecto intimidante de la pena entendido como una mera

⁵⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 43.

⁵⁹ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

⁶⁰ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 47 ss.; el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620-621.

retribución de culpabilidad, pues aunque exista un vestigio de retribución por la culpabilidad («pena compensadora de la culpabilidad»), la pena, ciertamente se impone como un «mal» al individuo, como una «*amarga necesidad*», con la única finalidad de prevenir mediante la amenaza de pena la comisión de futuros delitos y consecuentemente alcanzar la protección de bienes jurídicos.

La conveniencia de superar las antinomias de la pena que es el punto medular de la concepción de ROXIN, mediante un concepto integrador como lo es la prevención general positiva, presenta una importante debilidad: no presenta criterios para limitar la cantidad de pena aplicable, aspecto que es constatable en el planteamiento efectuado acerca de los sustitutivos penales. La limitación por razones de defensa del ordenamiento jurídico, en la concesión de los sustitutivos penales, que en su planteamiento le viene dado por razones de Derecho positivo, no supone de manera inexorable una disminución del potencial intimidatorio ni de la prevención general.

Como lo señala LUZÓN PEÑA,⁶¹ si una determinada pena, aunque sea inferior a la pena proporcional a la gravedad del hecho, o la posibilidad de imposición y ejecución de una pena es suficiente para la intimidación general, es también suficiente para la afirmación del Derecho y para la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el mismo. No justificándose entonces la postura de que en algunos casos aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria deba recurrirse a la imposición de la pena con el «*fin de estabilizar la conciencia jurídica*» o el de evitar «*la incomprensión o el rechazo de los ciudadanos*».

⁶¹ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 42.

El cambio que se pretende alcanzar con el planteamiento integrador en la función del Derecho penal de prevenir y evitar delitos, cual es el de ratificar el sistema social (manteniendo y fortaleciendo la vigencia de la confianza de los ciudadanos en el orden jurídico), no es más que un cambio de apariencia o maquillaje de lo que pretenden en general todas las teorías de la pena transmitir a la sociedad un mensaje valorativo que disuada para que no se cometan delitos. De otra parte la concepción de ROXIN, como señala ZUGALDÍA,⁶² no exime a la pena de fines socialmente útiles, la prevención de integración relativiza el concepto de prevención y admite para la pena otro tipo de función social utilitaria, pero con un riesgo muy alto, en mi criterio el de instrumentalización del individuo.⁶³

Indudablemente frente a los planteamientos dogmáticos de la teoría de la prevención general positiva se observa una falta de legitimación empírica. ROXIN se ha referido a la necesaria conexión entre lo empírico y lo normativo, en términos de superar «*la contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio*».⁶⁴ Desde mi perspectiva lo que se pretende con el Derecho penal es lograr una coexistencia pacífica,⁶⁵

⁶² Cfr., ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 71.

⁶³ Cfr., en ese sentido, ALBRECHT, La insostenible, 2002, 474.

⁶⁴ Cfr., ROXIN, Política Criminal, 1982, 18.

⁶⁵ «*La persona común*» y la sociedad, -y es en ésta donde se impondrá la pena a un sujeto concreto- también reclaman una disminución en la comisión de los delitos. Véase, al respecto, la reciente reforma al CP 1995, LO11/2003 de 29 de septiembre en cuya exposición de motivos se alude al fortalecimiento de la seguridad ciudadana. De igual forma el clamor popular sobre la inseguridad ciudadana ante el aumento de la criminalidad operado en el año 2003. Cfr., HERNÁNDEZ, Los atracos, en: [http://www. el país.es/archivo/15](http://www.el país.es/archivo/15) de noviembre de 2003. Paradigmática la propuesta del Grupo Popular a favor del cumplimiento íntegro de las penas en la discusión parlamentaria del CP 1995, vd., sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 164. Sobre la reacción social y la petición popular para que existan menos delitos en Iberoamérica, vd., CARRANZA, en: CARRANZA (Coordinador): Delito y seguridad, 1997, 41. Sobre la transformación de ese reclamo en un sentimiento generalizado de inseguridad véase el estudio de CHINCHILLA/

y, sí los delitos se producen exista un cúmulo de garantías, no el recurso a posiciones ideológicamente cargadas y manifiestamente antiliberales⁶⁶ que justifiquen la pena.⁶⁷

C) En cuanto a la reparación del daño, la prevención de integración le sirve de fundamento a ROXIN para su propuesta como «*tercera vía*».⁶⁸ En ese sentido, señala que la prevención general positiva trasmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse. Facilitando al ciudadano una actitud afirmativa frente al orden jurídico, esto ocurre de tres formas: por el efecto didáctico que se produce cuando los preceptos penales son interpretados públicamente, por ejemplo en la sentencia; por el efecto de confianza, que se logra cuando la población ve que el Derecho se impone; y por el efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito. Para alcanzar ese efecto de confianza son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo entre víctima y delincuente, pues «*con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno mientras persista el perjuicio a la víctima. Sólo cuando ésta haya sido repuesta en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y*

RICO, La prevención, 1997, 6, en el que señalan que en América Latina «*todos los grupos y categorías de ciudadanos estiman que la delincuencia aumenta sin cesar, lo que -suele corresponder a la realidad-, consideran inseguros el país, la ciudad, el barrio, la calle, o el hogar donde viven y vaticinan ser asaltados o robados en los próximos meses*».

⁶⁶ Así, y en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 237.

⁶⁷ En igual sentido, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento *postdelictivo*, 1985, 368; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º 45, 1997, 199.

⁶⁸ Cfr., en ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149 ss; el mismo ADPCP 1999, 11 ss.

*la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado».*⁶⁹

De manera opuesta HIRSCH⁷⁰ observa un planteamiento equívoco resultante de la reparación y su fundamento en la prevención de integración. En la remisión a esta última, no se observa que en la solución jurídica de un caso, el Derecho penal es tan solo una parcela del ordenamiento jurídico. Existiendo otros ámbitos jurídicos en los cuales puede tener incidencia el quebrantamiento de la ley; así por ejemplo, el Derecho civil, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo.

En consecuencia, reducir al ámbito procesal penal todos los efectos jurídicos del delito, conduciría al caos procesal e incidiría en su finalidad específica, cuyo objeto está dirigido, exclusivamente, al enjuiciamiento penal del autor.

La segunda crítica coincide con las objeciones generales a la prevención de integración. Incluir la indemnización del daño como una de las funciones del Derecho penal tiende a favorecer una estructuración más reforzada de las consecuencias jurídicas del hecho cometido, aspecto que pareciera exceder las funciones retributivas asignadas al Derecho penal.⁷¹

ROXIN responde a las objeciones señalando que no existe pérdida del potencial intimidatorio, fundamentándose en datos empíricos proporcionados por investigaciones realizadas en los Estados Unidos de América, Japón y Alemania donde la víctima y la comunidad consideran más importante una reparación amplia en los delitos de pequeña y mediana gravedad que el castigo del

⁶⁹ ROXIN, en: Seminario Hispano-Germánico, 1992, 5-6.

⁷⁰ Cfr., HIRSCH, CPC 1990, 568.

⁷¹ Así, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 65. En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 186.

delincuente.⁷² Desapareciendo la dificultad de que la comunidad muestra más interés en el efecto intimidatorio de la prevención general negativa que en la función de prevención integradora de la reparación.

El planteamiento de ROXIN en lo que respecta a la prevención de integración como fundamento de la reparación del daño en mi criterio es muy sugerente, y útil para cierto tipo de criminalidad leve o mediana, pero no se puede absolutizar el punto de vista de que la reparación del daño puede aplicarse a cualquier delito -y no creo que ROXIN lo pretenda-⁷³ porque implicaría prescindir del aspecto público del Derecho penal.⁷⁴

⁷² Así, y en ese sentido, ROXIN, IP 1989, 12; el mismo, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 22. Se refiere ROXIN a una investigación llevada a cabo por SESSAR, en 1986, cuyos resultados en la República Federal Alemana señalan que por ejemplo la reparación del daño es una consecuencia jurídica importante mostrando un 47.5% de opiniones favorables de los entrevistados, un 27.3% se mostró anuente al trabajo de utilidad pública, el 12% solicita un una excusa, mientras que solo el 7% exige en primer lugar el castigo del autor. Sobre los resultados de las encuestas de SESSAR, vd., ROXIN, IP 1989,13; DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 70-71. Especialmente crítico sobre los resultados de la encuesta de SESSAR, se manifiesta KURY, al reconocer un sesgo en la formulación de la pregunta número 13 que mostraba a los entrevistados una orientación en favor de la reparación o compensación entre autor y víctima. En 1994, KURY llevó a cabo un estudio experimental en Friburgo de Brisgovia cuyos resultados a la mencionada pregunta trece, la población de Friburgo se mostró menos propicia a la reparación que la de Hamburgo. Inmediatamente después SESSAR replicó las conclusiones de KURY observando también puntos de inflexión en la formulación del cuestionario. Sobre ello, cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 195 ss.

⁷³ El mismo ROXIN, ADPCP 1999, 11, señala que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados. Se refiere a la criminalidad grave como los homicidios, los delitos violentos brutales, delitos patrimoniales graves o los delincuentes reincidentes. En estos casos observa un posible efecto atenuador de la pena cuando el autor se ha esforzado en reparar el daño. «*Un arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costes hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena. No tengo ninguna duda de que esto sería aceptado socialmente y favorecería una prevención general positiva*».

⁷⁴ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 185. Considero que se debe ser muy cauteloso desde el punto de vista jurídico positivo en la regulación de la reparación del daño. Aunque estas tesis son usualmente aceptadas en la criminalidad leve y mediana, la insuficiente descripción, o bien el concurso de otras normas jurídicas puede dar lugar a la aplicación de la reparación del daño a supuestos en que el bien jurídico protegido se considera como un supuesto de criminalidad grave. Así por ejemplo, la Sala Constitucional

Como más adelante tendremos ocasión de analizar, me adscribo a una postura intermedia⁷⁵ sobre la prevención general, que considera la prevención general en su aspecto negativo de intimidación, pero matizada por las consideraciones de prevención general positiva, o integradora caracterizada por la convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las normas, especialmente penales. Que genera la confirmación ante todos los ciudadanos de la validez y vigencia del ordenamiento jurídico y de sus mandatos. En la cual encuentran aceptación tanto la consideración de los sustitutivos penales como algunas de las ideas de la reparación del daño. De manera particular no creo que la reparación del daño pueda de alguna forma ser una de las funciones del Derecho penal,⁷⁶ aunque de manera certera, la reparación del daño disminuye la necesidad de la pena.

de Costa Rica (SC, v. 2000-00430), no encontró roces de inconstitucionalidad en un caso de tentativa de homicidio en el que se pretendía aplicar una conciliación. Señalando que lo anterior no implica la renuncia del Estado a un determinado bien jurídico, sino que constituye una forma diferente de tutela. En igual sentido, S III, v. 2000-431, voto que tras la sentencia anterior de la Sala Constitucional (con efectos *erga homines*), varía la Jurisprudencia penal que no admitía la conciliación en delitos graves, como por ejemplo, en la tentativa de homicidio Vd., S III, v. 1999- 663; v. 1999-1612. En mi criterio, los votos anteriores de la Sala III, partían de un criterio acorde con el principio de legalidad, según el cual se establece un límite temporal para la concesión de la ejecución condicional, establecido en cinco años. Esta limitación para la concesión del sustitutivo salvaguarda la prevención general y considero que esa era la idea del legislador, que se admitiera la conciliación solo en los delitos leves y medianos, no así en los delitos graves. La Sala III, partía de un análisis de las normas sustanciales y procesales, entendiendo que en los delitos tentados, la estimación de la pena a los efectos de la conciliación debía considerar la penalidad abstracta. No pudiendo considerarse la que eventualmente podría resultar de la aplicación de las reglas dispuestas en el art. 73 CPCR, norma en la que autoriza al juzgador para disminuir la pena prevista para el delito consumado, la que puede ir desde un día en adelante. Estimaba que podría llevar a desigualdades y arbitrariedades permitiendo conciliar a quien ha puesto en peligro los bienes jurídicos en forma grave, frente a otros a quienes se les niega esa posibilidad, solo por razones de adecuación típica.

⁷⁵ Cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 69; el mismo, Prólogo a Pérez Sanzberro, Reparación, 1999, XXXI.

⁷⁶ Acertadamente en mi criterio, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 187, señala que el Derecho penal puede ofrecer incentivos que estimulen la reparación del daño que pueden consistir en moderar la sanción penal o bien en condicionar la concesión de ciertos

Siguiendo a LUZÓN PEÑA, siendo la prevención integradora una manifestación conexas y derivada de la intimidación general, lo que basta para una, será suficiente para alcanzar «*la pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad*» o «*el prevalecimiento del orden jurídico*». ⁷⁷

Las manifestaciones de una menor necesidad de pena que puede implica el recurso a los sustitutivos penales o a la reparación del daño, tendrán como límite la prevención general en su vertiente de intimidación, pues solo de esta forma la sociedad comprenderá que esa conducta representa un disvalor de la mayor entidad y que justifica la tutela penal como un bien jurídico protegido.

En caso contrario, debería pensarse seriamente en la despenalización de esas conductas, pues en mi criterio, para qué tendría que recurrirse a un sistema tan gravoso como el Derecho penal, si por medio de otras parcelas del ordenamiento jurídico se puede pacificar el sentimiento jurídico de la comunidad.

Considero que tampoco pueden cerrarse los ojos ante el cambio social, en el que por una parte, se asigna un valor económico a toda relación ⁷⁸ y, por otra, hay un reclamo generalizado de ineficiencia o disfunción en los órganos que administran justicia, de los cuales se señala que son lentos, costosos. ⁷⁹

beneficios al autor, pero esto es diferente de elevar la reparación penal al rango de principio informador del Derecho penal.

⁷⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 42.

⁷⁸ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 175.

⁷⁹ Así por ejemplo, TAHORIA, *JyS*, n°3, 1999, 16 señala que en el caso concreto de España los datos de las encuestas de opinión respecto de la justicia, detallan una mala valoración global. En igual sentido sobre el estado de la Justicia en Iberoamérica, cfr., BINDER, *JyS*, n° 1, 1998, 5 y ss.

En ese sentido, la tesis de ROXIN sobre la conexión de lo empírico y lo normativo me parecen correctas, no puede existir un divorcio entre Derecho penal y realidad social, ya que como lo señalan CHINCHILLA/ RICO,⁸⁰ el ser humano es actor y «*artesano de su vida social y, por consiguiente, de las estructuras que determinan la calidad de las misma*». Sin embargo, considero que admitir para la pena una función social utilitaria, de «*pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad*», no solo excede las funciones del Derecho penal, sino que tiende a diluir el valor de la persona sujeto de derechos en un sistema social que ha ocupado su lugar.

A mi entender, pareciera que dos de los pilares del pensamiento penal liberal: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el concepto de culpabilidad como límite de la pena se abandonan frente a las ideas de la restauración de la paz jurídica. La reparación del daño se presenta en la concepción de ROXIN como la panacea, pues, ni las penas, ni las medidas de seguridad pueden cumplir de igual forma el efecto de pacificación.⁸¹

Un claro ejemplo es el Proyecto Alternativo de la Reparación - del cual ROXIN es uno de los redactores-, en el que se indica que, la paz jurídica es restablecida cuando la compensación entre el autor y el lesionado o el ordenamiento jurídico infringido se ha conseguido totalmente a través de prestaciones de reparación y, por consiguiente no existen necesidades penales de prevención especial o general.⁸² El concepto de lesión de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, la reparación penal estabiliza el sistema y da confianza en la vigencia de la norma.

⁸⁰ Cfr., CHINCHILLA/ RICO, La prevención, 1997, 2,

⁸¹ Cfr., ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 22.

⁸² Cfr., AA .VV., AE-WGM, 1998, 60.

Igual ocurre con la culpabilidad, es sustituida por el principio de subsidiariedad, lo cual plantea contradicciones con los planteamientos que ROXIN efectúa respecto del papel de la culpabilidad, cuando el concepto se emplea en función de una pena -que ya tuvimos ocasión de estudiar- a cuando se emplea en función de la reparación del daño. En este segundo caso, su papel es nulo. De tal suerte que lo importante no es la garantía que puede representar dicho principio de cara al autor del delito como compensación por el hecho cometido, y como límite del *ius puniendi*, sino que lo realmente importante es la orientación a los requisitos funcionales de la sociedad de mantener la confianza en el Derecho.

2.1.2. La postura de JAKOBS

Desde una perspectiva material diferente y adoptando la teoría de los sistemas de LUHMANN,⁸³ JAKOBS considera que la pena cumple una función ético social y que en ese deber de proteger las condiciones de la interacción social, su función es preventiva.

La prevención general positiva es definida como ejercicio en el reconocimiento de la norma, *«La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma»*.⁸⁴ La pena se legitima positivamente por la

⁸³ Ampliamente sobre el funcionalismo jurídico penal, JAKOBS, Sociedad, 1996, 15 ss. Se trata de una construcción teórica, según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Sobre las aportaciones del pensamiento de LUHMANN a la teoría de JAKOBS, vd., PEÑARADA/SUÁREZ/CANCIO, en: JAKOBS, Estudios, 1997, 21, 23. Críticamente sobre la aplicación de la teoría de los sistemas al Derecho penal, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 49.

⁸⁴ Vd., JAKOBS, DP PG, 1995, 8.

necesidad del mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

JAKOBS desglosa en tres efectos la prevención general positiva «*el ejercicio de la confianza en la norma*»: todos los hombres son destinatarios de las normas, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar es decir, si pueden tener expectativas o no; «*el ejercicio de la fidelidad en el Derecho*»: la pena consigue que el delito no se aprenda como alternativa de conducta posible; «*el ejercicio de la aceptación de las consecuencias*»: con la pena se aprende la conexión entre la conducta y el deber de soportar sus costes.⁸⁵

La intimidación general que puede producirse secundariamente y cuyos efectos se dan no por el reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos, con lo cual critica la prevención general negativa.⁸⁶

2.1.2.1. Especial consideración sobre los equivalentes funcionales

JAKOBS afirma que habrá ocasiones en que la pena pueda ser sustituida por otras medidas alternativas a la pena a las que menciona como «*otras posibilidades de solución del conflicto*» a éstos los llama «*equivalentes funcionales*».⁸⁷ No a toda norma

⁸⁵ Cfr., JAKOBS, DP PG, 1995, 18; el mismo, en: Estudios, 1997, 74 ss.

⁸⁶ Vd., en este sentido, PEÑARADA/SUÁREZ/CANCIO, en: Estudios, 1997, 33.

⁸⁷ Cfr., JAKOBS, DP PG, 1995, 14, n. 14 y 14^a.

promulgada le sigue la pena, se puede prescindir de ésta si cabe discutir la competencia del autor para desautorizar la norma, también existen otras posibilidades de reacción los equivalentes funcionales (sustitutivos penales).

La primera referencia a los equivalentes funcionales se observa en el trabajo «*Schuld und Prävention*» (Culpabilidad y Prevención), en el que señala que «*la necesidad de pena decae cuando resulta posible un procesamiento distinto de la defraudación de la expectativa*»,⁸⁸

Los equivalentes funcionales pueden originar diferentes tipos de reacción no punitivas:

1) Hay ocasiones en que es imposible estabilizar la expectativa que se ha defraudado, es decir, se va a seguir produciendo la defraudación y esto da lugar a que se le reste importancia, por ejemplo, el hurto de bicicletas.

2) Cuando se produce un conflicto se puede aprender de él, pero la reacción que se tiene es como si no se hubiese realizado. Esto ocurre, por ejemplo con las infracciones de bagatela, se persigue la delincuencia de una manera selectiva, el hecho de registrar la delincuencia actuaría provocando *a posteriori* otros delitos.

3) Los sustitutivos penales como la condena condicional (§56 StGB) y amonestación con reserva de pena (§59 StGB) fuerzan la conducta futura mediante la concreta conminación penal, con lo que se encuentran en un nivel intermedio entre las soluciones cognoscitivas- y las soluciones normativas.

4) Las reacciones jurídico-civiles que se producen tras la declaración de culpabilidad, es decir, la responsabilidad civil *ex delicto*, produce la confirmación de la vigencia de la norma, e incluso a veces pueden tener lugar en vez de una declaración de

⁸⁸ Así, y en ese sentido, PEÑARADA/SUÁREZ/CANCIO, en: Estudios, 1997, 31.

culpabilidad. La importancia de la infracción de la norma no depende de la magnitud de los daños que han de resarcirse, esa magnitud, por ejemplo, en el caso de tentativa de asesinato, es igual a cero.⁸⁹ El deber de resarcimiento puede bastar como consecuencia del delito y en algunos casos para la víctima es más importante que prevalezca este deber de resarcimiento sobre la pena.

5) En el Derecho penal juvenil, las reacciones como la pena juvenil y las sanciones disciplinarias y las medidas no sancionatorias, como la propia inactividad de la policía en supuestos de infracciones de bagatela o los programas educativos. Estas sanciones van a ser objeto de la prevención especial, siempre que el déficit educativo se ponga de manifiesto claramente y se pueda solucionar en la práctica, ya que si no estarán dentro de la prevención general positiva.⁹⁰

Entre las consecuencias del pensamiento de JAKOBS cabe destacar la unificación de la prevención general positiva con la prevención especial subsidiaria, ambas concurren como equivalentes posibles para la solución de conflictos. Así, por ejemplo, en la suspensión condicional de la pena y en las instituciones jurídicas relacionadas, el efecto preventivo-general interviene en la desaprobación pública, vinculada a las cauciones y el efecto preventivo-especial, está constituido por la presión penal

⁸⁹ Lo cual en mi criterio es falso, no es cierto que el deber de resarcimiento puede bastar como consecuencia del delito. La responsabilidad civil derivada de delito solamente como efecto secundario puede actuar como inhibidor de conductas. A diferencia de lo que ocurre con el Derecho penal, que toma como punto de partida el suceso externo en la protección de bienes jurídicos y castiga su lesión o puesta en peligro en forma concreta o abstracta, o el comienzo de las acciones a ella dirigidas, entendiéndose que existe lesión aún en la tentativa y hasta en la tentativa inidónea exceptuadas la irreal y la supersticiosa. En igual sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, RDPCrim 1999, 386. Sobre los efectos de la tentativa en la medición de la pena, FRISCH, ADPCP 1994, 178 ss. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea en el Derecho penal español, cfr., MIR PUIG, MFC n° 4, 1999, 39.

⁹⁰ Cfr., JAKOBS, DP PG, 1995, 16, 17, 30.

concretada (la imposición de instrucciones de conducta y la asistencia en la condena condicional). No obstante, la prevención general positiva es el marco en el que funciona la prevención especial.⁹¹

Una segunda consecuencia es que el marco de la pena adecuada a la culpabilidad, constituye una barrera que no puede sobrepasarse por razones de prevención especial. Muy enérgicamente señala «*Si se tolera la reducción de la pena, también "queda atenuada" la culpabilidad!*».⁹² La culpabilidad es reconducida a la prevención general, es decir, la culpabilidad está orientada a un fin, el de la prevención general positiva.⁹³

2.1.2.2. Análisis crítico a la postura de JAKOBS

Las propuestas de JAKOBS sobre la prevención general positiva han merecido respuestas críticas, objetándoseles, entre otras cosas su tendencia al neoretribucionismo, con su exaltación a la «*la conciencia ético-social*».

A) MORALES PRATS,⁹⁴ en forma didáctica, sintetiza las principales críticas a JAKOBS, enumerándolas de la siguiente forma:

⁹¹ Para JAKOBS, DP PG, 1995, 31, 36, «*El principio del hecho*» se origina en las teorías de la pena que pretenden graduar la pena según la magnitud del daño causado. La prevención especial produce una «*lesión del principio del hecho*», es imposible desalentar al autor de que cometa delitos con la sola punición. El hecho no es sino motivo para el tratamiento.

⁹² Vd., JAKOBS, DP PG, 1995, 36, n.74.

⁹³ En ese sentido, SCHÜNEMANN, en: Homenaje 50° Aniversario CLAUS ROXIN, 1991, 149, n.6. Particularmente crítica, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 254 ss.

⁹⁴ Cfr., MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, Manual DP, 2002, 133. Anteriormente criticaron la teoría sistémica de JAKOBS, BARATTA, CPC 1984, 544; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 255; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 237, GARCÍA-PABLOS, DP, 2000, 97 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 2002, 69.

1) La pena queda desligada de su función de protección de bienes jurídicos propia del Derecho penal, eliminando el principio de proporcionalidad. Lo importante es la preservación del sistema social por encima de las garantías, derechos y valores del individuo.

2) Se propugna la desnaturalización del Derecho penal al vaciarlo de contenido y funciones. Pues tiende a eliminar las barreras entre el Derecho Penal y otros medios de control social menos traumáticos y estigmatizadores.

3) Conduce a una política criminal antidemocrática, al pretender eliminar de los límites del «*ius puniendi*», tanto su aspecto formal como material.

4) El recurso a la conciencia moral de los ciudadanos como tarea del Derecho penal, es inaceptable desde los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

5) Las exigencias de pena por parte de la sociedad pueden rebasar los niveles requeridos desde la prevención general de intimidación. La teoría legitima impulsos irracionales y emocionales primarios, al entender la pena como un medio de reequilibrio psíquico de la sociedad.

En mi opinión las anteriores críticas son totalmente razonables, pues si se ha demostrado una progresiva evolución en el Derecho penal, en la búsqueda de una mayor racionalidad, no es posible volver al lugar de partida en que se confunden Derecho y moral. La asignación de la función de fomento de los valores ético-sociales rebasa las expectativas del Derecho penal y parece acercarse a filosofías autoritarias de cuya historia existen sendos ejemplos.⁹⁵

⁹⁵ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 270; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 238; MORSELLI, ADPCP 1995, 270 ss.; GARCÍA-PABLOS, DP, 2000, 97 ss. Señala que debe huirse de una utilización deliberada del Derecho penal para llevar a cabo una política de «*gestos cara a la galería*» y a la opinión pública con efectos balsámicos de sentimientos colectivos que suelen manipularse interesadamente.

No puede negarse a la teoría sistémica de JAKOBS su contribución a relativizar el efecto intimidante de la pena y de la ejecución de la misma basada en la resocialización, aunque su principal flaqueza consista en la incapacidad para limitar la cantidad de pena aplicable y la flexibilidad para la elección de la respuesta al delito.⁹⁶

Si lo importante es alcanzar el fin de estabilización de la norma ante el delito -que es una decepción de las expectativas- debe seguir una reacción que reafirme simbólicamente la norma con el fin de mantener el sistema social. De tal suerte que la estabilización de la norma se puede alcanzar por cualquier consecuencia o reacción jurídica, siempre que sea idónea para producir ese efecto. No necesariamente debe tratarse de una pena, ya que indudablemente también se toman en serio sanciones de otros sectores del ordenamiento jurídico y que sirven al fortalecimiento de la validez de las expectativas.⁹⁷

B) La teoría de los equivalentes funcionales de JAKOBS, igualmente ha recibido numerosas críticas sobresaliendo la que señala su falta de claridad en la formulación.⁹⁸ No existiendo muchos criterios para determinar cuando se impone la pena para la

⁹⁶ Así, y en ese sentido, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 162; ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 2002, 70

⁹⁷ Cfr., JAKOBS, DP PG, 1995, 13-14, 1/11-12

⁹⁸ Valga recordar que para JAKOBS, DP PG, 1995, 8, 14, «la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma». «Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma».

solución de conflicto y cuándo se prescinde de ella utilizando otras soluciones.⁹⁹

El propio JAKOBS,¹⁰⁰ trata de aclarar su postura ante la crítica anterior, señalando que, *«todo conflicto puede solucionarse mediante la renuncia al contacto social, así como otros muchos mediante la autoprotección de la víctima, pero la obligación de asumir estos costes no se puede fundamentar por lo general aduciendo que son menos gravosos que la pena.(...). Dada esta situación, el principio de subsidiariedad sólo puede aplicarse, en tanto que desplaza el gravamen, cuando la persona gravada alternativamente es responsable del conflicto con independencia de este principio»*.

Algunos de sus discípulos, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO¹⁰¹ también han respondido a los cuestionamientos doctrinales sobre los equivalentes funcionales de su maestro. Afirmando que, no puede acusarse el planteamiento teórico de ofrecer sólo una respuesta represiva frente a la comisión de delitos, puesto que él mismo plantea que las medidas asistenciales son la mejor forma de enfrentarse al fenómeno de la desviación desde la perspectiva preventivo-especial.

Para sus seguidores, las críticas a JAKOBS pueden aceptarse sólo cuando se dirigen a la escasez de criterios normativos que orienten la elección de una pena u otro tratamiento diferente del conflicto. Consideran que, de modo indirecto, JAKOBS da alguna orientación para solucionar el problema de opción entre pena y otras medidas. Así, cuando se refiere a los *costes* (pérdida de

⁹⁹ Esta es una de las críticas que le dirigen BARATTA, CPC 1984, 545, y MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 134-135, 138, en el sentido de que la prevención general positiva no explica por qué razón la estabilización de las expectativas se produce a través de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y con idéntica función.

¹⁰⁰ Cfr., JAKOBS, DP PG, 1995, 60-61.

¹⁰¹ Cfr., PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, en: JAKOBS: Estudios, 1997, 31.

bienes de cualquier naturaleza), que tienen que ser repartidos; y por otro lado, al afirmar que el principio de subsidiariedad «no implica que la pena sea ilegítima cada vez que el conflicto pueda ser evitado o resuelto, al coste que fuera, por una vía diferente a la de la pena: el principio de subsidiariedad y el proporcionalidad, del que aquel constituye la versión jurídico-penal, sólo rigen como dice Jakobs, "si los costes que implica la medida alternativa afectan a una persona a quien incumbe el conflicto en cuestión" ya que, en otro caso, no se podría fundamentar el deber de soportarlos».¹⁰²

C) En lo tocante a la reparación del daño, las principales críticas se dirigen a la falta de definición sobre las circunstancias y condiciones en que la reparación del daño puede bastar como reacción al delito. En ese sentido, para ALASTUEY DOBÓN,¹⁰³ la indeterminación de la reparación que pueda servir como equivalente funcional alcanza al contenido material de la reparación, no siendo posible determinar si la reparación que confirma la vigencia de la norma ha de ser voluntaria o coactiva.

¹⁰² Cfr., PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, en: JAKOBS: Estudios, 1997, 31.

¹⁰³ Vd., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 166.

2.2. LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

Frente a este sector de la doctrina científica que se dedica a estudiar las funciones de la prevención general positiva, otro significativo grupo de autores, desde perspectivas diferentes, destaca fundamentalmente el valor de la prevención general negativa.¹⁰⁴ La que se puede describir «como el peligro de otros de cometer delitos semejantes», «amenaza penal» o «temor a la sanción».

Los matices o acentos que pueden darse por la doctrina para considerar el efecto de intimidación son innumerables, pero la mayoría otorga un papel fundamental a las propias legislaciones positivas, las que demuestran que la prevención general negativa es totalmente vigente y es considerada en todos y cada uno de los tipos penales.¹⁰⁵ La existencia de mínimos y máximos en el marco penal, así como el establecimiento de salvaguardas o cautelas para la prevención general negativa, son claros ejemplos de ello. Sólo se permite la concesión de ciertos beneficios cuando se considere que se ha salvado la prevención general, por ejemplo, la condena condicional, la sustitución de penas, el cumplimiento integral de la pena y el cumplimiento de un mínimo de pena para la aplicación de la libertad condicional.¹⁰⁶

Un aspecto importante de la orientación del Derecho penal hacia la prevención general negativa, permite excluir la confusión del Derecho penal con la moral, característica de las fundamentaciones de corte retributivo y de prevención general

¹⁰⁴ En ese sentido, entre otros, GARCÍA-PABLOS, DP, 1995,160; ROXIN, DP PG I, 1997, 91,§25; CERESO MIR, Curso DP PG 1, 1998, 27; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 802.

¹⁰⁵ Así, y en ese sentido, SÁNCHEZ YLLERA, ComCP1 995, 499.

¹⁰⁶ Sobre la limitación de instituciones por razones de prevención general, cfr., PÉREZ MANZANO, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82 y n. 35; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 156.

positiva.¹⁰⁷ Si bien la pena es una respuesta a la violación de la norma jurídica y por eso es retribución, pero no en el sentido de la teoría absoluta, se ve matizada por múltiples consideraciones preventivas. Por lo que, siguiendo a LUZÓN PEÑA, no es necesario acudir a fórmulas cargadas ideológicamente -deseos de venganza y descargas de agresividad-, como la «fidelidad» o «adhesión a las normas», propias de la prevención general positiva, para reconocer las finalidades preventivas, si ya con la intimidación general, se logra ese propósito.¹⁰⁸

2.2.1. La función de intimidación del Derecho penal

Pese a la evolución del Derecho penal, resulta innegable su efecto intimidatorio.¹⁰⁹ Sin embargo no se mantiene en la actualidad una equiparación exclusiva entre prevención general e intimidación.¹¹⁰ Si al principio se pensó que los efectos intimidatorios tenían su radio de acción circunscrito a la imposición de la pena concreta y más decisivamente en la ejecución de ésta caracterizada por su publicidad y gran contenido aflictivo, el paso a la modernidad ubicó el efecto intimidatorio en la conminación penal típica.¹¹¹

La función intimidatoria del Derecho penal, expuesta por FEUERBACH, plantea la disuasión al delincuente de la comisión de delitos a través de la amenaza con inflingirle un mal que resulte

¹⁰⁷ Sobre ello, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 336.

¹⁰⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 270. Sobre las ventajas de la prevención general frente a la prevención especial, vd., ROXIN, *DP PG I*, 1997, 92, §§28-29.

¹⁰⁹ Ampliamente, desde el punto de vista histórico, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 262.

¹¹⁰ Cfr., DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 356.

¹¹¹ En ese sentido, vd., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 212.

superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito. El efecto intimidante de la pena consiste en la influencia que ésta ejerce en la formación de la voluntad y determinación del delincuente potencial. Para éste las ventajas que le reportará la comisión del delito se ven superadas por las desventajas que el Estado le impondría como respuesta a su hecho, es decir, en forma de pena.¹¹²

La prevención general plantea un modelo antropológico racionalista y utilitarista,¹¹³ que muchos autores critican por partir de la imagen del hombre como un *homo oeconomicus*,¹¹⁴ esto es, como un ser que pondera racionalmente las ventajas e inconvenientes que puede reportarle una determinada actuación.¹¹⁵

Como resto útil de la exposición que realizó FEUERBACH, modernamente se admite la intimidación para evitar la comisión de delitos, ante la insuficiencia de otros medio extra-penales, se trata como lo resume LUZÓN PEÑA, «de la amenaza de un mal real que

¹¹² Sobre la conveniencia del modelo utilitarista respecto de otros modelos y sobre los principios de justificación de la pena: ofensividad, evitación del sacrificio innecesario, efectividad y evitación de la violencia arbitrada, vd., CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 18, 24, 284.

¹¹³ Crítico de la doctrina de justificación utilitarista, CORDOBA RODA, Culpabilidad y pena, 1977, *pássim*. Una exposición de conjunto, vd., CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 279 ss.

¹¹⁴ Ampliamente, TORIO LÓPEZ, RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, 671.

¹¹⁵ Desde una perspectiva crítica, HASSEMER, Fundamentos, 1984, 384, señala que la idea preventivo-general «espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico penal con la conminación penal y con la posibilidad de la ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo». En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 335-336; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 208. Un interesante análisis sobre las teorías económicas y el Derecho penal, vd., NINO, Introducción, 1987, 401; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1996, 93-127.

*supone la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de la pena».*¹¹⁶

Desde el punto de vista histórico, es posible distinguir dos direcciones o énfasis en la intimidación ejercida sobre la generalidad: por medio del ejemplo ofrecido a través de la amenaza contenida en la ley, y a través de la imposición de la pena.¹¹⁷ Corresponde la primera dirección con períodos en los que la ejecución penal era de carácter público y de finalidad aflictiva. La segunda dirección se da a partir del liberalismo que acentuó el efecto preventivo-general en el momento de la conminación penal típica, y en los sucesivos momentos, de imposición y ejecución de la pena, los que son confirmaciones de la seriedad de la amenaza previa.¹¹⁸

Los aportes más significativos de la doctrina de la prevención general negativa proveen un fundamento racional a tres principios garantistas básicos que delimitan el *ius puniendi*, según FERRAJOLI,¹¹⁹ éstos serían: el de estricta legalidad, el principio de materialidad de los delitos y el principio de culpabilidad y responsabilidad personal.

Las teorías de la prevención especial que en principio delimitan los espacios del Derecho y la Moral y han sido exponentes claras del utilitarismo ilustrado según el cual la legitimación de la pena se da si ésta es eficaz, necesaria y si puede verse como un mal menor.¹²⁰ Sin embargo, desde las justificaciones preventivo-

¹¹⁶ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 264. En igual sentido, BORJA, RCP, n° 9, 1994, 14-15.

¹¹⁷ Ampliamente, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 276.

¹¹⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 264; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 196.

¹¹⁹ Vd., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 277-278.

¹²⁰ Lo cual puede resumirse en la frase, «*máxima felicidad dividida entre el mayor número*». Sobre ello, cfr., NINO, Introducción, 1987, 428.

generales se han defendido posturas de Derecho penal autoritario o máximo, pues a semejanza de las doctrinas retribucionistas se refieren al binomio entre pena y venganza.¹²¹

En la actualidad se distinguen en la doctrina varias direcciones posibles en la fundamentación preventivo-general negativa de la pena.

a) Para un grupo de autores, con una posición radical, la justificación de la intervención punitiva se encuentra en la retribución de la culpabilidad. Ésta es entendida como reprochabilidad del hecho al sujeto, quien pudo haber actuado de otro modo, por lo que la pena retribuye, «expía» la culpabilidad por el injusto cometido.

La revitalización de la teoría de la prevención general negativa unida a una fundamentación absoluta de la pena sirve de plataforma a las teorías del merecimiento «*just desert theory*» o de punición más dura al autor. Las que recurren a los planteamientos clásicos del libre albedrío, a la responsabilidad moral, a la culpabilidad y la proporcionalidad entre la pena y la gravedad de los delitos. Partiendo de la teoría absoluta de la pena, subrayan que sólo de ésta forma se puede ser fiel a la idea ética de dignidad del hombre, como sujeto moral autónomo, libre, sirviendo esto último como base para la concepción normativa de la culpabilidad.¹²²

b) En el otro extremo se ubica la fundamentación prevencionista, que sostiene, que la pena sirve como medio para lograr un fin socialmente útil, la prevención o evitación de futuros delitos, y según la cual la prevención general por sí sola puede legitimar el recurso a la pena.

¹²¹Cfr., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 276-278, 333.

¹²² Con un planteamiento sobre una punición más dura al autor desde la teoría del merecimiento, cfr., VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 28- 54- 61 ss.

Para este sector, la sociedad o Estado recurren a la amenaza de la pena (intimidación) como medio elemental, para elevar y reforzar los mecanismos inhibitorios de los individuos frente a la comisión de las conductas más intolerables y que por ello, más interesa prohibir. La amenaza penal actúa como mecanismo de control social, reforzando además la conciencia de los ciudadanos y en muchos casos, la interiorización de las normas, manteniéndose como efecto secundario y derivado, la confianza social en el orden jurídico.¹²³

c) El anclaje de las modernas teorías de la prevención general negativa hay que buscarlo en la segunda mitad de los años sesenta del siglo pasado, inmerso en la polémica de reforma del Derecho penal alemán suscitada por los proyectos oficial y alternativo. Diferenciándose éstas de las anteriores concepciones absolutistas sobre todo en cuanto al establecimiento de una serie de límites o controles constitucionales, como los de proporcionalidad, respeto a la dignidad del condenado y orientación resocializadora del cumplimiento de la pena.¹²⁴

Desde esta postura, la evitación de futuros delitos por la generalidad de los ciudadanos se puede intentar tanto atemorizando a los potenciales delincuentes, como confirmando la confianza y adhesión de los ciudadanos a las normas jurídicas.¹²⁵ Esto no es más que una tesis mixta, que reconoce el valor de la

¹²³ Así y en ese sentido, GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 66 ss.; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 24 ss.; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 265, 270; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1996, 114. En sentido contrario, vd., BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 567.

¹²⁴ Cfr., CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2000, 119, 123 ss., 127.

¹²⁵ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 264 ss.; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 357 ss. La jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo consideran la perspectiva preventivo-general de la pena, aunque no se ubican dentro de una teoría específica, prevención general negativa o positiva, señalan que el artículo 25,2 CE permite «la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general». Así, y en ese sentido, STC 2/1987, de 21 enero; STS 28-diciembre1998 (A 10406).

prevención general tanto en sus aspectos positivos como negativos conciliando y matizando las tesis radicales.

2.2.2. Consideraciones críticas

Las críticas más significativas a la teoría de la prevención general negativa pueden sintetizarse en dos aspectos fundamentales: el primero se refiere a la carencia de base empírica, el segundo cuestionamiento se circunscribe al plano axiológico.

A) Desde el punto de vista empírico se apunta la necesidad de demostrar que la intimidación se alcanza con eficacia, aspecto que no es verificable.¹²⁶ Según algunos censores, puesto que la violación a la norma demuestra que no se produce el efecto de intimidación, mucho menos se produce ese efecto en el caso de autores potenciales la comisión del delito por el autor demuestra que la intimidación es ineficaz. Como lo señala ROXIN, pocos delincuentes realizan el hecho con tanto cálculo que una intimidación pueda afectarles, tampoco les intimida la magnitud de la pena de la conminación penal, como sí pueden considerar el riesgo de ser atrapados.¹²⁷

A esta crítica, otro respetable sector doctrinal, partiendo de datos de la psicología -entre los que destacan los procesos de socialización-, responden que es posible demostrar esa base empírica, que funciona como un mecanismo inhibitorio de los sujetos hacia las conductas socialmente más intolerables. La amenaza penal refuerza la conciencia de los ciudadanos, que

¹²⁶ Ampliamente, ZIPF, en: MAURACH/GÓSSEL/ ZIPF, DP PG 2, 1995, 754, nm. 91 ss.

¹²⁷ Cfr., ROXIN, DP PG 1, 1997, 91, §25.

interiorizan las normas y mantienen como efecto secundario la confianza social en el orden jurídico.¹²⁸

Aunque tal vez no se ha sido estudiado en profundidad, muchos ciudadanos no cometen delitos por ese temor al castigo y a la cárcel. De hecho, cuando existen conmociones sociales o políticas en las que impera el caos y el desorden social, los índices de criminalidad se disparan. Los métodos persuasivos todavía no han logrado que se mantengan los índices de la delincuencia, véase al respecto los conflictos en las relaciones sociales políticas que conducen a guerras en algunos casos fratricidas y a la vulneración de bienes jurídicos fundamentales. Se legitima la restricción de derechos que realiza el Derecho penal en la medida que es imprescindible para proteger los derechos vitales y libertades de la mayoría de los ciudadanos.

Algunos críticos del fin preventivo general negativo de la pena van más allá y miden la eficacia desde la perspectiva de erradicación del delito. Los problemas más importantes -según lo puntualizan HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ-¹²⁹ se refieren a los aspectos que los destinatarios del Derecho penal deben conocer sobre los mecanismos de intimidación, es decir, todos los ciudadanos deben estar informados y ser motivados de los factores de los que se espera tenga un efecto preventivo-general. Lo que a su vez se relaciona con el concepto de norma que implica una concepción negativa de la prevención general, en otras palabras, de si lo que previene o intimida, es la pena o la norma.

¹²⁸ Cfr., en ese sentido, GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 64 ss.; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 264-265. Acerca de la discutible base empírica resulta interesante confrontar investigaciones científicas que recogen la opinión de los ciudadanos españoles sobre temas como la retribución, el endurecimiento de las sanciones y la resocialización. Los datos de un serio estudio de opinión realizados en el año 1994, reflejan una fuerte tendencia hacia la idea de retribución, aceptándose la idea de rehabilitación sólo en los casos de delinquentes jóvenes. Cfr., RUIDÍAZ GARCÍA, PJ, n.º 34, 1994, 370.

¹²⁹ Cfr., HASSEMER, Fundamentos, 1984, 382; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 214.

B) En lo que respecta a los cuestionamientos de legitimación axiológica, éstas tienen que ver con la idea ética de dignidad del hombre, como sujeto moral autónomo. La más acusada crítica a la prevención general negativa es su tendencia a la instrumentalización, pues utiliza a las personas para conseguir otros fines. Esta teoría parte de que el individuo, sujeto con libertad de voluntad y con capacidad de decisión, puede ponderar las ventajas e inconvenientes que puede reportarle una actuación, decidiéndose por el delito. La amenaza penal debe causar en el delincuente un impedimento psicológico colectivo.

En sentido crítico a la tendencia a la instrumentalización HEGEL refirió: *«la fundamentación de la pena de este modo la equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino precisamente como un perro»*.¹³⁰

En idénticos términos se manifestó KANT, para quien la ley penal es un *«imperativo categórico»*, señalando que, ninguna persona puede ser tratada como un medio para un fin que no es suyo, y que se resume en la siguiente frase: *«la pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro, ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil»*.¹³¹

Desde el punto de vista valorativo, también se señala que el fin de intimidación conduce a excesos, y hasta al «terror estatal y/o

¹³⁰ Cfr., HEGEL, cit. por, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 214.

¹³¹ Vd., KANT, cit. por, JESCHECK, Tratado DP PG I, 1981, 96.

judicial»,¹³² puesto que no se delimita la duración de la pena. Históricamente, a la base de las penas sin medida subyace la idea de que las penas más altas y los castigos más duros tienen un mayor efecto intimidatorio.¹³³

Otros juicios negativos se dirigen hacia la excesiva importancia que se presta a la conminación penal abstracta o prohibición, cuyas ulteriores consecuencias son la imposición y ejecución de la pena para demostrar la seriedad de la amenaza.¹³⁴

La crítica hacia el acento en la conminación penal abstracta apunta en diversos sentidos: la primera, siguiendo las teorías absolutas, considera la pena en el momento de su imposición, y por tanto, cuestiona el carácter jurídico de la amenaza, ésta se desarrolla bajo una ausencia de libertad.¹³⁵

La segunda observa la función motivadora de la conminación penal abstracta, señalándose que al ser la amenaza penal una advertencia puede llegar a intimidar, pero ello no necesariamente implica que esa sea únicamente la función de la pena.¹³⁶

El Derecho penal, según estos autores, no puede verse reducido al efecto intimidatorio que tendría la amenaza y la posterior imposición de pena, sino que también, la eficacia de la

¹³² En ese sentido, ROXIN, en: Problemas, 1976,18; JESCHECK, Tratado DP PG 1, 1981,103. Sobre ello, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 278-279, señala que a través de la amenaza legal de la pena se proporciona garantías contra el terrorismo penal judicial, pero no se impide el terrorismo penal legislativo, ya que parece fuera de discusión que habiendo de servir como mecanismo de disuasión, es más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza.

¹³³ Cfr., ROXIN, DP PG 1, 1997, 93, §31.

¹³⁴ Acerca de las razones que se aducen para dar importancia a la conminación penal abstracta, cfr., entre otros; GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 66; JESCHECK, Tratado DP PG 1, 1981, 6; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 360; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 197.

¹³⁵ Cfr., OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 270, n. 767.

¹³⁶ Así, y en ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 325.

llamada de la norma dependerá del efecto que haya tenido el tratamiento dado por el sistema penal al hecho delictivo y a los afectados por el mismo.¹³⁷

Una tercera matización la plantea PÉREZ SANZBERRO,¹³⁸ a fin de dotar de legitimación a las propuestas de reparación del daño. Señala que la efectividad en la evitación de conductas punibles también puede ser atendida con normas secundarias, indicando que *«las normas que prevén una atenuación o incluso la posibilidad de renunciar a la pena en el caso de que el que ha cometido un delito proceda a reparar a la víctima, o trate de eliminar las consecuencias dañosas, establecen pautas de comportamiento que suponen un retorno a la legalidad, a través de las cuales se muestra la eficacia del ordenamiento jurídico penal en orden a la protección de bienes jurídicos (aunque se más tarde de lo esperado)»*.

2.3. EL MODELO MIXTO O ECLÉCTICO

La evolución del pensamiento dogmático ha llevado a algunos autores a matizar sus estrictas posturas mitigando en parte los excesos derivados de una aplicación rigurosa de la teoría de la

¹³⁷ Conviene señalar la existencia de diversas formas de captar el problema de las funciones de la norma penal, según se adscriba una teoría de la prevención general positiva o negativa. La misión del Derecho penal estaría centrada en la conminación penal abstracta. Para el sector doctrinal que avala las tesis de la prevención general negativa, los momentos posteriores, imposición y ejecución serían manifestaciones del cumplimiento de aquella misión. Así, y en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 220; LUZÓN PEÑA, Curso DP PG 1, 1996, 69. Desde la perspectiva de la prevención general positiva, señala MIR PUIG, DP PG, 2002, 101, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca y tendrán una función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. *«Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito como infracción de la norma (primaria)»*. Sobre ello ampliamente, HASSEMER, Fundamentos, 1984, 382-394; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 289; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 317 ss.

¹³⁸ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 325 ss.

prevención general negativa o positiva.¹³⁹ El mantenimiento del criterio de la intimidación general se combina con algunas consideraciones derivadas de la prevención general positiva, principalmente en lo que se refiere a los procesos de aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos. Lo que ocurre no sólo a través de los procesos de socialización primaria y secundaria, sino también en el caso de un ataque a un bien jurídico fundamental o vulneración grave de las normas *«con la afirmación del orden jurídico y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano»*.¹⁴⁰

Estas tesis mixtas o eclécticas no constituyen un solo grupo, y aunque de hecho muchos autores no se adscriben a este modelo, sí es posible encontrar elementos comunes para integrarlos.¹⁴¹ A estas observaciones hay que agregar que en la base de ésta se encuentra un amplio debate sobre la legitimación de la pena, siendo dominante en la doctrina, una postura también mixta.¹⁴²

¹³⁹ Las polarizaciones a que tienden quienes se inscriben dentro de la prevención general se relacionan con la instrumentalización del individuo en su versión positiva, o el terror penal, que se liga a los movimientos de «ley y orden» en la versión negativa. Así, por ejemplo, el concepto usual de los autoritarismos *«seguridad o inseguridad ciudadana»* en épocas de problemas de orden público, aumento de la delincuencia, crisis económica, etcétera. Ello también es palpable en políticas actuales de algunos Estados denominadas «guerra a las drogas» o castigo más duro para el autor bajo el lema de «protección a la víctima». Sobre ello entre otros, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 26, n. 40; el mismo, en: *Estudios penales*, 1991, 270; GARCÍA-PABLOS, *RFDUCM* 63,1981, 27, n. 72; Note, *HLR*, n.º 97, 1984, 938-939; DÜNKEL, *PAPERS* n.º 8, 1992, 67; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual DP*, 1994, 26; CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 281; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 229; LARRAURRI, *JDem*, n.º 32,1998, 85; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, 25; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34,1999, 83.

¹⁴⁰Cfr., LUZÓN PEÑA, *Curso DP PG 1*, 1996, 69; el mismo, *Prólogo a PÉREZ SANZBERRO*, *Reparación*, 1999, XXXI.

¹⁴¹ Así, y en ese sentido, CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 226 ss.

¹⁴² Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 203.

2.3.1. Planteamiento del modelo mixto

La investigación enmarcada en las posturas intermedias está en constante evolución. En la constelación de propuestas que aparecen en el panorama doctrinal actual es posible distinguir tres posturas intermedias.

A) La posición de LUZÓN PEÑA,¹⁴³ considera que la intimidación es el marco general dentro del cual la prevención general positiva o integradora no es una manifestación autónoma, sino un aspecto conexo y derivado, en síntesis que la intimidación limita la prevención de integración. En consecuencia, afirma: *«lo que basta a efectos de intimidación general será también bastante para el prevalecimiento del orden jurídico, porque si una determinada pena -o la posibilidad de imposición y ejecución de la misma- es suficiente para intimidar a la generalidad y conseguir que se abstenga de cometer delitos, también es suficiente por eso mismo para afirmación del Derecho y la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el mismo; sin que por tanto el prevalecimiento del Derecho implique más -o menos- exigencias que la intimidación general».*

En idéntico sentido, se manifiesta recientemente al indicar, que si una norma penal *«aún limitada y con excepciones, es suficiente para una eficaz intimidación general, ello significa que también es bastante para el prevalecimiento del Derecho y, por tanto, si se informa, comprueba y explica adecuadamente a la sociedad, también ha de ser suficiente para la prevención integradora, es decir, para evitar la sensación de inseguridad social y mantener la confianza ciudadana en las normas».*¹⁴⁴

¹⁴³ Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 35 ss.

¹⁴⁴ Vd., LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5066.

B) Otra postura intermedia reconoce tanto la prevención general positiva como la intimidación general, pero sólo en la medida que se limiten recíprocamente. Se plantea que cuando la prevención integradora requiera menos gravedad en la pena que la intimidación general prevalecerá aquélla, pero será la intimidación general la que marcará el límite en los casos en que exija menor sanción que lo que requerirían los intereses de la prevención integradora.¹⁴⁵

C) La tercera postura de la cual SCHÜNEMANN es defensor, considera que la prevención general de amenaza ha de situarse en el centro de la teoría de la pena, y posee una doble faceta: una positiva o integrativa y también una negativa o disuasoria, entre las cuales se da una relación de combinación relevante para la efectividad del Derecho penal. Por un lado, ya la prohibición acompañada de la conminación penal robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico; por otro lado, cuando la amenaza de pena anticipa idealmente un efecto intimidatorio, es manifestación de prevención general negativa.¹⁴⁶

2.3.2. Los límites a la función de intimidación

Un aspecto especialmente relevante de las modernas teorías de la prevención general negativa, como función de la pena y del Derecho penal es el establecimiento conjunto de un sistema de límites,¹⁴⁷ que impiden los excesos derivados de la misma.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Sobre ello, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 263 ss.; LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», *EJB III*, 1995, 5066.

¹⁴⁶ Cfr., SCHÜNEMANN, en: SILVA (Editor): *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 96 ss.

¹⁴⁷ Acerca de la necesidad de estos límites externos, cfr., PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 226. Estableciendo que esos límites provienen de la Constitución Política, vd., MATELLANES RODRÍGUEZ, en: DIEGO/FABIÁN (Coordinadores): *Reflexiones*, 1995, 31.

Sin duda alguna, los seguidores de esta tendencia doctrinal se apoyan en las corrientes político-criminales que plantean «*un retorno a Kant*» y a los principios que controlan el poder punitivo estatal.¹⁴⁹ Se exige, por una parte, la vinculación a los principios de proporcionalidad, eficacia y estricta necesidad que marcan a la intimidación general unas barreras rigurosas y permiten el juego de la prevención especial conciliando antinomias.¹⁵⁰

Por otra parte, se resalta, la observación de las garantías formales y materiales, las cuales justifican la inserción de elementos que garantizan y protegen a la sociedad, pero que a su

¹⁴⁸ Sobre este aspecto se plantea una cuestión interesante, referida a la naturaleza jurídica de los límites al poder punitivo estatal, preguntándose si éstos son fines del Derecho penal, o si solamente le sirven de valladar. Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 187. Pareciera que lo que limita también fundamenta lo cual se observa al acercarse a las posturas que consideran que éstos pueden derivar tanto del fundamento político y constitucional que serían las exigencias del Estado social y democrático de Derecho y del fundamento funcional representado por la necesidad del Derecho penal para proteger bienes jurídicos a través de la prevención. Así, se recurre al Derecho penal dada su ineludible necesidad y se prevén delitos con garantías y controles formales. Acerca de este tema, cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso DP PG 1*, 1996, 79; CUELLO CONTRERAS, *DP PG*, 2000, 114-115; MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 93 ss. En sentido diverso, DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP* 1988, 1087, señala: «*se han convertido en meros límites de la pena lo que eran los ideales jurídico-penales, que ejercían su influencia desde un principio sobre todo el sistema de imputación*». También es posible estudiar los límites de la función de intimidación desde otra perspectiva distinta a la dogmática que aquí seguimos. Se trata del enfoque desde la óptica de la política criminal. Así, el interesante estudio de ROBLEDO RAMÍREZ, *Sustitutivos penales*, 1996, 144 ss., en el cual se aborda ampliamente la problemática de los sustitutivos penales desde el parámetro político-criminal.

¹⁴⁹ Algunos autores observan que el establecimiento de límites está directamente relacionado con el problema de la legitimación de la intimidación. Distinguen así, entre la justificación de la pena como institución y la justificación de la pena concreta como acto. Como institución, el Estado penaliza conductas con carácter general y no renuncia a ello porque no podría haber seguridad jurídica si no existiera un efecto intimidatorio a través de la amenaza penal. Como acto concreto sobre un sujeto, se dice que se aplica la pena porque la persona es culpable, ha lesionado un bien jurídico y para ese supuesto estaba prevista una pena. Sobre ello, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 105, n. 39.

¹⁵⁰ Cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 26 ss., 38; el mismo, en: *Estudios penales*, 1991, 315; MORILLAS CUEVA, *Consecuencias Jurídicas*, 1991, 47-48; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, 217; CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 288.

vez garantizan al individuo que ha violado la norma un trato proporcionado, humano y que favorece la resocialización.¹⁵¹

Lo cual quiere decir, ni más ni menos, que se reconoce que la pena es un «mal», que evita un mal mayor y como tal sólo se justifica en su estricta necesidad.¹⁵²

Los límites generales en que se encuadra la prevención general provienen de la Constitución,¹⁵³ es decir, del fundamento político que impone el Estado social y democrático de Derecho.¹⁵⁴ Estos límites van a regir independientemente de si la prevención

¹⁵¹ Así, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 39; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 334. Frente a esta postura, las modernas tendencias desformalizadoras a nivel extrajudicial, (caracterizadas por procesos de conciliación y mediación) y cuya culminación por lo general es la reparación del daño, asumen una posición distinta: las garantías constituyen un marco de referencia importante, pero las reglas del Derecho penal no imperan como las referidas al tipo de compensación, ni la proporcionalidad de la reparación con el daño infligido. Cfr., ampliamente, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 86.

¹⁵² NINO, DocP n.º 45, 1989, 38, analiza el «mal» que significa la pena, ésta supone los requisitos del estado de necesidad justificante, señalando que la pena «solo *estará justificada si se puede demostrar que su amenaza y aplicación es un medio necesario y efectivo para prevenir mayores perjuicios para el conjunto social*». Siguiendo esta línea de pensamiento, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 332, señala que el moderno utilitarismo involucra un segundo parámetro, además del máximo bienestar posible de los no desviados, también se incluye «*el mínimo malestar necesario de los desviados*».

¹⁵³ Sobre los límites que derivan de la Constitución Política, la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal PCP 1992, señala entre otras cosas: «*Las obligaciones y limitaciones constitucionales, la defensa de los derechos y deberes de todos en los conflictos más graves, cristaliza en el Código Penal. Intramuros del sistema jurídico, el Código Penal desarrolla (...) una función sancionadora secundaria, de tal modo que la virtualidad del régimen jurídico fijado por el resto del Derecho público y el Derecho privado depende en último término de que en caso de distorsión o grave desprecio de esos sistemas pueda entrar en juego el aparato represivo. El sistema total, actúa, pues como un mecanismo de múltiples ruedas, en el que la mayor es la Constitución, pero en el que han de girar todas a la vez, so pena de disfuncionalidades graves*». MINISTERIO DE JUSTICIA, PCP 1992, 16. Particularmente relevantes, ARROYO ZAPATERO, RJCastLM, n.º1, 1987, 101 ss.; GARCÍA/CANTARERO/PUYOL, DP Constitucional, 1993, *pássim*; GARCÍA RIVAS, El poder punitivo, 1996, 46; GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 35; la misma, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 809-810.

¹⁵⁴ En igual sentido. BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, 1994, 567; CARBONELL MATEU, CDJ, XXXVI, 1994, 15; MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 37 ss; ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 144, 146 ss; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 34.

general se orienta hacia la retribución o hacia la prevención general negativa.¹⁵⁵ Todo lo anterior implica que no habrá por una parte una pura retribución de culpabilidad, como tampoco, la intimidación será un fin en sí mismo, suficiente para legitimar el sistema jurídico-penal.

Según un importante sector doctrinal, la prevención general negativa no se legitima por sí, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal.¹⁵⁶ Inevitablemente en esta tendencia tampoco hay acuerdo sobre los demás fines que debe cumplir el Derecho penal, ni sobre cuáles exactamente deben ser éstos. Para algunos autores los otros fines del Derecho penal serían la «*tendencia a la maximización de la prevención de utilidad social y garantías individuales*»,¹⁵⁷ para otros, las «*garantías individuales*»,¹⁵⁸ o bien, «*la prevención de delitos y la prevención de las penas informales*».¹⁵⁹

2.4. TOMA DE POSTURA: EL MODELO PREVENTIVO GENERAL GARANTISTA

De manera evidente, SILVA SÁNCHEZ destaca la importancia de la prevención general en la fundamentación del Derecho penal moderno, sintetizándolo en la siguiente frase: «*todos los intentos*

¹⁵⁵ Vd., LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB 111, 1995, 5063, 5065.

¹⁵⁶ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 216.

¹⁵⁷ Así, y en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 216.

¹⁵⁸ Sobre ello, OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 204.

¹⁵⁹ Vd., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 331 ss.

*más recientes de fundamentación de la legitimidad del Derecho penal, pasan preferentemente por la prevención general».*¹⁶⁰

Si la característica que identifica al Derecho penal es la constante tensión entre las pretensiones de protección de los ciudadanos frente a los ataques más intolerables y la protección de los ciudadanos frente al propio Estado y frente a la sociedad¹⁶¹ los fines del Derecho penal deberían centrarse -como señala la perspectiva utilitarista que suscribo en, alcanzar el «*máximo bienestar posible de los no desviados, mínimo malestar necesario de los desviados*».¹⁶²

Desde el punto de vista histórico, la sustitución de la venganza privada por la pena, marca el hito del pensamiento liberal, dando paso a una nueva era centrada en el monopolio estatal para evitar la autocomposición y en la salvaguarda de las garantías formales. Se ha cedido al Estado, mediante un contrato o pacto social, la protección de los bienes jurídicos fundamentales, para lo cual se le otorga el uso legítimo de la coacción.

¹⁶⁰ Cfr, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 199.

¹⁶¹ Atinadamente en mi criterio, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 185-186, cita a MICHAEL BAURMANN, quien explica las circunstancias actuales de la pena estatal en el Estado de Derecho, señala la existencia de dos pretensiones: «*la pretensión de quienes ven amenazados sus derechos personales por otros particulares. El Estado de Derecho debe protegerlos de abusos privados tanto como sea posible a través de la pena y de la conminación penal. Por otro lado, la pretensión de quienes ven amenazados sus derechos personales por parte del Estado. El Estado de Derecho debe protegerlos de intervenciones estatales, renunciando a la pena y a la conminación penal tanto como sea posible*». Otro tanto ocurre a nivel individual, «*todo ciudadano está interesado, en tanto que víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto que autor potencial, en un máximo de garantías (o mínimo de intervención*». En igual sentido, art. 9.2 CE.

¹⁶² En esta línea algunos autores se refieren a la reducción de los mecanismos del Estado al «*mínimo necesario*» y por ello hablan del Derecho penal mínimo. Cfr., NINO, Introducción, 1987, 391 ss. Para FERRAJOLI, PyC, n.º 0, 1986, 45; el mismo, Derecho y Razón, 1995, 331 ss, éste se define como «*la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva*». Mayores concreciones plantea SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 3839, 185. Crítico de este planteamiento, CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 129 ss.

La protección que ofrece el Derecho penal, deberá resultar menos gravosa que la que supondrían otros medios, como las reacciones informales, la venganza privada o pública, o, desprovistos de garantía.¹⁶³ La frase emblemática de «*hay Derecho penal para rato*» parece ineludible¹⁶⁴, o que fundamenta el recurso al Derecho penal y a la intimidación es la necesidad para la protección de la convivencia social o como señalan algunos autores para una vida ordenada.¹⁶⁵

Continuamente debe demostrarse si la pena es realmente imprescindible a efectos de intimidación general. Se precisa que el Estado justifique en cada momento y en cada fase de la actuación penal su necesidad, esto es, «*si una determinada pena o su cuantía o su clase es o no realmente imprescindible para que no sufra merma la eficacia intimidatorio e inhibitoria de la prevención general*».¹⁶⁶ La necesidad es la base de otros principios fundamentales: el principio de subsidiariedad, mínima intervención o *ultima ratio*, y el denominado carácter fragmentario del Derecho penal, que operan en los tres niveles de la pena, aspectos que han sido ampliamente tratados por la doctrina.¹⁶⁷

¹⁶³ Así, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 332. Con una perspectiva centrada en el Estado social y democrático de Derecho, MIR PUIG, DP PG,2002, 126 ss.; GIMBERNAT, Prólogo a GARCÍA VALDÉS, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1980, 11.

¹⁶⁴ Cfr., GIMBERNAT, Prólogo a GARCÍA VALDÉS, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1980, 11.

¹⁶⁵ Así, GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 69, 76. Recientemente ROXIN, PJ n.º 49, 1998, 376 lo expresa en los siguientes términos, «*Ni siquiera en el Estado social de Derecho podrá el abolicionismo arrebatarle el futuro al Derecho penal*

¹⁶⁶ LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 266. En el mismo sentido, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 358.

¹⁶⁷ La opinión dominante refiriéndose a los principios de subsidiariedad, mínima intervención y carácter fragmentario del Derecho penal considera que éstos conducen a las siguientes conclusiones: si la protección de bienes jurídicos puede conseguirse por otros medios, entonces deben escogerse esos otros medios menos lesivos y graves que los penales. No se deben imponer sanciones graves si basta con otras menos duras. No se deben proteger todos los bienes jurídicos, ni penar todas las conductas lesivas, sino los ataques más graves

Posteriormente, las conquistas sobre los fines del Derecho penal liberal se vieron sumamente afectadas por las corrientes resocializadoras, determinando en la actualidad, una revitalización de dichas garantías, que tratan de vincular la potestad punitiva a una serie de condiciones formales y sustanciales en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Esta propuesta, a la que se denomina «garantista», forma parte de un sistema mayor (sistema garantista) que involucra además del sistema punitivo, a otras parcelas del ordenamiento jurídico.¹⁶⁸ El objetivo en el Derecho penal en un sistema garantista se resume en cumplir la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, enfatizando las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, fragmentariedad y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras.¹⁶⁹

a bienes jurídicos más importantes. El principio de subsidiariedad tiene una doble faceta: una negativa como límite del *ius puniendi* y otra positiva que obliga a evitar la «huida al Derecho penal». Esto último, en el sentido de exigencia de desincriminación de conductas en sectores que pierdan la consideración de bienes jurídicos importantes, o cuya lesión sea poco grave o de injustos de bagatela. En sentido inverso, se legitima la intervención penal manteniendo o ampliando la incriminación de nuevas figuras típicas que debido a las transformaciones sociales, técnicas y económicas ataquen gravemente bienes jurídicos importantes. Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG 1, 1996, 82-83; ROXIN, DP PG 1, 1997, 65. Sobre la discusión en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de éstos principios, Vd., GARCÍAPABLOS, DP, 1995, 275, n. 75. La trascendencia de los principios del Derecho penal referidos a las sanciones sustitutivas han sido analizados ampliamente por ROBLEDÓ RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 111 ss. Acerca de las posibles antinomias entre el principio de subsidiariedad y las necesidades de tutela en el mundo actual, cfr., Exposición de Motivos del CP 1995.

¹⁶⁸ Sobre el significado del garantismo, ampliamente FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 851 ss., 854.

¹⁶⁹ Sobre las propuestas garantistas, que atienden sólo a los autores e invisibilizan a la víctima potencial son acertados los comentarios de MANTOVANI, RFDUG, n.17-20, 1988-1992, 209, que señala: «El garantismo unilateral (en función sobre todo de los autores y tanto de las posibles víctimas del crimen), tiene como consecuencia recurrente el sucesivo retomo, bajo el estímulo de la criminalidad, al represivismo penal y a la atenuación de las garantías (como ha sucedido en Italia y en otros países, por ejemplo con la llamada legislación de emergencia». Sobre ello, cfr., MARINUCCI/DOLCINI, RDPCrim, 2002, 159 ss.

Sin entrar a fondo en el análisis de ésta última postura preventivo-genera-garantista (que particularmente comparto), considero necesario destacar algún efecto relevante que tiene el partir de la misma.¹⁷⁰ Debe puntualizarse que existen una serie de límites al *ius puniendi* que derivan del fundamento político, según el modelo de Estado que se adopte.

En el caso del Estado social y democrático de Derecho, constitucionalmente se establecen derechos y garantías no solo formales -seguridad jurídica y proporcionalidad-, sino también materiales -humanidad, resocialización, legitimándose la restricción de derechos que realiza el Derecho penal en la medida que es imprescindible para proteger los derechos vitales y libertades de la mayoría de los ciudadanos.¹⁷¹

SILVA SÁNCHEZ observa atinadamente, que se produce una continua tensión entre el interés prevencionista (uno de los varios a que debe atender el Derecho penal) y otros, como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales.¹⁷² Pueden observarse antinomias, entre intimidación y garantías: así, por ejemplo, en cumplimiento de una garantía,

¹⁷⁰ Particularmente crítico de las posturas de la prevención general en clave garantista, cfr., MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, Manual DP, 2002, 135. Entendiendo que en el fondo subyace una reproducción de determinadas teorías unificadoras de la pena, como la teoría dialéctica de la unión. Lo que se resume en la siguiente frase: «*En el fondo lo único auténticamente nuevo es la renuncia a la invocación formal del principio de resocialización, ahora enmascarado en otros como el de humanidad de las penas*».

¹⁷¹ Acerca de los parámetros constitucionales sobre el fin de la pena es interesante el estudio que efectúa PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 234 ss. Indudablemente, comparto con la autora que la pena va a estar afectada por el modelo y valores supremos del Estado plasmados en la Constitución. Ésta última como síntesis del conjunto de valores existentes en la sociedad. De singular relieve, la STC 111/1993, de 25 de marzo, en la que se plantea la revisión constitucional de sentencias en materia penal por aplicación extensiva de las normas constitucionales, abandonando la distinción entre cuestiones de mera legalidad y cuestiones de relevancia constitucional. En igual sentido, MIR PUIG, DP PG, 2002, 99 ss.

¹⁷² Fundamental, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 38 y 183 ss, 191. Particularmente crítico, CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2000, 132-133.

como puede ser la humanización del sistema (por ejemplo, la eliminación de penas cortas privativas de libertad) surgen contradicciones al mermar al aspecto intimidatorio.

Estos límites formales y materiales provienen de que la pena va a estar condicionada por el modelo y los valores supremos del Estado plasmados en la Constitución,¹⁷³ y que funcionan, tanto de barrera o límite, como de fundamento del Derecho penal, operando con independencia de sí, la fundamentación de la pena es retributiva, preventivo-general o especial.¹⁷⁴

Personalmente comparto la línea marcada por las modernas teorías de la prevención general,¹⁷⁵ en su aspecto de intimidación, pero matizada por las consideraciones de prevención general positiva, o integradora caracterizada por la convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las normas, especialmente penales.¹⁷⁶ Que genera la confirmación ante todos los ciudadanos de la validez y vigencia del ordenamiento jurídico y de sus mandatos.

¹⁷³ En forma paradigmática lo advierte QUINTERO OLIVARES, La justicia, 1998, 41, «*todo jurista debe comenzar la reflexión sobre su parcela partiendo de la Constitución*».

¹⁷⁴ A este respecto señalan, entre otros; MIR PUIG, Introducción, 1976, 89; el mismo, DP PG, 2002, 100-101 y SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 195, que la teoría de los fines del Derecho debe elaborarse de modo incondicionado (*lege ferenda*) y sólo hasta que se conozcan cuáles deberían ser esos fines del Derecho penal se debería examinar que funciones cumple en un determinado Derecho positivo.

¹⁷⁵ Para MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, Manual DP, 2002, en la actualidad hay una vuelta a la prevención general y señala: «*la evolución del Derecho penal viene marcada por la historia de su paulatina limitación (...) el Derecho penal mínimo constituiría una reformulación garantista de tal intervención y de la reacción punitiva, dentro de un proceso mas amplio de revisión y redefinición de las reglas de la democracia real que se viene constatando ultimamente en el ámbito de las ciencias sociales*».

¹⁷⁶ Un estudio sobre la doctrina española y destacando cuales son los autores que en algún momento fijan su atención sobre la prevención general positiva, cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 260, n. 175.

En síntesis, que la pena reafirma ante la sociedad que la infracción no debe darse y que debe regir la norma y el orden.¹⁷⁷ Lo que implica que los ciudadanos honrados confíen en las normas puesto que no existe ni impunidad ni insuficiente castigo y, por ello, los ciudadanos no se tomarán la justicia por propia mano, así como tampoco rechazarán las normas, sino que más bien se refuerza la adhesión a éstas por el prestigio de su fuerza y vigencia, todo ello en el marco de la estricta necesidad.¹⁷⁸ Considero que a estos principios responde art. 9,2 CE al señalar que, «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

2.5. LA PREVENCIÓN GENERAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

2.5.1. Las antinomias de los fines de la pena

El Derecho penal protege las condiciones básicas para el funcionamiento social contra los más intolerables ataques a los mismos, cumpliéndose estos objetivos a través de la prevención general y especial de delitos, sin embargo, en el momento de determinar la pena pueden darse antinomias, entre las exigencias de la prevención general y especial, mientras la prevención general reclama la imposición de la pena, desde la prevención especial esta podría ser innecesaria o producir efectos desocializadores.

¹⁷⁷ Discrepante en este punto, desde las teorías absolutas, VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 37.

¹⁷⁸ Así, y en ese sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 270; LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5066- 5067; el mismo, Curso DP PG 1, 1996, 69.

En ese sentido, la doctrina mayoritaria considera que en los tres estadios de la pena -conminación, imposición y ejecución- es posible observar con mayor o menor intensidad, tanto la prevención general como la especial.¹⁷⁹ En la fase de imposición y determinación de la pena, se confirma la amenaza penal y por ello a la prevención general,¹⁸⁰ asimismo, es el campo de tensión entre las exigencias de prevención general y de prevención especial. Estas antinomias pueden darse tanto en el momento de dictar la sentencia, esto es, de imponer la pena, como posteriormente, en la fase de ejecución de la pena.¹⁸¹

Atender a la prevención general en la actividad judicial específicamente en la medición de la pena en sentido amplio, significa que, si para cumplir con los fines preventivo-generales basta con una pena menor o con la aplicación de un sustitutivo dadas las exigencias de prevención especial, entonces habría que aplicar la pena menor o el sustitutivo, puesto que la sanción más grave sería innecesaria. Pues como señala LUZÓN PEÑA, la intimidación, esta limitada tanto por la proporcionalidad como por la necesidad de la pena, lo cual obliga a demostrar en cada caso planteado la necesidad de que se aplique la pena a un sujeto concreto, pues como hemos visto la prevención especial es también un fin de la pena.¹⁸² Así, la justificación de la aplicación de los

¹⁷⁹ Ampliamente, vd., *supra*, n.5.

¹⁸⁰ Cfr., MIR PUIG, DP PG, 2002, 87; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 34.

¹⁸¹ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 56 ss.

¹⁸² Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 39; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 289. Lo cual obliga a plantear «*si la gravedad de una pena sin rebasar por debajo la cuantía proporcional al hecho o incluso el marco penal típico o sin optar por un sustitutivo penal, es realmente necesaria e imprescindible a efectos de intimidación general o si, por el contrario, bastaría a esos efectos, pues la intimidación no sufriría merma, con una cuantía menor o con un sustitutivo penal por aconsejarlo o requerirlo exigencias de prevención especial*». En sentido contrario, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 20 ss., observa reducciones del efecto preventivo general, cuando se queda por debajo de la pena proporcional a la culpabilidad. Lo cual es desde su postura aceptable si dicha pena produjera efectos

sustitutivos penales se encuentra en que éstos son preventivo especialmente necesarios dentro de los límites que marca la prevención general.¹⁸³

Al igual que un respetable sector doctrinal que encabeza LUZÓN PEÑA, considero que se debe compatibilizar hasta donde sea posible los intereses de la prevención general y especial, aunque en el caso de insalvables conflictos deben prevalecer las exigencias de la prevención general.¹⁸⁴ En apoyo a esta tesis se argumenta que la prevención general es superior a la prevención especial desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos.¹⁸⁵

desocializadores. La discusión doctrinal sobre la función de la prevención general en la individualización judicial de la pena no ha sido pacífica en doctrina. Recientemente DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 162, ss., sintetiza la discusión en la doctrina alemana, distinguiendo tres grupos de posiciones, a saber: a) Un sector que consideran la licitud absoluta de la prevención general en la individualización judicial de la pena; b) Otros autores, que consideran la ilicitud absoluta de la prevención general en la individualización judicial de la pena; c) Un sector mayoritario de la doctrina que defienden la licitud limitada de la prevención general en la individualización judicial de la pena, pero limitada al marco de la pena adecuada a la culpabilidad.

¹⁸³ Efectivamente, para lograr el respeto a las normas penales por parte de los ciudadanos, la finalidad preventivo general anunciada en la conminación penal, debe ser realmente aplicada y ejecutada. En palabras de OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 272 el objetivo de la prevención general -que es la imposición de las normas de conducta que se trazan- desde el ordenamiento jurídico- se explica de la siguiente manera: «*de la ejemplaridad del castigo, residenciada en el momento de la ejecución, al restablecimiento del orden jurídico, afincado en la imposición, para terminar en la motivación en contra de la realización de los delitos, que se sitúa en la etapa de la previsión normativa de la pena. Al cabo, se regresa al primer estadio (ejecución), que se ofrece como puerta de entrada al pensamiento de la prevención especial*». Es decir, que el modo de individualizar la pena, tiene ya un efecto preventivo general. En ese sentido, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 115.

¹⁸⁴ Cfr., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 20 ss. En sentido contrario, para PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 87, dar prioridad a la prevención general supone una carga para el delincuente sin que se pruebe el beneficio social paralelo. De igual opinión, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 89-90.

¹⁸⁵ Así, señala, LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 266: «*pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria en casos de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad, si por evitar una pena se relajaran dichas barreras inhibidoras de la generalidad frente a esos delitos*». Sobre esto, entre otros, ROXIN, en: *Problemas*, 1976, 21; DE

Otro aspecto que se valora para dar prioridad a la prevención general sobre la especial es el tenor literal. Las legislaciones normalmente vinculan la pena a la comisión de un injusto culpable y no a la peligrosidad del sujeto; además de la existencia de una serie de normas relativas a la determinación de la pena, existencia de límites mínimos y máximos en el marco penal, en los sustitutivos penales, los límites temporales para poder concederlos son un ejemplo de la preponderancia de la prevención general.¹⁸⁶

Finalmente, se apunta el interés de evitar un mayor número de delitos.¹⁸⁷ En ese sentido, la eficacia (principal crítica que se hace desde el punto de vista empírico) debe medirse no por los

VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 359; LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5068.

¹⁸⁶ En otras legislaciones como la alemana, la «cláusula de defensa del ordenamiento jurídico» se explica en términos de prevención general positiva. Se trata de un principio contemplado en los §§ 47; 56.3 y 59.3 del StGB en los que se introduce una cláusula limitativa a las exigencias de prevención especial frente a las de prevención general. Según la cual, la defensa del ordenamiento jurídico impediría la rebaja de pena por razones de prevención especial. Se trata del límite por debajo del cual la imposición de la pena resultaría incomprensible para el sentimiento jurídico general. Algunas veces la llamada «defensa del orden jurídico» puede coincidir con el límite mínimo del marco penal legal, otras veces puede tener que ser superior a éste. Sobre ello ampliamente, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 93 ss. y 115 ss.; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 33; el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 619; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 276; la misma, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 115, 153. Acerca de la conveniencia de un sistema de marcos penales abiertos, Cfr., OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 91.

¹⁸⁷ Lo que es visto por la doctrina, desde la perspectiva empírica, en términos de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida. Así, el COMITÉ NACIONAL SUECO, ADPCP, 1979, 193 refería «*podemos concluir, por tanto, que el riesgo de ser descubierto, así como el proceso, son en muchos casos más importantes que el nivel de punición, desde un punto de vista intimidatorio. Cuanto más expeditivamente, y con mayor certeza, reaccione la sociedad a la infracción, menos importante pasa a ser la severidad de la reacción*». En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 39; ROXIN, PJ n.º 49, 1998, 386.

delitos cometidos a pesar de la pena, sino por los no cometidos gracias a ésta.¹⁸⁸

2.5.2. Prevención general y sustitutivos penales

Quizás el principal interrogante que surge es determinar cuáles son las exigencias necesarias para la eficacia de la prevención general, ya que parece indiscutible la pérdida de eficacia del potencial intimidatorio cuando se opta por la aplicación de un sustitutivo penal.

Las respuestas no son unánimes, y las principales divergencias tienen como causa común los constantes enfrentamientos de la doctrina sobre los fines del Derecho y cuál debe ser el sistema de prelación entre éstos.¹⁸⁹

A mi juicio, en primer lugar, hay que considerar que las exigencias necesarias para la eficacia de la prevención general, se plasman en la ley,¹⁹⁰ así, aunque en un caso concreto sea aconsejable o necesario la aplicación de un sustitutivo penal, si el tenor literal no lo permite, éste no podrá aplicarse.¹⁹¹

¹⁸⁸ Cfr., en ese sentido, GARCÍA-PABLOS, RFDUCM 63, 1981, 25; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 197.

¹⁸⁹ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 285.

¹⁹⁰ En ese sentido, MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 121, observa la orientación preventivo-general plasmada en la ley, en el recurso a los sustitutivos penales, por ejemplo en la suspensión condicional de la pena, en la cual se hace patente el carácter intimidatorio de la alternativa.

¹⁹¹ Algún ejemplo sacado de la jurisprudencia al respecto resulta interesante. En el ATC 25/95, de 30 de enero se conoce el caso de un ciudadano que es juzgado catorce años después de transcurrido el hecho delictivo y que es condenado a una pena privativa de libertad, a pesar de que en ese tiempo se ha convertido en un hombre integrado socialmente que cuenta con trabajo estable en un puesto de responsabilidad. El pronunciamiento señala el sentido del art. 25.2 de la Constitución, «*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social pero de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera*

Para algunos autores es criticable el establecimiento de cláusulas limitativas de la prevención especial por el legislador, ya que consideran que los sustitutivos penales deben ser valorados por el juzgador y no por una aplicación automática de la ley.¹⁹²

*no responder exclusivamente a dicho punto de vista. En todo caso, este precepto supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental, susceptible de amparo». Otras referencias jurisprudenciales en igual sentido, cfr., RIVERA BEIRAS, en: Tratamiento penitenciario, 1994, 62. Algunos comentarios sobre este caso, en forma desacertada a mi juicio, señalan que la aplicación de penas privativas de libertad en éstos supuestos no sólo violan el sentir constitucional de la orientación de las mismas hacia la reeducación y reinserción social del reo, sino que es contraria a la prevención general positiva, en cuanto que el cumplimiento de dichas penas es considerado «injusto» e «innecesario». Así, DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 71. A mi juicio, en este caso, habría que valorar la posibilidad de otorgar un sustitutivo, pero si las razones de prevención general que el mismo tipo penal contempla no lo permiten, por mucho que sea preventivo especialmente aconsejable no se podrá efectuar ni la sustitución ni la suspensión de la pena. En idéntico sentido se pronuncia LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282: «son las consideraciones, plasmadas en la ley, sobre las exigencias necesarias para la eficacia de la prevención general (...) las que se oponen a la sustitución o suspensión de una pena grave o mediana, (...) por mucho que en el caso concreto pueda ser aconsejable o incluso necesario efectuar dicha suspensión o sustitución». Profundizando aún más en el análisis del caso, y atendiendo al sistema de atenuantes y agravantes que contempla el CP 1995, los intereses preventivo-generales se reflejan en los límites máximo y mínimo del marco penal legal y a la mayor o menor gravedad del hecho; mientras que los preventivo-especiales se refieren a la atención a las circunstancias personales del delincuente, art. 66.1ª. CP 1995. Sobre esta norma hay que señalar que no se establece cuál es el sistema de prelación, aunque considero que debe prevalecer la prevención general en caso de total incompatibilidad entre las exigencias de la prevención general y la especial. En caso de nula necesidad de prevención especial es posible aplicar una o más atenuantes, según lo prevén la relación de artículos 21.4ª, 5ª y 6ª, y 66.4ª en éstos supuestos se podrá bajar la pena en uno o dos grados. Lo que tendrá *a posteriori* como consecuencia la aplicación de un sustitutivo directamente, o bien, un acortamiento de la pena por la adición de otros sustitutivos penales. En igual sentido se manifiesta, LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620. Sobre la apreciación de atenuantes y agravantes para determinar la pena conforme el CP de 1995, cfr., entre otros, MUÑOZ, en: MUÑOZ (Coordinador): Las circunstancias atenuantes, 1997, 145; PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor), Estudios, 1997, 59-60; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 136; PUENTE SEGURA, LL 1998-I, 1974; ALONSO FERNÁNDEZ, Las atenuantes, 1999, 82, 85 ss.*

¹⁹² Cfr., en ese sentido, DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 315.

Otros autores se muestran especialmente críticos con aquellas legislaciones que contemplan la denominada «cláusula de defensa del ordenamiento jurídico».¹⁹³

Ahondando un poco más en las críticas sobre éstas cláusulas limitativas, se considera rechazable la limitación de instituciones basadas en criterios preventivo-especiales a través del principio preventivo general contemplado por la ley. Las razones van desde la consideración del criterio preventivo general, como una cláusula sin firmeza ni consistencia, de difícil constatación empírica, cuya separación de las necesidades sociales de retribución es difícil;¹⁹⁴ hasta consideraciones en el sentido de que hay una doble valoración de elementos del tipo, cuando ésta conlleva un resultado agravatorio.¹⁹⁵

Pese a las críticas que hemos apuntado, tenemos un dato cierto y es que los límites de la prevención general están marcados previamente por el legislador.¹⁹⁶ Lo que significa, que la suspensión o sustitución de las penas cortas de prisión,¹⁹⁷ es decir, de las penas leves y medias,¹⁹⁸ no se puede producir de modo

¹⁹³ Así el Código penal alemán, §§ 47, 56,3 y 59,3; el Código penal portugués, art. 44, 1, y el Código penal austríaco § § 37; 43 y 43 a). Ampliamente sobre esto, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 277; la misma, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 83.

¹⁹⁴ Cfr., PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82 ss.

¹⁹⁵ En igual sentido, OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 112, 113; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 35, 87, 139 y 214 ss.

¹⁹⁶ Manifestándose sobre las posibilidades de una mala técnica legislativa o bien una política criminal equivocada, y las consecuencias antinómicas en el sistema del Derecho penal. Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 19.

¹⁹⁷ Que no han desaparecido del todo en el Código Penal de 1995. Cfr., al respecto, art. 88.1^a. Parte. Sobre los inconvenientes de las penas cortas privativas de libertad cfr., *supra* Parte I, Cap. I, 1.2.2.

¹⁹⁸ Es decir, en las penas menos graves y leves, conforme al art. 33 del CP 1995.

discrecional,¹⁹⁹ sino sólo si es necesaria desde la óptica de la prevención especial y en tanto lo permita el tenor literal.

En principio, la mayoría de las legislaciones permiten la aplicación de los sustitutivos a la pequeña y parte de la mediana delincuencia. En lo que respecta a las penas graves, éstas por lo general son largas y serían «demasiado largas», si desde la perspectiva preventivo-especial no fueran necesarias. Aún en esa clase de penas pueden aplicarse los sustitutivos penales como por ejemplo, la libertad condicional, con vista en las circunstancias del sujeto concreto, y aquí estaríamos valorando la necesidad de esa pena que está ejecutándose.²⁰⁰

Sin duda alguna que el valorar, en cada caso concreto, la necesidad de la pena con gravedad del hecho y las características de su autor implica combinar las exigencias del principio de legalidad con las propias del principio de igualdad.²⁰¹ Para la medición de la pena en sentido amplio, el juez debe valorar y razonar la elección de pena que efectúa en un caso concreto, salvo en los casos de legislaciones que optan por una total discrecionalidad.

Con este objetivo la doctrina plantea algunas teorías, en las que los fines de la pena juegan un papel decisivo: Se trata de las siguientes: 1) Teoría de la pena marcada o fijada en un punto exacto; 2) Teoría del espacio de juego (o margen de libertad o de apreciación); 3) Teoría modificada del espacio de juego; 4) Teoría

¹⁹⁹ Conviene llamar la atención sobre denominado «arbitrio judicial», es preciso señalar que la prevención general es un límite a la actividad discrecional del juez. La aplicación de un criterio subjetivo de equidad de un juez, puede poner en peligro la seguridad jurídica y la libertad en un Estado democrático de Derecho. En ese sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 293; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 272.

²⁰⁰ Así, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282.

²⁰¹ Ampliamente sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 319. En igual sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 547 ss.

del valor relativo según la posición o situación, y 5) Teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable.

Algunas veces, los textos normativos no expresan de modo directo que el fundamento y los límites de los sustitutivos penales son las exigencias de los fines de la pena, y acuden a expresiones tales como la «naturaleza del hecho» o «gravedad del hecho». Debe interpretarse que esas expresiones reflejan los límites de la prevención general, lo cual es compatible con la proporcionalidad del castigo.²⁰²

Otras veces, como ya lo expusimos, la idea de prevención general queda reflejada en los topes temporales de la concesión del sustitutivo.²⁰³ Éste criterio de duración de la pena -en el que se fija cuando se considera imprescindible la pena- es una restricción centrada en la necesidad de pena por razones de prevención general.²⁰⁴

Finalmente resta analizar cuál es el papel de la culpabilidad y de la proporcionalidad en la prevención general y concretamente en la medición de la pena en sentido amplio que es nuestro campo de estudio.

Por razones del tema no entraremos en un análisis profundo, que dejamos para ser estudiado en el apartado 3 de este Capítulo, solamente apuntaré que dependiendo de la concepción con que se opere sobre la prevención general-intimidación general

²⁰² En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, Curso DP PG, 1996, 538; el mismo, Manual DP, 2002, 665 ss.; MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 121.

²⁰³ Así lo hace el AP 1983; ampliamente sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 290. El CP 1995, recurre a esta fórmula indirecta de regulación de los límites preventivo-generales en los supuestos contemplados en los artículos, 66.1; 80.2; 81.2.^a, 87.1; 88.1.^a en éstos se refiere tanto a los topes temporales para la concesión del sustitutivo, como a las «características del hecho» o «duración de la pena» indispensables para la concesión de la suspensión de la ejecución y sustitución de la pena. En igual sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 579-580.

²⁰⁴ Así por ejemplo, el art. 80 CP 1995 considera imprescindible la pena que no exceda de dos años. En igual sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 581

ó prevención integradora-²⁰⁵ así el alcance y significación de los sustitutivos penales puede ser más o menos amplio.²⁰⁶

²⁰⁵ Sobre ello, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 33, 74, 77, el mismo, en: *Estudios penales*, 1991, 268.

²⁰⁶ Desde alguna postura se considera que los sustitutivos penales constituyen disminuciones de la eficacia preventivo-general de la pena, sino se salvaguarda un mínimo preventivo-general, representado por llamada «*defensa del ordenamiento jurídico*». En ese sentido, cfr., ROXIN, en: *Culpabilidad y prevención*, 1981, 104 ss.,135 ss.

3. LA PREVENCIÓN ESPECIAL

3.1. ASPECTOS GENERALES

3.1.1. Breve reseña histórica

El Derecho penal se caracteriza como Derecho penal del hecho, pero también, la finalidad de prevención especial del sujeto que en concreto ha delinquido es una característica esencial que lo identifica.

Sin duda alguna, los fundamentos ideológicos de la prevención especial, como postura con clara influencia en la legislación, hay que situarlos en la Ilustración.²⁰⁷ Los destacados aportes de VOLTAIRE, BECCARIA, BENTHAM, introdujeron una corriente de humanización frente a los excesos del absolutismo.

El planteamiento moderno, sin embargo, hunde sus raíces en la escuela sociológica alemana, de la cual VON LISZT fue un destacado representante, sin desmeritar las contribuciones significativas del positivismo italiano y del correccionalismo español.²⁰⁸

Las ideas de la prevención especial revolucionan el pensamiento tradicional, basado en la construcción jurídico-abstracta del delito y fundamentalmente retributiva, destacándose a partir de ese momento la figura del delincuente, y sus necesidades de tratamiento o inocuización, para proteger a la sociedad.

²⁰⁷ En los orígenes del pensamiento penal, SÉNECA evoca la idea de PROTÁGORAS que fue transmitida por PLATÓN, (427-347 a.C.): «*Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur'*» («Pues, como dice Platón: 'Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque'»).

²⁰⁸ Cfr., en general, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 144; ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», *NEJ XIX*, 1989, 420; LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 299 ss.; MORILLAS CUEVA, *Consecuencias Jurídicas*, 1991, 29; MAURACH, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, *DP PG 1*, 1995, 96 ss.; CEREZO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 22; COBO/VIVES, *DP PG*, 1999, 803.

3.1.2. Principales direcciones de la prevención especial

FERRAJOLI distingue en función de las motivaciones políticas o filosóficas, tres orientaciones de la prevención especial: las doctrinas moralistas o de *enmienda*, las naturalistas de la *defensa social*, y las teológicas de la *diferenciación* de la pena. En todas ellas cabe observar como nota sobresaliente y común, la orientación hacia el delincuente, distinguiéndolos no por los delitos o hechos cometidos, sino por sus características personales.²⁰⁹ De ello se sigue que la pena asume la forma de tratamiento diferenciado²¹⁰ que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad del condenado, ya por medio de la reeducación hacia los valores dominantes, ya hacia la liberación médica.

Otro punto de convergencia entre las tres orientaciones es la concepción del delito como patología y las penas como terapia política con medios como la curación o la amputación. El Derecho penal sirve no sólo para la prevención de delitos, sino también de transformar personalidades desviadas. Por esta razón, la justificación del Derecho penal no está clara, siendo su orientación sustancialista, es decir, no se separa la legitimación interna de la externa del Derecho penal.

Unas veces se confunde el Derecho con la moral, (por ejemplo, para las doctrinas de la enmienda, el reo es un pecador a reeducar coactivamente y la pena tiene connotaciones benéficas de arrepentimiento interior); otras veces se confunde Derecho y naturaleza, sociedad y Estado (el reo es un enfermo, o ser anormal

²⁰⁹ Se destaca especialmente en las tres orientaciones, la opción por la persona, así, se resalta «*la persona del delincuente más que el hecho delictivo -el pecador más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad- el que pasa a primer plano a los fines de la calidad y cantidad de pena*». Cfr., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 265-270.

²¹⁰ Sobre ello, vd., ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», NEJ XIX, 1989, 424.

que hay que curar o eliminar, así ocurre en las orientaciones de la defensa social y las teológicas).²¹¹

3.1.3. Concepto

La prevención especial «supone evitar que el sujeto concreto a quien se impone una sanción criminal delinca en el futuro»,²¹² es decir, que su proyección ya no es sobre la totalidad de la comunidad jurídica, sino sobre la persona delincente para que no vuelva a delinquir.

Este objetivo se puede alcanzar por diversos medios, distinguiéndose entre la prevención especial positiva y negativa, según la naturaleza de las prestaciones de la pena.²¹³ La motivación hacia la fidelidad hacia el Derecho puede adoptar una forma negativa, mediante la intimidación (la intimidación especial, y el aseguramiento y la inocuización) o, positiva, a través de la comprensión y reconocimiento personal del valor de los bienes jurídicos (la resocialización), y de esta forma determinar el comportamiento futuro.

A) La *intimidación especial o individualización* cumple una función de advertencia sobre el delincente, tratando de disuadirlo²¹⁴ para que en el futuro no vuelva a delinquir, no por convicción o por falta de posibilidades, sino mediante los efectos de

²¹¹ Cfr., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 270.

²¹² Vd., LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5066-5067.

²¹³ En ese sentido, cfr., BARATTA, PyC n.º 0, 1986, 83; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 263, vd., especialmente n. 108.

²¹⁴ Un análisis desde la perspectiva sociológica, sobre el efecto disuasor directo sobre el delincente, vd., ALVIRA MARTÍN, EPCrim VII, Santiago de Compostela, 1984, 14 ss.

la pena infligida. Por temor a sufrir una privación de derechos como la que ha significado la pena o la medida de seguridad.²¹⁵

B) La prevención especial puede conseguirse también por la vía del *aseguramiento y de la inocuización*. La sociedad puede verse protegida temporal o permanentemente de un delincuente y eso genera seguridad, cuando éste no tiene posibilidad de repetir el delito, porque cumple una sanción. De igual forma un sujeto puede no hacer daño (inocuízado), cuando se le quitan los medios para causarlo.

C) La última vía para alcanzar la prevención especial es la de la *resocialización*,²¹⁶ a través de la cual el delincuente debe ser preparado para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro.

En síntesis, la doctrina reconoce una triple función de la prevención especial: la pena debe *intimidar* al autor socialmente integrado para que no cometa nuevos delitos, *resocializar* al autor habitual y *proteger* a la sociedad frente al autor que no es corregible ni intimidable.²¹⁷

²¹⁵ Algunos autores observan una cierta conexión entre la intimidación individual y la prevención general negativa. El efecto disuasorio individual, estaría no en la amenaza de pena, sino en la imposición y ejecución de la misma. Se trata entonces, de que el delincuente se abstenga de cometer delitos bajo el convencimiento de que el crimen no compensa. Sobre ello, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 245; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 302; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 31; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 227. Especialmente crítico, vd., DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 374.

²¹⁶ El concepto de resocialización es ambiguo e impreciso, lo que consecuentemente impide su control racional y su análisis crítico. A la vez que engloba concepciones heterogéneas del hombre y del castigo. Por otra parte, reúne los conceptos de reeducación, readaptación, reintegración o inserción social. En ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 52; el mismo, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5067; MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 389. Sin embargo, no puede identificarse plenamente prevención especial con resocialización, ésta última es una variante de aquella. Para más detalle cfr., ampliamente, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 178; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 26, n.50.

²¹⁷ Es VON LISZT, en su denominado Programa de Marburgo, quien magistralmente y por vez primera expone un tratamiento diferenciado, según el tipo de autor, así propone: *la*

3.2. PRINCIPALES CRÍTICAS

A la prevención especial como fin del derecho penal se le dirigen críticas en diversos sentidos, que éstas van desde las objeciones filosóficas y las dificultades dogmáticas, que hasta los cuestionamientos desde la perspectiva empírica. Haremos referencia a las que han encontrado mayor eco.

A) Desde el plano filosófico, a las doctrinas de la prevención especial se les ha objetado que son las *«más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas y que justifican modelos de Derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado»*.²¹⁸ Aún en sus versiones más sutiles y constructivas, las doctrinas de la prevención especial, se oponen a principios consagrados como la libertad, la autonomía de la conciencia, y la igualdad.²¹⁹

B) Las objeciones dogmáticas tienen que ver, en primer lugar, con la legitimación de la teoría. La prevención especial no logra salvar el obstáculo de distinguir adecuadamente entre la legitimación externa y la interna; así, sólo la pena carcelaria, y no el resto de las penas tienen la función reeducadora, poniéndose de manifiesto el razonamiento que confunde Derecho y moral, o Derecho y naturaleza, según la orientación que se siga. Lo cual, evidentemente, no puede servir como criterio para justificar la pena en general.²²⁰

inocuidación del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la *intimidación* del mero delincuente ocasional y la *corrección* del autor corregible. Vd., por todos, MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 28-29.

²¹⁸ Vd., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 270.

²¹⁹ Cfr., MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 392.

²²⁰ Ampliamente sobre ello, ROXIN, en: Problemas, 1976, 17; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 272.

En segundo término, el supuesto privilegio al autor respecto al conocimiento de la acción, permite en casos concretos un serio agravamiento de las penas, lo que ocurre tanto por la naturaleza del fin preventivo como por la naturaleza del medio punitivo. Ello trae como consecuencia, la autorización de las *penas indeterminadas* sujetas a las necesidades correctivas del delincuente y que cesan sólo con el arrepentimiento o la curación del reo.²²¹

C) Ya en el plano empírico, la principal y más acusada crítica es que el fin reeducador o resocializador no es realizable.²²² El debate doctrinal acerca del aspecto positivo de la prevención especial ha generado un enfrentamiento de tesis antagónicas.²²³ Mientras unos consideran que la resocialización es una alternativa al retribucionismo, otros observan que se trata de un imperativo ideológico, de esto hay claros ejemplos en las democracias populares socialistas, en las que se aspiraba a un cambio de la actitud interna del delincuente, en el sentido de la moral socialista.²²⁴

Desde el punto de vista empírico, también se cuestiona se cuestiona la carencia de información confiable para emitir un juicio de futuro sobre la necesidad de resocialización, sobre la terapia o

²²¹ Sobre ello, ASÚA BATARRITA, voz «Pena indeterminada», NEJ XIX, 1989, 421.

²²² Ampliamente sobre ello, MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 390 ss.

²²³ Algunos autores suponen que la prevención especial no puede cumplirse y es indeseable en la sociedad occidental del presente, pero confían en que un cambio de estructuras conduciría a una situación en las que sería posible y digna de aprobación. Sobre ello, CURY URZÚA, ADPCP 1988, 691. Otros autores van más allá y observan que la inutilidad comprobada del Derecho penal para satisfacer las finalidades de la prevención especial, fundamentan la desaparición del sistema punitivo tradicional. Así, HULSMAN/BERNAT DE CELIS, Sistema, 1984, 76.

²²⁴ Sobre ello, GARCÍA-PABLOS, Criminología, 1996, 275.

tratamiento adecuado,²²⁵ imprecisión que también afecta los pronósticos de peligrosidad. Los altos índices de reincidencia ponen en tela de duda que la pena sirva a los efectos de la resocialización. Resulta fácilmente constatable que muchos delincuentes reinciden tras haber descontado una pena. Mayor aún es la contradicción que encierra querer adaptar a un hombre a la sociedad y para ello aislarle coactivamente. En ese sentido, se cuestiona las posibilidades de un tratamiento resocializador, cuando hay una contradicción intrínseca de querer adaptar un hombre a la sociedad y precisamente por ello aislarle de la misma.²²⁶

D) Finalmente, realizando un análisis de conjunto sobre los puntos débiles de las teorías de la prevención especial, pareciera que la eficacia sólo se alcanza a través de la inocuización del delincuente durante el tiempo de reclusión.²²⁷ Pero en ello tampoco hay absoluta certeza, porque aún dentro de las cárceles se cometen delitos.²²⁸ Dentro de la concepción actual del Derecho penal, tal criterio resulta inaceptable.

A pesar de las críticas que se han realizado a la prevención especial, es innegable que la humanización y la racionalización del Derecho penal han aportado un cambio de dirección a la consideración de la función preventivo especial de la pena.²²⁹ El

²²⁵ Vd., GARCÍA-PABLOS, ADPCP 1979, 678-683.

²²⁶ Cfr., MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 390.

²²⁷ Este tipo de neutralización y segregación del delincuente es criticado por partir de la premisa falsa «*de que algunos delincuentes no son capaces de responder favorablemente a la ayuda que se les preste en un establecimiento penitenciario, negándoles el derecho a un tratamiento que les permita una convivencia pacífica en sociedad*», cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 228.

²²⁸ Así, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 231.

²²⁹ En igual sentido, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 375.

delincuente ya no es más un sujeto anormal, enfermo, en fin un elemento perturbador de la vida social al que hay que segregar, curar o eliminar.²³⁰ Se trata de un sujeto normal,²³¹ que es parte de la vida social,²³² que a pesar de su consideración como delincuente, posee unos intereses propios dignos de ser protegidos,²³³ sin que por ello -como señala algún autor-, «se niegue necesariamente, como contrapartida, la defensa de la sociedad a través de la protección de bienes jurídicos».²³⁴

3.3. PLANTEAMIENTO ACTUAL

Las tesis de la prevención especial han ocupado no sólo un lugar en la evolución del Derecho penal, sino que decididamente han sido adoptadas por los ordenamientos penales democráticos, aunque no en las versiones primigenias de éstas.²³⁵

La doctrina penal en forma coincidente sitúa la segunda ola de la prevención especial en los años sesenta,²³⁶ destacándose los

²³⁰ Los aportes de la Criminología y la Sociología han sido decisivos en las modernas concepciones del fenómeno criminal, reconociéndose en forma unánime la normalidad y ubicuidad como características de la conducta delictiva.

²³¹ Ampliamente sobre ello, DURKHEIM, Las reglas, s.f., 62. Sobre ello, MAPELLI CAFFARENA, CPC 1984, 388.

²³² Sobre ello, MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 390.

²³³ De igual opinión, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 185-265.

²³⁴ Cfr., DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 375.

²³⁵ Sin embargo, merece destacarse el fenómeno contemporáneo de revitalización de algunas de las tesis de la prevención especial, que ocurre en algunos países como en los Estados Unidos e Inglaterra. La tendencia es a desplazar los focos de interés desde la prevención especial positiva -resocialización- hasta la prevención especial negativa -neutralización, incapacitación-. Sobre ello, MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a ANTÓN ONECA, 1982, 390; BARATTA, en: OLIVAS, Enrique (Compilador): Problemas, 1991, 138; DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 67; LARRAURI, Introducción, 1998, 15; VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 140 ss.

²³⁶ Vd., MAURACH, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG 1, 1995, 101.



movimientos de la Nueva Defensa Social, en Francia e Italia, y en Alemania con el Proyecto Alternativo de 1966.²³⁷

Para la doctrina penal actual, la inclinación hacia la prevención especial es indudable, dada su tendencia «*constructiva y social*».²³⁸ El mayor incentivo de la consideración hacia la prevención especial es la actuación sobre el delincuente en el sentido de que lleve en el futuro una vida de acuerdo con el Derecho, como alternativa a su internamiento o a su intimidación.²³⁹

Asimismo, el desarrollo de las tesis de la prevención especial han implicado la configuración de un sistema de consecuencias jurídicas del delito, en las que se reconoce que la actuación sobre el delincuente, para que no cometa delitos en el futuro implica a la vez, la disposición de medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. Sobresaliendo entre las consecuencias jurídicas, el sistema de doble vía de penas y medidas de seguridad, los sustitutivos penales y las medidas alternativas a la pena.²⁴⁰

Podríamos resumir que la idea de prevención especial ha sido determinante en la configuración de un sistema diferenciado, individualizado, de consecuencias jurídicas, en función de las características de cada sujeto. El impacto de las tesis de la prevención especial ha sido tan amplio que no sólo ha penetrado la cultura penal, sino que es un principio que informa a los Estados

²³⁷ Ampliamente, MIR PUIG, Introducción, 1976, 70; FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 269, especialmente n. 153 y n. 154.

²³⁸ Así, ROXIN, en: Problemas, 1976, 15.

²³⁹ Cfr., OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 212.

²⁴⁰ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 307.

democráticos de Derecho y sus Constituciones, cuya orientación es hacia la reeducación y resocialización del delincuente.²⁴¹

Sin embargo, la prevención especial es inidónea, por sí sola,²⁴² para justificar el Derecho penal, pues como indica MIR PUIG, «*en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible, y finalmente en ocasiones no será lícita, y sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto*».²⁴³

Otros autores en la misma dirección se niegan a centrar en la prevención especial el discurso legitimador del Derecho penal, fundamentándose en la incapacidad de la teoría para explicar la punibilidad de los delitos sin peligro de repetición, y porque siguiendo la crítica más destacada, la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.²⁴⁴

Partir de la tesis contraria, de la idea de prevención especial como exclusiva o fundamental, significaría que son las características individuales del sujeto las que importan, algunas veces independientemente de su hecho. Lo que indudablemente nos aproxima a las ideas del Derecho penal de autor, -que gozó de amplia aceptación por la escuela penal nacionalsocialista- y a la idea de sustitución de la penas por la implantación de un sistema

²⁴¹ Sobre la abundante bibliografía del tema vd., por todos, BUENO ARÚS, CPC 1985, 59, n.1.

²⁴² Sobre las distintas posturas de la doctrina, en cuanto a la función de la pena vd., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 232.

²⁴³ Cfr., MIR PUIG, DP PG, 2002, 93, nm. 37. Un planteamiento diferente expone BACIGALUPO, RintDP 1978,15-17, al orientar la pena y el Derecho penal exclusivamente hacia la meta de la resocialización. Críticamente, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 16, n. 22.

²⁴⁴ Sobre ello, ROXIN, en: Problemas, 1976, 17.

de medidas, de seguridad o de readaptación -hoy día aceptada parcialmente a través de los sistemas dualistas o de doble vía-.²⁴⁵

Para la doctrina mayoritaria, en síntesis, aunque se reconoce que la resocialización no puede legitimar por sí sola intervención penal, ésta cumple una destacada función en la teoría de la pena.²⁴⁶ La discusión actual sobre la prevención especial considera que ésta es un medio de protección de bienes jurídicos,²⁴⁷ ya no de hipotéticos o potenciales delincuentes, sino de aquellos que ya han delinquido.²⁴⁸

De igual forma, la prevención especial es una función de la propia norma penal, pues en la fase de conminación penal la norma prevé ya en las reglas legales de determinación de la pena, que luego aplicará el juez en la fase siguiente, el marco de juego de la prevención especial.²⁴⁹

3.3.1. Preeminencia del fin resocializador

Evidentemente, es la versión positiva de la prevención especial, la resocialización, la tendencia que hoy se encuentra en primer plano, evidenciando sus méritos teóricos y prácticos, y cumpliendo no sólo una función de legitimación del Derecho penal,

²⁴⁵ Ampliamente sobre esto y en sentido crítico, vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 304 ss.

²⁴⁶ Mas detalladamente, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 233-234

²⁴⁷ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 95, nm. 36.

²⁴⁸ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 49.

²⁴⁹ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 49, 56; el mismo, Curso DP PG I, 1996, 69; DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 377, n.121. Un diferente planteamiento efectúan algunos autores al considerar que la prevención especial no es una función de la propia norma penal y que sólo la podría cumplir la propia pena en la fase de ejecución. Así, en primer lugar, ROXIN, en: Problemas, 1976, 25-26, 32; con una posible matización en el mismo, DP PG I, 1997, 98, nm. 42. Vd., un amplio análisis del comportamiento de la doctrina española sobre la función de la prevención especial en, OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 86 ss.

sino «una necesidad ineludible» a la que ningún sistema penal puede sustraerse.²⁵⁰

De esta forma, la lectura de la resocialización debe hacerse en un doble sentido: positivo, entendida como no imposición de un determinado esquema de valores, sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre; y en sentido negativo, como no desocialización del sujeto afectado.²⁵¹

La desocialización es entendida como la actuación sobre el delincuente con el objetivo de que no cometa delitos en el futuro y, contempla la disposición de medios que le capaciten para una vida en libertad dentro de la sociedad. Esta orientación ha sido favorecida por el movimiento de humanización de las penas, que reconoce el derecho del delincuente al libre desarrollo de su

²⁵⁰ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 28. Desde otra perspectiva de análisis, CURY URZÚA, ADPCP 1988, 696, observa que partiendo de que la pena siempre es un recurso desocializador, la función socializadora «no es un fin de la sanción punitiva, pero la responsabilidad cautelar de la socialización constituye un límite del sistema penal en general y de la pena en especial». La prevención especial no provee a la pena de idoneidad socializadora, porque esta es contradictoria con su naturaleza y con las circunstancias en que se la emplea. La prevención especial cumple una función limitadora de la pena en sentido negativo, sirve de límite o valladar en un doble sentido: «Por una parte, exige prescindir de la pena siempre que sea posible, evitando de ese modo los efectos sociales negativos que le son propios y reservándola únicamente para los casos de extrema necesidad; por la otra, requiere que aún cuando sea indispensable acudir a ella, sus formas y su modo de ejecución se conciban de manera que causen los menores perjuicios al afectado, en especial, desde el punto de vista de su socialización». En igual sentido, DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 64.

²⁵¹ En palabras de MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 117, «He aquí, pues, el único sentido que puede y debe tener en la actual realidad penitenciaria española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente: procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras».

personalidad,²⁵² y a que su estado de socialización no se vea empeorado a consecuencia de la intervención penal.²⁵³

Las tendencias estrictamente asegurativas o inoctrinadoras se ven limitadas frente a la orientación constitucional de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social.²⁵⁴

Finalmente, resta analizar sucintamente la influencia de las tesis de la prevención especial en la Constitución Española, fundamentalmente porque es en aquélla donde se consagran los principios y valores sobre los cuales se debe construir el Derecho penal, acorde con el modelo de sociedad que se ha pactado.²⁵⁵ De esto se sigue, que el sistema de consecuencias jurídicas pueda lograr el fin de prevención especial, evitando que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, anulando los posibles factores desocializadores de las sanciones y acentuando los resocializadores, tanto a través de una consideración «positiva» de las sanciones, haciéndolas menos duras o en otros casos, recurriendo a los sustitutivos penales, o bien, mediante el tratamiento penitenciario del sujeto.²⁵⁶

²⁵² La no desocialización del delincuente es un derecho en el sentido de garantía individual, que debe entenderse como la consideración negativa del principio de resocialización. Vd., por todos, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 89.

²⁵³ Sobre ello, por todos, MUÑOZ CONDE, en: AA.VV.: Política criminal, 1982, 131 ss.; el mismo, VI Jornadas, 1990, 40 ss.

²⁵⁴ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 28.

²⁵⁵ Fundamental acerca de la conexión entre política y Derecho penal, por todos, vd., MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 34 ss. Sobre el denominado «Programa constitucional del Derecho penal», vd., ARROYO ZAPATERO, RJCastLM, nº1, 1987, 103.; CASCAJO CASTRO, LL, 1996-II, 1645 ss.

²⁵⁶ Vd., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 89.

El precepto Constitucional que recoge la idea de prevención especial, art. 25.2 CE²⁵⁷ ha dado lugar a un amplio debate sobre la realidad de su eficacia, produciendo diversas interpretaciones por la doctrina.²⁵⁸ Al menos pueden claramente apreciarse tres posturas sobre el papel de la resocialización, aunque hay algunas matizaciones, que no entraremos a conocer:²⁵⁹ a) la posición que entiende que el fin resocializador de la pena debe impregnar todo el proceso de determinación de las penas, es decir, en todas sus fases; b) otra postura considera que el fin resocializador abarca tanto la fase de ejecución como de imposición de pena; y c) la postura que entiende que la resocialización deber referirse al aspecto penitenciario. Entretanto, la Jurisprudencia constitucional no aborda plenamente en el debate sobre la función de la pena, aunque sí ha advertido que la prevención general no es la única finalidad de la pena.²⁶⁰

Las precisiones del Tribunal Constitucional se orientan señalando que el art. 25.2 de la Constitución no limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general. Así, y en ese sentido, STC 19/1988, de 16 de febrero, en la que se indica *«de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera responder*

²⁵⁷ Cuyo tenor literal dispone que *«las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados»*.

²⁵⁸ Resumiendo la extensa bibliografía, vd., por todos, BUENO ARÚS, CPC 1985, 59, n. 1.

²⁵⁹ Vd., por todos, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 242.

²⁶⁰ Ampliamente sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cfr., GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 31 ss.

exclusivamente a dicho punto de vista». También se reconoce que el citado artículo constitucional, tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla. Aspecto que ha sido reiterado recientemente, en la STC 28/1998, de 28 de diciembre, al reconocer que el art. 25.2 CE «proclama la orientación de las penas y medidas de seguridad a la evitación de delitos, fundamentación que se procura tanto desde postulados propios de la prevención general como de la especial.

3.4. PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

La doctrina, en forma unánime, valora la necesidad de apreciar la prevención especial en la determinación y medición de la pena. Partiendo de la idea de que la función de protección de bienes jurídicos involucra a la prevención especial tanto como a la general, se considera que la sanción puede adecuarse a las circunstancias personales del autor, y de esta forma intentar o evitar que en el futuro, el sujeto cometa delitos.²⁶¹

Las discrepancias doctrinales se producen por una parte, en relación con las características de su intervención, y de otra parte, en cuanto al momento en que debe ser evaluada, es decir, si su consideración corresponde a la determinación de la pena en sentido amplio o en sentido estricto, aspecto que desarrollaremos ulteriormente, dada la estrecha relación entre este tema y la función limitadora de la culpabilidad.²⁶²

²⁶¹ En igual sentido y por todos, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 312.

²⁶² Por ahora, solo enunciaremos que las construcciones dogmáticas giran entorno a cinco teorías: 1) teoría de la pena marcada o fijada en un punto exacto; 2) teoría del espacio del juego; 3) teoría del valor relativo o teoría del valor de empleo; 4) teoría modificada del espacio de juego; 5) teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable.

En lo tocante a las cualidades de la intervención, se examinan las acciones y efectos de la prevención especial en el seno mismo de la prevención especial, así como en relación con la prevención general.

3.4.1. La prelación de finalidades preventivo-especiales

A lo interno de la prevención especial un aspecto que destaca la doctrina es la prelación de finalidades en la medición de la pena.²⁶³ La discusión en la dogmática alemana e italiana discurre sobre la antelación o preferencia en que deben ser atendidas en la determinación de la pena, la intimidación, la resocialización, la corrección (o mejora) y el aseguramiento.

Claramente se vislumbran dos posturas en la doctrina: a) Para un grupo de autores, entre ellos BRUNS y ZIPF, el primer efecto a perseguir es el efecto intimidatorio, evitando que el autor, cometa delitos en el futuro. Si basta con una cantidad de pena para garantizar la fidelidad hacia el Derecho, no debe perseguirse un proceso de contramotivación más profundo, como sería la resocialización, a la que sólo hay que acudir en forma subsidiaria. El efecto de neutralización quedaría para casos extremos ante los que no se pudiera esperar efectos ni inhibidores ni resocializadores y en último lugar.²⁶⁴

b) DOLCINI,²⁶⁵ en cambio, señala que existen relaciones contrarias entre intimidación y resocialización. Desde esta posición, coloca la resocialización en primer término, ya que actúa sobre las causas que producen el delito, mientras que la intimidación se limita a actuar sobre el temor del sujeto a una nueva pena. Así, la resocialización podrá ser fundamento justificativo de la pena y

²⁶³ Ampliamente sobre ello, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 178-179.

²⁶⁴ En tal sentido, MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, *DP PG 1*, 1995, 761, § 107 ss.

²⁶⁵ Cfr., DOLCINI, *La commisurazione*, 1979, 154.

criterio finalista para su medición, en los casos en que los contenidos de la pena permitan observar el ejercicio de una ayuda positiva al condenado que le permitan superar los factores sociales de reincidencia. En los casos en que tal ayuda no sea posible, la respuesta debe formularse en términos de pura amonestación.²⁶⁶

Evidentemente, tal razonamiento puede llevar a consecuencias injustas y constituye una involución al Derecho penal de autor y es por ello que la doctrina española mayoritaria - tesis que personalmente comparto - se decanta por considerar la resocialización como finalidad subsidiaria de la intimidación. La búsqueda del respeto por la colectividad es el criterio básico de determinación de la pena y en ese sentido es intimidación.²⁶⁷ Subsidiariamente, se admite la actuación sobre el delincuente, con el objetivo de evitar la comisión de delitos en el futuro, a través de

²⁶⁶ A partir de la propuesta de DOLCINI y fundamentándose en el concepto actual de resocialización, entendido en términos de admisión certera de los valores sociales imperantes, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 179, deduce los siguientes casos: a) No existe posibilidad de resocializar; b) No existe necesidad de resocializar; c) Se puede resocializar y, d) Se necesita resocializar. En el primer supuesto se requerirá una pena más larga o más dura para conseguir la intimidación, dada la suposición de menor vinculación con los valores oficiales. En el segundo caso, existiendo una mayor identificación con los valores oficiales, una pena corta será suficiente para intimidar. Finalmente, en los restantes supuestos, si es posible la resocialización y se necesita hacerlo, puede aplicarse una pena más grave que la que correspondería por el mismo hecho a quien no necesitara ser resocializado.

²⁶⁷ Cfr., en ese sentido y por todos, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 184-185, «*lo que supondría buscar la sanción más adecuada para producirle temor a la imposición de una nueva pena*». No obstante, algunos autores estiman que la intimidación «*es cosa del pasado*» reduciendo la prevención especial a la resocialización. Vd., en ese sentido, las referencias doctrinales que cita SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 28, 309. Entendiendo, SILVA al igual que un significativo sector de la doctrina, que la sanción constituye «*un mal*», una «*amarga necesidad*» y, en consecuencia, «*no es posible por unas eventuales necesidades de aseguramiento de la colectividad frente al delincuente, desbordar los límites marcados por las necesidades de prevención general en combinación con los debidos a la proporcionalidad*».

la disposición de medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad.²⁶⁸

3.4.2. La prelación entre prevención especial y general

Desde la perspectiva de las relaciones entre la prevención especial y general, nuevamente volvemos al eterno tema de las antinomias de los fines de la pena, pues en la medición de la pena, tanto en su sentido restringido, como en sentido amplio, pueden darse tensiones o incompatibilidades, siendo este el momento donde se manifiestan las diferencias irreconciliables, como ya hemos tenido la oportunidad de estudiar y en la que se distinguen con claridad tres posturas.

La primera postura señala que en la medición de la pena deben tenerse en cuenta las necesidades preventivo-especiales del autor; no así la prevención general, la cual, se fue apreciada en la

²⁶⁸ Ilustrando en ese sentido y por todos, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 314. La pretensión «*es que el sujeto simplemente no delinca, que tenga un modo de ser más o menos integrado, o por el contrario marginado, discrepante o desviado incluso de las pautas dominantes, pero que no delinca, es decir, que no infrinja las normas mínimas de convivencia que suponen las normas penales de cualquier país: que no mate, no robe, que no imponga sus convicciones o intereses violentamente, dañando a los demás, no falsifique documentos, etc., en suma que respete una normas esenciales que permiten el funcionamiento social*». En muchas ocasiones algunos autores prefieren referirse a la «*evitación de la desocialización*», frente a la desconfianza de que la pena alcance el fin preventivo-especial por medio de la resocialización. Se pretende la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas sustitutivas y menos graves, junto a otros mecanismos menos graves. A partir del reconocimiento del derecho del delincuente al libre desarrollo de su personalidad. Ampliamente entre otros, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 183 ss.; MUÑOZ CONDE, en: AA.VV.: Política criminal, 1982, 131 ss.; el mismo, VI Jornadas, 1990, 40 ss. Con referencia al CP 1995 y su orientación a la resocialización (párrafo cuarto de la exposición de motivos), GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 41, 81, resalta, «*por mucho que se trate solo de una orientación al legislador y no sea la única posible, condiciona una de las opciones que informan el nuevo Código: la apreciación de que la mejor política de reinserción social es la que evita la desocialización del condenado, sobre la que se asienta la pretensión de evitar la cárcel en los casos en que se puede prescindir de ella*».

conminación y en la eficaz persecución de los hechos punibles, y en el marco penal, tanto genérico como concreto.²⁶⁹

La segunda postura no reconoce antinomias, puesto que asigna un fin exclusivo a la pena en el marco de la individualización legislativa o conminación típica –prevención general- y un único fin en el marco de la individualización judicial -prevención especial-.

Finalmente, la tercera postura –y ésta es la postura por la cual me inclino-, señala que la pena en los tres estadios reconocidos conminación, imposición y ejecución está orientada tanto hacia la prevención general como hacia la especial. En consecuencia, en la conminación penal aunque hay una tendencia a la prevención general, se le indica el radio de acción a la prevención especial, a través de las reglas legales de determinación de la pena. En el siguiente estadio, de imposición de la pena, las antinomias podrían operar tanto en la medición de la pena en sentido estricto, como en sentido amplio; y en la ejecución de la pena, aunque hay una posición ventajosa de la prevención especial, también sirve a la prevención general.²⁷⁰

Líneas atrás hemos aceptado el modelo de orientación a las consecuencias, que implica la dirección de la decisión sancionatoria hacia la racionalidad final. Desde esa perspectiva, la pena se ha de orientar al objetivo propuesto, es decir, la protección de bienes jurídicos, por medio de la prevención general y especial.²⁷¹

²⁶⁹ Entre ellos, los autores del Proyecto Alternativo se inclinan por dar preferencia a la prevención especial frente a la prevención general. Cfr., ROXIN, en: Problemas, 1976, 42. En igual sentido, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 116 ss., 177 ss.; la misma, en, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 576 ss.; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 274 ss., 282 ss., 319 ss.; la misma, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 86.

²⁷⁰ Así, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 56 ss.

²⁷¹ Ampliamente, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 239 ss.

LUZÓN²⁷² ha explicado como hay supuestos o casos límite en los que la gravedad del delito exige la aplicación de la pena por razones de prevención general, por más que la pena sea preventivo-especialmente innecesaria.²⁷³

En todo caso, considero que la pena debe determinarse en función de la gravedad del injusto y la culpabilidad²⁷⁴ y que el límite de la culpabilidad no puede rebasarse aunque las razones de prevención especial así lo aconsejen.²⁷⁵ Lo cual no impide en casos concretos rebajas, suspensiones o excepciones a la imposición de la pena por razones de prevención especial, sin que se vea mermada su eficacia preventivo-general, es decir, que la respuesta penal es diferenciada, en función de las características de cada sujeto.²⁷⁶ De esta forma, las exigencias de la prevención especial,

²⁷² Cfr., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 60 ss., 80 ss., 86 ss. El planteamiento del autor, que se acepta como válido desde mi posición personal, reconoce la eficacia y necesidad de la prevención general, y en caso de conflicto insalvable entre los intereses de la prevención general y especial, deben prevalecer los de la prevención general. Pero donde sea posible compatibilizarlas debe darse satisfacción tanto a las necesidades e intereses preventivo-generales y preventivo-especiales.

²⁷³ En sentido contrario, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, 61, estima el autor al comentar el Decreto 162, de 25 de enero de 1968, vigente para esa fecha, que en aquellos casos de no-necesidad de pena, ya de reclusión, presidio o prisión, debía el Tribunal abstenerse de ordenar la ejecución de las referidas sanciones.

²⁷⁴ Así, y en ese sentido, STS 7-marzo-1994 (A 1859) «*la culpabilidad por el hecho constituye el límite máximo de la pena aplicable*». La culpabilidad en la determinación de la medida de la pena, como señala PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): *Estudios*, 1997, 50-51, es una concreción de la exclusión de la arbitrariedad, y constituye la aplicación de un criterio uniforme a casos comparativamente equivalentes. Sin embargo, la posición del autor, ciertamente de carácter funcionalista, considera necesario aplicar un principio corrector en la aplicación de circunstancias que se relacionan con la prevención especial (relacionados con la personalidad del autor) en la determinación e individualización de la pena y no en la determinación del marco legalmente establecido.

²⁷⁵ Vd., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 57; el mismo, en: *Estudios penales*, 1991, 306.

²⁷⁶ Cfr., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 64, el mismo, voz «Prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5066. En igual sentido, se ha manifestado el STC 224/1992, de 14 de diciembre, refiriéndose al beneficio de condena condicional, indica que está inspirado en la necesidad de evitar el cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el

de trato individualizado se verían satisfechas al momento de determinarse la pena.²⁷⁷

3.4.3. La valoración de circunstancias personales del delincuente

Una especial consideración de la prevención especial puede apreciarse cuando se valoran en la determinación de la pena, junto con el hecho, la personalidad del delincuente y otras circunstancias personales.²⁷⁸

El tenor literal de la ley es el soporte de estas valoraciones preventivo-especiales, cuando señala que se atenderán «las circunstancias personales del autor», «la peligrosidad criminal del sujeto», los «fines de prevención y de reinserción social», el «pronóstico individualizado y favorable de reinserción social».²⁷⁹

futuro. Para la Jurisprudencia, la prevención especial como factor de individualización, esto es para el caso concreto, se encuentra legitimada por la Constitución y la legislación ordinaria, Así, y en ese sentido, STS 7-marzo-1994 (A 1859). De otra opinión, OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 123-124, para quien la «evitación de la desocialización» no debería llevar a la reducción de la pena concreta de cada sujeto, lo propio es proponer una reducción general es decir, para todos los individuos, de la cuantía de las penas en los tipos penales.

²⁷⁷ En igual sentido, COBO/VIVES, DP PG, 1999, 824.

²⁷⁸ La Jurisprudencia se ha referido -aunque en forma breve- a la valoración de la personalidad del sujeto que ha delinquido, así, se indica, «*debe ponderarse la personalidad del reo, y en este ámbito considerar sus condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional y económica, valorando su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos futuros de ésta sobre su vida dentro de la comunidad social*», cfr., STS 29-septiembre-1993 (A 6906). Precizando LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 303, n.16, que el término «circunstancias personales» es un concepto más amplio que el de personalidad y lo engloba.

²⁷⁹ En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 265. Entendiendo los criterios anteriores como una consecuencia o legado del principio de humanización, cfr., OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 120. Así sucede en el CP 1995 en la consideración de la personalidad o circunstancias personales del delincuente (art. 66, 6.ª); con la rectificación o arrepentimiento como atenuante (art. 21, 4.ª y 5.ª); con la menor o nula necesidad preventivo-especial de la pena en el sujeto como atenuante analógica muy cualificada (arts. 21,6.ª, y 64,4.ª); con la condición de delincuente primario en el sujeto; sus circunstancias

Sin duda, encontramos restos útiles del Derecho penal de autor,²⁸⁰ pero enmarcado, como bien señala LUZÓN PEÑA, dentro de un Derecho penal de hecho, que favorece y permite un trato particular para cada delincuente.²⁸¹

Se estima, de modo general, que el problema de la valoración de la personalidad en la individualización de la pena no es sencillo.²⁸² Frente al sujeto concreto,²⁸³ al que se le reconoce virtud Estado social y democrático de Derecho una serie de garantías, tal como el reconocimiento a la humanidad de la

favorables, el pronóstico positivo y la menor o nula necesidad preventivo-especial como criterios que pueden indicar la conveniencia de suspensión o sustitución de la pena (arts. 80, inc. 1 y 2; 87. 2.ª, pfo. 2; 88.1.ª.). También sucede con la reincidencia y otras posibles circunstancias personales agravantes mientras no rebasen el límite máximo del marco penal típico fijado por la gravedad del hecho, así, y en ese sentido, STS 6-abril-1990 (A 3195). En el Derecho alemán ocurre con las perspectivas para la vida futura en sociedad (§46.1 StGB) para la medición de la pena dentro del límite máximo trazado por la gravedad de hecho y el marco penal típico, con el comportamiento postdelictivo positivo (§ 46.2 StGB).

²⁸⁰Sobre ello, GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUCM n.º 3 monográfico, 1980, 151, se manifiesta contrario a considerar las referencias a la personalidad del autor en la medición de la pena como reminiscencias a la culpabilidad por la trayectoria de vida o por el carácter, indicando que esos elementos personales no tienen nada que ver, con la pena por la culpabilidad, pero sí tienen relación con la pena preventiva. Concluyendo en tal caso que, la personalidad del sujeto debe ser un criterio preventivo autónomo debiendo romperse su vinculación a la medición de la culpabilidad por el hecho.

²⁸¹ Más detalladamente, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 315; el mismo, Curso DP PG I, 1996, 61-62. expresa, «*serán manifestaciones lícitas y admisibles del Derecho penal de autor dentro del marco y las garantías del Derecho penal de hecho, todos aquellos supuestos en que, partiendo de la gravedad del hecho y respetándola como tope (preventivo-general) máximo de sanción, sin embargo se tienen en cuenta los intereses y exigencias preventivo-especiales derivados de las características y circunstancias personales del sujeto para determinar la pena o sustituirla*». En igual sentido, ZIPF, CPC 1982, 358, «*De ahí que nuestro sistema penal sea caracterizado con razón, brevemente, como 'Derecho penal del hecho y del autor'*».

²⁸² En igual sentido, entre otros, ROMEO CASABONA, Peligrosidad, 1986, 30; HAFFKE, en: Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN, 1991, 150; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 94.

²⁸³ Atendiendo en especial al sujeto que es juzgado cfr., SERRANO BUTRAGUEÑO, RDPCrim 1991, 405; el mismo, Las penas, 1996, 130.

pena,²⁸⁴ tenemos unos requisitos y exigencias normativos, así la culpabilidad por el hecho y la proporcionalidad, de difícil compatibilidad con los conocimientos empíricos,²⁸⁵ fuente de donde deriva la prognosis sobre el comportamiento futuro del autor.²⁸⁶

Ante tal panorama, el criterio de valoración de la personalidad ha sido aprehendido desde distintas posiciones doctrinales:²⁸⁷ para un sector la personalidad del autor ha de deducirse exclusivamente del hecho cometido. Otros autores, entienden que es necesaria una investigación global de la vida del autor.²⁸⁸ Para otro sector doctrinal se analiza la personalidad del autor como determinante en cuanto a la cantidad de pena a imponer, o, como el indicio que aconseja una reacción penal más adecuada, o la aplicación de un sustitutivo penal.

²⁸⁴ En igual sentido, CASCAJO CASTRO, LL, 1996-II, 1645; ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 160 ss.

²⁸⁵ Sobre los juicios de prognosis y su discutible certeza, vd., MORALES/GARCIA, LL 1991-I, 1143, n. 5. ZIPF, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG 2, 1995, 768, nm. 123, 125, señala que cuando nos referimos a la prevención siempre ésta se orientará hacia el futuro. La doctrina se refiere a ella «*como una afirmación acerca de las evoluciones futuras o de la conducta futura*» y son esenciales en todo el derecho de sanciones. Diferenciándose dos clases de componentes en la prognosis: normativos y empíricos. Desde el punto de vista normativo importa no sólo el futuro respeto del Derecho, sino también la determinación sobre el grado de probabilidad que se debe exigir para cada prognosis, (en este apartado la doctrina discute la posibilidad de revisión a la luz del principio *in dubio pro reo*). El punto de vista empírico es suplido generalmente por peritos, pudiendo diferenciarse entre tres métodos de prognosis: intuitiva, clínica y estadística. Sobre ello, ampliamente entre otros, SERRANO BUTRAGUEÑO, RDPCrim 1991, 407; GARCÍA-PABLOS, DP, 1995, 103.

²⁸⁶ En idéntico sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo STS 27-febrero-1992 (A 1363), refiere que, «*La personalidad del sujeto representa una apreciación muy compleja, integrada por elementos psicológicos desde una proyección social*». En igual sentido, STS 3-diciembre-1989 (A 7542).

²⁸⁷ Sintetizando la interpretación dogmática acerca de la valoración de la personalidad, fundamental, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 222.

²⁸⁸ Aunque algún sector doctrinal acepta en la determinación de la pena la valoración de aspectos de la personalidad del autor que no hayan encontrado expresión en el delito. Refiriéndose a esta circunstancia, cfr. JESCHECK, Tratado DP PGII, 1981, 209.

Indudablemente, para la medición de la pena es importante la motivación del autor expresada en el hecho y en circunstancias análogas (personales) que concurren en la configuración del aspecto subjetivo del hecho, aspecto que goza de aceptación prácticamente unánime.²⁸⁹ De igual forma, son relevantes los efectos de la pena sobre la vida futura del autor, sus relaciones personales y económicas y su comportamiento después del hecho.²⁹⁰

Cabe preguntarse entonces cuál es el concepto de personalidad con el que se debe operar para la medición de la pena y cómo debe considerarse al autor y, sí son posibles las distinciones. No nos detendremos a analizar *in extenso* el concepto de personalidad, por no ser éste el objetivo propuesto. Si bien la biología, la psicología y la psiquiatría aportan todo el bagaje científico para comprender la personalidad del delincuente, al Derecho penal le interesa, como expone claramente GARCÍA ARÁN, «*el aspecto de la personalidad que se manifiesta en las acciones del hombre que afectan a la esfera de los demás con relevancia jurídico-penal(...)*el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el Derecho penal».²⁹¹

En punto a la consideración de la personalidad del autor, es importante mencionar la posición de ZIPF,²⁹² quien reconoce una diferencia en la valoración de la personalidad cuando se la aprecia para efectos de la culpabilidad, y cuando se la estima para efectos

²⁸⁹ En sentido contrario, STRATENWERTH, en: *El Futuro*, 1980, 73, pretende extraer completamente la personalidad del delincuente de la valoración de la culpabilidad del hecho y observarla solo desde la perspectiva de la prevención.

²⁹⁰ Sobre los motivos y metas del autor, la actitud interna que se refleja en el delito y el grado de contrariedad al deber, cfr., JESCHECK, *Tratado DP PGII*, 1981, 1209.

²⁹¹ Fundamental al respecto, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 224.

²⁹² Cfr., ZIPF, *CPC* 1982, 358; el mismo, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, *DP PG 2*, 1995, 764.

de prevención. En el primer caso, sólo será relevante la personalidad en tanto codetermine por sí la culpabilidad por el hecho. La necesaria referencia al hecho limita evidentemente, la investigación de la personalidad.

En el segundo caso, cuando la personalidad del autor se valora para efectos de la prevención, siempre existe el peligro de que la misma «se transforme en un ajuste general de cuentas con la totalidad de la conducción de vida del acusado», por lo cual hay que centrarla en el «juicio jurídico acerca del cuadro preventivo que él ofrece, con el fin de determinar la pena de conformidad con tal cuadro». Concluyendo ZIPF que debe excluirse la personalidad del autor de la valoración de la culpabilidad del hecho y contemplarla sólo desde la óptica de la prevención. La distinción que propone ZIPF no goza de aceptación mayoritaria en la doctrina,²⁹³ por considerarse que la distinción de la personalidad a uno u otro efecto, dispersa la ponderación acerca de la misma y puede producir desigualdades, o un desbordamiento por la conducción de vida; desembocando finalmente en una mayor irracionalidad, de la que ya domina la medición de la pena.²⁹⁴

En la búsqueda de un criterio para interpretar la personalidad del delincuente se ha de partir del reconocimiento de que diferentes delincuentes, aún cometiendo el mismo delito, reciben distinta pena.²⁹⁵ Lo que obedece a que la valoración de la

²⁹³ Con otras referencias doctrinales cfr., JESCHECK, Tratado DP PGII, 1981, 1210, en especial, n.14.

²⁹⁴ Sobre ello, SCHÜNEMANN, en: Homenaje 50° Aniversario CLAUS ROXIN, 1991, 175; PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 47.

²⁹⁵ En incontables ocasiones la sociedad reclama y no entiende la desigualdad de trato entre dos sujetos que han cometido el mismo delito y con el mismo grado de culpabilidad. De modo detallado e instructivo sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 322, explica que la desigualdad no existe, puesto que no se esta frente dos sujetos iguales «si lo que fundamenta la responsabilidad penal no es sólo el hecho del autor, sino también sus circunstancias personales, que deben tenerse en cuenta, pues jurídico-constitucionalmente (art. 25.2 CE) es relevante la necesidad o no de resocialización del sujeto, entonces y en

personalidad dependerá de la validez que se otorgue a los fines de la pena.

La discusión doctrinal relaciona la personalidad del delincuente con la retribución, la prevención especial y la prevención general. Se entiende que la conexión entre personalidad del delincuente y retribución se produce al vincularse a la culpabilidad. Los desarrollos dogmáticos en ese sentido han dado lugar al denominado «*principio de autor*» o «*Täterprinzips*», según el cual, «*no hay que castigar el hecho sino al autor; la pena justa y correcta sólo puede encontrarse a través de la adecuación de su medida a la personalidad del autor*».

Desde la perspectiva de la prevención especial, la personalidad del delincuente se interpreta atendiendo las consecuencias a futuro de la imposición de la pena, en función de las circunstancias personales, es decir, en función de su personalidad en concreto, así como la sensibilidad a la pena y otras circunstancias personales tales como la situación familiar, profesional, económica y el comportamiento postdelictivo.

La prevención general, interpreta la personalidad del delincuente como manifestación de la actitud interna del sujeto frente al ordenamiento jurídico, la cual puede ser captada por la comunidad de diferentes formas: positiva, negativa o indiferentemente. Así, en el caso del comportamiento postdelictivo, la comunidad capta en forma positiva, la realización de este tipo de comportamiento y la rebaja de pena no implicaría ni una pérdida

esa medida puede, sin detrimento del principio de igualdad, imponerse un tratamiento desigual, beneficioso frente al delincuente peligroso». En igual sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que la prevención especial ha sido tenida especialmente en cuenta en el Art. 25.2 CE y cuando se la considera como factor de individualización de la pena, ello es correcto desde el punto de vista del derecho vigente. Así y en ese sentido, STS 7-marzo-1994 (A 1859).

de su función intimidatoria general ni deterioraría la confianza en la validez del Derecho.²⁹⁶

Desde la posición que se ha mantenido a lo largo de esta investigación, el criterio de personalidad, al igual que las otras circunstancias personales deben interpretarse en clave de evitación de delitos futuros²⁹⁷ lo que se traduce en el sujeto concreto en una mayor o menor necesidad de prevención especial.²⁹⁸

Asimismo, sólo puede incluirse en la determinación de la pena, aquellas circunstancias de la personalidad que guardan relación con el delito.²⁹⁹ Las circunstancias del sujeto concreto deben ser consideradas dentro de los límites marcados por la

²⁹⁶ Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 366; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 305.

²⁹⁷ En ese sentido resulta especialmente adecuada la apreciación de GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 225, de que la finalidad preventivo-especial solo puede entenderse «*como adecuación de la pena al sujeto, en el sentido positivo especial corrector*». Desde otra interpretación se ha planteado que la personalidad del delincuente, puede referirse no a un juicio sobre el futuro, sino sobre el pasado, referido a la «perversidad» demostrada en el hecho, interpretación que destaca MIR PUIG, Introducción, 1976, 100-101, 104. Pareciera que el criterio «perversidad» se acerca bastante a la peligrosidad criminal, y es rechazable como propuesta que observa el pasado y como ajuste de cuentas por la conducción de vida.

²⁹⁸ Así, y en ese sentido LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 50.

²⁹⁹ En forma clara ROXIN, DP PG I, 1997, 187, nm. 21, explica la opinión dominante acerca de la personalidad del autor y a sus circunstancias personales y económicas, «*como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho. (...) en todo caso la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena, la medida de la culpabilidad por el hecho; por tanto por un hecho de escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito*». El mismo autor en p. 99, nm. 46, estima que la valoración del criterio de personalidad en la determinación de la pena, se ve limitada por la culpabilidad por el hecho, como una consecuencia de la superación del Derecho penal de autor -cuya premisa fundamental es el castigo por lo que se es y no por lo que se ha hecho- e impide legitimar por sí solo el juicio preventivo-especial sobre la personalidad del autor. Así, la culpabilidad cumple un efecto limitador frente a las necesidades preventivo-especiales. La pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación exijan una detención más prolongada.

prevención general.³⁰⁰ Conclusión que destaca de la vinculación de la finalidad preventivo-general de la pena con las exigencias de eficacia o idoneidad, y se deriva a su vez, el principio de proporcionalidad de la pena con el hecho y de la necesidad de la pena.³⁰¹

La valoración de la personalidad y las otras circunstancias suele traducirse en una mayor o menor necesidad de prevención especial del sujeto³⁰² y justifica la aplicación de los sustitutivos penales, los cuales se aplican no en forma discrecional, sino sólo si desde la óptica de la prevención especial la pena es necesaria desde el punto de vista político criminal, en vista de las circunstancias del sujeto concreto.³⁰³

Las otras circunstancias personales que pueden valorarse en la medición de la pena se refieren a aspectos diversos, referentes a

³⁰⁰ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282.

³⁰¹ Conviene precisar, que la necesidad de la pena es un criterio político criminal, una exigencia que deriva del entendimiento del Derecho penal como *ultima ratio*, aplicable solo en aquellos supuestos en los que no existan otros medios para proteger a la sociedad o para evitar u obstaculizar la repetición del delito. En la determinación de la pena, el principio de necesidad de pena está presente al igual que en toda la teoría penal, tanto en la determinación del injusto, como en el momento de la exigibilidad de responsabilidad del sujeto que ha realizado ese injusto. Así, entre otros, MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 59; LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 204 ss.; BUSTOS /HORMAZÁBAL Lecciones DP, 1997, 197.

³⁰² Así, el autor puede manifestar «una menor energía criminal, una personalidad menos endurecida, una menor necesidad de prevención especial», como ocurre en los casos de comportamiento postdelictivo positivo, y ello implicaría una menor necesidad de prevención especial. Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 366. 377.

³⁰³ Como ha destacado acertadamente LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 266, «La necesidad de pena obliga a examinar en concreto y en todas las fases de la actuación penal, tanto en la de conminación como en las de imposición, medición y ejecución, si una determinada pena, o su cuantía o su clase, es o no realmente imprescindible para que no sufra merma la eficacia intimidatoria e inhibitoria de la prevención general». Cfr., en igual sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 39, 64; el mismo, voz «Prevención general y especial y retribución»; MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 50; EJB III, 1995, 5065; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 89.

la situación familiar, profesional o económica,³⁰⁴ a la sensibilidad del delincuente³⁰⁵ y al comportamiento posterior al delito. Se trata factores o datos indiciarios que coadyuvan en el conocimiento de la personalidad.³⁰⁶

3.4.3.1. Consideración sobre la peligrosidad

La peligrosidad criminal, entendida como «una cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de cometer un delito»,³⁰⁷ es un factor a considerar en la determinación de la pena, tanto en sentido estricto, como en sentido amplio. Se discute sin embargo, su validez como criterio único y determinante,³⁰⁸ pues pareciera más recomendable su utilización como un dato indiciario acerca de las necesidades preventivo-especiales del sujeto en

³⁰⁴ Al respecto, entre otros, JESCHECK, Tratado DP PGII, 1981, 1210 ss. Con ejemplos referidos a la individualización de la pena en la jurisprudencia alemana, que toma en cuenta incluso los deberes alimentarios a cargo del autor, en la individualización de los días multa, cfr., PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 68.

³⁰⁵ La dogmática alemana tratando de concretar y reflejar aun más la condición personal del autor desde el punto de vista preventivo-especial, se refiere a la «sensibilidad de pena» «*Strafempfindlichkeit*» y a la «susceptibilidad a la pena» «*Strafempfänglichkeit*». La distinción proviene de HENKEL, y se las conceptualiza en los siguientes términos: la «sensibilidad a la pena» equivale a los mayores padecimientos del delincuente con respecto a otro, en relación con la pena. Observa la justicia en el caso concreto. Entretanto, «susceptibilidad de la pena» alude al efecto positivo o negativo de la misma pena, que es variable según el sujeto y pondera la necesidad de la pena con miras a la no comisión del delitos en el futuro. Sobre ello, PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 64; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 311.

³⁰⁶ En igual sentido, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 227.

³⁰⁷ Vd., ROMEO CASABONA, Peligrosidad, 1986, 24.

³⁰⁸ La falta de validez del criterio de la peligrosidad como criterio de la medición de la pena ha sido resaltado por OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 121, «*La peligrosidad no es ni puede ser, en absoluto medida de la pena. (...) La falta de validez general del criterio de peligrosidad, es por tanto, un indicio de su inadecuación; y el inevitable recurso al delito para medir la pena es prueba -otra más- de que es aquel el único objeto posible de medición*». El mismo, en p. 122 y especialmente n. 194, matiza su posición indicando que el juicio de peligrosidad debe emitirse necesariamente respecto de las decisiones que pertenecen a la determinación de la pena en sentido amplio y de la ejecución de la pena.

particular, que conduzcan finalmente, a la elección de pena más adecuada.³⁰⁹

Las características de personalidad algunas veces se pueden reflejar en el hecho mismo y llevar, en consecuencia, a consideraciones preventivo-especiales ante el sujeto concreto (de mayor peligrosidad, de menor peligrosidad o de nula peligrosidad), pero también puede ocurrir que del hecho delictivo sea imposible deducir algún indicio de la personalidad del autor, resultando imposible inferir si necesita más o menos prevención especial, debiendo recurrirse en tal caso a los informes periciales de especialistas.³¹⁰

Si el punto de partida de la prevención especial es que el delincuente no vuelva a delinquir, este sujeto deberá dejar de ser peligroso, pero también la prevención especial puede plantear exigencias adicionales si el delincuente es peligroso. Así, el criterio de peligrosidad puede tener efectos positivos, y ésta sería la relación ideal de la prevención especial con el fin de socialización, por ejemplo, con una atenuación de pena o un sustitutivo penal; pero también puede tener efectos negativos, y ser desfavorable como el caso de las agravantes, por ejemplo en el caso de la reincidencia.³¹¹

Los efectos negativos tienden a la creación de desigualdades, al punto que, por los mismos hechos, si el delincuente es peligroso

³⁰⁹ En igual sentido, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 224.

³¹⁰ Sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 303.

³¹¹ Para PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): *Estudios*, 1997, 63, partiendo de la exclusión del fin de aseguramiento o inocuización, la agravación de reincidencia tiene como límite la culpabilidad por el hecho. Cfr., un exhaustivo análisis *iuscomparativo* sobre la reincidencia y medición de la pena en: HAFFKE, en: *Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN*, 1991, 184 ss.

se le puede imponer una sanción dura y larga;³¹² si no lo es, una sanción benigna o incluso no imponerle sanción porque no le hace falta tratamiento al autor.³¹³

Por otra parte, si se acepta que la prevención especial pretende desde la óptica negativa la no desocialización del sujeto afectado,³¹⁴ parece, como lo señala OBREGÓN GARCÍA que, la valoración de la peligrosidad conduce a inconsecuencias, tanto porque el efecto desocializador afecta relativamente en todos los sujetos (desocializando a los socializados e impidiendo a los desocializados la resocialización), como porque la imprecisión de la peligrosidad impide conocer de antemano el grado o intensidad de la desocialización que la pena va a ocasionar en cada sujeto específico.³¹⁵

El juicio de peligrosidad es un juicio impreciso³¹⁶ y los pronósticos pese a los adelantos de la ciencia (biología, psicología y sociología) no son infaltables, ni capaces de «*fundamentar teóricamente un pronóstico de peligrosidad*».³¹⁷ Concluyéndose por la doctrina mayoritaria que la peligrosidad hay que determinarla con miras al hecho realizado, que revela sin lugar a dudas, que el sujeto es tan peligroso como lo manifestó en el delito cometido.³¹⁸

³¹² Con claros ejemplos sobre diversos supuestos de acción de la peligrosidad cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos DP, 1993, 97-98.

³¹³ Con especial referencia a la imposibilidad de agravación de la condena por exigencias de la resocialización, vd., MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 146. Sobre límites en cuanto a efectos desfavorables por la valoración de la prevención especial, vd., PÉREZ, en: DEL ROSAL (Editor): Estudios, 1997, 63, n. 80.

³¹⁴ Vd., MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 117.

³¹⁵ Cfr., OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 121.

³¹⁶ Así, y en ese sentido, GARCÍA-PABLOS, DP, 1995, 103.

³¹⁷ Ampliamente, sobre los métodos de determinación de la peligrosidad, los métodos científicos e intuitivos, cfr., VIVES ANTÓN, en: La libertad, 1995, 35 ss.

³¹⁸ Sobre ello y por todos, VIVES ANTÓN, en: La libertad, 1995, 40.

La observación del hecho delictivo y de algunos componentes del delito³¹⁹ puede influir en que se establezca a efectos de prevención especial un juicio de mayor, menor o nula peligrosidad.³²⁰

La peligrosidad a nuestro criterio es un indicio de las necesidades de prevención especial,³²¹ no obstante, la peligrosidad del autor resulta inconveniente como criterio para la determinación de la pena,³²² como lo he referido con anterioridad, debiendo

³¹⁹ Así, por ejemplo la concurrencia de ciertas atenuantes o eximentes incompletas pueden de manera indiciaria, revelar una mayor o menor necesidad de prevención especial, lo mismo que la naturaleza baja o elevada de los móviles. Sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 303; especialmente claro, el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EJB II, 995, 2480.

³²⁰ En igual sentido, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 315. Se plantea por la doctrina que un sujeto puede revelar una mayor peligrosidad, si en la comisión del hecho delictivo se ha procedido con un determinado modo, por ejemplo con ensañamiento o en forma cruel. Una menor peligrosidad puede revelar el autor que actúa bajo un impulso ocasional, por ejemplo, arrebatado o ira o el comportamiento postdelictivo, como la reparación del daño. Una nula peligrosidad podría mostrar el arrepentido (rectificación postdelictiva espontánea).

³²¹ LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EJB II, 1995, ilustra como se revela la mayor o menor necesidad de prevención especial en la determinación judicial de la pena. En caso de un pronóstico favorable del sujeto, en que hay una nula necesidad de prevención especial, puede apreciarse una atenuante analógica, la que operando como atenuante muy cualificada, puede significar una disminución de la pena por debajo del límite mínimo del marco penal. Si hubiera agravantes, se podría al menos quedar por debajo del límite mínimo elevado que las agravantes imponen. Por el contrario, cuando hay un pronóstico desfavorable aunque no haya una especial gravedad del hecho, la imposición de la pena tenderá hacia el límite superior indicado, marcado por la proporcionalidad; si las circunstancias y la personalidad del sujeto son medianas, la imposición de pena se mantendrá en una franja media con diferentes oscilaciones, dependiendo de la mayor o menor gravedad del hecho; si las circunstancias son favorables, se podrá llegar al límite mínimo legalmente permitido aunque la gravedad concreta del hecho no sea escasa. En igual sentido, DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 325.

³²² Especialmente críticos acerca de las tendencias a favor de la implantación de un sistema exclusivo de medidas de seguridad y corrección, cfr., entre otros, ROXIN, Iniciación, 1981, 56; el mismo CPC 29, 1986, 673; ROMEO CASABONA, Peligrosidad, 1986, 19; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 27. Sobre las mayores garantías y limitaciones del poder estatal que supone la pena, frente a las medidas de seguridad y otras formas de control social, vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 265; MORALES/GARCÍA, LL 1991-1,1142; MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 127;

orientarse el sistema sancionatorio hacia la prevención general y no exclusivamente a la de prevención especial.³²³

3.5. LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LOS SUSTITUTIVOS PENALES

La prevención especial opera, en forma particular, en el ámbito de los sustitutivos penales,³²⁴ dando satisfacción a los intereses y exigencias de trato individualizado.³²⁵

³²³ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 309.

³²⁴ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 307; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 927.

³²⁵ La doctrina española en consideración al principio de efectividad preventivo-especial de la pena, ha realizado un amplio debate. En particular sobre la determinación de la pena, se han planteado propuestas de reformas concretas que permiten acoger las necesidades preventivo-especiales de los delincuentes. Siguiendo a CID MOLINÉ, Pena justa, 1994, 244 ss., es posible distinguir dos tendencias principales: la primera posición plantea un sistema de sanciones de mayor contenido preventivo especial; la segunda postura propugna reducir el coste desocializador de las sanciones penales. a) En cuanto la primera propuesta se concreta en tres niveles que se refieren al tipo de sanciones, al sistema de ejecución de las sanciones y a su sistema de determinación. En relación al tipo de sanciones se recomienda la introducción de sanciones distintas a la privación de libertad como la *probation* o el trabajo en beneficio de la comunidad, para los comportamientos de leve o mediana gravedad. La propuesta sobre el sistema de ejecución se enmarca en dos ideas: la humanización de la ejecución de las sanciones, mediante el incremento de los derechos del recluso y favorecer la reeducación. El último punto de esta propuesta se refiere a la determinación de la pena. Los autores por lo general autorizan un sacrificio de prevención general, si con ello se alcanzan los efectos de la prevención especial. Desde esta perspectiva, existe la posibilidad de conciliar y compatibilizar las funciones de la prevención general y especial en tanto que las sanciones sean determinadas, en el plano legal, de acuerdo ha amplios márgenes, dentro de los cuales el juez deba determinar el tipo de sanción y su duración en atención a las necesidades reeducativas del individuo. En los casos graves en que el sujeto presente un pronóstico mínimo o nulo de reincidencia -es decir, que no requiere la intervención resocializadora-, y deba aplicarse la sanción por motivos de prevención general, se sacrificará la prevención especial. Aunque algunos autores introducen un correctivo, optar por un régimen penitenciario en semilibertad. b) La segunda orientación pretende reducir el coste desocializador basándose en dos criterios: la imposición de sanciones alterativas a la privación de libertad cuando exista nula o escasa necesidad preventivo-especial y reducir el daño producido por las sanciones penales gracias a un incremento de los derechos del recluso. Propuesta que se concreta en que, frente a comportamientos no graves, la sanción privativa de libertad pueda ser sustituida por sanciones menos severas (parcialmente privativas de libertad), si existe escasa necesidad

La proyección preventivo-especial se da en algunos casos evitando los efectos desocializadores de las penas privativas de libertad, especialmente las de corta duración³²⁶ y a la vez que responden a supuestos en los que no hay en absoluto, o a partir de un determinado momento no hay necesidad de prevención especial.³²⁷

Tal como los hemos conceptualizado, los sustitutivos responden a la no-necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en la que partiendo de unas circunstancias específicas de un sujeto delincuente, se renuncia a la ejecución de la pena. Su fundamento obedece a la conveniencia preventivo especial ante un pronóstico favorable o relativamente favorable del sujeto que ha delinquido. Suelen estar sujetos con carácter general a una serie de limitaciones que provienen del tenor literal de la ley, vinculadas a exigencias preventivo-generales.³²⁸

La no imposición de pena puede explicarse desde la óptica de la existencia, ausencia o mayor o menor necesidad preventiva de pena. La necesidad de la pena obliga a considerar las consecuencias que pueda tener la pena sobre la persona y a evitar que ésta no esté en relación con el daño causado.³²⁹ En la

preventivo-especial o por sanciones suspensivas, cuya principal severidad consista en la amenaza de cumplimiento de la condena si se delinque en el período de suspensión.

³²⁶ Al respecto cfr., MORENILLA, DJ n.º 56, 1987, 141 ss.; CONDE-PUMPIDO en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 530.

³²⁷ Cfr., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 17 n. 24 ; el mismo, en: *Estudios penales*, 1991, 289; MUÑOZ CONDE, *DP y control social*, 1985, 129; MORILLAS CUEVA, voz «Pena», *NEJ XIX*, 1989, 366; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 1993, 100; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 266; el mismo, en: GRACIA (Coordinador): *Lecciones*, 1998, 229; BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Lecciones DP*, 1997, 185; MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, *DP PG*, 2002, 121; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 580.

³²⁸ En igual sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 1993, 102; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 241.

determinación de la pena, aunque haya delito y un sujeto responsable puede concluirse en que la pena no se debe aplicar bien porque la pena va a producir efectos desocializadores o bien porque no resulta necesaria.³³⁰

Los fines de la pena manifiestan su eficacia tanto en la conminación penal abstracta como en la fase de aplicación o sustitución de la pena, en donde se conjugan las necesidades de la prevención especial, las exigencias de la prevención general y los límites fijados por la proporcionalidad, pudiendo haber soluciones considerablemente diferentes según que, tanto legal como judicialmente, se ponga más énfasis en un aspecto o en otro.³³¹

El conflicto se presenta al tratar de compatibilizar las exigencias de trato individualizado, de adaptación de la pena al autor en cada caso particular y las razones desde el punto de vista preventivo-general que indican la necesidad de que se ejecute la pena y que ésta sea proporcional. La antinomia se resuelve mediante la sustitución de ésta por otras alternativas que permitan el fin de prevención especial sin menoscabar las exigencias preventivo-generales.³³²

Las matizaciones obedecen al carácter prioritario que se otorgue a cada uno de los fines de la pena y por supuesto a lo que el legislador principal orientador de la política criminal haya dispuesto.

Las circunstancias del sujeto concreto deben ser consideradas dentro de los límites marcados por la prevención general y la suspensión o sustitución de las mismas no se puede producir

³³⁰ Vd., BUSTOS /HORMAZÁBAL Lecciones DP, 1997, 141; MORILLAS, Curso DP PG, 1996, 41.

³³¹ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 285.

³³² Cfr., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 266.

discrecionalmente.³³³ Las exigencias de prevención especial se reconocen en los requisitos legales que se expresan con las frases «pronóstico favorable», indispensable para la condena condicional, suspensión del fallo y libertad condicional; o las «circunstancias personales del sujeto» que condicionan la sustitución de una pena por otra.³³⁴ El comportamiento postdelictivo positivo constituye una rectificación del autor que se valorará como una menor necesidad de pena. Así, la reparación del daño puede dar lugar a una atenuante analógica y permitir con ello la aplicación de un sustitutivo penal.³³⁵

³³³ Vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282.

³³⁴ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 290.

³³⁵ Vd., en ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 135-136; PÉREZ DEL VALLE, en: DEL ROSAL BLASCO, (Editor): *Estudios*, 1997, 58.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA CULPABILIDAD Y A LA PROPORCIONALIDAD

En el panorama doctrinal actual unánimemente se reconoce tanto que no hay pena sin culpabilidad, como que en el Estado de Derecho debe darse una adecuada relación entre delito y pena.³³⁶

Sin embargo, ese acuerdo doctrinal se quiebra cuando nos enfrentamos al concepto de culpabilidad, que no es ajeno a la crisis,³³⁷ y como señaló GIMBERNAT, en su momento, *«todo el edificio conceptual del Derecho penal parece desmoronarse: si el libre albedrío no es demostrable, la culpabilidad no se sustenta; si la culpabilidad carece de fundamento, la pena deja de tener legitimación; y si la pena no se legitima tampoco el Derecho penal»*,³³⁸ lo que en consecuencia involucra el fundamento mismo del Derecho penal.

La vigencia de esta discusión se visualiza en las propuestas de incorporación de la reparación del daño, donde el papel de la culpabilidad es prácticamente nulo.³³⁹ Mientras la pena se relaciona con la culpabilidad y en caso de inculpabilidad de ésta reclama la medida de seguridad, la justificación de la reparación del daño de se anuda al principio de subsidiariedad, que le suministra la legitimación político jurídica.³⁴⁰

³³⁶ Sobre la protección constitucional del principio de culpabilidad en el ordenamiento español, cfr., BACIGALUPO, LL, 1982-2, 940.

³³⁷ Ampliamente, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, *pássim*.

³³⁸ Cfr., GIMBERNAT, en: Estudios, 1976, 107.

³³⁹ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 188-194; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º 45, 1997, 188.

³⁴⁰ Cfr., en ese sentido ROXIN, CPC 1986, 688; el mismo, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149, 155; el mismo, ADPCP 1999, 13. En ese sentido, ROXIN acude a la prevención de integración para refundir el principio de culpabilidad en la prevención general y lo utiliza para su limitación. No puede ser impuesta, como adecuada a la culpabilidad, una pena más grave que aquélla que satisface por completo, desde el punto de vista psicológico-social, el sentimiento de justicia. Partiendo del argumento según el cual

Partiendo de la conceptualización de la reparación como una «tercera vía», la fuerza de la pena cede su lugar a la asunción de responsabilidad por parte del culpable, cuando la reparación pueda servir igual o mejor a los fines de la pena y a las necesidades del autor que la misma pena.³⁴¹ Para fundamentar la responsabilidad penal y para determinar la pena en concreto se introducen otros elementos, tales como la cuantía de la reparación, la reparación integral del daño, o la entidad del daño.³⁴²

En la determinación de la pena se plantean relaciones entre la culpabilidad y los fines de la pena, según se otorgue a la primera un papel fundamentador, o limitador, o fundamentador y limitador de la segunda.³⁴³ Estas relaciones se han calificado como un «*triángulo mágico*»,³⁴⁴ puesto que constituyen un presupuesto imprescindible para que en el caso particular se fije la pena de manera coherente con los fines que el Estado intenta conseguir a través de las penas.

Por otra parte, la culpabilidad en la teoría jurídica del delito, se relaciona directamente con el principio de proporcionalidad: la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad normal o disminuida.³⁴⁵ La culpabilidad tiene asignada una función

la culpabilidad es condición necesaria, aunque no suficiente de toda pena, se sigue la idea de que la sanción orientada por la prevención general puede y debe mantenerse detrás de la medida de la culpabilidad, allí donde el efecto de satisfacción puede ser alcanzado por intermedio de sanciones menos graves.

³⁴¹ Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 41.

³⁴² Cfr., en ese sentido, ALASTUEY, en: GRACIA (Coordinador): Lecciones, 1998, 402; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 106.

³⁴³ Ya adelantamos que sobre ello no hay en absoluto acuerdo en la doctrina: -para unos el fundamento es la culpabilidad del sujeto; para otros, las necesidades preventivas (sustituyendo la categoría culpabilidad o restringiéndola a la condición de límite).

³⁴⁴ Así, y en ese sentido, ZIPF, Introducción, 1979, 141, el mismo, CPC 1982, 353.

³⁴⁵ Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 38 ss.; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 308.

individualizadora, vinculándosele con la plasmación del «principio de igualdad» en su vertiente real o material, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables.³⁴⁶

Desde la postura que mantengo, la intimidación general vinculada a los principios de estricta necesidad, eficacia y proporcionalidad marca unos límites más estrictos a la gravedad de las penas y permite, en muchos casos concretos rebajas, suspensiones, o excepciones a la imposición de la pena, por razones de prevención especial, sin que se vea mermada su eficacia preventivo-general.³⁴⁷

De los principios de necesidad y eficacia de la intimidación general, también se deriva que no puede haber pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida. Si el sujeto no es culpable de cometer el hecho, la pena es innecesaria para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables, en el caso de disminución de la culpabilidad, disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general.

Pero como analizaremos, desde otras posturas y satisfaciendo las necesidades de la prevención general positiva, el principio de culpabilidad se refunde en la prevención general y se utiliza como límite de ésta última, no pudiendo imponerse en ningún caso una pena que exceda de la pena adecuada a la culpabilidad, que satisface suficientemente desde el punto de vista psicosocial el sentimiento de justicia.

Frente a las propuestas de reparación, el principio de proporcionalidad al igual que la culpabilidad ve disminuido su

³⁴⁶ Sobre ello, GARCÍA ARÁN, *Determinación de la pena*, 1982, 200; TORÍO, *ADPCP* 1985, 287; el mismo, *CPC* 1988, 767; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 108.

³⁴⁷ Vd., en ese sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 64, el mismo, voz «prevención general y especial y retribución», *EJB* III, 1995, 5066.

alcance dada la prioridad del carácter compensatorio frente a la retribución proporcional.³⁴⁸

4.1. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA CULPABILIDAD

Como elemento nuclear del Derecho penal contemporáneo se asigna al concepto de culpabilidad una múltiple significación, lo que refleja tanto una evolución en la construcción del concepto, cuanto un significativo avance hacia un Derecho penal de culpabilidad.³⁴⁹

A pesar de las críticas que se dirigen a la culpabilidad como categoría jurídico-penal,³⁵⁰ siempre se mantiene vigente la esencia

³⁴⁸ Cfr., HERRERA MORENO, La hora, 1996, 249.

³⁴⁹ Siguiendo a ROXIN, CPC 1986, 673, podemos sintetizar las funciones de la culpabilidad de la siguiente forma: a) culpabilidad como función de subjetivación histórica de la responsabilidad, es decir, como exigencia de exclusión de la responsabilidad objetiva. La culpabilidad exige un nexo entre la imposición de la pena y la causación culpable del resultado, presupone dolo o culpa. Reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, imprudencia o a una combinación de ambas. b) Culpabilidad como función de fundamentación dogmática de la pena. Esta función engloba tres grupos de acciones: 1) la culpabilidad diferencia la pena respecto de la medida de seguridad; 2) realiza la función de imputación culpable del hecho a su autor de un hecho típicamente antijurídico. Se exige la presencia de una serie de elementos: capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta; 3) función de exclusión de la pena. c) Función de límite del poder punitivo estatal o reguladora de la medición de la pena. Como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena, consiste en determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de los límites de la misma culpabilidad, además de por otros criterios como el bien jurídico tutelado, los fines preventivos; d) Función de crítica e interpretación del derecho positivo. Sobre esto, entre otros, cfr., JESCHECK, Tratado DP PG I, 1981, 36; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 57 ss; MIR PUIG, DP en el Estado social, 1994, 172-173; CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-6, 1514; GÓMEZ BENÍTEZ, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 271.

³⁵⁰ Las críticas al concepto de culpabilidad se dirigen en varios sentidos. Llegando algún autor a distinguir entre el «plano formal», relativo a los elementos integrantes del juicio de culpabilidad, del plano «material» que se refiere a la fundamentación de la atribución del hecho antijurídico. Así y en ese sentido, TORÍO, ADPCP 1985, 286; MORALES PRATS, en: Homenaje a ÁNGEL TORÍO, 1999, 175. La principal y más acusada crítica se dirige al fundamento material de la culpabilidad, es decir, al reproche moral, basado en la capacidad

del contenido dogmático y el planteamiento garantista de la culpabilidad.³⁵¹

La culpabilidad sirve de valladar al poder punitivo estatal y protege al individuo de los excesos de prevención, cuya persecución aislada implicaría el peligro para el individuo de verse abandonado a los objetivos estatales.³⁵² Ésta constituye la medida de la magnitud de la pena y esto es una de las conquistas del Derecho penal liberal.

Sin lugar a dudas, lo que ha sucedido con el concepto de culpabilidad es que hoy día tiene una mayor significación, con repercusiones garantísticas importantes. No solamente como excluyente de la pena en caso de inculpabilidad, rechazándose la

individual de decisión y el libre albedrío. Las ideas nucleares de «reproche» y la teoría del «poder actuar de otro modo», de la concepción normativa de la culpabilidad son criticadas al unísono por la filosofía de la ciencia. Como refiere TORÍO, ADPCP 1985, 287, solo las proposiciones teóricas susceptibles de ser constatadas pueden ser asumidas como científicas, las restantes deben ser rechazadas por conducir al «precipicio» de la metafísica. Las tendencias doctrinales alternativas pretenden eliminar la culpabilidad y sustituirlo por categorías neutras, sin la carga de una tradición ético-religiosa y emotivo-social como «responsabilidad», «atribuibilidad», «imputación personal o subjetiva», «proporcionalidad», «necesidad de pena», etc. Fundamentales al respecto, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 48 ss., 70; el mismo, CPC 1986, 673; el mismo, DP PG I, 1997, §§ 19 ss.; HASSEMER, CPC 1982, 474 ss.; GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 191; GÓMEZ BENÍTEZ, DP PG, 1984, 439 ss.; TORÍO, CPC 1988, 762; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 58 ss.; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1997, 111 ss., 535 ss., sustituye culpabilidad por «imputación personal». También el principio de culpabilidad es cuestionado desde la teoría de los fines de la pena, lo que significa, que otro punto de la controversia es la culpabilidad como base de la retribución. Sobre ello, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 16; ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 93 ss., 115 ss.; el mismo, CPC 1986, 672.

³⁵¹ Así, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 200, la misma, en: Homenaje a VALLE MUÑIZ, 2001, 404. Recientemente y sintetizando en forma didáctica los contenidos actuales del principio de culpabilidad en cuatro grandes apartados: a) la culpabilidad como juicio de imputación del hecho al autor (asegura que se valora la situación concreta del autor y se individualiza *-intuitu personae-* la responsabilidad penal); b) la culpabilidad por el hecho (se debe responder por el hecho realizado y no por la forma de ser); c) la culpabilidad como límite de la pena (no puede haber pena más allá de la entidad o medida de la culpabilidad); d) otras garantías (permite ubicar otras garantías derivadas de la dignidad humana como el principio de personalidad de las penas).

³⁵² Vd., MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG I, 1995, 109.

mera responsabilidad por el resultado y condicionando la aplicación de la pena al actuar con dolo o culpa por parte del autor, sino también, como principio en la determinación de la pena, de forma que la pena no puede superar la medida del reproche individual que corresponda al autor por el hecho cometido, y ha de disminuir proporcionalmente a la eventual disminución de la culpabilidad.

La referencia a la culpabilidad del autor como fundamento de la medición de la pena no permite una intromisión sin límites en el individuo, sino sólo en la medida de su culpabilidad individual. Para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria la culpabilidad del autor es el fundamento de la individualización de la pena y ésta constituye una magnitud mensurable.³⁵³

4.2. LAS RELACIONES ENTRE LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Las relaciones entre culpabilidad y prevención en la determinación de la pena, han sido un binomio de tensión constante: entre la retribución-compensación de la culpabilidad y los fines preventivos de la pena.

La confluencia de varios factores en la segunda mitad del siglo pasado, entre los que destacan, las crisis de las teorías absolutas, el movimiento de «Reforma del Derecho penal» basado en la resocialización y la introducción del criterio de racionalidad final (*Zweckrationalität*),³⁵⁴ permitió la integración de la

³⁵³ Sobre ello, ROXIN, en: Problemas, 1976, 30, vd., especialmente n. 28. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta línea y ha considerado la culpabilidad como una magnitud graduable y que la pena no debe superar la medida del reproche individual de culpabilidad. Así, y en ese sentido, STS 5 -julio-1991 (A5545); STS 7-marzo-1994 (A 1859); STS 11-octubre-1997 (A 7219); STS 12-febrero-1997 (A 362).

³⁵⁴ El criterio de racionalidad final supone «*el análisis, la descripción, la legitimación y crítica de las instituciones dogmático-penales desde la perspectiva de los fines asignados al Derecho penal. Su consecuencia más directa es la vinculación del Derecho penal a la realidad social, y formulaciones concretas de este planteamiento son la reconstrucción político-criminal de ROXIN, el análisis sistémico realizado por JAKOBS, o el análisis*

culpabilidad y los fines preventivos,³⁵⁵ en el marco de las teorías mixtas de la pena, que gozan de aceptación mayoritaria.

En definitiva, se dotó de contenido teológico al principio de culpabilidad,³⁵⁶ lo que incide directamente en la fundamentación de la pena.³⁵⁷ Dependiendo de la postura que se asuma sobre las relaciones entre culpabilidad y prevención en la determinación de la pena los resultados sobre el *sí* y el *quantum* de la respuesta penal van a tener un resultado diferente.

En la determinación concreta de la pena es donde cobra importancia la relación entre los fines de la pena y la retribución. Siendo importante establecer si la retribución entendida como retribución de la culpabilidad y en algunas matizaciones como la «culpabilidad por el hecho», ofrece el fundamento de la pena y su cantidad como marco dentro del cual pueden utilizarse los distintos criterios preventivos, o en sentido contrario, si la retribución de la culpabilidad, sólo debe ofrecer el límite garantizador e insuperable por debajo del cual, pueden aplicarse los criterios preventivos.³⁵⁸

orientado a las consecuencias demandado por HASSEMER». Cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 144.

³⁵⁵ La integración en el marco de las teorías mixtas de la pena de los criterios culpabilistas y preventivos se han encontrado con una serie de dificultades, entre ellas: la crisis de la culpabilidad, la crisis de la resocialización y el de la integración sin antinomias de los criterios culpabilistas y preventivos. Para un amplio análisis, vd., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 144 ss.

³⁵⁶ Sobre ello, entre otros, CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1980, 429.

³⁵⁷ El primero en establecer tal relación ha sido ROXIN, en: Problemas, 1976, 200 ss. Luego, surgen otras posiciones. Entre los que cabe distinguir modelos de imputación subjetiva *output* e *input*, según la fundamentación de la culpabilidad proceda desde fuera de la propia culpabilidad, es decir, proviene de la prevención; o bien, si se analiza la culpabilidad en base a la lógica interna de la propia culpabilidad. Una tercera propuesta que se ubica a entre las dos posturas anteriores es el modelo intermedio o de complementación de la culpabilidad por las necesidades preventivas, entre ellas destacan las tesis de la prevención general positiva. Ampliamente, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 98 ss., 145 ss.

³⁵⁸ Vd., en ese sentido, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 10. Con una expresa referencia a cómo juegan los fines de la pena y la culpabilidad en el tratamiento del

La discusión de la doctrina alemana plantea el problema contraponiendo los criterios de la prevención general, la prevención especial y el principio de culpabilidad.³⁵⁹ Fundamentalmente, porque el legislador alemán en materia de determinación de la pena conjuga varios criterios. En el §46, párrafo 1.º, inciso 1.º del StGB,³⁶⁰ sitúa la culpabilidad como base de determinación de la pena,³⁶¹ luego, alude a la prevención especial en los §§46, párrafo

comportamiento postdelictivo vd., DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 198.

³⁵⁹ En ese sentido, MIR PUIG, DP PG, 1998, 754, nm. 44.

³⁶⁰ Cfr., «§46.

1. La culpabilidad del autor es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar que tenga la pena para la vida futura del reo en la sociedad.
2. En la determinación de la pena, el tribunal sopesará las circunstancias favorables y contrarias al reo. Para ello considerará especialmente:
 - los motivos y fines del reo,
 - la actitud que se deriva del hecho y la voluntad empleada en él,
 - el grado de infracción del deber
 - la clase de ejecución y los efectos culpables del hecho
 - la vida del reo anterior a la comisión del hecho, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento tras el hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño causado, así como el empeño del autor por llegar a una conciliación con el ofendido.
3. No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que ya son elementos del tipo legal».

³⁶¹ Ampliamente sobre el concepto de culpabilidad del §46 del StGB, entre otros, cfr., ZIPF, CPC 1982, 355; el mismo, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG 1, 1995, 103, nm. 42, 117, nm. 27. Sobre la poca claridad del concepto, STRATENWERTH, en: Culpabilidad, 1980, 45 ss.; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 37, n. 84. Uno de los aportes del Proyecto Alternativo para un nuevo Código Penal alemán (PAA), fue la elaboración de la teoría de la medición de la pena en torno al concepto de culpabilidad por el hecho. Así el § 59, 1 del PAA señalaba: «La culpabilidad por el hecho determina el límite máximo de la pena». Con lo cual los autores, un grupo selecto de catedráticos, garantizaban: que la conducta culpable es y permanece como presupuesto irrenunciable de toda pena; la vinculación al Estado de Derecho, en cuanto que se impide aumentar la pena más allá de la culpabilidad por razones de prevención especial (de mejora o de seguridad), además se impide que consideraciones de prevención general lleven a una pena superior en el caso concreto, amén de que la defensa del orden jurídico exige hacer responsable al autor capaz de culpabilidad. La propuesta del PAA engloba la teoría de la culpabilidad por el hecho, entendida como límite máximo, así como la teoría del ámbito de la pena por la culpabilidad. Sin embargo, la propuesta del PAA no fue aceptada sin más y permitió que la doctrina se planteara la polémica sobre los fines de la pena, puesto que no quedó claro, si la pena debería servir

2.º, inciso 1.º; 47, párrafo 1.º y 56, párrafo 1.º StGB. Finalmente, nos encontramos con la «cláusula de defensa del orden jurídico», que permite la valoración de consideraciones de prevención general (§§ 47, 56,3 y 59,3 StGB).³⁶² Entonces, si la culpabilidad fundamenta la pena, habrá que plantearse cómo juegan los criterios preventivos cuando se ponderan los efectos sobre la vida futura del reo.³⁶³

Surgen de esta forma teorías que discrepan entre sí, respecto a la relación entre culpabilidad y prevención dentro del proceso de medición de la pena.³⁶⁴ Siguiendo a LUZÓN PEÑA,³⁶⁵ estas teorías son las siguientes:

a) *La teoría de la pena marcada o fijada en un punto exacto o pena exacta (Punkstrafe)* consiste en que a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada (*punktuell*). Esta teoría considera la culpabilidad en su forma tradicional, ésta señala la pena exacta, niega el concepto de

como compensación de la culpabilidad (teoría retributiva) o si la culpabilidad debe servir para limitar la pena. Aunque la doctrina y la jurisprudencia señalan que no se trata de una pura retribución, entendida como «el saldo de la culpabilidad» sino que existe a una conexión hacia los fines de la pena, así el Tribunal Supremo alemán abandonó la idea de retribución carente de fines.

³⁶² Acerca de las interpretaciones del Tribunal Federal alemán en la que se delimita el contenido de esta cláusula. Vd., PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82, n.37.

³⁶³ Sobre ello, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 202; ZIPF, CPC 1982, 356.

³⁶⁴ ZIPF, Introducción, 1979, 144; el mismo, CPC 1982, 192; el mismo, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG 1, 1995, 113, nm. 21, distingue tres categorías: teoría del margen de la culpabilidad, teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad y teoría de la pena exacta. En igual sentido, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 202. Mucho más amplia es la clasificación que efectúa DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 187 y ss.

³⁶⁵ Cfr., LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 618.

espacio de juego, porque sólo existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad.

Para esta teoría precisando el grado de injusto y de culpabilidad del hecho, dentro del marco penal existe una cuantía precisa que corresponde, desde una perspectiva retributiva, a ese grado de injusto culpable. Admiten que dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada. Esto no se debe al asunto mismo, sino a las limitaciones del conocimiento humano; desde un punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales.

b) *La teoría del espacio de juego* se la conoce también como marco de la culpabilidad, margen de apreciación o de libertad y ha sido adoptada por la jurisprudencia alemana (*Spielraumtheorie*). El planteamiento básico es que no existe una magnitud de pena exacta adecuada a la culpabilidad. Dentro del marco penal hay un espacio de juego, dentro de cuyos límites superior e inferior cualquier cuantía de pena que se imponga es adecuada a la culpabilidad del hecho, y no hay una concreta cuantía que fuera la única que correspondería exactamente a la culpabilidad.

La valoración de la culpabilidad es una etapa intermedia hacia la medida definitiva de la pena, que se fija mediante la aplicación de los fines de la pena, conforme la concreta noción de la prevención frente al autor y dentro de la magnitud de la pena adecuada a la culpabilidad.

c) *La teoría modificada del espacio de juego*. LUZÓN PEÑA, señala que la postura de ROXIN es una modificación de la teoría del espacio de juego. Él insiste en que dentro de los límites del marco más reducido fijado por la culpabilidad sólo hay que atender a los criterios de prevención especial, pues dentro del espacio de juego cualquier pena que se imponga es sentida por la sociedad como respuesta satisfactoria y adecuada al grado de culpabilidad, y

por tanto lo es a las necesidades de prevención general de integración especial.

El respeto al espacio de juego es la regla general. La excepción se daría cuando *ex ante* se prevea que cumplir la pena por la culpabilidad podría tener efectos desocializadores, entonces, se puede quedar por debajo del marco de la culpabilidad y llegar hasta el límite de lo imprescindible para la defensa del orden jurídico.

d) *La teoría del valor relativo o teoría del valor del empleo (Stellenwerttheorie)*, se trata de un modelo escalonado respecto a los criterios de adecuación a la culpabilidad y los preventivos. Se debe determinar primero cuál es la pena que se considera adecuada al grado de culpabilidad sin tener en cuenta las necesidades preventivas, las cuales se han de tomar en cuenta en un segundo momento para decidir la aplicación de algún mecanismo sustitutorio de la pena.

Parte de que los fines de la pena tienen un valor y una función distintos según que el lugar o precepto del Código que estemos estudiando se refiera a la medición de la pena en sentido estricto o en sentido amplio. Se acude a los criterios preventivo-especiales para la medición de la pena en sentido amplio, es decir si se aplica o no un sustitutivo penal; en la medición de la pena en sentido estricto, los que juegan son los intereses preventivo-generales o retributivos, debiendo tomarse en cuenta únicamente el grado de culpabilidad y de injusto.

e) *La teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable o «prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad»*.³⁶⁶ Según esta construcción la gravedad del hecho (injusto y culpabilidad), puede imponer si es reducida un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto,

³⁶⁶ Cfr., MAURACH/ GÖSSEL/ZIPF, DP PG 1, 1995, 115.

pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal.

La ventaja práctica que ofrece esta teoría es que permite al juez, en el caso concreto imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si se estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuente y no considera por ello necesario ejercer sobre él la prevención especial. Generalmente se plantea en el supuesto de que el juez quiera evitar que el condenado resulte desocializado por la ejecución de una pena privativa de libertad.

También puede observarse que esta teoría es respetuosa del principio constitucional en tanto todo exceso sobre la culpabilidad es inadmisibile. Sin embargo se discute en la doctrina sobre la licitud de la aplicación de una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad, frente a un pronóstico social favorable y a la falta de una necesidad de prevención general.³⁶⁷

La pena adecuada a la gravedad del injusto y a la culpabilidad produce una reafirmación del ordenamiento jurídico y disuade a los potenciales delincuentes de la tentación de incurrir en el delito.³⁶⁸ Sin embargo, como he sostenido, la reafirmación del ordenamiento jurídico no legitima en sí misma la pena, pues ésta se sustenta en la función preventivo-general y especial.

A manera de síntesis, podríamos decir que, las principales tendencias giran en torno a dos ideas:³⁶⁹ la culpabilidad puede constituir un marco en el que se desenvuelve la prevención; o bien, la culpabilidad es un criterio que determina una cantidad exacta de pena, respecto de la cual pueden producirse variaciones con fundamento en las exigencias preventivas.³⁷⁰

³⁶⁷ Sobre ello, ZIPF, CPC 1982, 357.

³⁶⁸ Vd., CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 26. *Infra n.*

³⁶⁹ Así, y en ese sentido, OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 73, n. 2.

³⁷⁰ LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

4.2.1. Culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena

El primero en distinguir de un modo mas claro entre la culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena ha sido ACHENBACH.³⁷¹ Con ésta pretende mostrar la desconexión del principio de culpabilidad y de la culpabilidad como criterio dogmático.³⁷² El principal efecto de tal distinción es que la culpabilidad tiene un concepto diferente cuando realiza funciones de fundamentación de la pena, que cuando funge en la medición de la pena. Agregando que el contenido de cada uno de los conceptos de culpabilidad no tendría que afectar a los demás.

La culpabilidad puede apreciarse en tres niveles: la idea de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medida de la pena. Esos tres niveles responden su orden a las preguntas del porqué de la pena, al sí de la pena y cómo de la pena.

a) Sobre «la idea de la culpabilidad», se desarrolla en el principio *supra* positivo y regulativo de «no hay pena sin culpabilidad», se trata de la culpabilidad como fundamento y límite del poder penal estatal, de la justificación interna de la injerencia estatal que la pena conlleva y opera en el plano legislativo.

b) La culpabilidad como fundamento de la pena tiene la función de fundamentación y exclusión de la pena; es «*la síntesis de los momentos que justifican o evitan la imposición de la pena al*

³⁷¹ Vd., ACHENBACH, cit., por PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 60. Sobre ello, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 148; el mismo, DP PG I, 1997, 813, nm. 46.

³⁷² Según refiere PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 59, la crisis de las funciones de la culpabilidad lo que se cuestiona es que sea la culpabilidad la que cumple las funciones que derivan del principio de culpabilidad. Los planteamientos de solución de la crisis convergen en su preocupación por seguir cumpliendo las funciones asignadas al principio de culpabilidad. Lo que supone no solo que algunos autores planteen la sustitución de la culpabilidad por otro principio que cumpla sus funciones, sino que se puede sustituir por varios principios que cumplen distintas funciones.

*autor individual. Se corresponde con la categoría dogmático sistemática de la culpabilidad. Se trata de si dolo o culpa son tipos o formas de culpabilidad, de cuál es la posición sistemática de la imputabilidad o en que forma constituye el conocimiento de la prohibición un elemento autónomo de la culpabilidad».*³⁷³

c) La culpabilidad como medida de la pena se trata «*del conjunto de momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto*».³⁷⁴ Atañe al supuesto de hecho para la medición judicial de la pena depende de los factores mencionados en el § 46 del StGB, su evaluación pertenece a la teoría de la medición de la pena.

La discusión doctrinaria que se ha suscitado tanto en Alemania como en España sobre esta distinción ha sido muy amplia y toma diferentes rumbos.

A) En primer término, se trata de clarificar el concepto de culpabilidad. Algunos autores observan que el concepto de culpabilidad debería ser unitario.³⁷⁵ En ese sentido se pronuncia CEREZO MIR, que considera que la distinción de ACHENBACH entre la culpabilidad como fundamento de la pena y como criterio de la medición de la pena es sumamente discutible, y aun partiendo de ella, no es posible establecer una separación tajante entre ambas.

En tanto el autor podía conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento, o en que podía vencer el error de prohibición - aspectos de la culpabilidad como fundamento de la pena -, éstos no puede dejar de influir en la medida de la misma. Si la medida de la pena no debe rebasar la de la culpabilidad y si la culpabilidad es una condición necesaria,

³⁷³ Vd., ACHENBACH, cit., por PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 60.

³⁷⁴ Cfr., ACHENBACH, cit., por ROXIN, DP PG I, 1997, 814, nm. 46.

³⁷⁵ Vd., por todos, CEREZO MIR, ADPCP 1980, 358.

aunque no suficiente para la aplicación de la pena, la culpabilidad constituye, al menos uno de los fundamentos de la misma.

Para PÉREZ MANZANO,³⁷⁶ no es contradictorio defender un único concepto de culpabilidad, como categoría sistémica y como medida de la pena. Considera que la distinción de ACHENBACH es útil en cuanto se mantenga en el nivel operativo instrumental, esto es, para clasificar, describir y analizar los problemas de la culpabilidad en sus distintos ámbitos de aplicación. Pero sin perder de vista la unidad que representan en el principio de culpabilidad.

Otros autores consideran que los conceptos de la culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena son distintos aunque no estén aislados entre sí y presentan diferencias que operan tanto en el plano material como en su estructura teológica. Así, en la concepción de ROXIN,³⁷⁷ por ejemplo, la culpabilidad para la fundamentación de la pena (*Strafbegründungsschuld*) responde a la pregunta de bajo qué presupuestos existe culpabilidad, y por tanto, responsabilidad jurídico penal. Se trata del supuesto de hecho para la imposición de la pena, también se refiere a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y a la posibilidad de conocimiento de la prohibición, es decir, cuando un comportamiento es culpable en el sentido del Derecho Penal.

La culpabilidad para la medición de la pena (*Strafzumessungshuld*) es el conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto. Es la averiguación de la medida de culpabilidad limitadora de la pena.

En la culpabilidad para la fundamentación de la pena, señala ROXIN nos preguntamos por la imputabilidad o capacidad de

³⁷⁶ Cfr., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 67-68.

³⁷⁷ Sobre ello, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 46 ss., 99, 121; el mismo, CPC 1986, 686; el mismo DP PG I, 1997, 814.

culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición, la culpabilidad para la medición de la pena depende sobre todo de los factores mencionados en el § 46.

B) En segundo término, la polémica discurre sobre la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Aunque algunos autores consideran zanjada la polémica sobre este punto, bajo el argumento de que todo lo que fundamenta la pena la limita a su vez, no pareciera que exista unanimidad en esa conclusión.³⁷⁸ El panorama actual nos refleja que un significativo sector doctrinal considera que la culpabilidad es el fundamento de la pena exclusivamente.³⁷⁹ Otro sector doctrinal considera que la culpabilidad es un límite de la pena.³⁸⁰ Entretanto, desde otra postura se señala que todo lo que fundamenta la pena sirve de límite.³⁸¹ Finalmente, otro grupo de autores se decanta por renunciar a la culpabilidad como límite y como fundamento de la pena.³⁸²

En mi opinión la culpabilidad es tanto un fundamento como un límite de la pena. La pena es compensación de la culpabilidad, no en el sentido de la teoría absoluta, sino que debe entenderse la culpabilidad como respuesta a la violación de la norma jurídica, que se ve matizada por múltiples consideraciones preventivas. Pero también la culpabilidad es el límite máximo del reproche por la

³⁷⁸ Sobre ello, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 252 ss.

³⁷⁹ Cfr., JAKOBS, *DP PG*, 1995, 588 ss

³⁸⁰ Vd., ROXIN, en: *AA.VV, Política criminal*, 1982, 6; el mismo *CPC 1986*, 688-689. Con un planteamiento diverso al de ROXIN, BACIGALUPO ZAPATER, LL, 1982-2, 939; el mismo, *RFDUCM n.º 3 monográfico*, 1980, 71, considera que la culpabilidad puede ser límite de la pena.

³⁸¹ En ese sentido, CEREZO MIR, *ADPCP* 1980, 365; el mismo, *Curso DP PG I*, 1998, 26-27; GRACIA, *APen*, 1993, 550.

³⁸² Vd., GIMBERNAT, en: *Estudios*, 1976, 78; HASSEMER, *CPC 1982*, 474- 475.

gravedad del hecho, o sea del injusto y la culpabilidad y ésta barrera es infranqueable hacia arriba por razones preventivas.³⁸³

4.2.2. Culpabilidad y sustitutivos penales

ROXIN³⁸⁴ ha defendido que la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajada incluso hasta su no ejecución siempre que ello no suponga una depreciación del efecto preventivo integrador. Ello es básicamente una explicación de la regulación de la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico en los sustitutivos penales del StGB. En los §§47, 56.3 y 59.3 del Código penal alemán aparece el principio de defensa del ordenamiento jurídico como cláusula limitativa de posibilidad de no aplicación de una pena privativa de libertad inferior a seis meses, de su conversión en pena de multa, de la aplicación de la suspensión condicional de las penas de hasta un año de privación de libertad y de la aplicación de la amonestación con reserva de pena para supuestos de pena de multa de hasta ciento ochenta días de multa.³⁸⁵

También ROXIN deduce de las disposiciones de los §§47 y 56 StGB, que en la medición de la pena en sentido amplio, en el campo de los sustitutivos, la ley permite quedar por debajo de la medida de la culpabilidad cuando la pena por culpabilidad tenga efectos desocializadores. En la medición de la pena en sentido estricto (en la determinación de la cuantía de la pena dentro del marco penal), hay que dar cuenta de las necesidades preventivas dentro del espacio de juego marcado por la culpabilidad, pero

³⁸³ Sobre ello, ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 96; LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 83. En igual sentido se manifiesta la Jurisprudencia constitucional, así, la STC 150/1991, de 4 de julio, refiere que la culpabilidad por el hecho, constituye el límite máximo de la pena aplicable. También el Tribunal Supremo, STS 29-septiembre de 1993 (A6906), señala que la culpabilidad es la «medida y primer fundamento de la pena».

³⁸⁴ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, §3, nm.40

³⁸⁵ Cfr., PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 82.

cuando excepcionalmente, de antemano no sea previsible que el cumplimiento de la pena por culpabilidad tendría consecuencias desocializadoras, la ley permite rebasar hacia abajo el marco de la culpabilidad *«hasta el límite de lo imprescindible para la defensa del orden jurídico»*.³⁸⁶

Frente a esta postura LUZÓN PEÑA,³⁸⁷ ha explicado que la función de la culpabilidad como la plantea ROXIN, sigue asemejándose mucho a la retribución clásica, por la especial redacción del §46 StGB, que declara que la culpabilidad es la base de la medición de la pena.

Un aspecto especialmente vulnerable del planteamiento de ROXIN es el de los sustitutivos penales.³⁸⁸ En principio, considera que en la medición de la pena en sentido amplio -que es el campo de los sustitutivos penales- se puede quedar por debajo de la medida de culpabilidad cuando la pena tenga efectos desocializadores, luego, marca un límite o tope que viene dado por la defensa del orden jurídico.³⁸⁹

El problema debe centrarse no en la culpabilidad como destaca un sector doctrinal, sino en la prevención general de delitos, la cual *«correctamente concebida y manejada para ser eficaz, requiere la proporcionalidad entre la pena (...) y la gravedad del injusto del hecho, tanto por el desvalor del resultado como por el desvalor de la acción (...) del propio carácter de la*

³⁸⁶ Vd., ROXIN, en: Culpabilidad y prevención, 1981, 106.

³⁸⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 36 ss.

³⁸⁸ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 27 ss.; el mismo, en: Estudios penales, 1991, 268; el mismo, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

³⁸⁹ En sentido crítico a la posición de ROXIN y de LUZÓN PEÑA, vd., CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 126, para quien la pena que el juez aplica con criterio culpabilista contiene ya la prevención general que el legislador consideró pertinente. La prevención general no realiza ninguna función independiente en la determinación y medición de la pena, sino que coincide con la establecida conforme al principio de culpabilidad.

*función de motivación que pretende cumplir la conminación penal, deriva que la intimidación general encuentra su límite donde la culpabilidad,(...) esté excluida o disminuida, y solo despliega su eficacia cuando la motivabilidad es normal».*³⁹⁰

En cuanto a los sustitutivos penales, el partir de una fundamentación preventivo-general de la pena que de forma inherente se relaciona con el principio de necesidad, obliga a demostrar continuamente la necesidad de la pena. La intimidación general vinculada a los principios de estricta necesidad, eficacia y proporcionalidad marca unos límites mas estrictos a la gravedad de las penas y permite en muchos casos concretos rebajas, suspensiones o excepciones a la imposición de la pena por razones de prevención especial, sin que se vea mermada su eficacia preventivo-general.³⁹¹

En la determinación de la pena, la necesidad de la pena³⁹² obliga a plantear si una pena, sin rebasar por debajo la cuantía proporcional al hecho o incluso en el marco penal típico o sin optar

³⁹⁰ Vd. LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 38-39.

³⁹¹ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 64; el mismo, LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

³⁹² Para OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 89-90, la posición diferenciadora unitaria de la doctrina española puede sintetizarse de la siguiente manera: preeminencia de la culpabilidad en la determinación de la pena, con un correctivo de carácter preventivo especial, que se lleva a cabo en dos planos: En la determinación en sentido amplio, cuando la pena adecuada a la culpabilidad no se acompaña de la necesidad de pena, debe tener las siguientes consecuencias: la no necesidad en absoluto de la imposición o de la ejecución de la pena, o la no necesidad del cumplimiento total de la pena impuesta, grado de necesidad que se concreta en atención a los fines preventivos que motivan la aplicación y ejecución de la pena. En la determinación de la pena en sentido estricto, también la prevención tiene un papel mayor, en detrimento de la culpabilidad en el sentido de que el principio de culpabilidad puede ser entendido en dos direcciones, desde el punto de vista negativo, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, y desde el punto de vista positivo, la pena ha de ser proporcional a la medida de la culpabilidad. La culpabilidad no puede pretenderse que tenga una vigencia positiva, determinista del *quantum* concreto de la pena, sino negativa, excluyente de las penas que excedan el reproche.

por un sustitutivo penal, es realmente necesaria e imprescindible a efectos de intimidación general, o si por el contrario bastaría a estos efectos, con una pena menor o con un sustitutivo penal por aconsejarlo o requerirlo exigencias de prevención especial.

En síntesis, para esta postura que en mi opinión es la correcta, es de la prevención general y del fundamento funcional del Derecho penal de donde se deriva la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del injusto y a la normal o menor culpabilidad, pero también el sistema sancionatorio considera la prevención especial, la pena puede quedar por debajo de la culpabilidad,³⁹³ es decir, que la barrera de la culpabilidad es franqueable, si tanta cantidad de pena no es necesaria, para la prevención especial.³⁹⁴

Ello es así porque en la medición de la pena la prevención especial llega a su máxima expresión, en la consideración de las circunstancias personales del sujeto y el injusto culpable es el límite máximo de la pena. Si el injusto culpable es reducido, se impone un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto; pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal.³⁹⁵ Hacia abajo del límite superior para individualizar la pena se atenderá a la necesidades preventivo-especiales, en función de las circunstancias personales del sujeto.³⁹⁶

³⁹³ Aspecto que el Tribunal Federal Alemán no ha aceptado, ni tampoco ROXIN, vd., ROXIN, *Iniciación*, 1981, 74; el mismo, en: *Culpabilidad y prevención*, 1981, 113, n. 42. Sobre ello, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 258

³⁹⁴ Así y en ese sentido, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, 258.

³⁹⁵ Salvo el caso del sistema español, en el caso de concurrencia exclusiva de agravantes, que obliga a un límite inferior más elevado: la mitad superior de la pena típica, según el artículo 66.3.^a (según modificación del artículo mediante LO 11/2003, de 29 de septiembre).

³⁹⁶ En ese sentido, LUZÓN PEÑA, en *Homenaje a TORÍO*, 1999, 167.

Lo anterior con el correctivo, derivado del principio político-criminal general, de que en caso de total incompatibilidad entre las exigencias de prevención general y especial debe prevalecer la general por su trascendencia social.³⁹⁷ Es decir, que la prevención general acota los efectos preventivo-especiales tanto en la determinación de la pena en sentido amplio como en sentido estricto.³⁹⁸

Aunque no existe una redacción semejante al §46 StGB, en la legislación española, la discusión es *mutatis mutandis* absolutamente válida.³⁹⁹ En el CP 1995 no existe una mención expresa a la culpabilidad como criterio para la medición de la pena,⁴⁰⁰ pese a lo que es innegable su función. La medida de «la menor o mayor gravedad del hecho» que describe el artículo 66.6.^a CP 1995,⁴⁰¹ está determinada por la mayor o menor gravedad del injusto y por el grado de culpabilidad. La primera dependerá de la intensidad y gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico,⁴⁰² la segunda dependerá de la función asignada a la

³⁹⁷ Vd., LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

³⁹⁸ Por todos, vd., OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 91, especialmente n. 82.

³⁹⁹ Así, LUZÓN PEÑA, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 166.

⁴⁰⁰ Así, el artículo 66.6.^a (modificado por LO 11/2003, de 29 de septiembre) se establece que en el supuesto de que en el hecho no haya atenuantes ni agravantes o de que concurren unas y otras, se impondrá la pena considerando primero las circunstancias personales y en segundo lugar, *la gravedad del hecho* (grado de injusto y culpabilidad). Así, y en ese sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo STS 29-septiembre-1993 (A6906).

⁴⁰¹ La discusión discurre entre las probables respuestas a la interrogante de la proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito: la gravedad del hecho depende de la gravedad de la culpabilidad y los fines preventivos se contemplan en el sentido de las teorías del espacio de juego, o de la teoría del valor de empleo, o la teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable o «prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad».

⁴⁰² Vd., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 329; DEMETRIO CRESPO, Prevención general, 1999, 292, «la medida de la “culpabilidad por el hecho” depende del contenido de injusto del hecho penal individual y de que la cantidad de la pena adecuada al injusto se mide de acuerdo con la gravedad del injusto individual».

culpabilidad,⁴⁰³ a lo cual responden las distintas teorías estudiadas. De igual forma la culpabilidad al igual que la proporcionalidad constituyen límites en conexión con los principios de necesidad, eficacia.⁴⁰⁴

En cuanto a los sustitutivos penales, el CP 1995 muestra su orientación por los intereses preventivo especiales frente a los límites que pudieran señalar la gravedad del injusto culpable, así, art. 80.1.^a (condena condicional), art. 88 (sustitución de penas por otras más benignas y que considera el esfuerzo por reparar el daño causado),⁴⁰⁵ arts. 90 a 93 (libertad condicional) todos ellos basados en razones preventivo-especiales del autor.⁴⁰⁶

4.2.3. Culpabilidad y reparación del daño

Difícilmente puede alcanzarse el punto de equilibrio entre la culpabilidad y la reparación del daño, en la determinación de la pena. Mientras la culpabilidad es una categoría mensurable en cuanto a la gravedad del injusto culpable y constituye una barrera infranqueable respecto de la pena imponer.

En el caso de la reparación del daño, entendida tradicionalmente como una responsabilidad de carácter objetivo, no

⁴⁰³ La culpabilidad del autor por el hecho requiere responsabilidad e imputabilidad individual, atendiendo a la motivabilidad normal por las normas y las amenazas penales. Si existe culpabilidad se confirma para el sujeto la necesidad preventiva de la pena, que se deriva en general del injusto (acción típica y antijurídica). Contrariamente si no existe culpabilidad o esta es disminuida, desaparece o se reduce correlativamente la necesidad preventiva de la pena. Para más detalles, vd., LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 211.

⁴⁰⁴ Cf., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 86.

⁴⁰⁵ En este caso atendiendo también a la naturaleza del hecho. Artículo modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre cuya modificación cambió el arresto de fin de semana por trabajos en beneficio de la comunidad.

⁴⁰⁶ Sobre ello, LUZÓN PENA, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 168.

necesariamente es consecuencia de la infracción normativa, sino de la exigencia de restablecimiento de una situación patrimonial.⁴⁰⁷ La reparación del daño se anuda a la producción y cuantía de los daños materiales e inmateriales que difícilmente puedan tener una proyección como elemento en la medición de la pena, recuérdese que los daños civiles pueden subsistir aún cuando la responsabilidad penal no.⁴⁰⁸ También, la naturaleza jurídica de ambas es distinta, pues la finalidad de la pena es evitar el delito, mientras que la responsabilidad civil se centra en el daño producido.⁴⁰⁹

La discusión parece centrarse en si la reparación del daño, al igual que la culpabilidad, puede cumplir la función que ésta tiene en el Derecho penal de límite y de fundamento de la pena. Esto frente a las propuestas que señalan que la reparación puede tener relevancia sin que exista víctima alguna, o que a la víctima concreta no se le satisfagan los daños producidos, o que se disponga la reparación pero no exista daño, que este sea muy pequeño respecto a la reparación, o que existiendo daño éste no resulte efectivamente reparado.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Fundamental, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 38-39, que al igual que la doctrina mayoritaria y consolidada afirma que, el comportamiento dañoso no genera un tipo de responsabilidad, sino una obligación cuya prestación es la de reparar. «La *“responsabilidad civil”, delictual, o extracontractual, no es la sanción del ordenamiento al que ha incumplido el deber general de no dañar. La “responsabilidad” en las relaciones obligatorias, como en la que nace si se produce un daño atribuible a un sujeto, es el sometimiento al poder coactivo del acreedor de un débito, en este caso el deber de reparar; no el deber de “responder”*».

⁴⁰⁸ En ese sentido LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 178, propone que la cuantía de la reparación no está limitada por el daño causado a la víctima sino que éste puede ser superior, destinando este plus a la sociedad.

⁴⁰⁹ Vd., MIR PUIG, DP PG, 2002, 14.

⁴¹⁰ Aspecto que SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 189-190, sintetiza de la siguiente manera: «*Resulta, pues, fundamental decidir si el correspondiente beneficio debe asociarse al reconocimiento público y personal de la infracción (asociado al esfuerzo reparador), o a la objetiva reparación del daño, eventualmente producida incluso a espaldas o contra la voluntad del agente*».

La doctrina plantea el tema desde distintas posiciones, que de inmediato pasamos a analizar.

A) Para la posición doctrinal mayoritaria, la culpabilidad y el daño civil no constituyen medidas equivalentes que permitan intercambiar la función de una y otra, de modo que la cuantía de la sanción penal sea igual en uno u otro caso.⁴¹¹ La reparación del daño si se quiere que tenga efectos penales deberá tomar en cuenta el injusto culpable.⁴¹²

Para esta posición crear un criterio de culpabilidad particular, según el cual ésta se midiera a través del daño causado, llevaría a inconsecuencias tales como la impunidad en los delitos tentados (por ausencia del desvalor de resultado), igual situación ocurriría en los delitos en que la víctima no sufrió daño. En sentido contrario, si los daños fueran muy grandes, por ejemplo en delitos imprudentes, la reparación superaría la contribución individual al daño causado, es decir sería mayor que la culpabilidad individual.⁴¹³

⁴¹¹ Así, y en ese sentido, cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 43; SILVA SÁNCHEZ, *PJ* n.º 45, 1997, 196; CEREZO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 40; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 137; MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 14; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 687-688.

⁴¹² Así, y en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 184 ss; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 178; SILVA SÁNCHEZ, *PJ* n.º 45, 1997, 80; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 175, 201; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 80; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 230; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 142; CALDERÓN/CHOCLÁN, *DP PG*, 2001, 270; POLAINO NAVARRETE, *DP PG TI*, 2001, 169; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 688. La medida de la culpabilidad es considerada por PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 106, en los casos previstos por los §§ 153 y 153 a StPO, para el archivo del procedimiento penal, tanto en infracciones de poca importancia, como el archivo bajo el cumplimiento de obligaciones e instrucciones.

⁴¹³ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 354, señala que en homicidios o lesiones debido a imprudencias profesionales, las necesidades preventivo-generales, no se satisfacen con la reparación del daño.

Por esta razón los partidarios de esta posición se decantan por la realización de la reparación dentro del proceso penal y asignar a la reparación del daño funciones atenuatorias,⁴¹⁴ de renuncia a la pena⁴¹⁵ y de sustitutivo penal,⁴¹⁶ con lo que se salvaguarda la función garantística de la culpabilidad.⁴¹⁷

B) Otro sector doctrinal minoritario,⁴¹⁸ considera que la culpabilidad puede ser un principio de medida de la reparación del daño. Configurada como sanción independiente, la reparación del

⁴¹⁴ Como ocurre en los §§56 y ss. del StGB, sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Sobre ello ampliamente, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 148 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 258 ss. La solución del Derecho positivo español contemplada en el artículo 81.3.^a difiere de la formulación del Derecho penal alemán, ya que la reparación del daño constituye un requisito o condición de la suspensión de la ejecución de la pena.

⁴¹⁵ En el caso del Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), la culpabilidad realiza una función de compensación, aunque es otro el fin primordial, el de prevención general positiva. Así, y en ese sentido, AA.VV.: AE-WGM, 1998, 76, prescindir de la pena supone una declaración de culpabilidad sin declaración de pena, que ocurre en los delitos con un contenido pequeño de ilícito o de culpabilidad, en el caso del arrepentimiento activo después del hecho consumado y como reacción penal independiente cuando las consecuencias del hecho han afectado al autor que está suficientemente penado en el sentido de una *poena naturalis*.

⁴¹⁶ Vd., un análisis sobre el pensamiento de SCHÖCH en, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 126-127; ALASTUEY DOBÓN, La reparación 2000, 221. Aunque algunos como GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 48-51, la reparación no puede como sustitutivo penal satisfacer la prevención general y especial de delitos, concluyendo que como no puede cumplir con los fines de la pena, entonces, puede ser en determinados casos, una circunstancia de atenuación, pero no un sustitutivo. En mi opinión la reparación del daño como sustitutivo penal puede cumplir con los fines preventivo-general y especial de la pena, pues como adelantamos éstos pueden atender las necesidades de prevención especial en el caso concreto y no significan pérdidas del potencial preventivo-general, pues las personas conocerán por ejemplo, que la primera vez que cometan un hecho delictivo y realizan una rectificación postdelictiva positiva, que la pena podrá ser sustituida o bien, se les remitirá en forma condicional. Lo cual es conteste al respeto de todos los principios que informan el Derecho penal: intervención mínima, resocialización, necesidad, subsidiariedad.

⁴¹⁷ Cfr., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 77, explora como los programas de mediación y conciliación pueden tener lugar en las condiciones la *probation*, luego de un pronunciamiento de culpabilidad.

⁴¹⁸ Vd. FRÜHAUF, cit., por, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 138 ss.

daño ha de ser proporcionada a la medida de la culpabilidad y no proporcional a la compensación civil de los daños. Esta culpabilidad es la misma que se utiliza en las sanciones penales tradicionales. FRÜHAUF, parte de la premisa de que son excepcionales los casos en que no coinciden la culpabilidad y la cuantía del daño civil. En los casos en que exista una desproporción entre la culpabilidad y los daños causados a la víctima, la culpabilidad debería ser un correctivo: si el daño es mayor que la culpabilidad, ésta actúa limitando el deber de indemnizar, si el daño queda por debajo de la culpabilidad, para alcanzar la compensación el autor deberá realizar una reparación adicional a favor de la comunidad.

ALASTUEY DOBÓN, con razón a mi juicio, critica la posición de FRÜHAUF, pues siempre hay constelaciones de casos en que la desproporción es evidente. Así por ejemplo, en los supuestos en que resulte imposible la imputación objetiva del resultado materialmente producido, en este supuesto el daño existe (producción del resultado material) y por tanto debe ser reparado, sin embargo, no hay necesidad de pena, no se podría aplicar la reparación que sí es necesaria.⁴¹⁹ Por otra parte, si la reparación no alcanza la medida de la culpabilidad, la introducción de la reparación a favor de la comunidad además de la ya realizada a favor de la víctima su contenido se acercará más al de una sanción penal tradicional.

C) Sin embargo, desde otras posturas que aceptan la reparación del daño como sanción independiente, como «tercera vía», la reparación puede ser entendida como la justa compensación de la culpabilidad, aquel que infringió los bienes jurídicos protegidos debe soportar un perjuicio como compensación

⁴¹⁹ En igual sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 43.

por la ventaja injustamente lograda.⁴²⁰ Ese perjuicio no tiene que ser un mal estatalmente impuesto, sino un *actus contrarius* que puede consistir en una reparación socialmente constructiva.⁴²¹ La fuerza de la pena cede su lugar a la asunción de responsabilidad por parte del culpable, cuando la reparación pueda servir igual o mejor a los fines de la pena y a las necesidades del autor que la misma pena.⁴²²

Un claro ejemplo es el Proyecto Alternativo de la Reparación - del cual ROXIN es uno de los redactores-, en el que se indica que, la paz jurídica es restablecida cuando la compensación entre el autor y el lesionado o el ordenamiento jurídico infringido se ha conseguido totalmente a través de prestaciones de reparación y, por consiguiente no existen necesidades penales de prevención especial o general.⁴²³ La culpabilidad se sustituye por el principio de subsidiariedad, lo cual plantea contradicciones con los planteamientos de ROXIN sobre el papel de la culpabilidad;⁴²⁴

⁴²⁰ Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43.

⁴²¹ Vd., HERRERA MORENO, La hora, 1996, 242, una crítica del concepto de «reparación integral» que pretende la compensación de daños y retrotrae la condición de la víctima al estado pre-victimizatorio, tributarios de la idea de justo merecimiento. Para los autores del Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), la reparación está pensada en un «sentido normativo», no naturalístico, pues siempre habrá aspectos que no pueden ser compensados ni devueltos al estado *ex -ante*. La reparación voluntaria es entendida como una prestación social constructiva, efectuada por el autor, que produce una situación en la que la comunidad jurídica y el lesionado se tranquilizan de forma razonable. En igual sentido, STS 6-octubre-1998 (A 6975) acepta la reparación del daño en forma simbólica, cuando el autor realiza «*un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma*», refiriendo que la reparación simbólica debería ser admitida en todos los delitos.

⁴²² Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 41.

⁴²³ Vd., AA .VV., AE-WGM, 1998, 60.

⁴²⁴ La prevención de integración ha servido a ROXIN para refundir el principio de culpabilidad en la prevención general («responsabilidad») y utilizarlo para su limitación, en tanto no puede ser impuesta, como adecuada a la culpabilidad, una pena más grave que aquélla que satisface por completo, desde el punto de vista psicológico social, el sentimiento de justicia. Cfr., ROXIN, en: MAIER(Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149.

cuando la culpabilidad se emplea en función de la reparación del daño su papel es anulado. Lo relevante no es la garantía que puede representar la culpabilidad de cara al autor del delito como compensación por el hecho cometido, y como límite del *ius puniendi*, sino la orientación a los requisitos funcionales de la sociedad de mantener la confianza en el Derecho, es decir el efecto de la prevención de integración.

D) En la búsqueda de compaginar la reparación del daño y la culpabilidad van más allá los teóricos de la justicia restaurativa quienes señalan que la reparación se aleja tanto de la pena y sus categorías incluida la culpabilidad, como de indemnización civil.⁴²⁵ Si para la justicia penal la culpabilidad es un aspecto central en la atribución de responsabilidad al sujeto, para la justicia reparadora, lo fundamental es reconocer la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que ha generado el hecho delictivo.⁴²⁶

La mayor paradoja en mi opinión se produce cuando según las propuestas de la mediación reparadora la asunción de culpabilidad por parte del autor es un presupuesto para la mediación, señalándose que la culpabilidad no puede ser objeto de

Particularmente crítico del concepto de subsidiariedad que emplea ROXIN, vd., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 185, señala que más que subsidiariedad del Derecho penal, se trata de una «*subsidiariedad de la pena*», pues la subsidiariedad se constituye en un criterio de selección de la sanción a imponer. Lo que no es tan fácilmente aceptable, puesto que los criterios que guían la fijación entre penas y medidas de seguridad no se relacionan con la preferencia de una u otra consecuencia jurídica, ni obedecen al interés por reducir el grado de aflicción de las penas. Más parece subyacer a la tesis de la «tercera vía» el principio de «humanidad» o «benignidad de las sanciones».

⁴²⁵ Vd., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 453; ECHANO BASALDÚA, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 183.

⁴²⁶ Se afirma que «*el autor puede hacer las cosas bien, asumiendo la deuda contraída por la comisión del delito y de responsabilizarse por ella ante la víctima*». Cfr., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 82. Las tendencias desformalizadoras a nivel extrajudicial, asumen que las garantías constituyen un marco de referencia importante, pero las reglas del Derecho penal no imperan como las referidas al tipo de compensación, ni la proporcionalidad de la reparación con el daño infligido. Cfr., GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 97.

negociación.⁴²⁷ Entonces, la función de garantía de la culpabilidad sí que puede ser vulnerada,⁴²⁸ fundamentalmente en cuanto a sus múltiples funciones de subjetivación de la responsabilidad objetiva, de fundamentación de la pena y de límite del poder punitivo estatal. Por otra parte, la voluntariedad en el marco del proceso⁴²⁹ no está exenta de presiones y a veces hasta de temores muchas veces fundados,⁴³⁰ de injusta aplicación del peso de la ley.

A estas objeciones se responde que dentro de la conciliación y reparación del daño el objetivo no es encontrar culpabilidades ni tampoco establecer sanciones penales, sino lograr una satisfacción de la víctima a través de una respuesta del agresor, que asume la responsabilidad y una pacificación de las relaciones víctima-autor.⁴³¹

Frente a ésta réplica SAN MARTÍN,⁴³² férrea defensora de la mediación, señala que únicamente debería realizarse una mediación penal cuando existiesen indicios inequívocos de culpabilidad en el autor, y éste hubiera reconocido su participación en los hechos.

⁴²⁷ Vd., en ese sentido, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 74.

⁴²⁸ En ese sentido, DÍAZ, *La reparación*, 1995, 15; QUERALT, *ADPCP* 1996, 135, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 81.

⁴²⁹ Así lo propone el Proyecto Alternativo de la Reparación, vd. AA.VV.: *AE-WGM*, 1998, 47, 63-64.

⁴³⁰ En ese sentido, QUERALT, *ADPCP* 1996, 148, señala como posible vulneración al principio de inocencia, la conducta de algunos abogados de oficio, o de confianza de llegar a acuerdos que animan a sus forzosos clientes a pactar con el Ministerio fiscal la pena.

⁴³¹ Por todos, vd., BUSTOS /LARRAURI, *Victimología*, 1993, 53. Poniendo en tela de juicio el acuerdo reparatorio sin que se haya probado aún la culpabilidad del autor, y cuestionando la aceptación del autor por el temor a que se declare la culpabilidad en el proceso judicial, aunque pueda carecer de base, vd., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 154.

⁴³² Cfr., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 86, 293.

En mi opinión, lo que ocurre es que la función garantística de la culpabilidad difícilmente puede sustituirse o eliminarse. Por más que las tendencias reparadoras quieran observar desde otras perspectivas el tratamiento del delito, como un conflicto entre el autor y la víctima, éste no es un conflicto de carácter dual, sino que se involucran los intereses de toda la sociedad (con dimensión pública) y en ese sentido la culpabilidad es una garantía de que no se intervendrá mas allá de la gravedad del injusto del hecho (tanto por el desvalor del resultado como por el desvalor de la acción, y a la normal o menor culpabilidad).

Por lo tanto, la prestación composicional o reparadora no podrá en ningún caso exceder el reclamo por el injusto culpable aunque la voluntad negocial pueda acordarlo. En cuanto a quedar por debajo, de la medida de la culpabilidad, habrá que considerar en cada caso concreto, que la prevención general está marcada por los límites legales de concesión de los sustitutivos penales, además desde el punto de vista de la prevención especial, las circunstancias personales entre ellas, el comportamiento postdelictivo positivo (reparación del daño), que concreten, rebajen o incluso excluyan la pena y den lugar a la aplicación de un sustitutivo penal.

El Tribunal Supremo coincide con esta línea de pensamiento y ha señalado en la STS 26-abril-1999 (A 3215) que la reparación del daño refleja por imperativo legal una disminución de la necesidad de pena, lo cual es consecuente con una política criminal orientada a la protección de la víctima. Se refleja también, una actitud del culpable que supone tanto un reconocimiento, por su parte, del mal causado y un indicio de su apartamiento de la actividad delictiva, facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. En igual sentido, en la STS 30-junio-2003 (A6328) reconoce la no necesidad de pena cuando se ha reparado el daño, lo que se resume en la siguiente frase: *«es indudable que, restablecido el*

daño ocasionado, decae la necesidad de pena para el que, actuando con seriedad y con agotamiento de todos los medios a su alcance, quiso enjugar las consecuencias negativas producidas por el delito».

Por otra parte el Derecho penal continua siendo la Magna Carta del delincuente, con todo un cúmulo de principios y garantías, entre los que destaca el respeto al principio de culpabilidad y sólo de modo secundario la víctima entra en escena, sin que se acuerde para ésta un cúmulo de garantías frente a la intervención estatal tan relevante como el de culpabilidad.⁴³³

La pretendida satisfacción de la víctima a través de una respuesta del agresor como lo pretenden los seguidores de la justicia reparatoria es un aspecto que debe considerarse en la determinación de la pena pues denota una menor necesidad de prevención especial, y finalmente llevar a la aplicación de un sustitutivo penal, sin embargo, la sustitución del criterio de culpabilidad, conllevaría pérdidas del potencial intimidatorio del Derecho penal, pues los ciudadanos pensarían que la medida del injusto culpable no sería relevante, es decir, no sería el fundamento de la pena ni tampoco el límite del poder punitivo.

⁴³³ Definitivamente estoy en desacuerdo con la tesis de BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 359-360, en que la preocupación del Derecho penal debe atender sino prioritariamente, al menos en forma paritaria, a las víctimas del delito, partiendo de que éstas son la otra cara de la moneda.

4.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A) El principio de proporcionalidad cuya formulación inicial fue como límite al poder de policía, rápidamente adquirió relevancia en la determinación de la pena.⁴³⁴ BECCARIA,⁴³⁵ en 1764, refiriéndose a la proporcionalidad, señalaba que la pena útil es la pena proporcional a la culpabilidad. Igualmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, proclamó que la Ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias. Por su parte, la octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1791 indica que no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusitados.

La evolución del principio en los siglos XIX y XX, permitió la extensión al Derecho público, hasta convertirse en un principio general que rige el establecimiento y aplicación de medidas restrictivas de los derechos y libertades.

En algunas legislaciones como las de Alemania y Suiza el principio de proporcionalidad está expresamente reconocido en la Constitución. En el Derecho español su vigencia se infiere del artículo 1.º de la CE, en el que se proclama el Estado de Derecho y se erige la libertad en un valor superior del ordenamiento jurídico español, por interpretación de que la prohibición de exceso constituye una regla de maximalización de la libertad.⁴³⁶

⁴³⁴Vd., sobre la evolución histórica del principio y su aplicación al Derecho penal, COBO/VIVES, DP PG, 1999, 81 ss.; CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 120 ss.

⁴³⁵ Vd., BECCARIA, De los delitos y de las penas, 1969, 137 ss.

⁴³⁶Cfr., COBO/VIVES, DP PG, 1999, 82. También el principio se deduce de los artículos 15 CE, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos y o degradantes; del artículo 17.2 que señala que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; del artículo 17.4, que obliga a la fijación legal del plazo máximo de la prisión provisional; del artículo 55.2 segundo párrafo, que proscribela utilización injustificada o

La Jurisprudencia constitucional enlaza la proporcionalidad de la pena con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), manifestándose esta conexión como la garantía de que no se impondrán penas desproporcionadas. También el principio de proporcionalidad encuentra expresión en el Derecho comunitario. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagra que sólo son admisibles las injerencias a las libertades, en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio. De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recurrido a la fundamentación en el principio de proporcionalidad para el control de las intervenciones de los Estados miembros en la protección de los derechos y libertades fundamentales que reconoce la Convención.⁴³⁷

B) El principio de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación, ésta ha de llevarse a cabo, según COBO/VIVES *«desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, determinando si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción»*.⁴³⁸ En ese sentido, se trata de un principio relacional orientado hacia fines, una medida o acto es proporcional o no, según la afectación del derecho fundamental y en relación con la finalidad del acto o medida.

Para una mejor comprensión, frente a las críticas de indeterminación del concepto, la doctrina alemana señala que el

abusiva de las facultades reconocidas por Ley Orgánica en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

⁴³⁷ Vd., sobre ello, PERELLO, JDem nº 28, 1997, 70.

⁴³⁸ Cf., COBO/VIVES, DP PG, 1999, 88.

principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso está compuesto por tres subprincipios: a) el utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad y, c) el de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos elementos exige una análisis en su concreta aplicación e implica una revisión de la medida desde los tres puntos de vista: En primer lugar; la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, es preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (juicio de adecuación); en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios útiles (juicio de indispensabilidad) y, finalmente, la medida ha de ser proporcionada, ponderada o equilibrada por derivarse más beneficios que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, esto es en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida.⁴³⁹

La doctrina reconoce en forma unánime que el principio de proporcionalidad es un límite al *ius puniendi* inherente al modelo de Estado democrático de Derecho.⁴⁴⁰ El Derecho penal ha de mostrar en esta clase de Estado, por una parte, la protección de la sociedad a través de la prevención de delitos, mientras que por otra parte el sometimiento a ciertos límites en la actuación de ese poder. El principio de proporcionalidad transparenta esa tensión, si bien, se admite la necesidad de pena para la protección de bienes jurídicos y esto es lo que legitima la intervención penal, ésta no puede superar el límite de la proporcionalidad entre pena y delito.⁴⁴¹

⁴³⁹ Sobre ello, ampliamente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Proporcionalidad, 1990, 21 ss.

⁴⁴⁰ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 86.

⁴⁴¹ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, 65, § 2,29, enlaza el principio de proporcionalidad con la protección subsidiaria de bienes jurídicos y señala: «*Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el*

Atinadamente, MIR PUIG, ha relacionado la proporcionalidad con la importancia social del daño causado, indicando que «*un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de «nocividad social» del ataque al bien jurídico*». ⁴⁴² En ese sentido, el principio de proporcionalidad se debe respetar en el establecimiento de los marcos penales típicos que diferencian la gravedad del hecho doloso e imprudente. ⁴⁴³ Pero no solamente en el plano de la conminación penal abstracta ⁴⁴⁴ se observan consecuencias del principio de proporcionalidad, sino también en el plano de imposición o determinación de la pena. La exigencia de necesidad se concretará en el marco de las facultades discrecionales concedidas al Juez para la individualización de la pena. ⁴⁴⁵

C) A la luz de la evolución mostrada por la Jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad opera como un criterio de interpretación de otros principios, debiendo ponderarse en el caso concreto tanto el principio que debe sacrificarse como el que debe imponerse.

Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico».

⁴⁴² Cfr., MIR PUIG, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 350.

⁴⁴³ Vd., en ese sentido, GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a VALLE MUÑIZ, 2001, 412; CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 120, el autor hace eco de la postura doctrinal que reconoce una función negativa al principio de proporcionalidad a la que se ha llamado «interdicción de la desproporción», los que se desdoblán en la mínima lesión posible y adecuación a fin, lo que opera en la teoría del tipo, a través de las ideas de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal.

⁴⁴⁴ Para CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 119, el principio de proporcionalidad permite unir o refundir otros principios vigentes en el Derecho penal, tales como el de *favor libertatis* y *ultima ratio*.

⁴⁴⁵ Sobre ello, vd., BUSTOS/HORMAZÁBAL Lecciones DP, 1997, 166; COBO/VIVES, DP PG, 1999, 87.

El Tribunal Constitucional respecto del principio de proporcionalidad ha mostrado distintas posturas, iniciándose su evolución con la STC 65/1986 de, 22 de mayo, en la que admite que el principio no está expresamente contemplado, pero implícitamente puede deducirse del art. 1.1 Constitucional. Estimó que el principio de culpabilidad no tendría que ver con la fijación de la pena por el legislador, sino solo con la cuestión de la medida en que dicha pena legal debe imponerse en atención a la culpabilidad del sujeto. Y el legislador es quien debe decidir cuál es la pena proporcionada que la ley debe señalar a un determinado delito.

Una segunda postura puede observarse en la STC 150/1991 de, 4 de julio, en la que se puede deducir, una posición menos radical en cuanto a que es el legislador quien diseña la política criminal, pero admitió que en casos de gran desproporción entre la pena señalada por la ley y la gravedad del delito pudiera afirmarse su inconstitucionalidad.

En la STC 55/1996 de, 28 de marzo, confirma la posición anterior e introduce una fundamentación de la exigencia de proporcionalidad un poco diversa, señalando que no es un principio en sentido estricto, sino un criterio de interpretación entre principios, que obliga a ponderar en el caso concreto tanto el que debe sacrificarse como el que debe imponerse. Así, y en ese sentido, se indica: *«Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales (...) y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posible vulneraciones de concretas normas constitucionales»*.

Sin embargo, se observa un cambio sustancial en la STC 136/1999 de, 20 de julio, al declarar la inconstitucionalidad de una pena, bajo el argumento de la vulneración del principio de

proporcionalidad en sentido estricto, al no guardarse una relación entre los hechos delictivos con el ámbito de las libertades de expresión y de información y de participación en los asuntos públicos. De relevancia el fundamento jurídico 23º, en el que se antepone al principio de proporcionalidad en sentido amplio, la exigencia de que la intervención estatal en este caso penal, tenga fines de protección suficientemente relevantes, lo que no sucederá cuando proteja bienes constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes.

Especialmente llaman la atención los FFJJ 22 y 30, de la STC 136/1999, de 20 de julio, pues, como señalábamos el principio de legalidad en materia penal comprende la proscripción constitucional de imponer penas desproporcionadas. Entendiéndose que la proporcionalidad es un principio que debe respetarse en la graduación de las penas, tanto en su conminación penal abstracta (con ciertas limitaciones como veremos), como en la determinación de la pena concreta que realiza el juzgador⁴⁴⁶

La falta de proporcionalidad de la pena puede derivar, bien de la innecesariedad de la reacción penal misma, bien de la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). Ciertamente, la configuración de los tipos penales, así como la determinación del tipo y cuantía de la pena es competencia exclusiva del legislador e implica un complejo juicio de valoración política y social, y en el que opera con un amplio margen de libertad. El control constitucional se limita a los supuestos en que exista *«un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la*

⁴⁴⁶ MIR PUIG, DP PG, 2002, 132, propone a raíz de la STC 136/1999, de 20 de julio erigir el principio en principio general de todo el Derecho penal.

persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, de 28 de marzo FJ 8).

Por ello, desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando *«a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador»* (STC 55/1996, de 28 de marzo). Y sólo cabrá calificar la norma o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada *«cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (SSTC 55/1996, de 28 de marzo; 136/1999 de 20 de julio)»*.

Me parece importante resaltar el comentario que realizó MIR PUIG, en el sentido que resulta plausible, desde la óptica de los principios constitucionales que limitan el *ius puniendi*, *«que el Tribunal Constitucional asuma su responsabilidad de controlar la proporcionalidad de las penas previstas por la ley –no para dejar impunes hechos únicamente penados en exceso, sino para eliminar este exceso de pena–»*.⁴⁴⁷

4.3.1. Proporcionalidad y sustitutivos penales

A) Las relaciones entre el principio de proporcionalidad y de culpabilidad se reflejan de manera ostensible en el campo de la determinación de la pena, considerándose que la pena debe ser

⁴⁴⁷ Cf., MIR PUIG, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 366.

proporcionada a la gravedad del injusto culpable. De un lado, la culpabilidad como límite y fundamento de la pena nos permite establecer una medida para la determinación de la pena, pero es por sí insuficiente para determinar la gravedad de la lesión. Por otro lado, la gravedad del injusto debe reflejarse en la pena, este sería el espacio que está llamado a llenar de contenido el principio de proporcionalidad, a fin de asegurar la necesaria proporción entre delito y pena.

La exigencia de proporcionalidad se puede fundamentar no sólo como exigencia de justicia (concepción retributiva), o como exigencia de eficacia de la prevención general.⁴⁴⁸ Conjugándose en ese sentido las funciones de la culpabilidad, la proporcionalidad y los fines de la pena.

CEREZO MIR⁴⁴⁹ en forma clara y sucinta, explica estas relaciones. Si la pena rebasa la gravedad del delito, en virtud de exigencias de la prevención general, entonces el delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Si la pena rebasa la gravedad del delito, por razones de prevención especial, el delincuente es considerado como un fin, siempre que se pretenda corregirle, curarlo o enmendarlo. En estos supuestos la pena es también injusta, porque rebasa la medida de culpabilidad. Se admite la aplicación de penas inferiores a la gravedad del delito si la aplicación de la pena justa no es necesaria para el mantenimiento del orden social.

Si los fines de la prevención general y especial no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el Tribunal puede

⁴⁴⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 308. Críticos sobre la fundamentación del principio de proporcionalidad únicamente en razones de prevención general, vd., COBO/VIVES, DP PG, 1999, 89, especialmente, n. 24.

⁴⁴⁹ Cfr., CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 27.

aplicar una pena inferior o dejar de aplicarla a través de los sustitutivos penales, según lo permita el tenor literal.

Una fundamentación estrictamente retributiva del principio de proporcionalidad podría llevar a inconsecuencias y arbitrariedades, dejando de lado lo que el principio tutela, es decir, la prohibición de exceso.⁴⁵⁰

Las teorías preventivas de la pena⁴⁵¹ integran el principio de proporcionalidad como límite a la persecución de delitos solo con la finalidad instrumental de contención de la comisión de delitos.⁴⁵² Como expone LUZÓN PEÑA,⁴⁵³ la prevención general entendida en su función de encauzar conductas y evitar delitos requiere la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del hecho. Si un hecho es poco grave no puede castigarse igual que otro que sí lo es. Proceder en sentido contrario significaría que no habría mayor intimidación e inhibiciones para cometer delitos graves, éstos hasta podrían incrementarse y desde luego, la sociedad podría ser inducida a confusiones con un mensaje poco claro sobre los esquemas valorativos.

Si la pena es desproporcionada se exagera un fin en detrimento u olvido de otros fines o, de su propio fundamento. La

⁴⁵⁰ Vd., en ese sentido, JESCHECK, Tratado DP PG I, 1981, 34; ROXIN, DP PG I, 1997, 102, §3, 52; MIR PUIG, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 351-352, los que reconocen que precisamente el principio de proporcionalidad se ideó en Alemania para las medidas de seguridad, en las que se entendía que no existía el límite del principio de culpabilidad y en consecuencia, tampoco se podía recurrir únicamente a la retribución, ya que las medidas de seguridad en ningún caso constituyen un castigo merecido.

⁴⁵¹ Para QUINTERO, CPC, 1978, 66-67, la proporcionalidad es un principio autónomo que limitaría toda prevención especial y general.

⁴⁵² Sin embargo, para GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 33, la proporcionalidad de la pena debería jugar como límite para las necesidades preventivas, tanto generales como especiales; y, siguiendo a GRACIA MARTÍN, señala que la gravedad del delito sobre la que se establece la pena proporcionada debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva.

⁴⁵³ Cfr., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 24-38; el mismo, Curso DP PG I, 1996, 86

proporcionalidad implica que no puede aplicarse una pena superior a la que merezca la gravedad de la conducta, ni a la que sea necesaria para la obtención de la tutela del bien jurídico.⁴⁵⁴

También, partiendo del principio de proporcionalidad podría justificarse el aumento de la pena en los casos en que el autor tendiera a la reiteración delictiva o por la mayor probabilidad de comisión de los hechos, ya porque lo permita el tenor literal de la ley, o porque se considere que la frecuencia y reiteración influyen en la gravedad del hecho (incluyéndolo en el desvalor objetivo de la acción, claro es que de modo secundario y sin excesos).

Por lo general se considera que sí la sanción penal ha de operar intimidando a los futuros delincuentes, la amenaza ha de ser proporcional a la gravedad que supone la frecuencia de comisión y la posible extensión de los mismos en el futuro.⁴⁵⁵ Este aspecto ha sido expresamente tratado por la Jurisprudencia constitucional, en la STC 65/1986 de, 22 de mayo, en el sentido de permitir la agravación de pena prevista para la reincidencia, lo que no infringe el principio de culpabilidad a la vez que se reconoce que la agravante no vulnera el principio de proporcionalidad.⁴⁵⁶

B) Aunque existe una vinculación entre el principio de proporcionalidad y el culpabilidad⁴⁵⁷ se trata de supuestos

⁴⁵⁴ Vd., en ese sentido, CARBONELL MATEU, DP concepto y principios, 1995, 210-211. CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 119 ss., ilustra sobre los recientes desarrollos doctrinales en los que se retrotrae al principio constitucional de proporcionalidad, la protección de los bienes jurídicos a proteger penalmente (consideración abstracta) y de la pena con que se persigan (consideración concreta), encontrándose por esta vía un lazo de unión de principios vigentes en el Derecho penal.

⁴⁵⁵ En ese sentido, cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 308.

⁴⁵⁶ En igual sentido STC 150/1991, de 4 de julio, así, también se declara la armonización entre la agravante de reincidencia en relación con el principio de culpabilidad, ya que no contraría a «*un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según al culpabilidad de éste en la comisión de los hechos*».

⁴⁵⁷ Así, y en ese sentido, STS 27-abril-1995 (A 3383), en la que se indica «*La determinación de la pena concreta aplicable en cada caso está sometida a exigencias impuestas por los principios de legalidad y proporcionalidad (...) también han de ser tenidos en consideración*

diferentes, no pudiendo sustituirse el uno por el otro,⁴⁵⁸ tal como lo pretende un sector doctrinal encabezado por HASSEMER.⁴⁵⁹ Las funciones del principio de culpabilidad y su efecto limitador de la pena no pueden lograrse por ningún otro principio.⁴⁶⁰ Lo que tampoco impide que la pena esté sometida al principio de necesidad (fundamento funcional del Derecho penal), pudiendo en casos atenuarse o incluso renunciarse u optar por un sustitutivo penal.⁴⁶¹

En cuanto a la proporcionalidad, LUZÓN PEÑA, resume en la siguiente frase su función como límite proveniente de la intimidación general: *«la proporcionalidad no es más que un primer límite de la pena derivado de la exigencia de eficacia e idoneidad de la intimidación general. Pero el fundamento de la prevención general en su necesidad trae consigo (...) una segunda limitación, a saber: que obliga a demostrar continuamente la necesidad de la pena, y concretamente a efectos de determinación de la pena,*

por el juzgador en la realización de un juicio ponderado del equilibrio entre la carga coactiva de la pena por un lado y las finalidades de la conminación penal por otro, y atendiendo a la gravedad e intensidad del mal causado y del grado de reprochabilidad de su autor ».

⁴⁵⁸ Por todos, vd., PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 207-208, especialmente, n. 284.

⁴⁵⁹ Vd., en ese sentido, HASSEMER, CPC 1982, 474 ss. El autor opta por el principio de proporcionalidad como sustituto de la culpabilidad, éste penetra desde el estadio de la imputación subjetiva en el de la medición de la pena. La misión de este principio es la de fundamentar y medir una consecuencia jurídico penal que pueda calificarse como justa y solo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual. "Quien decida diferenciar diferentes grados de participación interna tiene que adecuar proporcionalmente las consecuencias jurídico penales a estas diferenciaciones. El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio(...). La intensidad de la participación interna es un criterio plausible y decisivo para la medición de consecuencias jurídico penales proporcionadas". Especialmente críticos, GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, 1982, 191; ROXIN, CPC 29, 1986, 678; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 207 ss.

⁴⁶⁰ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 103, §3, nm. 52, vd., otras posturas que abogan por sustituir el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, n. 44 y § 19, nm. 45.

⁴⁶¹ Cfr., en igual sentido, MORILLAS, Curso DP PG, 1996, 40.

*obliga a plantear si la gravedad de la pena, sin rebasar por debajo la cuantía proporcional al hecho o incluso el marco penal típico o sin optar por un sustitutivo penal, es realmente necesaria e imprescindible a efectos de intimidación general o si, por el contrario, bastaría a esos efectos pues la intimidación no sufriría merma con una cuantía menor o con un sustitutivo penal por aconsejarlo o requerirlo exigencias de prevención especial».*⁴⁶²

En síntesis la postura correcta desde la perspectiva político criminal es que la proporción con la gravedad del hecho y con la culpabilidad fija un límite máximo de pena, por razones de justicia y de eficacia de la propia prevención general, que no cabe superar ni por exigencias de prevención especial ni por pretendidos intereses preventivo-generales.⁴⁶³

Siguiéndose, conforme lo he aceptado, que la culpabilidad es el fundamento y el límite de la pena, en tanto la proporcionalidad, conjuntamente con el principio de estricta necesidad marcan los límites máximos a la reacción penal, que no deben superarse aunque fueran mayores las exigencias de prevención especial.⁴⁶⁴

El Tribunal Constitucional en la sentencia STC 150/1991, de 4 de julio, reconoce esta relación entre el principio de proporcionalidad y culpabilidad y ha declarado que solo es legítima una pena que se determine de acuerdo con el principio de culpabilidad,⁴⁶⁵ y que un concepto de culpabilidad basado en la personalidad del autor resulta incompatible con la Constitución.⁴⁶⁶

⁴⁶² Vd., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 39. De otra opinión ROXIN, en: *Culpabilidad y prevención*, 1981, 104 ss.; considera que quedar por debajo de la pena proporcional a la culpabilidad implica una reducción del efecto preventivo general de la pena.

⁴⁶³ Vd., LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 286.

⁴⁶⁴ Cfr., LUZÓN PEÑA, voz «Prevención general y especial y retribución», *EJB III*, 1995, 5068. En igual sentido, CARBONELL MATEU, *DP concepto y principios*, 1995, 206 y 208

⁴⁶⁵ Así, y en ese sentido, la STC 150/1991, de 4 de julio, refiere : «*En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho*

C) Ahora bien, en la determinación de la pena en sentido amplio, es decir, cuando pueden aplicarse los sustitutivos penales, se darán relaciones y tensiones entre las necesidades de la prevención especial, las exigencias de la prevención general y los límites de la proporcionalidad, dependiendo de la prelación o énfasis en uno u otro aspecto, así las soluciones serán diferentes,⁴⁶⁷ de ahí que la doctrina recurra a las teorías sobre la medición de la pena, que se elaboraron en la doctrina alemana, pero que se han extendido a la ciencia penal de otros ordenamientos.⁴⁶⁸

Si hemos señalado que la proporcionalidad de la gravedad del hecho y la culpabilidad fijan un límite máximo de pena, y por otro lado, tenemos los intereses de la prevención especial y general, necesariamente se producirán tensiones. Pues, por una parte, la prevención especial reclama un trato individualizado, diferenciado para cada autor y ello podría llevar a una desigualdad de trato por

penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras). Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación».

⁴⁶⁶ Para GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a VALLE MUÑIZ, 2001, 411, «*el reclamo de que la pena sea proporcional a la entidad de la culpabilidad resulta insuficiente como pretensión porque supone un grado de proporcionalidad menos exacto que el que se contiene en las reglas de determinación de la pena del CP español. El sistema español de circunstancias modificativas de la responsabilidad (...) permite modular la pena en atención no solo a las variaciones de la culpabilidad sino también de la gravedad objetiva del injusto (...) e incluso es posible apreciar en las atenuantes basadas en situaciones posteriores a la realización del hecho, como la reparación a la víctima (art. 21.5.ª CP), casos de modulación de la pena en atención a la menor punibilidad (...) de no concurrir circunstancias modificativas el criterio legal de graduación de la pena remite no solo a las circunstancias personales, sino también a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1ª CP)*».

⁴⁶⁷ Vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 285.

⁴⁶⁸ Sobre ello ampliamente, *supra* Parte I, Capítulo 3.2.

ejemplo que a un sujeto se le conceda una condena condicional y a otro sujeto no se le autorice. Por otro lado, la prevención general exige la aplicación de la pena no solo por razones de intimidación sino de prevención general positiva.

Hemos señalado con anterioridad que los sustitutivos penales responden a necesidades preventivo-especiales ante un pronóstico favorable o relativamente favorable del sujeto. Al igual que el límite de su concesión viene marcado por el límite inferior del marco penal típico,⁴⁶⁹ o en su caso, en los límites legales de un tiempo mínimo de cumplimiento para ciertas reducciones o suspensiones de restos, o de no sobrepasar el delito, una determinada gravedad para poder conceder la total suspensión o sustitución.

El *quid* de la aplicación del principio de proporcionalidad nos lleva a concluir que éste no permitirá una pena allende las fronteras de la culpabilidad, ni autorizará una exasperación de la pena en los casos de reiteración o frecuencia delictiva (superando la gravedad de la pena). Pero permitirá en cada caso concreto a la vista de las necesidades de prevención especial del sujeto (falta de necesidad de pena, no necesidad de pena para un sujeto concreto, no necesidad de cumplimiento de pena)⁴⁷⁰ una respuesta sancionatoria diferenciada, que considere las características del sujeto.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Así y en ese sentido, GARCÍA ARÁN, Fundamentos, 1997, 99. Por debajo del límite preventivo general infranqueable, situado en los dos años de privación de libertad, (excepcionalmente tres años art. 87 CP 1995, tope que se eleva a cinco años con la reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre), el ordenamiento jurídico puede dejar prevalecer la necesidad preventivo-especial «*optándose por una reacción penal distinta de la prisión, que evite la desocialización producida por ésta, y adecuándola a las características concretas del hecho y del autor*».

⁴⁷⁰ Acerca de las consecuencias en el Derecho español, en la medición de la pena, vd., LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620-621.

⁴⁷¹ En igual sentido, ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 171.

A la vez que permite optar por una disminución de la cuantía de la pena,⁴⁷² siempre hacia abajo,⁴⁷³ pues una pena superior sería innecesaria, ineficaz y a la larga contraproducente,⁴⁷⁴ lo cual no solo es una exigencia del fundamento funcional (estricta necesidad para la prevención del delito), sino también del fundamento político-constitucional (Estado democrático de Derecho).⁴⁷⁵

Conclusiones que coinciden con la tesis esbozada desde hace algún tiempo por LUZÓN PEÑA y que tienen plena vigencia: *«El Derecho penal sigue siendo fundamentalmente Derecho penal de hecho con sus consiguientes garantías, porque la gravedad del delito que ha cometido el agente marca un límite máximo -fijado a su vez, bien por el máximo del marco penal típico legalmente previsto, o bien incluso por un máximo inferior debido a la proporcionalidad de la pena con la gravedad concreta del hecho o la menor culpabilidad-, hasta donde puede llegar la respuesta penal (...) lo que el juez puede hacer no es castigar por encima o al margen de la respuesta proporcional a la gravedad del hecho, sino al revés: entender que en algún caso que podría imponerle ese límite máximo que es la pena adecuada o proporcionada a la gravedad del delito, y sin embargo, por las características del*

⁴⁷² Crítico frente a un sistema de concesión automática de rebajas de la pena y sustitutivos, sin pronósticos científicos, que permite pensar en un sistema poco serio y no muy recomendable, cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 321.

⁴⁷³ En igual sentido, CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 27, *«La pena puede ser, sin duda, inferior a la gravedad del delito, si la aplicación de la pena justa no es necesaria para el mantenimiento del orden social. Si los fines de la prevención general y la prevención especial no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio reconocido por el Código), o dejar de aplicarla 8condena condicional o suspensión de ejecución de la pena)»*.Vd., también OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 241.

⁴⁷⁴ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

⁴⁷⁵ Sobre las implicaciones de ambas categorías, cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 78 ss.

*sujeto concreto disminuir la cuantía de la pena o, dado que es un delincuente primario, que se trata de un delito no muy grave y que el pronóstico que se ha formulado sobre aquél es favorable, aplicarle la condena condicional, que es una sanción sustitutiva, o un sustitutivo penal que implica una amenaza pendiente y un cierto control».*⁴⁷⁶

Desde el punto de vista del Derecho positivo, cabe apreciar en el CP 1995 que la regulación de los sustitutivos penales como la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena privativa de libertad, constituyen una realización del principio de proporcionalidad en cuanto la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena es conforme a la entidad e intensidad del bien jurídico atacado.

4.3.2. Proporcionalidad y Reparación del daño

La entrada de la reparación del daño en el panorama de la dogmática revive viejas discusiones doctrinales acerca de la ubicación sistemática de la reparación del daño, su consideración como comportamiento posterior positivo y su vinculación con el principio de proporcionalidad.

Mientras que para algunos autores el principio de proporcionalidad en la reparación del daño es innecesario de cara a la solución del conflicto,⁴⁷⁷ otros autores estiman que la proporcionalidad constituye un límite exigible en cuanto a la magnitud de las prestaciones impuestas y las correspondientes sanciones que en otro caso correspondería imponer.⁴⁷⁸ Su

⁴⁷⁶ Vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 319.

⁴⁷⁷ Vd., en ese sentido, GIMÉNEZ SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 97.

⁴⁷⁸ Así, y en ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 141; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 353; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas,

anulación desde el punto de vista práctico llevaría a consecuencias como las de la imposición de la voluntad del más fuerte,⁴⁷⁹ y consecuentemente a la vulneración del principio de igualdad.

A) Para un sector doctrinal, que entiende que la respuesta extrajudicial es lo óptimo en la solución del conflicto, no imperan las reglas del Derecho penal, en cuanto a la proporcionalidad de la gravedad del daño, aunque lógicamente éste será siempre un marco importante de referencia. El Derecho penal se requiere para establecer quien es el autor y si el hecho constituye delito, pero la consecuencia jurídica no se rige en términos estrictos de proporcionalidad.⁴⁸⁰

De igual forma, para algunos de los teóricos de la justicia restaurativa, el daño se observa no en función gravedad de la ofensa infligida por el autor en la víctima, pues esta versión solo aumentaría la cantidad de daño. Desde esta postura se cuestiona la unidad de medida, es decir, la gravedad de la ofensa, pues no hay ninguna regla para medir que sea capaz de corresponder a toda la gravedad, se señala siempre hay cosas que quedan por fuera.⁴⁸¹

ZEDNER, frente a los cuestionamientos por la eliminación del criterio de la proporcionalidad de la tesis retributiva o del merecimiento, señala que la justicia reparativa exigiría algo más

1996, 42 ss.; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 249; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 178; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 162, 453; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 137; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 688.

⁴⁷⁹ Aspecto que los mismos teóricos de la tercera vía reconocen, vd., en ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 138. Sobre ello, SCHÜNEMANN, en: CGPJ (Editor): *Reforma DP*, 1991, 55; SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 169.

⁴⁸⁰ Cfr., GIMÉNEZ SALINAS, *PAPERS*, n.º 8, 1992, 97.

⁴⁸¹ Vd., WRIGHT, en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 525-526.

del autor, no solo la compensación por la realización del hecho delictivo, se insistiría en que el autor asuma la responsabilidad por el daño causado.⁴⁸²

Desde las tesis de la justicia restaurativa la consecuencia jurídica del delito se dirige a la disminución de los daños, es decir, al reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que ha generado el delito, a diferencia del Derecho penal donde se resalta la atribución de culpabilidad al sujeto⁴⁸³ e importa la proporcionalidad entre culpabilidad y pena.

Por última esta razón, para los seguidores de esta posición doctrinal, cuando se alude a la reparación de los daños, se trata no sólo de los daños evaluables desde el punto de vista económico, sino a otros difícilmente traducibles en términos monetarios, pero que los sujetos que los han sufrido pueden describirlos, así por ejemplo, en el robo de un coche, no es lo mismo que éste sea sustraído a una persona propietaria de una agencia o concesionario, que asumirá la pérdida como algo inmaterial, a que éste sea hurtado a un sujeto que lo necesita como medio de trabajo o de transporte.⁴⁸⁴

Lo que interesa a los efectos de una solución extrajudicial de reparación de daños, no es una declaración de derecho en la que se valore la proporcionalidad de la sanción frente a la gravedad de

⁴⁸² Cfr., ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 246 ss.

⁴⁸³ Sobre ello, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 82.

⁴⁸⁴ Vd., ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 246-247; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 394. Crítica de que se haga depender de la voluntad de la víctima la reparación del daño causado y en consecuencia se produzca igual consecuencia jurídica, aún tratándose de hechos de distinta culpabilidad (imprudentes o dolosos), o incluso que ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños, se alcancen acuerdos de restitución diversos, porque una víctima sea más benevolente o vengativa que otra, vd., CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 80.

la conducta, en la que se determine la existencia de vencedores y vencidos, con posiciones y pretensiones encontradas, o antagónicas sino que se aspira a una armonización de los distintos intereses en una solución de compromiso.⁴⁸⁵ Previamente a este proceso se requiere la asunción de culpabilidad por el autor, la cual no puede ser objeto de negociación o discusión.⁴⁸⁶

B) Desde la fundamentación de la reparación del daño como sanción independiente («tercera vía») y la reparación como sustitutivo penal,⁴⁸⁷ el principio de proporcionalidad es un aspecto a considerar,⁴⁸⁸ solo que su contenido material está referido a otros aspectos distintos a la compensación de culpabilidad o la retribución entre gravedad del injusto culpable y la pena.⁴⁸⁹

El argumento más fuerte sobre la vigencia del principio de proporcionalidad, viene dado por el principio de subsidiariedad que sirve de fundamento a sus propuestas. El principio de subsidiariedad en la doctrina alemana es expresión del principio constitucional de proporcionalidad, que se traduce en que la pena siendo la más grave de las injerencias, solo puede utilizarse cuando no se dispone de ningún medio más suave para el mantenimiento o la restauración de la convivencia pacífica.

⁴⁸⁵ Así, y en ese sentido, KERNER, CPC 1997, 375.

⁴⁸⁶ Aspecto que constituye una de los puntos álgidos de las críticas por la asunción de una culpabilidad temprana y posiblemente violaciones al principio de inocencia, por todos, QUERALT, ADPCP 1996, 140.

⁴⁸⁷ En la doctrina española, entre otros, cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 42 ss.; QUERALT, ADPCP 1996, 151; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 178; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 197; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 80.

⁴⁸⁸ Aceptando que el principio de culpabilidad y proporcionalidad operan como límite de la reparación del daño, en la doctrina alemana, por todos, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 225, especialmente n. 776.

⁴⁸⁹ BARNETT, ETHICS (87), 1977, 286, desde el punto de vista histórico, critica el paradigma de la justicia penal que se sustenta en la proporcionalidad del castigo.

ROXIN, señala que «*si la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la pena haya de ceder. Si no basta para ello, deberá al menos moderar la pena en su duración y configuración*». ⁴⁹⁰ La reparación pertenece al Derecho sancionador penal como un componente esencial de las consecuencias jurídicas demandado por el principio de subsidiariedad. Lo que implica que se elige la respuesta menos lesiva para alcanzar la finalidad de prevención de delitos. La consecuencia jurídica, entonces, sería una manifestación del principio de proporcionalidad en el caso concreto. ⁴⁹¹

También el Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM) justifica el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir «de adecuación a fin» a partir del principio de voluntariedad, que exigiría la realización de la conciliación-reparación del daño, en condiciones que no resulten excesivas en relación al fin de protección de bienes jurídicos, que no implique unas cargas excesivas o injustificadas. ⁴⁹²

Para PÉREZ SANBERRO, ⁴⁹³ el principio de proporcionalidad exige que la reparación en cuanto prestación voluntaria, no resulte excesiva, pues en tal caso se vulneraría el principio de proporcionalidad, así ocurriría en los siguiente supuestos: 1) que la acción de reparar suponga un acto de contricción moral por parte del autor; 2) que sólo mediante un encuentro *vis a vis* se acepte el efecto de renuncia o atenuación de pena; ⁴⁹⁴ 3) que la falta de una

⁴⁹⁰ Cfr., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, 7.

⁴⁹¹ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, nm. 25-69.

⁴⁹² Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 51.

⁴⁹³ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 393.

⁴⁹⁴ En la valoración del esfuerzo por reparar el daño y la negativa de la víctima en aceptar una reparación por parte del autor, habría que ser sumamente cauteloso. Muchas veces las víctimas no quieren, bajo el riesgo de una victimización secundaria, encontrarse con el

actitud favorable al acuerdo con la víctima se vea penalizado más allá de la pena adecuada a la comisión del delito cometido.

En mi opinión los casos mostrados por la autora no constituyen una lista cerrada,⁴⁹⁵ en la *praxis* podrían darse otros supuestos en los que podría vulnerarse el principio de proporcionalidad, así por ejemplo cuando las prestaciones reparadoras exijan esfuerzos superiores del autor o de otras personas, lo que podría ocurrir en el caso de la delincuencia penal juvenil, cuyo cumplimiento sea trasladado a los padres del menor y el autor acepte con tal de verse liberado del proceso, lo cual es también aplicable al Derecho penal.

autor. Sobre ello, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 74. La aceptación de una reparación en esos términos sería cuestionable, pues en el Derecho español, el resarcimiento el daño civil es una obligación y un requisito previo a acceder a los sustitutivos penales. En ese sentido, la STS 21-diciembre-1998 (A 9801) niega el carácter de reparación voluntaria a la fianza requerida judicialmente para garantizar las responsabilidades civiles derivadas de la causa, que realiza el autor del hecho. Por otro lado, no siempre existen los recursos para crear oficinas que favorezcan la conciliación, ni el proceso de conciliación o mediación, que es un proceso, es decir, una sucesión de etapas o fases, como propone la doctrina con base en la experiencia de los proyectos piloto (vd., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 159 ss.). Así, todo termina reduciéndose a una vista en la que termina ocurriendo lo siguiente: para descongestionar el sistema penal, para «sacar un caso de la estadística», el autor manifiesta un simple «me disculpo, no volveré a hacer, soy una persona de escasos recursos económicos, solo puedo contribuir con cierta cantidad de dinero» y si la víctima no acepta las disculpas no es relevante, pues de todas formas se va a acceder a los sustitutivos. Acerca de la desprotección indemnizatoria de las víctimas del delito, por la «casi automática declaración de insolvencia de los penados», cfr., DE VICENTE, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 199. Sobre la aplicación la aplicación de la atenuación especial y la renuncia a la pena en el Derecho penal alemán en el que no es necesario el consentimiento de la víctima, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 146-147. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 21.5ª y 21.6ª del CP 1995, cuando se pretende aplicar el efecto atenuatorio únicamente a través de la petición de perdón a la víctima hecha durante el juicio. Así, y en ese sentido STS 29-julio-1998 (A 5855), fundamento vigesimosexto.

⁴⁹⁵ El Proyecto Alternativo de la Reparación, contempla en el § 2.2, limitaciones a las prestaciones de reparación, en ese sentido se indica: «*las prestaciones de reparación no deben gravar ni al lesionado ni al autor de forma desproporcionada o inexigible*». Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 73 ss. Para TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 145, resulta obvio que a reparación no puede convertirse en un instrumento de nueva victimización.

Considero importante destacar que el principio de proporcionalidad debe ponderarse en su doble aspecto tanto en el sentido amplio de prohibición de exceso, (es decir, determinando si las medidas reparadoras adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción), como en su sentido restringido de adecuación de medio a fin, entre las prestaciones reparadoras que nacen a partir de la conciliación víctima delincente, y el fin de protección de bienes jurídicos.

C) Un aspecto que se ha discutido en la doctrina alemana desde los años cincuenta es la determinación de los presupuestos y el límite máximo de la prestación reparadora, lo cual está íntimamente ligado con el principio de proporcionalidad y de culpabilidad.

Para un sector doctrinal la prestación máxima, se determina conforme a las pautas jurídico civiles, es decir, conforme a la determinación de los daños materiales e inmateriales.⁴⁹⁶

Sin embargo, otro sector doctrinal señala que lo exigible desde el punto de vista penal, no tendrá necesariamente que agotar la determinación civil de los daños, pues desde la perspectiva de la reparación penal, se valora el esfuerzo por reparar, la reparación simbólica, y en todo caso siempre subsiste la

⁴⁹⁶ En la doctrina alemana, vd., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), De los delitos y las víctimas, 1992, 61. Para PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 262, es posible identificar en la doctrina alemana tres grupos de autores que, aunque aceptan la reparación del daño, no la desvinculan totalmente de las reglas civiles. Éstos serían: a) la reparación entendida como sanción principal, impuesta coactivamente en el proceso penal, que consiste en el resarcimiento material del daño, serían exponentes de esta postura, SESSAR, MÜLLER-DIETZ, JUNG; b) la reparación como sanción autónoma impuesta en forma coactiva pero vinculada a las exigencias penales en el fundamento, contenido y límites de la prestación reparadora, (FREHSEE); c) la reparación como «tercera vía», realizada en forma voluntaria que puede consistir en el resarcimiento civil del daño, pero que no se agota sólo en esto, ya que admite formas de reparación simbólica a favor de la víctima o la sociedad (ROXIN, SCHÖCH, RÖSSNER). Acerca de la discusión doctrinal respecto de la vinculación del Juez alemán en la suspensión del proceso a prueba a la regulación civil de los daños, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 149.

posibilidad de reivindicar el resto de daños en la vía civil.⁴⁹⁷ Aunque esto último encierra ciertas dificultades, fundamentalmente cuando la reparación integral del daño se entiende erróneamente como la compensación exclusiva del daño material y los daños inmateriales son invisibilizados. En este supuesto el saldo o remanente de los daños inmateriales es prácticamente irrecuperable.

El esfuerzo reparatorio se valora en una forma diferente, observándose un cierto desligamen respecto del concreto contenido material, afirmándose que la reparación del daño exige algo más que el resarcimiento civil, pero no tanto como éste.⁴⁹⁸ En la línea anterior, algunos autores reconocen que la reparación del daño, va más lejos que la simple compensación del daño material e inmaterial, y señalan la existencia de un *plus* de contenido sancionatorio.⁴⁹⁹

También la reparación del daño desde el punto de vista del Derecho penal puede imponerse en casos de ausencia de daño, es decir, aunque no existiera obligación civil, o si la víctima no es concreta.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ La reparación supone una compensación de las consecuencias jurídicas del hecho con el fin de restituir la paz jurídica, siendo tan apropiadas las prestaciones monetarias, así como los regalos, disculpas, encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. Cfr., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992,12; HUBER, ADPCP 1994, 170-171; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43, 67. El Tribunal Supremo en STS 6-octubre-1998 (A6975) reconoce a la reparación simbólica los efectos atenuantes del art. 21.5.^a

⁴⁹⁸ Cfr., ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 234-235, dentro de la postura de la justicia restaurativa resalta, la conjugación de elementos de reconocimiento del daño y de expresión del remordimiento; FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 66; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 198.

⁴⁹⁹ Así, y en ese sentido, SCHÖCH, cit. por TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 126; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 353, el mismo, PJ n.º 45, 1997, 197. Críticamente, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 185, señala que entonces, la reparación del daño en nada se diferenciaría de la pena pecuniaria.

⁵⁰⁰ Sobre ello, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), De los delitos y las víctimas, 1992, 61; HUBER, ADPCP 1994, 170-171; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 197-198; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 114, 224-225, n. 776, 228-229, 232.

Las críticas sobre posibles vulneraciones al principio de proporcionalidad no se han hecho esperar,⁵⁰¹ pues resulta difícil compatibilizar las necesidades de resarcimiento de la víctima y el fundamento y los fines de la pena.

Efectivamente pueden apreciarse vulneraciones al principio de proporcionalidad en las siguientes constelaciones de casos, por ejemplo cuando hay ausencia de daño; en casos, en que la víctima no es concreta porque se ha violado un bien jurídico de titularidad difusa,⁵⁰² en los delitos de peligro o en algunas tentativas. En otros supuestos nos encontramos que los hechos pueden diferir en cuanto la culpabilidad por imprudencia o dolo y la reparación puede ser igual; o casos, en que resulte imposible imputar objetivamente el resultado producido, pero exista un daño material y, en consecuencia obligación de reparar ese daño, aún sin necesidad de pena.

También casos de bagatela, en los que la reparación del daño podría exigir mucho del autor del delito, lo cual ha sido criticado especialmente en el Derecho penal juvenil, a la vista de supuestos en los que no se intervendría, la aplicación de la reparación del daño es una sanción adicional, ampliándose las redes del control.⁵⁰³

⁵⁰¹ Vd., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 43; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 80.

⁵⁰² Ejemplos de esta desproporción en delitos medio ambientales y de narcotráfico, vd., QUERALT, *ADPCP* 1996,144. Sobre la reparación del daño en delitos ecológicos en los Estados Unidos, en los que además de la reparación del daño se puede imponer el pago de una suma de dinero claramente disuasoria, además de proyectos de en beneficio del medio ambiente. Vd., LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 191.

⁵⁰³ FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995, 68, señala como en uno de los mayores proyectos piloto del ámbito del Derecho penal juvenil, en el 40% de los casos se impuso una sanción adicional. Lo cual ha sido observado como «*la suma de un paquete de sanciones*». En igual sentido sobre la ampliación de la red penal, vd., LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 20.

Frente a estos casos unos autores proponen fijar un mínimo y un máximo que permita al Juez oscilar entre las cantidades de reparación para cada uno de los delitos.⁵⁰⁴ Lo que en mi opinión sería trasladar los límites temporales de las penas, pero desde el punto de vista cuantitativo y limitaría la reparación a un aspecto solamente pecuniario. Se aumentaría la discriminación económica y no existiría prácticamente diferencia entre reparación del daño y pena de multa.⁵⁰⁵

D) Otra cuestión relevante que se ha discutido en la doctrina y Jurisprudencia alemana, y que es *mutatis mutandis* trasladable a la discusión doctrinal de otros ordenamientos jurídicos, es si los aspectos que se han valorado en la determinación de la pena en sentido estricto (como es el caso del comportamiento postdelictivo positivo) inciden o no en la entrada en juego de los sustitutivos penales, es decir en la determinación de la pena en sentido amplio (que es donde se decide la aplicación de los sustitutivos).⁵⁰⁶

La discusión se plantea, en primer lugar, por la redacción que tiene el § 46 StGB en cuyo párrafo primero señala que la culpabilidad es el fundamento de la pena y la referencia expresa en el párrafo segundo, como circunstancia a tomar en consideración en la determinación de la pena, «*los esfuerzos por reparar el daño, así como el empeño del autor por llegar a una conciliación con el*

⁵⁰⁴ Vd., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 80.

⁵⁰⁵ En igual sentido, LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 178.

⁵⁰⁶ El problema sobre la relevancia del comportamiento postdelictivo se bifurca en la doctrina alemana en dos direcciones, que corresponden a dos teorías la teoría del valor funcional «*Stellenwerttheorie*» y la teoría del espacio de juego «*Spielraumtheorie*». Para la primera, solo si el comportamiento postdelictivo positivo afecta al contenido de injusto y culpabilidad podrá integrar la determinación de la pena en sentido estricto. Si solo puede valorarse desde el punto de vista preventivo, porque no tiene que ver con el injusto ni la culpabilidad, solo cabe valorarla en la determinación de la pena en sentido amplio. Para la segunda teoría (del espacio de juego) y para la doctrina dominante es relevante para la determinación de la pena en sentido estricto y en sentido amplio.

ofendido». ⁵⁰⁷ En segundo lugar, porque en el año 1994, se incorporó el §46^a al StGB, ⁵⁰⁸ que posibilita la atenuación facultativa de la pena o la renuncia a la misma, en los casos en que no superen una determinada gravedad, el legislador optó por considerar la reparación del daño como un instrumento político criminal con efectos determinados sobre el sistema de consecuencias jurídicas. En este caso la reparación como sustitutivo penal en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la amonestación con reserva de pena. ⁵⁰⁹

La legislación alemana reconoce que la reparación del daño tiene un papel destacado en la determinación de la pena. ⁵¹⁰ Se trata de un factor que el Juez debe considerar como manifestación de una menor necesidad de pena del autor desde el punto de vista de la prevención especial.

La doctrina expone diferentes soluciones sobre el fundamento y la situación sistemática del comportamiento postdelictivo positivo

⁵⁰⁷ DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 189, destaca que la ponderación de los factores descritos en el §46 no constituye un *numerus-clausus* y puede ser ambivalente en sentido negativo o positivo.

⁵⁰⁸ «§46.ª Conciliación víctima-autor, reparación del daño. El tribunal podrá atenuar la pena conforme al § 49 pfo.1.º, cuando se haya incurrido en una pena privativa de libertad que no exceda de un año o en una pena de multa de hasta 360 cuotas diarias, renunciar a la pena, si el autor

1. En el esfuerzo por llegar a un arreglo con el ofendido (conciliación víctima-autor) hubiera reparado el hecho completamente o una gran parte, o hubiera pretendido seriamente su reparación, o
2. En un caso en el que la reparación del daño hubiera exigido de él importantes prestaciones personales o sacrificio personal, hubiera indemnizado a la víctima completamente o en una gran parte».

En la reforma también se modificaron los §§ 56, 56 b y 59 a StGB.

⁵⁰⁹ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 184; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 144, 151.

⁵¹⁰ Por todos, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 143 ss.

que van desde las razones de justicia material hasta razones de política criminal.⁵¹¹

LUZÓN PEÑA⁵¹² desde hace bastante tiempo consideró que la reparación del daño no disminuye el injusto ni la culpabilidad y refiriéndose a la atenuante de arrepentimiento espontáneo se decantó por considerar que la actuación posterior positiva indicaba la menor necesidad de prevención especial del autor.⁵¹³

Para MIR PUIG,⁵¹⁴ la categoría dogmática de «la punibilidad» permite acoger éstos datos porque se refiere a aquellos factores politico-criminales de la pena que no afectan ni al injusto ni a la culpabilidad (imputación personal).⁵¹⁵

Otros autores, consideran que el comportamiento postdelictivo afecta al contenido del injusto y la culpabilidad, con lo

⁵¹¹ Cfr., sobre la posición de diferentes autores, DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 162; MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 605, n. 19.

⁵¹² Vd., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 83. Refiriéndose a la reparación del daño, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), *De los delitos y las víctimas*, 1992, 73-74, señala que no puede confundirse la voluntariedad de la reparación del daño con el concepto de voluntad de la teoría del desistimiento, según el cual el autor, libre de la influencia de la persecución penal en su contra se decide a desistir por sí mismo.

⁵¹³ En igual sentido, DE VICENTE REMESAL, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 203; CEREZO MIR, *DP PG (Lecciones 26-40)*, 2000, 143. Así, y en ese sentido, STS 19-junio-1997 (A 5241), que al efecto admite la atenuante de arrepentimiento espontáneo cuando el autor asume las consecuencias de su actuar antijurídico y regresa al acatamiento del Derecho, así como colabora en la reparación del daño causado. En igual sentido, STS 15-abril-1997 (A 2823), fundamento octavo.

⁵¹⁴ Cfr., MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 605 nm. 41. OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación*, 1998, 206 ss., distingue al menos cuatro posturas doctrinales, más la propia, sobre el valor que cabe reconocer a las circunstancias atenuantes en la sistemática penal.

⁵¹⁵ Crítico de la ubicación del comportamiento postdelictivo positivo en la punibilidad vd., DE VICENTE REMESAL, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 203.

cual la valoración es anterior a la decisión de la magnitud de pena.⁵¹⁶

Sin embargo, como señala DE VICENTE,⁵¹⁷ ni en la doctrina alemana ni en la española existe una explicación uniforme sobre el fundamento y la situación sistemática del comportamiento postdelictivo positivo, así, hay quienes lo vinculan al injusto, a la culpabilidad o a las necesidades preventivas.⁵¹⁸

La rectificación postdelictiva se ubica entre «*otros presupuestos de la pena, distintos del delito*», pues al ser posterior al delito no pertenece ni forma parte de él. La consideración del comportamiento posterior delictivo es posible -para DE VICENTE-, en la medida que corresponda a consideraciones preventivas y es relevante tanto para la medición de la pena en sentido estricto como en sentido amplio.⁵¹⁹

Considerando que el comportamiento postdelictivo positivo, es precisamente una conducta que el autor realiza externamente y con determinados efectos, existen claras consecuencias preventivo-

⁵¹⁶ Vd., DE VICENTE, Comportamiento postdelictivo, 1985, 137, 199 ss. El Tribunal Supremo se decanta por esta tesis, y considera en la STS 19-febrero-2001 (A 368) que la colaboración en forma activa del autor «*cooperación eficiente y eficaz*», le hace merecedor de un menor reproche penal. Para el Tribunal Supremo la contribución brindada para la detención del resto de los co-autores se enlaza a una forma de reparación simbólica.

⁵¹⁷ Cfr., DE VICENTE, Comportamiento postdelictivo, 1985, 181, 190-191, 214; el mismo, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 202 ss.

⁵¹⁸ El comportamiento postdelictivo puede adoptar distintas modalidades, puede ser positivo o negativo. La valoración del comportamiento postdelictivo negativo, considerado en forma aislada, no debe dar lugar a la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena de privación de libertad, aunque puede influir en el juicio de prognosis del autor y sobre la necesidad de pena del mismo. Vd., en ese sentido, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 259.

⁵¹⁹ Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 204; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 555. Para OBREGÓN GARCÍA, La atenuación, 1998, 208 ss., la función estaría reservada para la determinación de la pena en sentido amplio, siguiendo en parte la teoría del valor funcional o *Stellenwerttheorie*, aspecto que no es compartido por DE VICENTE.

generales, pues la conducta puede servir de modelo frente a quienes ya hayan delinquido, produciendo una valoración de colectividad menos agresiva frente a la conducta delictiva.

Sentado entonces, que el comportamiento postdelictivo positivo es posible valorarlo tanto en la medición de la pena en sentido estricto como en la medición de la pena en sentido amplio, y que ello obedece a una valoración preventiva y de necesidad de pena,⁵²⁰ podemos afirmar, como puso de manifiesto LUZÓN PEÑA,⁵²¹ que la proporcionalidad con la gravedad del hecho constituye el límite máximo de la cuantía de la pena y de ahí para abajo por motivos de prevención especial, puede rebasarse «el espacio de juego» que fija la proporcionalidad con la gravedad del injusto y la normal o menor culpabilidad del autor.

Según una opinión muy extendida el comportamiento postdelictivo positivo que significa la reparación del daño debe considerarse en la determinación de la pena como una reducción

⁵²⁰ Para LUZÓN PENA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): *Causas de justificación*, 1995, 204 ss. La necesidad de pena y el merecimiento de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y exclusión de todos los elementos del delito. El Derecho penal se basa en el principio de protección de bienes jurídicos y la vigencia del ordenamiento jurídico frente a ataques gravemente reprobables, así como en los principios de subsidiaridad, necesidad y efectividad. Esto significa que las mismas han de ser interpretadas de forma tal que solo se considere punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece tanto en general, como en el caso concreto merecida, proporcionada y necesaria. Por otra parte, las consideraciones del merecimiento de pena y de necesidad de pena conducen a resultados distintos, lo que puede ser utilizado para realizar restricciones recíprocas. En unos casos, siendo el hecho en sí mismo merecedor de pena, no obstante, en virtud de las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho la pena sea innecesaria o inadecuada: limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena. O al contrario que una pena aparezca como totalmente necesaria en atención a la situación del autor, pero que este vedada debido a su desproporción con la gravedad del hecho: limitación de la necesidad de pena por el merecimiento de pena. Estos conceptos deben delimitarse por cuanto en este caso se está determinando la necesidad de la pena desde la prevención especial y el merecimiento y la necesidad desde la perspectiva de prevención general.

⁵²¹ Vd., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 81, 83-84.

de la necesidad preventivo-especial de la pena.⁵²² El autor que ha realizado una conducta que rectifica y repara el daño se ve beneficiado con consecuencias o efectos expresamente considerados en la ley, tanto de atenuación (artículo 21. 5.ª CP 1995), como en la aplicación de la sustitución de pena dentro de los límites legales de concesión del sustitutivo (art. 88 CP 1995).⁵²³

E) La doctrina enfatiza y reconoce desde la óptica del esfuerzo reparador con consecuencias en la valoración preventivo-especial la voluntariedad y espontaneidad de la reparación del daño en la aplicación de los sustitutivos penales. Una reparación impuesta coactivamente poco o ningún aporte puede significar a la prevención especial,⁵²⁴ puesto que la meta es llevar al autor a un actuar social activo. Una condena a la prestación reparatoria convertiría al autor en objeto y no habría ninguna razón para lograr por ello beneficios que tampoco obtendría con la condena en un

⁵²² El comportamiento postdelictivo positivo puede adoptar diversas formas: arrepentimiento activo, reparación efectiva o el esfuerzo por reparar el daño. En la determinación de la pena puede conducir a atenuaciones muy relevantes cuando por ejemplo, es muy cualificada, o concurre con otras atenuantes, hasta incluso cuando concurre con agravantes. Sobre ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 187; DÍAZ, La reparación, 1995, 15; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 205; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 67; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 452; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 141, 407; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 142, 144; DE VICENTE, voz «Rectificación postdelictiva: reparación y confesión», EPB, 2002, 1090; LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620 ss. El Tribunal Supremo sigue la línea de pensamiento anterior, reconociendo en la reparación del daño una menor necesidad de pena fundamentada en razones de prevención especial. Así, y en ese sentido, STS 17-octubre-1998 (A 8087), resolución en la que se reconoce que la devolución del dinero en un monto superior a la cantidad sustraída, demuestra que el recurrente realizó todos los actos que son presupuesto de la atenuante contemplada por el artículo 21.5 CP 1995. Así, y en ese sentido vd., STS 26-abril-1999 (A 3215) STS 30-junio-2003 (A6328).

⁵²³ Así, y en ese sentido STS 19-junio-1997 (A 5241). TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 187, considera la aplicación de una atenuación si ha habido reparación satisfactoria de los daños causados, no así la sustitución de la pena por el resarcimiento.

⁵²⁴ Sobre ello, cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 241.

proceso civil separado.⁵²⁵ Para los autores del AE-WGM, lo único que se requiere es una voluntariedad del autor, la cual puede ser llevada cabo bajo la presión del procedimiento penal.⁵²⁶

HIRSCH,⁵²⁷ se muestra crítico de esta voluntariedad, señalando que es relativa, y se reduce al cumplimiento de la reparación del daño o al riesgo de asumir el proceso penal con todas sus consecuencias jurídicas y procesales penales.⁵²⁸

El aspecto que más destaca es que este comportamiento postdelictivo positivo no necesariamente tiene que alcanzar la totalidad de la reparación del daño, pues en algunos casos solo se valora el esfuerzo reparador, lo que algunos autores enlazan a la satisfacción de los fines penales. Así, para PÉREZ SANZBERRO, *«la valoración positiva de los esfuerzos por reparar o los esfuerzos para llegar a un arreglo con la víctima por parte del sujeto responsable (...) implica el reconocimiento de su contribución a la satisfacción de los fines penales, de tal manera que éstos no se reducen a los objetivos generales de prevención de conductas*

⁵²⁵ Cfr., ROXIN, en: Seminario -Germánico, 1992, 15.

⁵²⁶ Cfr., por todos, AA.VV.: AE-WGM, 1998, 47; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 179. Observando el perdón del ofendido como una consecuencia de haber obtenido la víctima una satisfacción, vd., QUERALT, ADPCP 1996, 138. Estableciendo diferencias entre la reparación del daño y el perdón del delito, fundamentalmente basándose en la ausencia de motivación ética de la reparación del daño, cfr., ECHANO BASALDÚA, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 182.

⁵²⁷ Cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 73-74.

⁵²⁸ Vd., en igual sentido, CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 81. Desde el punto de vista de la víctima también se observan riesgos acerca de la voluntariedad, vd., en ese sentido, HERRERA MORENO, La hora, 1996, 253, el ofendido puede sufrir presiones del ofensor o de su entorno y muchas veces puede ser obligado a conciliar abriéndose la posibilidad del «mercadeo conciliatorio» o de la «venta de aceptaciones» generado a propósito del perdón del ofendido o del instituto de la conformidad. El Tribunal Supremo en STS 14-mayo-1998 (A 4420) ha rechazado la voluntariedad de la prestación reparatoria, en el supuesto de reparación del hecho, una vez descubierto el delito y ser requerido al efecto, por falta de espontaneidad y porque la restitución parcial que se había realizado se realizó únicamente con el objetivo de que el perjudicado no presentara la denuncia, pero no la finalidad de reparación del daño o de aminorar los efectos.

*lesivas para bienes jurídicos de especial trascendencia, sino que se acentúa la importancia de la pacificación concreta de la relación autor-víctima, aspecto que no está desconectado de aquellos objetivos».*⁵²⁹

Como más adelante analizaremos el esfuerzo por reparar el daño, y la reparación efectiva del daño son aspectos que deben valorarse por el juez en la determinación de la pena, pues desde el punto de vista preventivo especial debe reconocerse la actuación del delincuente que rectifica, que actúa en forma positiva, sin embargo, cosa distinta es que se acepte la pacificación concreta de la relación autor-víctima como un aspecto en conexión con el cumplimiento de los fines de la pena o que los satisfaga en forma directa.

En ese sentido, LUZÓN PEÑA,⁵³⁰ señala que el Código penal 1995, rechaza una orientación de la finalidad de la pena hacia la conciliación o acuerdo con la víctima, como forma de solución de los conflictos sociales, pues la ley penal no prevé la posibilidad de extinción, suspensión o sustitución de la pena por la conciliación ni por la reparación del daño.⁵³¹ A ésta última solo se le concede el carácter de circunstancia atenuante, art. 21.5.^a si la reparación se produce antes del juicio oral, o, de condición necesaria pero no suficiente para la condena condicional, art. 81.3.^a, y es uno de los aspectos a valorar por el juez para la sustitución de la pena, art. 88. 1.º.

⁵²⁹ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 142-143.

⁵³⁰ Vd., LUZÓN PEÑA, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 164.

⁵³¹ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 186, niega que la reparación a la víctima sea un principio informador del Derecho penal.

5. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA

Desde un inicio señalé con la doctrina más consolidada que el fundamento y límites de los sustitutivos penales son las exigencias de la prevención general y especial. Estas exigencias se plantean en los tres estadios o fases de la pena: conminación, imposición y ejecución. También, en la determinación de la pena se plantean relaciones entre la culpabilidad y los fines de la pena, según se otorgue a la primera un papel fundamentador, o limitador, o fundamentador y limitador de la segunda.

Desde la postura que mantengo, la intimidación general vinculada a los principios de estricta necesidad, eficacia y proporcionalidad marca unos límites más estrictos a la gravedad de las penas y permite la aplicación de los sustitutivos penales por razones de prevención especial, sin que se vea mermada su eficacia preventivo-general.⁵³²

De los principios de necesidad y eficacia de la intimidación general, también se deriva que no puede haber pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida. Si el sujeto no es culpable de cometer el hecho, la pena es innecesaria para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables, en el caso de disminución de la culpabilidad, disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general.

Lo que en mi opinión no es más que el reconocimiento de que el principio de proporcionalidad al igual que el de culpabilidad son inherentes a la retribución y a la intimidación o prevención general. Para la imposición de la pena, la culpabilidad es un fundamento y es un criterio limitador o mensurador. Si ésta se determina se

⁵³² Vd., LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 64, el mismo, voz «prevención general y especial y retribución», EJB III, 1995, 5066.

confirma que el sujeto merece la pena y necesita preventivamente la pena.

En todo caso, si se quiere que el sistema punitivo tenga una orientación racional, los principios político-criminales pueden y deben utilizarse como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente. De tal suerte que estos principios fundamentan y limitan la aplicación de los sustitutivos penales, además de toda la intervención penal pues derivan del fundamento político y constitucional (exigencia del Estado social y democrático de Derecho) y del fundamento funcional (la necesidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos a través de la prevención).

El Derecho penal, por mucho que exista terror a manifestarlo no es únicamente Derecho penal del hecho,⁵³³ (aunque el hecho marque el límite máximo de la responsabilidad penal) sino es también es Derecho penal del autor. De forma tal, que siempre la consecuencia jurídica tendrá de referirse al autor y considerar no sólo su personalidad, sino también otras circunstancias personales, que concreten, rebajen o incluso excluyan la pena, y por tanto, den lugar a la aplicación de un sustitutivo penal mediante el cual se suspenda o sustituya la pena por otra menos grave. Lo cual lejos de perjudicar al autor del hecho lo beneficia, pues se garantiza que siempre antes de sentar una responsabilidad penal se valore el hecho en todas sus dimensiones.⁵³⁴

Finalmente cabe señalar que los sustitutivos penales deben asegurar la realización de la prevención general y de la prevención especial, además de que no toda pena merecida es por tanto

⁵³³ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 212; DE VICENTE, voz «Rectificación postdelictiva: reparación y confesión», EPB, 2002, 1090.

⁵³⁴ Vd., DE VICENTE, voz «Rectificación postdelictiva: reparación y confesión», EPB, 2002, 1090.

necesaria. Debiendo compatibilizarse hasta donde sea posible las exigencias de la prevención general y especial y en caso de total incompatibilidad las exigencias de prevención especial están limitadas por la prevención general, pues se considera que ésta tiene una mayor trascendencia social.⁵³⁵

La reparación del daño, como comportamiento postdelictivo positivo debe considerarse en la determinación de la pena en sentido amplio, (también incide en la determinación en sentido estricto) que es donde se aplican los sustitutivos penales. El autor que ha realizado una conducta que rectifica y repara el daño se debe beneficiar con consecuencias o efectos expresamente considerados en la ley, tanto de atenuación, como en la aplicación de la suspensión y la sustitución de la pena o en el acortamiento de ésta (libertad condicional), dentro de los límites legales de concesión del sustitutivo.

⁵³⁵ Cfr., LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620.

PARTE II

CAPÍTULO I

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO: CUESTIONES
GENERALES****1. LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN
DEL DAÑO**

En el Derecho penal moderno la doctrina muestra una preocupación por brindar una adecuada reparación a quien sufre las consecuencias de un hecho criminal.¹ Si bien la reparación del daño, de acuerdo con la tradición legislativa, ocupaba un espacio en el Derecho Penal español, a través del reconocimiento de la responsabilidad civil derivada de delito o responsabilidad civil *ex delicto*, se suscitaban grandes críticas por su ubicación en el Código Penal,² y sobre la función político-criminal que cabe otorgarle.³

¹Para ANTÓN ONECA, DP, 1986, 648, el sistema penal y procesal español armoniza con la preocupación del criminalista moderno hacia la indemnización de las víctimas de los delitos.

² Sobre ello ampliamente, CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 806; RUIZ VADILLO, en: COBO (Director): Comentarios, 1985, 364-365; ANTÓN ONECA, DP, 1986, 662-663; PANTALEÓN PRIETO, JDem, n.º19, 1993, 6; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 1, 3; YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles, 1997, 32.

³ Sobre ello, cfr., CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 807; QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 590; GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 91; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 177; DÍAZ, La reparación, 1995, 11; BACIGALUPO, PJ n.º 43-44, 1996, 132; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 381; QUERALT, ADPCP 1996, 134; ZUBIRI, JDem, n.º25, 1996, 61; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 187; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 174; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 14-15; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 192; YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles, 1997, 22; GARCÍA/SOTO/DE LAMO/GUILLÉN, La responsabilidad civil, 1998, 9-10; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 452; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 72; GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 136; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, *passim*; ALASTUEY DOBÓN, La reparación,

En todo caso, la reparación desde la óptica político-criminal actual difiere de la mera indemnización de daños y perjuicios perteneciente al Derecho civil.⁴ A ésta se asocian los efectos de los fines de la pena: de integración, de resocialización y de pacificación.⁵ Acertadamente, SILVA SÁNCHEZ, señala que desde la óptica del Derecho penal *«la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma: más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial, esto lo accidental»*.⁶

Para la doctrina mayoritaria, la atención a la víctima de los delitos⁷ y, de forma particular, el interés por la reparación de los perjuicios que haya experimentado ésta, ha sido determinante para revitalizar la reparación del daño. Un claro ejemplo de ello es la plasmación legal en los tratados internacionales y el Derecho comunitario europeo,⁸ así como los ordenamientos penales de

2000, *pássim*; MIR PUIG, DP PG, 2002, 14 ss. § 26; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 676.

⁴ Así, y en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 184.

⁵ Cfr., en ese sentido, ROXIN, DP PG I, 1997, 109, n.m. 64; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 27.

⁶ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 189.

⁷ Vd., por todos, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 12.

⁸ En ese sentido, desde la perspectiva del Derecho sustantivo son fundamentales, la «Convención Europea para la reparación a las víctimas de los delitos violentos» de, 24 de noviembre de 1983; la Recomendación del Consejo de Europa R(85)11, de 28 de junio de 1985; la «Declaración de principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y el abuso del poder», de 29 de noviembre de 1985; Resolución 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas; la Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987; Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio); la Recomendación R (92) 17 sobre la coherencia en el pronunciamiento de la penas,

diversos países del entorno cultural,⁹ de la reparación del daño a la víctima.

Se refleja en la tutela jurídica la influencia de ciertos modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima,¹⁰ a la vez que muestran que en la reparación de las víctimas de los delitos se involucra un interés privado de restitución de los daños, pero fundamentalmente el interés es social.¹¹ Generándose en este momento profusas reflexiones doctrinales desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo y procesal.¹²

principio nº 6. De estas normas se deriva en general, el derecho de las víctimas de los delitos de obtener la restitución, que contempla la devolución o el pago del daño o perjuicio, de los gastos que pasados y futuros y la restauración de sus derechos. Asimismo se facilita a las víctimas para que accedan a la justicia, mediante procedimientos simplificados, y la creación de fondos nacionales de compensación a las víctimas. Desde la óptica del procedimiento penal cabe destacar la Resolución (75) 11 relativa a los criterios que se han de seguir en el procedimiento en ausencia del inculpado, y la Recomendación R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, «Sobre la simplificación de la justicia penal», todas ellas relacionadas con la compensación a las víctimas de los delitos. En cuanto a la justicia reparadora y el derecho de las víctimas a obtener una indemnización, la Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas «Sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal»; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos de la Unión Europea -normas y medidas, de 14 de julio de 1999.

⁹ Sobre ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 11-12; BACIGALUPO, PJ n.º 43-44, 1996, 127 ss.; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 184-187; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 60, 83; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 201 ss.; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 70.

¹⁰ Fundamentales sobre la influencia de los modelos teóricos, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 182; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 187; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 6.

¹¹ Así, y en ese sentido, MADLENER, en: Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA, 1989, 16; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 10.

¹² Vd., entre otros, DÜNKEL, PAPERS n.º 8, 1992, 71 y ss.; HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), De los delitos y las víctimas, 1992, *pásssím*; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 174.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de los movimientos internacionales a favor de la reparación del daño a la víctima del delito, ha señalado la necesidad de adopción de medidas tendentes a obtener una rápida reparación a las víctimas y a evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos sentencias que concedan indemnizaciones a los perjudicados. En ese sentido, STC 84/1992 de, 28 de mayo; STC 5/1993 de, 14 de enero. En idénticos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en STS 26-abril-1999 (A 3215), al señalar que la reparación del daño es consecuente con una política criminal orientada a la protección de la víctima.

Las ideas de la reparación del daño se muestran sugerentes y cautivantes, y es que, como indicara DÜNKEL, aludiendo a la justificación sociológica de la reparación del daño, a estas alturas del desarrollo humano, *«¿A quien le gusta presentarse como contrario a la paz o a la resolución pacificadora de los conflictos y por ello, de inmediato, como supuesto defensor de una orientación represiva de la pena?»*.¹³

En consonancia con la tesis anterior, para GARCÍA-PABLOS¹⁴ la reparación del daño y la conciliación cuentan con una poderosa *«vis atractiva»*. Una vez superado el ideal resocializador, las ideas de la reparación del daño son tan llamativas que encuentran legitimación en distintas corrientes político-criminales, pues representan la llegada de aires nuevos, con grandes dosis de positivismo y optimismo frente a las tesis que propugnan el lema *«nada funciona»*.

¹³ Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 115.

¹⁴ Vd., GARCÍA-PABLOS, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 148.

Las propuestas de la reparación del daño son «activas», «incluyentes», «comunicativas», «participativas»,¹⁵ se trata de una justicia más cercana en la que se fomenta una actitud de responsabilidad activa,¹⁶ cuyas consecuencias desde el punto de vista cualitativo son más acabadas y exigentes que el sistema de respuesta penal actual.

La reparación del daño se sustenta en la idea de responsabilidad que se caracteriza por su carácter dinámico y por una actitud de diálogo en que autor y víctima, quienes deciden sobre las propias consecuencias jurídico-penales. Resaltándose el comportamiento postdelictivo orientado a la reparación del daño o a la superación de las consecuencias del hecho ilícito.¹⁷

Sin embargo, como señala VARONA MARTÍNEZ,¹⁸ deben procurarse unas garantías mínimas para aminorar los desequilibrios de las partes más débiles¹⁹, pues de lo contrario éstas optarán por

¹⁵ Así, y en ese sentido, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 446.

¹⁶ Cfr., GARCÍA-PABLOS, CDJ, XV,1996, 280; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 113, 446. Sobre la diferencia entre responsabilidad pasiva y activa, es decir, entre soportar y reaccionar, cfr., PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 479 ss. La responsabilidad pasiva «*tienen que ver con el juicio de imputación subjetiva (...) con las condiciones de exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. El sujeto en condiciones de responder penalmente ha de «soportar», bajo la acción legal e institucional, el necesario padecimiento de la pena. La responsabilidad activa, supone en cambio «asumir la responsabilidad en la reparación del daño y especialmente en la restauración de las relaciones».* La responsabilidad activa y pasiva tienen como punto de encuentro la existencia de un marco normativo en el que se define quien es responsable y quien es víctima de un hecho lesivo, lo cual sirve de garantía frente a intervenciones arbitrarias y abusivas. Esto fundamentalmente porque se acude al Derecho penal para establecer la plataforma de referencia. Así, y en ese sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 97.

¹⁷ Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997,196, 201.

¹⁸ Cfr., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 446.

¹⁹ Refiriéndose a los desequilibrios de fuerzas, los cuales pueden ser: emocionales, económicos o sociales y como la mediación puede contribuir a acentuarlos cfr., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 76, especialmente n. 70.

el proceso formal que asegure sus derechos,²⁰ o bien, por el recurso a la justicia de propia mano.

1.1. BREVE RESEÑA SOBRE LOS ORÍGENES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Evitaremos un análisis histórico remoto a los orígenes de la reparación del daño, pues de esto se ha ocupado la doctrina con bastante amplitud.²¹ Nos centraremos en la historia reciente, en la que se observa un retorno al principio de la autonomía de la voluntad individual como un aspecto nuclear en el Derecho Penal, que afectará la regulación de las consecuencias jurídicas del delito en las sociedades modernas.

El punto de arranque de las ideas de reparación del daño, en el marco del concepto del Derecho penal, como Derecho público, son las ideas de la Escuela positiva italiana en la que se aboga por incluir la reparación dentro del sistema penal. Tanto GARÓFALO, como FERRI (representantes de la escuela positivista italiana s.XIX) realizaron planteamientos en los que ante un hecho con rasgos antisociales, la reparación llega a configurarse como una de las

²⁰ En igual sentido, GIMÉNEZ SALINAS, CDJ, XV, 1996, 66.

²¹ En el antiguo Derecho no existía notoria diferencia entre la pena y la reparación de los daños del delito. Sin embargo se encuentran antecedentes en algunos pueblos germánicos, en las que existe la reparación en los clanes o estirpes familiares. También en los sistemas punitivos medievales se observa la reparación como una forma de sanción penal. Con amplias referencias sobre el desarrollo histórico de la institución cfr., entre otros, GARÓFALO, *Indemnización*, 2002, 8; BARNETT, *ETHICS* (87), 1977, 286, especialmente, n. 20; CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 808; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 105 y 106. Para otras referencias bibliográficas sobre la evolución histórica, vd., por todos, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 9, n. 9. Sobre la evolución de la reparación del daño en el Derecho indígena, cfr., AA.VV, *Entre la ley*, 1990, *pássim*.; SÁNCHEZ/HOUED/CHIRINO, RCP n° 9, 1994, 57; ISSA EL KHOURY, *A la armonía*, 1995, 9 ss.; NEUMAN, *Mediación*, 1997, 1-2, 123; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 58, 390 ss.



formas de reacción de la sociedad, como una modalidad de sanción pecuniaria.

FERRI contaba la reparación como uno de los medios de que disponía a Estado para reaccionar contra la criminalidad, bien directamente a través de una indemnización pública, o bien, obligando al autor a resarcir de los daños causados a cargo de su patrimonio, la cual se configuraba como un deber de Derecho público, que el autor podía cumplir en forma de multa o de indemnización. La naturaleza sancionatoria de la obligación de reparar se deducía de la cuantía de la obligación, la cual debía ser el doble o más del daño ocasionado. En su opinión, la seriedad de la reparación del daño alcanzaba tal magnitud que, incluso llegó a tildar de inmoral la equiparación del deber de resarcir los perjuicios del delito con la obligación derivada del incumplimiento contractual.²²

Por su parte, GAROFALO proponía que en los delitos leves contra las personas podía sustituirse las penas cortas de prisión por una eficaz reparación. Consideraba la reparación de los daños como un verdadero sustitutivo penal, cuando de esta obligación el acusado no pueda sustraerse de modo alguno. En el «*sistema racional de penalidad*», además de la pena de muerte y de la pena privativa de libertad, existía la reparación del daño como pena autónoma, que podía ser hecha efectiva mediante indemnización directa al perjudicado o bien en forma de pago al Estado (multa), con posibilidad también de una prestación laboral. La indemnización a la parte perjudicada puede «*servir para la prevención de los delitos mejor que cualquier castigo*» y en consecuencia, consideraba que en muchos casos, «*será el*

²² Cfr., FERRI, Sociología TII, 1908, 161 ss.

*sucedáneo de la pena congruente con la civilización de la época y con los principios de nuestra doctrina».*²³

Algunas de las ideas de los positivistas italianos cristalizaron en normas en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos, tales como el Código de Defensa Social cubano de 1936, y el Código Penal para el Distrito Federal de 1931 (México). Ambos cuerpos legales contemplan la obligación de reparar el daño como una sanción penal, con carácter de pena pública, en la que la intervención de las partes, por medio de acuerdos, negociaciones o conciliaciones entre el autor y víctima no es permitida.²⁴

En la trayectoria histórica de la reparación del daño, como he señalado, nos encontramos en un momento de especial pujanza. Podría decirse que es a partir de la segunda mitad del siglo XX, donde cuando se produce un resurgimiento del movimiento a favor de la reparación,²⁵ mostrándose en la actualidad una especial revitalización.

Algunos de los antecedentes de la reparación del daño se sitúan a partir de las experiencias de la mediación en los Estados Unidos y Canadá, en los años 70, los proyectos de la conciliación del entorno europeo, y las experiencias del Derecho penal juvenil, que inciden directamente en la reflexión actual acerca de la reparación del daño. Son múltiples los aportes de estas experiencias en la configuración del sistema de sanciones penales,

²³ Vd., GARÓFALO, *Indemnización*, 2002, 84 ss., 102. Sobre ello, CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 799; KILLIAS, en: KAISER/ALBRECHT (Editors): *Crime*, 1990, 257.

²⁴ Ampliamente, vd., MADLENER, en: *Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA*, 1989, 16.

²⁵ Algún autor califica al movimiento como un «renacimiento del movimiento de reparación», Así y en ese sentido, cfr., FREHSEE, *IURIS*, n.º 4, 1995, 59; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 9.

los cuestionamientos acerca del propio Derecho penal, y las fronteras respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico.²⁶

Desde el punto de vista dogmático, las discusiones doctrinales, realizadas en el año de 1973, en el coloquio preparatorio del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, para la sección del III, del XI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, marcan el inicio del auge de la reparación del daño en la ciencia penal. En dicho seno se discutieron informes sobre el Derecho iberoamericano presentados por los representantes de Brasil y México, que introducían el tema de la indemnización a las víctimas de la infracción penal y la reparación del daño.²⁷

En 1984, en el 55.º Congreso alemán de juristas (55. *Deutscher Juristentag*), el más importante congreso de juristas en el ámbito nacional alemán, se discutió el tema de la reparación del daño causado por el delito a la víctima, a partir de una ponencia presentada por Peter Rieß.²⁸ Concluyéndose en el Congreso que la reparación tiene, desde la óptica jurídico-penal, una significación propia que va más allá de la pretensión civil de resarcimiento de daños y perjuicios.²⁹

Otro antecedente que merece destacarse es la presentación de la ponencia de ROXIN; «*Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*» («La reparación en el sistema de los fines de la

²⁶ Sobre ello, RICO, *Las sanciones penales*, 1979, 139 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 333.

²⁷ Vd., MADLENER, en: *Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA*, 1989, 15.

²⁸ Cfr., MADLENER, en: *Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA*, 1989, 15. La ponencia se denominaba «*Die Rechtsstellung des Verletzten in Strafverfahren*», 1984.

²⁹ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 64.

pena»),³⁰ en el Simposio celebrado en septiembre de 1985, con motivo del 80 cumpleaños de Friedrich SCHAFFSTEIN. En esta obra ROXIN, tras preguntarse sobre el significado de la reparación en los fines de la pena, diserta sobre la función de la reparación del daño como forma de reacción al delito que satisface las necesidades de prevención general y especial. Concluye señalando que, desde el punto de vista político-criminal, debe entenderse la reparación como una respuesta orientada a la conciliación víctima-autor.

Un paso decidido se dio en el coloquio internacional celebrado en marzo de 1989 en el Instituto Max Planck denominado «Nuevas vías de la reparación en Derecho penal», en el que desde la perspectiva del Derecho comparado se analiza la reparación del daño.³¹

Pero sin duda alguna sería el 59.º Congreso alemán de Juristas (59. *Deutscher Juristentag*), en 1992, en el que se discutió la propuesta de regulación de la reparación del daño elaborada por el Grupo de Trabajo Proyecto Alternativo, denominada «Proyecto Alternativo sobre la Reparación» que consolidaría la introducción de la reparación del daño en la dogmática penal. Esta propuesta constituye la más estructurada construcción jurídica de incorporación de la reparación voluntaria en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito.³²

³⁰ Publicada en: SCHÖCH, Heinz (Editor), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, Ed. W. Fink, 1987, 37-55. La versión en castellano que he utilizado, cfr., ROXIN, en: MAIER(Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 129 ss.

³¹ Vd., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 65.

³² Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, *pássim*. Sobre ello, HUBER, ADPCP 1994, 176; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 131, 165; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 65, 268 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 76.

Volviendo a lo reciente merecen especial atención las experiencias Derecho penal iberoamericano,³³ en la que son pioneros Colombia, Costa Rica, El Salvador, Venezuela y Brasil. Los ordenamientos jurídicos de estos países, siguiendo la línea del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, adoptaron formas de reparación del daño y conciliación, en algunos casos, como el de Costa Rica, adoptando la forma procesal de mecanismo directo de extinción de la acción penal pública.³⁴

1.1.1. Los proyectos de conciliación víctima-autor

A) Las primeras experiencias sobre reparación del daño y conciliación víctima-delincuente, surgieron en 1974-1975 en Kitchener/Ontario (Canadá)³⁵ y en Eikhart/Indiana (1978)³⁶, apoyados en las experiencias de *diversion* que mostraban una gran capacidad para innovar respuestas penales. Los proyectos se desarrollaron con el concurso de personal voluntario, que fue entrenado especialmente para favorecer el contacto entre víctimas y delincuentes. Estos proyectos se vincularon filosóficamente con los movimientos religiosos menonitas o cuáqueros y se apoyaban en la idea de reconciliación y la pacificación.³⁷ Los movimientos

³³ Ampliamente sobre las experiencias iberoamericanas, MAIER, JDem, n.º 16-17, 1998, 146 ss.; GONZÁLEZ ALVAREZ, RCP n.º 18, 2000, 125 ss; LLOBET, La víctima, 2004.

³⁴ Fundamental, GONZÁLEZ ALVAREZ, RCP n.º 18, 2000, 125 ss.

³⁵ Sobre las prácticas de mediación en Canadá, vd., FAUCHERE, ArPCrim n.º 13, 1991, 30 ss.

³⁶ Sobre los proyectos en los Estados Unidos, cfr., WRIGHT, Justice, 1991, 38 ss. El desarrollo alcanzado por éstos proyectos, lleva a contabilizar aproximadamente ciento cincuenta proyectos en el país. En ese sentido, vd., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 76.

³⁷ Cfr., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 72; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 75. El primer caso señala a dos jóvenes que cometieron delitos de vandalismo y ofendieron a una veintena de personas, el Tribunal siguiendo las recomendaciones del oficial de

más representativos se conocen por las siglas VORP (*Victim-Offender Reconciliation Project*) (Proyecto de Reconciliación Víctima-Ofensor), llegando a abarcar un gran número de ciudades y de proyectos en los Estados Unidos, generalmente en el Derecho penal juvenil.³⁸

La característica más sobresaliente de estos programas es la reconciliación del delincuente con la víctima y que los proyectos de reconciliación víctima-ofensor (VORP) no pretenden la sustitución de toda o parte de la pena, sino más bien, ser una alternativa al propio sistema penal, en el que las partes logren un mayor entendimiento de lo ocurrido con el delito. Son programas que se ubican en la fase pre-judicial.³⁹

El antecedente inmediato de los proyectos de reconciliación víctima-ofensor son los programas de mediación entre el delincuente y la víctima (VOM *victim-offender-mediation*). Este programa se inició en la ciudad de Columbus, Ohio, en 1969, en el marco de un programa para descongestionar la fiscalía, realizando

probation (Kitchener, quien pertenecía a la congregación religiosa menonita), decidió dejar en suspenso la condena durante un mes y dispuso que los jóvenes se encontrasen con las víctimas con el objeto llegar a un acuerdo amistoso entre ellas respecto a la reparación del perjuicio que se les había causado. Luego, el juez fijó como condición de la *probation* (suspensión de la pena a prueba) el pago de la reparación, la cual se hace efectiva en el plazo de tres meses.

³⁸ Sobre ello, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 120-121; TRENCZECK, *PAPERS* n.º 8, 1992, 28; PETERS/AERTSEN, *EGUZKILORE*, n.º 8 Ext., 1995, 131; SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 73 ss. El primer programa se estableció en 1972, en Minnesota, en una institución penal de régimen semiabierto, al principio con el único objetivo de alcanzar una reparación material de los daños. La mayoría de los proyectos de reparación estadounidenses tienen lugar en los Tribunales de menores. La reparación puede servir para la suspensión de la pena a prueba (*probation*), o como sanción única.

³⁹ Los programas pueden adoptar cualquiera de estos tres modelos: religioso, social y del sistema legal, según que se dirija a la reconciliación y el perdón; a la restauración y la tranquilidad pública; y a la prevención del delito desde las instancias jurídicas, como por ejemplo fiscalía, departamento de prueba (*probation*).

un *forum* en el que se somete a mediación los delitos más leves. La evaluación exitosa propició iniciativas de justicia vecinal en otros Estados, como Atlanta, Kansas City y Los Angeles. Se caracterizan por agilizar la solución de conflictos generando una mejora en el funcionamiento de la administración de justicia.⁴⁰

SAN MARTÍN⁴¹ distingue los proyectos de mediación y reparación víctima-delincuente, según dos modelos fundamentales: uno comunitario, que se asienta en el seno de la sociedad y trata los conflictos como conflictos de las relaciones sociales, sin distinguir si son civiles o penales.⁴² El otro, de *diversion*, que pretende solucionar informalmente los litigios de manera externa al proceso judicial convencional, a través de un proceso de mediación que conduzca a la reparación a la víctima. Lo que puede llevarse a cabo en cualquier fase del procedimiento judicial, en fase policial o en ejecución de sentencia. También puede distinguirse entre proyectos de jóvenes y semi-adultos y adultos.

En Europa, los proyectos de conciliación delincuente-víctima surgieron a principios o mediados de la década de los 80. Algunos de los proyectos pioneros se encuentran en el Reino Unido,⁴³

⁴⁰ Ampliamente, cfr., CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 75.

⁴¹ Cfr., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 58.

⁴² Así, los *Neighborhood Justice Centres* (Centros de Justicia de Vecinal) cuyos objetivos pretendían mejorar no solo el acceso a la justicia, sino crear espacios o lugares para la socialización, que redujeran las tensiones sociales y mejoraran la vida colectiva. Con la mediación comunitaria se pretende democratizar la resolución de los conflictos. Posteriormente, en 1980, fundamentándose en las corrientes de deslegalización y desjudicialización se instauró el movimiento de resolución alternativa de disputas, que se conoce por sus siglas en inglés ADR (Alternative Dispute Resolution). Los arreglos de conflictos pueden adquirir distintas formas: arbitraje, mediación, conciliación y mini-proceso. Sobre ello, EDWARDS, HLR, n.º 99, 1986, 668 ss.; WRIGHT, *Justice*, 1991, 60 ss.; SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 50, 51, 65, 66; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 203; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 75.

⁴³ Vd., ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 236; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 207.

Alemania,⁴⁴ Austria,⁴⁵ Noruega,⁴⁶ Francia⁴⁷ y Finlandia, principalmente en el Derecho penal juvenil, pero luego extendidos al Derecho penal.

La evaluación de las experiencias muestra en los primeros años de funcionamiento un porcentaje de éxito del 70-80%.⁴⁸ En la actualidad los proyectos se han extendido prácticamente a otros países de la región, Bélgica,⁴⁹ Italia,⁵⁰ contando con un importante motor de motivación en el seno del Consejo de Unión Europea.⁵¹

Los proyectos de reparación en adultos también han dado sus frutos en la experiencia europea. Destacan en Alemania los esfuerzos de la institución de asistencia judicial de adultos (*Gerichtshilfe*) que procura la conciliación en el Derecho penal de adultos. El primer proyecto se asentó en *Tübingen*, en 1984,

⁴⁴ Fundamental, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 67 ss.

⁴⁵ Sobre ello, cfr., JESIONEK, *PAPERS* n° 8, 1992, 141 ss.

⁴⁶ Cfr., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 71; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 214.

⁴⁷ El programa *Boutique de Droit*, en Lyon es un programa de mediación comunitaria, iniciado en los años setenta y que posteriormente se expande a otras ciudades. Se caracteriza por involucrar a la sociedad como un todo unitario sin diferenciar hipotéticas comunidades sociales, el proyecto involucra una política criminal participativa de tipo solidario. Sobre ello, vd., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 59, 187ss; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 217.

⁴⁸ En ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 121, 123; FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995, 65.

⁴⁹ Cfr., PETERS/NEYS, *EGUZKILORE*, n.º 8, 1994, 191; PETERS/AERTSEN, *EGUZKILORE*, n.º 8 Ext., 1995, 132; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 211.

⁵⁰ Sobre los programa de mediación italiana, cfr., PALIERO/MANNOZZI, en: MESSMER/OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 229; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 218.

⁵¹ Así, y en ese sentido, vd., *supra*, n.8.

extendiéndose la iniciativa a otras ciudades. Los resultados del impacto del proyecto de asistencia judicial en *Tübingen*, se muestran cercanos a los resultados de los proyectos de reparación y conciliación-víctima delincuyente del Derecho penal juvenil.⁵²

En 1993 se inicia un proyecto de investigación-acción en Lovaina, cuyo objetivo general era la «promoción de la restitución como objetivo intrínseco de la administración de justicia». Su radio de acción son los delitos graves,⁵³ e incluye a los reincidentes, anticipándose a la crítica de que los proyectos de mediación se orientan especialmente hacia los delitos leves, cometidos por delincuentes primarios, en los cuales la mediación se ve solamente como una parte de las formas alternativas del castigo. El proceso acentúa la comunicación entre la víctima y el autor, es un proceso que tarda varios meses y en caso de una conclusión favorable termina con un acuerdo escrito en el que las partes por sí mismas pactan como se va a llevar a cabo el proceso de reparación. Los primeros resultados de dicho proyecto muestran que aunque se trate de delitos graves siempre hay un espacio para la mediación.⁵⁴

En la actualidad, existe en Bélgica un proyecto-piloto de mediación que se ha extendido a la fase de ejecución, y que opera en cárceles belgas. El proyecto tiene como objetivo aplicar la justicia restaurativa en un contexto en el que tradicionalmente no hay mayor comunicación con el exterior y que se piensa poco o

⁵² Cfr., en ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 82, 90.

⁵³ Sobre la aplicación de la reparación y la conciliación víctima-delincuyente en delitos violentos y de adultos, KERNER, CPC 1997, 382, observa en el marco de un programa de criminólogos alemanes que, mientras para los penalistas los delitos violentos no resultan adecuados para los proyectos de conciliación víctima-ofensor, la *praxis* criminológica ha demostrado una posición contraria.

⁵⁴ Sobre ello, cfr., PETERS/NEYS, EGUZKILORE, n.º 8, 1994, 191; PETERS/AERTSEN, EGUZKILORE, n.º 8 Ext., 1995, 132; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 211.

nada en las víctimas. El proceso recién empieza pero ha dado buenos resultados, extendiéndose a seis cárceles.⁵⁵

En España los proyectos pioneros de conciliación víctima-delincuente y de reparación del daño, se ubican en Cataluña y Valencia,⁵⁶ el primero para la delincuencia de menores y el segundo para adultos.

Sobre la experiencia de Cataluña, a la que nos referiremos en el apartado siguiente, solo señalaré que la iniciativa se produce, luego de la transferencia de competencias en materia de protección y tutela de menores, con el Real Decreto 1291/81 de, 5 de junio. Más tarde, por Ley 21/1987 de, 11 de noviembre, la facultad protectora deja de ser competencia de los Tribunales Tutelares y pasa a ser de la Generalidad. En el marco de colaboración de los jueces, los delegados de asistencia al menor y la Dirección general de Justicia Juvenil del departamento de Justicia, se elabora el proyecto técnico sobre la práctica de programas de conciliación y reparación.⁵⁷

El proyecto de Valencia se inicia en 1993 y cesó en mayo de 1996,⁵⁸ por falta de recursos humanos. Se ubica en la Oficina de Ayuda a la Víctima del delito, que es la primera oficina de apoyo a víctimas que se abrió en España. El programa cuantitativamente es

⁵⁵ Cfr., PETER, Criminalidad, 2004, inédito. Anteriores experiencias de conciliación y reparación del daño en la ejecución penitenciaria, vd., los proyectos que menciona DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 130-131, el proyecto *Hameln*, en la R.F. Alemana, 1982; Rochester, Inglaterra; *Saxerriet*, Suiza. Como propuesta de *lege ferenda* vd., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 257.

⁵⁶ Otros proyectos más pequeños pero que constituyen iniciativas importantes, vd., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 270.

⁵⁷ Cfr., Dirección General de Justicia Juvenil, PAPERS n°8, 1992, 207; GIMÉNEZ-SALINAS, CDJ, XV, 1996, 362.

⁵⁸ Así, y en ese sentido, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 268.

pequeño, en 1995 se llevaron a cabo 60 mediaciones,⁵⁹ con un porcentaje de éxito del 50%, que tampoco es una cifra muy alta. Aunque es un buen comienzo para las experiencias de conciliación víctima-delincuente y la reparación del daño.

B) Valorando la cantidad de proyectos existentes en Alemania y en otros países del entorno europeo puede observarse que no necesariamente la conciliación víctima-delincuente tiene una posición relevante, ni a nivel práctico, ni en el plano judicial.⁶⁰

Para ROXIN,⁶¹ apenas si se hace uso de las posibilidades que existen en el Derecho alemán. Recientemente y en igual sentido, KERNER,⁶² señala que la reparación de daños no alcanza en Alemania el 2% de las prestaciones impuestas en asuntos penales. Observa que en el Derecho penal juvenil hay una mayor disponibilidad para la aplicación de la reparación de daños a la víctima a través de la aplicación del principio de oportunidad, respecto al ámbito del Derecho penal de adultos.

VARONA MARTÍNEZ,⁶³ luego de evaluar los proyectos de mediación existentes, concluye que es común a los mismos: su marginalidad, por lo general se aplican a casos menores y de delincuencia juvenil; asimismo, los proyectos cuentan con dificultades para su financiación, y por lo general, hay un nivel aceptable de satisfacción de las partes implicadas.

⁵⁹ Vd., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 278 ss.

⁶⁰ Vd., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 67. De igual modo en Italia su utilización es poca, pero ha dado buenos resultados, vd., PALIERO/MANNOZZI, en: MESSMER/OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 235.

⁶¹ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 133.

⁶² Vd., KERNER, *CPC* 1997, 382.

⁶³ Cfr., VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 455.

En forma crítica, otros autores han indicado que algunos de los proyectos de mediación, si no cuentan con una sólida base comunitaria, terminan convirtiéndose en una justicia de segunda clase, reservada para los pobres y las minorías que carecen de recursos para acceder a un proceso.⁶⁴ Se ha señalado, asimismo, que los proyectos extrajudiciales de mediación y reparación del daño fomentan una intervención temprana antes de los procedimientos judiciales con descuido del debido proceso⁶⁵ y vulnerando la presunción de inocencia.⁶⁶

Luego del recorrido efectuado por los proyectos de conciliación víctima-delincuente, un aspecto que considero fundamental, es el desarrollo de una labor de investigación,⁶⁷ que de manera concomitante a los proyectos de conciliación víctima-delincuente evalúe los resultados de la implementación de los mismos. Si bien de las experiencias de los proyectos de conciliación

⁶⁴ Vd., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 59. Una situación contraria parece ocurrir en los Estados Unidos, según, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 80, n.109, algunos de los programas de restitución de los Estados Unidos han sido tildados de discriminatorios desde el punto de vista étnico, pues la mayoría de los participantes son blancos, teniendo poco impacto en la población negra y de origen latino.

⁶⁵ En ese sentido, cfr., QUERALT, *ADPCP* 1996, 140. Refiriéndose a las deficiencias encontradas en relación a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado, en las experiencias estadounidenses, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 80, señala que este aspecto es esquivado indicándose que no existe violación a la Séptima Enmienda, en tanto subsiste la posibilidad de acudir al juicio, aún cuando ya se haya formalizado el acuerdo de restitución.

⁶⁶ Esta crítica es rechazada por MESSMER/OTTO, en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 4, señalando que ha existido un período de transición y que el desenvolvimiento de la institución muestra una diversidad creciente en la meta y en los campos de aplicación, unos programas son igualmente eficientes a al Derecho penal. También refuta las críticas, FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995, 67-68.

⁶⁷ Acerca de las evaluaciones de éstos programas, y la dificultad para medir la eficacia respecto de la finalidad de prevención especial de las nuevas técnicas sancionadoras, cfr., VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 455; DÜNKEL, *CDJ* n.º III, 2001, 176 ss.

víctima-autor y de reparación del daño se han nutrido los ordenamientos positivos de muchos países, tanto en el Derecho penal juvenil como en el de adultos, siempre es determinante evaluar desde el punto de vista empírico el impacto de los mismos. Acaso existan desarrollos equivocados y de éstos se ha de aprender, rectificar, tomar nuevos rumbos, o bien, en sentido contrario, si las experiencias muestran muchos aspectos favorables, continuar desarrollándolos⁶⁸ y acumular experiencias para expandirlos y difundirlos allende las fronteras.⁶⁹

⁶⁸ Vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 87, ss., especialmente n. 270, ss.

⁶⁹ Esto llama la atención fundamentalmente en países como los iberoamericanos que han acogido la reparación del daño en el Derecho procesal penal, sin que existieran los proyectos-piloto precedentes. El mimetismo de los institutos jurídicos no siempre conlleva una identidad en la realidad social, política y económica, de tal suerte que lo que funciona en un ordenamiento jurídico bajo determinadas condiciones puede o no responder, o no funcionar tan adecuadamente en otro, en este caso, que la reparación del daño este en capacidad de cumplir la función asignada al Derecho penal, de prevención de delitos. Algo se ha escrito sobre la reparación del daño de base antropológica, arraigada en las culturas indígenas evocándose como antecedente de solución de los conflictos (vd., SÁNCHEZ/HOUED/CHIRINO, RCP n° 9, 1994, 57; ISSA EL KHOURY, A la armonía, 1995, 9 ss; HENDLER, en: Homenaje a DAVID BAIGÚN, 1995, 380; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 455, 460). Sin embargo, en un país como Costa Rica, desde hace más de dos siglos, los vestigios de esa organización fueron borrados con la implantación de legislaciones de corte occidental, específicamente española, al respecto, vd., al respecto, ANTILLÓN, Los Códigos penales, 1995, 12 ss. (sin que lo anterior prejuzgue sobre mi postura respecto de la atención que debe el Derecho penal a este segmento poblacional, que abarca el 1% de la totalidad del país). De tal suerte que la reforma legal operada y que admitió la reparación integral del daño y la conciliación víctima-delincuente como forma de extinción de la responsabilidad penal, sin previos ni posteriores estudios empíricos pueden conducir, entre otros efectos, a una mayor incidencia y reincidencia en la comisión de delitos, a tomar la justicia de propia mano, a los llamados de la seguridad ciudadana de «ley y orden» y al recurso a la seguridad privada. En el caso costarricense tuvieron que introducirse correctivos a la legislación inicial mediante una reforma legal, pues las intenciones que en principio guiaron la reforma procesal, fueron dejadas de lado con prácticas forenses que favorecían la reiteración delictiva. En ese sentido, suscribo las palabras de DÖLLING, cit., por PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 91, n. 286: «Cuando se desarrolla un nuevo programa es conveniente ensayarlo en casos hipotéticamente adecuados, y así obtener conocimientos sobre la practicabilidad y organización idónea del programa. Una vez que esta fase de la evaluación del programa está concluida con éxito, puede intentarse, en el siguiente paso, conseguir conocimientos seguros sobre la incidencia del programa a través de análisis comparativos. En relación a la conciliación autor-víctima, todavía nos encontramos en la actualidad en la primera fase. Es

Otro aspecto que me parece relevante es que los mediadores cuenten con una formación suficiente que les permita equilibrar las cargas a fin de evitar la imposición de la voluntad del más fuerte. La capacitación de los mediadores también evitaría que el proceso de mediación este rodeado de prejuicios y fundamentalmente, que la mediación tenga un tinte moral,⁷⁰ cercano a la demostración de la mala conciencia o de arrepentimiento del delincuente o, de «una cierta humillación (o confesión) del delincuente ante la víctima o la sociedad»,⁷¹ lo que puede ligarse a la presencia de un mediador voluntario.⁷²

En todo caso, la renuncia a la formalización, a la onerosidad, y el recurso a una Justicia más eficaz por su celeridad, no implica la renuncia al bloque básico de garantías,⁷³ tanto procesales como sustanciales.⁷⁴

necesario en particular, sondear la practicabilidad de este modelo en el Derecho penal de adultos».

⁷⁰ Sobre el reproche moral desde el punto de vista histórico, como paradigma de la justicia penal, vd., BARNETT, ETHICS (87), 1977, 286. Acerca de un posible cambio de etiquetas, vd., GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 145-154.

⁷¹ Así, y en ese sentido, vd., DÍAZ, La reparación, 1995, 15.

⁷² Acerca de la preferencia por un mediador *lego*, que no sea abogado y el cuestionamiento acerca de la deficiente información que puede recibir el autor del hecho en perjuicio de sus derechos, por carecer de asistencia letrada, cfr., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 80-81. Sobre el rol de mediador, vd., GIMÉNEZ SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 209; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 167.

⁷³ Sobre ello, EDWARDS, HLR, n.º 99, 1986, 679.

⁷⁴ Así, y en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 348; QUERALT, ADPCP 1996, 140.

1.1.2. El Derecho penal juvenil

A) El Derecho penal juvenil ha sido el primero en acoger la reparación del daño, e introducirla en la discusión jurídico-penal.⁷⁵ La filosofía reparadora orienta el Derecho de menores tanto como alternativa o medida responsabilizadora del menor, como mecanismo de materialización del principio de mínima intervención.⁷⁶

Este Derecho, como ha señalado ROXIN, ocupa un particular espacio jurídico «*no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor*»⁷⁷ y constituye el ámbito ideal para combinar las consecuencias jurídicas con la satisfacción de los intereses patrimoniales y psicológicos de la víctima.⁷⁸

⁷⁵ La dogmática distingue en el sistema penal juvenil, entre el modelo del discernimiento (psicológico) y el modelo de presunción de inimputabilidad por debajo de una edad fijada por la ley penal (biológico). También se distingue entre el modelo educativo-protector-tutelar (de la situación irregular), según el cual, el menor es un objeto de protección y no un sujeto de derechos; y el modelo de responsabilidad, de justicia o mixto, que considera al menor como sujeto de derechos, a partir de cierta edad, por lo general 12 a 14 años, con una transferencia al Derecho penal juvenil de todas las garantías del Derecho penal de adultos y que combina aspectos educativos con otros sancionatorios o represivos (mixto). Sobre ello, entre otros, BUSTOS, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 476; DAPENA/MARTÍN, PAPERS n.º 11, 1992, 77; GARCÍA-PABLOS, CDJ, XV, 1996, 270; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 358-359; la misma, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1534 ss.; CONDE-PUMPIDO, en: CONDE-PUMPIDO (Director), Ley de la responsabilidad, 2001, 40 ss.; DÜNKEL, CDJ n.º III, 2001, 123 ss.; TAMARIT SUMALLA, RPe, n.º 8, 2001, 72 ss. Fundamental en cuanto a la determinación de la madurez del menor, tanto en relación a su capacidad de responsabilidad, como en cuanto a su capacidad para participar como sujeto procesal, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de diciembre de 1999. Sobre ello, cfr., MORA ALARCÓN, Derecho penal, 2002, 70.

⁷⁶ Cfr., en ese sentido, BERNUZ, RDPCrim 2001, 275, 283.

⁷⁷ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 46, §1, 12.

⁷⁸ Así, y en ese sentido, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 334; la misma en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1537. Acerca de las características de la criminalidad juvenil, desde la perspectiva del Derecho Internacional (Naciones Unidas y de Europa) cfr., BERISTAIN, EGUZKILORE n.º 10, 1996, 179. En sentido contrario, vd., las referencias doctrinales que efectúa, BERNUZ, RDPCrim 2001, 273.

La experiencia iuscomparatista ha permitido que los jóvenes y semi-adultos solucionen sus controversias por medio de arreglos informales basados en la conciliación entre autor y víctima, así por ejemplo, las experiencias de Estados Unidos, Austria, Noruega, Alemania⁷⁹ y Francia.⁸⁰

La preferencia por el Derecho penal juvenil obedece fundamentalmente a que éste⁸¹ presenta una mayor amplitud para diferenciar la sanción penal,⁸² respecto de la delincuencia de adultos,⁸³ como desde la óptica preventivo-especial de la sanción. Precisamente lo característico del Derecho penal juvenil son sus

⁷⁹ Cfr., HUBER, ADPCP 1994,165; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 45. Un estudio *ius comparativo*, vd., DÜNKEL, CDJ III, 2001, 129 SS.

⁸⁰ Fundamental, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 117.

⁸¹ Profundizando en las razones de la utilidad de la mediación en la justicia de menores, cfr., DELGADO, APen 1998-I, 20; ELIECEGUI/SANTIBAÑEZ, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 194-195.

⁸² Por lo general en el Derecho penal juvenil y en las normas aplicables a delincuentes jóvenes se prevé la reparación, bien en relación con el sobreseimiento del proceso penal, como sanción independiente, o bien, como obligación o instrucción en relación con la suspensión de la pena. Incluso al nivel de la ejecución de la pena y sobre todo en relación con la libertad condicional existen normas legales con las cuales se puede enlazar una conciliación delincente-víctima. Así, en Alemania, tanto la reparación, como la compensación autor-víctima constituyen consecuencias jurídicas autónomas. Cfr., sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 387 ss.

⁸³ Las consecuencias jurídico-penales a diferencia del Derecho penal de adultos no están específicamente preestablecidas para el concreto delito o falta (*poena certa*), pudiendo imponerse cualquiera de las medidas prevista por la ley, aspecto que es presidido por el principio del interés superior del menor, lo que no implica que la relación entre el hecho y la consecuencia jurídica sea ilimitado. Sobre ello, BOLDOVA PASAMAR, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1554. Se ha modificado el contenido y se establecen límites a la duración de las sanciones, además se disminuye la intensidad de la respuesta penal, considerándose el internamiento solo para aquellos casos en que sea imprescindible, intentándose la consecución de finalidades preventivo-especiales, que son las prioritarias, con medidas de carácter ambulatorio. Cfr., ALASTUEY DOBÓN, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1537.

sanciones, que se orientan a la educación del menor,⁸⁴ y aunque tienen contenido punitivo⁸⁵ se diferencian de las del Derecho penal, en cuanto a la preponderancia del fin de prevención especial.⁸⁶

Por otra parte, existe una mayor disposición por parte de los sujetos que intervienen en la Justicia penal de menores⁸⁷ para aceptar nuevos paradigmas,⁸⁸ y los modelos de responsabilidad penal de jóvenes están orientados a evitar que éstos ingresen al sistema de la justicia penal formal, enfatizándose la videncia del principio de mínima intervención como forma de evitar la estigmatización.⁸⁹

⁸⁴ Ampliamente sobre el principio de educación y la interpretación de tal principio, que ha llevado en la *praxis* a una agravación de las consecuencias jurídicas, vd., ALBRECHT, DP Menores, 1990, 100 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 388.

⁸⁵ Señalando el carácter de penas de las consecuencias jurídicas del Derecho penal juvenil, cfr., ALASTUEY DOBÓN, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1546.

⁸⁶ Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 120-121.

⁸⁷ En igual sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 141. Otros autores van más allá y encuentran en el Derecho penal juvenil un campo de experimentación de las posteriores reformas en el Derecho penal de adultos. Cfr., GARCÍA-PABLOS, CDJ, XV, 1996, 255.

⁸⁸ Vd., en ese sentido, el papel determinante de los organismos internacionales y la normativa dimante de éstos. Un importante lugar ocupan las conocidas Reglas de Beijing, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas relativas a la Administración de Justicia para Menores, que fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, en las que se establecen las garantías procesales para el menor, se potencian los mecanismos de *diversion* y desjudicialización, evitando en la medida de lo posible el ingreso de los menores a la prisión. Merecen destacarse, igualmente las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Justicia de menores, que se encuentran en el documento sobre «La reacción social a la delincuencia juvenil», elaborado por el Comité restringido de expertos, mayo de 1987, y Recomendación del Comité de Ministros de 17 de septiembre de 1987, en éstas se introdujo la mediación y entre las medidas ambulatorias se menciona la reparación del daño causado por la actividad delictiva. Finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE el 31 de diciembre de 1990.

⁸⁹ Vd., ALBRECHT, DP Menores, 1990, 50; URRÁ, Menores, 1995, 55; GIMÉNEZ SALINAS, CDJ, XV, 1996, 64; la misma, MFC n.º 9, 2000, 31; ALASTUEY, en: Homenaje a

GARCÍA-PABLOS, ilustra el recurso al Derecho de menores señalando, que «*La criminalidad de jóvenes y menores –lo reconozca o no el mundo de los adultos– refleja los valores oficiales y subterráneos de este último. En buena medida, los reinterpreta y traduce, porque el joven es un imitador que escenifica y repite lo que ve, lo que le enseñan, lo que aprende*».⁹⁰

B) Los proyectos en materia penal juvenil son los que muestran mayor auge en Alemania a partir de los años 80. Algunos de éstos se ubican procesalmente en el momento anterior a la condena judicial y tratan de obtener un sobreseimiento del proceso en el sentido de la *diversion*. Otros proyectos se realizan en el plano judicial, como por ejemplo el de *Täter-Opfer-Augleich Braunschweig* (TOA, Asistencia al Tribunal de Menores); mientras que otros, como el proyecto *Handschlag* (Apretón de manos) de *Reutlingen* o el proyecto *Die Waage* (La balanza)⁹¹ de Colonia, funcionan como entidades libres con relativa independencia de la Justicia aunque en estrecha colaboración con ella.⁹² Este último proyecto ha servido para demostrar que en delitos graves la mediación entre el delincuente y la víctima solo puede hacerse efectiva en el marco de la determinación de la pena.⁹³

CEREZO MIR, 2002, 1537. En igual sentido, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (87) 20 de, 17 de septiembre sobre «La reacción social a la delincuencia juvenil», que aconseja desarrollar procedimientos desjudicialización y de mediación a nivel de fiscalía (sobreseimiento y archivo), o a nivel de policía donde ésta tenga funciones de persecución, para evita la entrada de los menores dentro de la justicia penal.

⁹⁰ Cfr., GARCÍA-PABLOS, CDJ, XV, 1996, 254.

⁹¹ Ampliamente, cfr., HERZ, PAPERS n.º 8, 1992, 179 ss.

⁹² Fundamental, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 122.

⁹³ Vd., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 60-61.

Los proyectos han mostrado un considerable aumento. La doctrina incluso se refiere a éstos como generaciones de proyectos. Los de primera generación, serían aquellos que nacieron a mediados de los años 80, corresponden a los proyectos: «*Täter-Opfer-Augleich Braunschweig*» (TOA); «*Handschlag*», «*Die Waage*», «*Ausgleich*», «*Gerichtshilfe Tübingen*». ⁹⁴ Los de segunda generación surgen entre 1987 y 1988, pero empiezan a trabajar dos años después. La tercera generación de proyectos surge en 1990 extendiéndose hasta alcanzar 224 instituciones que cubren aproximadamente el 75% de los distritos judiciales. ⁹⁵

La Ley penal juvenil alemana de 11 de diciembre de 1974, «*Jugendgerichtsgesetz*» ha sufrido varias reformas desde su promulgación, entre éstas, la última es la Primera Ley de Reforma de la Ley de Tribunales de Jóvenes, de 1990. A partir de esta modificación legislativa, la conciliación víctima-delincuente es reconocida legalmente como consecuencia jurídica del delito de un menor, equiparable a las medidas educativas. ⁹⁶ El legislador confirma a través de las normas positivas la experiencia práctica acumulada y exitosa desde los años ochenta. ⁹⁷ Los §§ 45.3; 45.10, n.º17; y 47, permiten al fiscal con el acuerdo del tribunal, sobreseer el expediente cuando exista una escasa culpabilidad del sujeto, o después de que éste haya alcanzado un acuerdo con la víctima o, al menos, si ha realizado esfuerzos para ello. El §45.1 permite prescindir de la persecución sin necesidad del

⁹⁴ Ampliamente sobre este programa, cfr., TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 29 ss.

⁹⁵ Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 67-69.

⁹⁶ Así, y en ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 129-138.

⁹⁷ Vd., en ese sentido, DÜNKEL, CDJ n.º III, 2001, 153.

consentimiento del juez, cuando concurren los presupuestos del §153.⁹⁸

Los esfuerzos para la reparación o la compensación del delincuente a la víctima en el Derecho penal de menores también están presentes en Francia, los Países Bajos, Dinamarca y Suecia, a través de medidas de *diversion*.⁹⁹

C) En España, las experiencias de reparación del daño y de mediación en la justicia juvenil han sido muy positivas. Iniciándose las experiencias en Cataluña, en el año 1989, con la formulación un proyecto técnico que hiciera posible la aplicación de programas educativos de reparación y conciliación.¹⁰⁰ El 1 de mayo de 1990 dio inicio el programa oficial en el que la conciliación y la reparación pasaron a ser consecuencias jurídicas del delito.¹⁰¹

Sin embargo, la andadura del proyecto de mediación requirió de una gran amplitud de los actores procesales, debido a las limitaciones del Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por decreto de 11 de junio de 1948, cuya filosofía se asentaba en el modelo protector, tutelar o de la situación irregular.¹⁰² La evaluación positiva del proyecto de

⁹⁸ Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 116 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 376.

⁹⁹ Ampliamente, DÜNKEL, *CDJ* n° III, 2001, 154.

¹⁰⁰ Cfr., DAPENA/MARTÍN, *PAPERS* n°11, 1992, 77; Dirección General de Justicia Juvenil, *PAPERS* n°8, 1992, 207.

¹⁰¹ Cfr., GIMÉNEZ-SALINAS, *CDJ*, XV, 1993, 362.

¹⁰² Destaca propiciando un cambio que afecta el modelo protector, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en STC 36/1991 de 14 de febrero declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores estableciendo la necesidad de un proceso de menores que estuviese rodeado de todas las garantías derivadas de del ordenamiento constitucional. La influencia de esta sentencia no se hizo esperar y cristalizó en la LO 4/1992, de 5 de junio Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores,

mediación,¹⁰³ que se apoyó en la normativa internacional sirvió de antecedente del artículo 2º, 2.6º de la Ley de Menores 4/1992, de 5 de junio, sobre la Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, bajo la rúbrica de la reparación extrajudicial.¹⁰⁴

También la Ley Orgánica 4/1992¹⁰⁵ permitió la reparación del daño, como una alternativa al procedimiento judicial, previa a la comparecencia y la aplicación de la reparación como condición de la suspensión del fallo.¹⁰⁶ Los proyectos de mediación se ampliaron a las comunidades de Madrid y del País Vasco, tras la reforma producida en el Derecho de menores con la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.¹⁰⁷

¹⁰³ Sobre los resultados del programa de mediación en Cataluña, vd, GIMÉNEZ-SALINAS, CDJ, XV, 1993, 364; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 274-275.

¹⁰⁴ Para DAPENA/MARTÍN, PAPERS nº11, 1992, 78, el lugar ideal para que la conciliación-reparación del daño se desarrolle de manera coherente es el nivel previo a la judicialización, pues la participación coactiva puede desnaturalizar y vaciar de contenido la mediación.

¹⁰⁵ Sobre los antecedentes históricos de la LORRPM, entre otros, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, MFC n.º 9, 2000, 27 ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1538-1540.

¹⁰⁶ Se han favorecido las soluciones informales basadas en estrategias de *diversion* externas al proceso judicial y ampliamente utilizadas en el Derecho comparado para la delincuencia juvenil. Para TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 87, llama la atención la regulación de la reparación extrajudicial por la indeterminación y amplitud con la que ha sido contemplada. También debe resaltarse que no se exige una actitud previa a la colaboración del menor, o de reconocimiento de su responsabilidad en los hechos, «*El único parámetro legal de valoración de que dispone el Juez es la referencia a la "naturaleza de los hechos", criterio al que tendrá que sujetarse cuando vaya a proceder a la suspensión, ponderando, además de la gravedad objetiva del delito, los elementos de carácter subjetivo y el grado de reprochabilidad del comportamiento del autor*».

¹⁰⁷ Sobre ello, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 240; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 250.

Finalmente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores,¹⁰⁸ incorpora la reparación del daño,¹⁰⁹ como uno de los pilares que presiden la justicia juvenil.¹¹⁰

El artículo 18 permite que el Ministerio fiscal desista de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las persona, o faltas, tipificados en el Código penal o en leyes penales especiales. Esta es una *diversion* en la que no existe intervención, pues el desistimiento no está vinculado a la realización del menor de ninguna actividad.¹¹¹

Distinta es la solución del artículo 19, que permite al Ministerio Fiscal iniciado el proceso, desistir de la tramitación del expediente y solicitar el sobreseimiento, si el hecho imputado al menor constituye delito menos grave o falta, en atención, entre otras cosas que el menor haya conciliado con la víctima o haya

¹⁰⁸ Recientemente, vd., Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El Real Decreto desarrolla las reglas para la realización de la reparación del daño y la mediación-conciliación, las que se podrán realizar, tanto en los supuestos del artículo 19 y 51 LORRPM, es decir, una vez iniciado el proceso (art. 5 RLORRPM), como en la fase de ejecución (artículo 15 RLORRPM). Se confiere al equipo técnico (integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales y responsables de prestar asistencia al menor) la responsabilidad de intervenir activamente en la mediación entre el menor y la víctima o perjudicado (art. 5 RLORRPM).

¹⁰⁹ Acerca de los antecedentes de la LO 2/2000, de 12 de enero, vd., CONDE-PUMPIDO, en: CONDE-PUMPIDO (Director), Ley de la responsabilidad, 2001, 61 ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1334 ss.

¹¹⁰ Vd., sobre los principios fundamentales que inspiran la LORRPM, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, MFC n.º 9, 2000, 37; BOLDOVA PASAMAR, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1556. Amplia y críticamente sobre la diferencia existente entre los diferentes PLORRPM, vd., ALASTUEY, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1540 ss. Desde el punto de vista crítico sobre las reformas contenidas en LO 7/2000 y 9/2000 de 22 de diciembre, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, MFC n.º 9, 2000, 34.

¹¹¹ Vd., BERNUZ, RDPCrim 2001, 275 ss.

asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito.¹¹²

No obstante, la legislación de menores pese a los avances hasta ahora logrados, no dio un paso que algunos consideran decisivo, es decir, el establecimiento de la reparación como sanción autónoma, que no cristalizó en norma positiva. El artículo 7 no incluyó la reparación del daño,¹¹³ entre el catálogo de sanciones, aunque ocupa un destacado lugar para terminar el proceso, evitando que el menor tenga contacto con el sistema penal y realizando los postulados del principio de subsidiariedad.¹¹⁴

Sin embargo, para ALASTUEY DOBÓN¹¹⁵, cuya opinión comparto, lejos de considerarse la técnica legislativa empleada para la reparación del daño como un problema, ya que no es una sanción autónoma, es más bien, una ventaja, pues por este medio se da entrada a las modernas tendencias político-criminales en el Derecho penal juvenil, consistentes en conectar la conciliación y la reparación entre el menor y la víctima con la desjudicialización. De este modo, la reparación del daño, no solo, no puede ser impuesta

¹¹² Sobre ello, MARCHENA, en: CONDE-PUMPIDO (Director), Ley de la responsabilidad, 2001, 270 ss.

¹¹³ Así, y en ese sentido, cfr., ALASTUEY, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1550. Otras legislaciones como la Alemana con la 1.ª Ley de modificación de la Ley de Tribunales de jóvenes de 1990, incorpora la conciliación entre el autor y la víctima en la categoría de las instrucciones (*Weisungen*), que constituyen una modalidad de medidas orientadas a la educación. Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 137. También la Ley de Justicia penal juvenil de Costa Rica, art. 61 incorpora en el catálogo de sanciones educativas, la reparación de daños a la víctima. Sobre ello, TIFFER/LLOBET, La sanción penal juvenil, 1999, 167, 190.

¹¹⁴ En forma crítica ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 407 ss.; la misma, en Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1545, señala los inconvenientes de la reparación y conciliación por medio de la estrategia de «*diversion* con intervención», por medio del sobreseimiento del proceso dependiente de la realización de una prestación por parte del menor, ya sea reglas de conducta o mediante la reparación del daño.

¹¹⁵ Cfr., ALASTUEY DOBÓN, en: Homenaje a CEREZO MIR, 2002, 1550-1551.

por el Juez en la sentencia, sino que tampoco es posible aplicarla como tal antes de que exista una sentencia firme, en conexión con un ulterior sobreseimiento del proceso. Confirmándose entonces que la reparación del daño es un acto extrajudicial, en el sentido del artículo 19, apartado 2, en el que el menor autor de un injusto culpable, sin ser objeto de presiones realiza una conducta que se valora positivamente y que da lugar a que el procedimiento se paralice en una fase inicial.

Si no ocurre en esa fase temprana, y el proceso llega a su término, cabe atender al principio de intervención mínima a través de la suspensión de la ejecución del fallo que puede acordar el Juez de Menores en el supuesto de que la medida acordada no sea superior a dos años, y por un tiempo que no ha de exceder de dos años.

1.2. LAS APORTACIONES DE LA VICTIMOLOGÍA

A) El Derecho penal moderno nace con la neutralización de las víctimas, como señala HASSEMER.¹¹⁶ La condición para que pueda establecerse el Derecho penal es la exclusión de ésta y la asunción del Estado del derecho de castigar. A diferencia del papel central desempeñado en los sistemas primitivos de justicia, la víctima a partir de las concepciones clásicas deja de ser el sujeto sobre el que recae la acción delictiva y pasa a ser el portador de un bien jurídico que es el que puede ser lesionado.¹¹⁷

Sin embargo, la preocupación por la víctima aparece en el escenario mundial posteriormente a la Segunda Guerra Mundial.

¹¹⁶ Cfr., HASSEMER, Fundamentos, 1984, 92.

¹¹⁷ La repersonalización del bien jurídico, se fundamenta en la aparición de la víctima como un sujeto concreto, vivo, cuya dignidad debe ser restablecida. La teoría de los fines de la pena debe contar con la víctima. Vd., HASSEMER, ADPCP 1990, 245; ESER, RDPCrim 1998, 135 ss.; PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 482.

Los aportes de VON HENTIG y MENDELSON son fundamentales en lo que se podría denominar la primera etapa de la victimología, que se caracteriza por un análisis individualista de las relaciones entre víctima y delincuente; una tenencia a considerar a la víctima como responsable y una tendencia a concentrarse en el delito común.¹¹⁸

La crisis del paradigma de la resocialización y la Victimología (disciplina de la Criminología)¹¹⁹ han contribuido al «redescubrimiento de la víctima».¹²⁰ Así, la Victimología se abre un espacio a partir de la Segunda Guerra Mundial y en los años setenta inicia su proceso de consolidación.¹²¹

A partir del I Simposio Internacional sobre Victimología, celebrado en Jerusalén en 1973, de manera creciente y con el motor de los Simposios Internacionales¹²² y de la normativa

¹¹⁸ Vd., MADLENER, en: Homenaje a RODRÍGUEZ DEVESA, 1989, 10; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 162; LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 21; LANDROVE, *EPCrim XXI*, 1998, 172; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 121.

¹¹⁹ Así, y en ese sentido, cfr., LANDROVE, *Victimología*, 1998, 34-36; CERESO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 66; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 39, n. 15; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 160 ss. En sentido contrario, observándola como una disciplina autónoma, vd., SANGRADOR, en: JIMÉNEZ/CLEMENTE (Compiladores): *Psicología social*, 1986, 64; ROXIN, *IP* 1989, 6.

¹²⁰ En ese sentido, la orientación a la víctima puede entrañar ciertos peligros, en principio la reivindicación de sus ideas significó una disminución en la atención del autor del delito y en combinación con modelos de justificación de preventivo general, permitió la aplicación de sanciones más duras en vista de las pérdidas sufridas por la víctima. Así, DÜNKEL, *PAPERS* n.º 8, 1992, 67, 87, ejemplifica que la administración Reagan en los Estados Unidos permitió un mayor presupuesto para la prisión preventiva, un relajamiento en la admisión y valoración de las pruebas ilícitas y la eliminación de la libertad condicional. Aspecto que representa un peligro de menoscabo de los derechos de defensa del acusado. Por su parte, LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 21, observa en este resurgimiento de la victimología justificaciones políticas de merecimiento, de «ley y orden» junto a la mayor rentabilidad política de surge de satisfacer a la víctimas más que a los delincuentes.

¹²¹ Así, y en ese sentido, LANDROVE, *EPCrim XXI*, 1998, 172.

¹²² A partir del I Simposio Internacional de Victimología, en 1973, se realizan varios encuentros victimológicos internacionales, con sede en: Boston (1976), Münster (1979), Japón (1982) y Zagreb (1985). Los primeros Congresos versaron sobre la posible autonomía de la Victimología como ciencia, su dimensión interdisciplinar, así como la

supranacional,¹²³ la doctrina y las legislaciones se encaminan a conceder cada vez mayor atención a las víctimas del delito.¹²⁴

B) A este segundo impulso algunos autores lo identifican como una «nueva victimología».¹²⁵ Se observa a partir de los

delimitación y extensión del concepto de víctima, la relación víctima-ofensor y las distintas tipologías victimales. Del III Congreso en adelante celebrado en Münster (1979), una corriente crítica y revisionista observa que la Victimología presentaba fallas conceptuales, funcionales y metodológicas. Se introducen nuevas temáticas promocionales (entendiéndose por ello, la dimensión político-internacional de la victimización) en los Simposios de Japón y Yugoslavia. Éstos marcaron la líneas de las modernas directrices victimológicas, marcadas por la asistencia, la reparación del daño y la compensación. Además se reconoce la existencia de víctimas anónimas procedentes de delitos no convencionales, las víctimas del abuso de poder, y la figura del delincuente como víctima del sistema. Sobre ello, ampliamente, SANGRADOR, en: JIMÉNEZ/CLEMENTE (Compiladores): *Psicología social*, 1986, 64 ss.; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 161; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 128 ss; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 152.

¹²³ Fundamentales, la Declaración de Naciones Unidas de, 29 de noviembre de 1985, Resolución 40/34 sobre los principios básicos de Justicia para las víctimas del delito y abuso de poder, que ha sido considerada por la doctrina como el hito que eleva al primer lugar a la víctima, gran olvidada del Derecho penal y otorga un lugar a la victimología en el universo jurídico-penal. En ésta se esbozan las líneas maestras de la conciliación y la reparación del daño. A esta declaración expresamente se ha referido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resaltando en la STC 84/1992, de 28 de mayo que en la indemnización a las víctimas que han sufrido las consecuencias de un accidente de tráfico, existe una influencia directa de las tendencias internacionales de protección a la víctima. En el seno del Consejo de Europa Recomendación R (85) 11 de, 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco de del Derecho penal y del proceso penal. En cuanto a la compensación de las víctimas del delito la Convención Europea n.º 116, Sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de, 24 de noviembre de 1983, en vigor a partir de 1988; Recomendación (85) 4, Relativa a la violencia doméstica y maltrato familiar a niños, la recomendación (77) 28 Relativa a la victimización medio-ambiental; la Recomendación (81), relativa al delito económico y a las víctimas de fraude al consumidor. La Resolución del Parlamento Europeo de, 12 de noviembre de 1989, insta a la elaboración de una propuesta de Directiva comunitaria dirigida a los Estados miembros para que establezcan un régimen de indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos, cuyos pagos deberían efectuarse de forma anticipada y por vía de urgencia, en atención a las necesidades concretas de los perjudicados. Sobre ello, BUENO ARÚS, *PAPERS* n.º 8, 1992, 127; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 130 ss.; BERISTAIN, *EGUZKILORE* n.º ext. 10, 1997, 60; SOLÉ RIERA, *La tutela*, 1997, 220; LANDROVE, *Victimología*, 1998, 52 ss.

¹²⁴ Cfr., BUENO ARÚS, *PAPERS* n.º 8, 1992, 117.

¹²⁵ Así, y en ese sentido, LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 21; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 128. Contrariamente, para HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), *De los delitos y*

cambios en el paradigma victimal, cuyo centro gravitacional son ahora las necesidades y derechos de la víctima, los cuales no están enfrentados o contrapuestos a los derechos del delincuente.¹²⁶

La victimología ha centrado su atención en cuestiones tan relevantes, que hoy prácticamente se dan por establecidas, pero a las que subyace toda una evolución. Por ejemplo, las indemnizaciones a la víctimas de los hechos delictivos, la elaboración de programas de ayuda y tratamiento, el fenómeno de la revictimización, la predisposición victimal, todo lo cual conduce a una mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la actividad de la víctima.¹²⁷

Este debate ha propiciado un replanteamiento de la Justicia Penal en múltiples direcciones.¹²⁸ Desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, pueden observarse repercusiones en los planteamientos de la victimodogmática,¹²⁹ cuya incidencia en la

las víctimas, 1992, 94-95, resulta inexacta la afirmación de nuevo descubrimiento de la víctima para el proceso penal, pues en su opinión la víctima no ha sido excluida como factor en la determinación de la pena, ni como sujeto portador de facultades procesales ejemplificando con las leyes de enjuiciamiento penal y la acción civil del ofendido. Esta postura es minoritaria, y en mi opinión no pueden compartirse sus postulados pues entre la letra de la ley y sus resultados prácticos por lo general hay una gran distancia. Eso es precisamente lo que había pasado con la víctima, aparecía como titular de la acción civil, pero de nada servía al ofendido cuando el título no era coercible, o bien, el daño a ésta producido era un factor a valorar en la determinación de la pena, pero su situación como ser humano, su participación en el proceso era la de un testigo más y a veces hasta revictimizada. No es hasta que la Criminología centra en ella su atención, que se observa un cambio cualitativo y cuantitativo en la protección de los derechos y efectiva tutela de las víctimas del delito.

¹²⁶ En igual sentido, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 81.

¹²⁷ Sobre ello, LANDROVE, *EPCrim XXI*, 1998, 174.

¹²⁸ Ampliamente, BERISTAIN, *EGUZKILORE* n.º ext. 10, 1997, 57 y ss. Con especial referencia al Derecho penal español, y mostrando el impacto de la victimología en la Justicia penal, vd., BUENO ARÚS, *PAPERS* n.º 8, 1992, 116 ss.

¹²⁹ La victimodogmática, o dogmática orientada al comportamiento de la víctima, tiene como punto de partida, la consideración de que algunas víctimas contribuyen —dolosa o imprudentemente— a la propia victimización, convirtiéndose en cierta forma, en

corresponsables del mismo, pudiendo influir en la responsabilidad del delincuente hasta el punto de erradicarla. La víctima posee sus propios medios de autoprotección y podría hacer uso de ellos para proteger el bien jurídico del que es portadora. Según el principio de «*Selbstverantwortungsprinzip*» o autorresponsabilidad de la víctima, cuando la víctima, por iniciativa propia, renuncia a hacer uso de las medidas de autoprotección de las que dispone y en consecuencia abandona el bien jurídico, ha de eximirse de responsabilidad penal al autor. Básicamente se trata de examinar sí, y en que medida el comportamiento de la víctima es relevante en la determinación de la responsabilidad criminal del autor, como atenuante, como eximente, o como agravante. Como tesis de principio, se acepta por la doctrina y la jurisprudencia alemana aceptan los principios de la victimodogmática, limitándola a ámbitos concretos: en la imputación objetiva, en los delitos imprudentes y en los de omisión. Cuando se trata de aplicar a los delitos dolosos, se distinguen dos orientaciones en la victimodogmática, la tesis mayoritaria, se decanta por una posición moderada, que sostiene que el comportamiento de la víctima puede tomarse en cuenta en el ámbito de la medición judicial de la pena, dando lugar a una atenuación de la responsabilidad pero siempre dentro del marco penal típico, solo podría sobrepasarse la mera atenuación cuando así estuviese expresamente previsto por la ley. La tesis minoritaria, radical, a partir de la idea de *hipertrofia punitiva*, considera el ámbito de la determinación de la pena insuficiente, afirmando la posibilidad de exención de responsabilidad en otros casos. Se crean directrices interpretativas para concretar el principio de *ultima ratio*. La máxima victimológica sería un principio regulativo dirigido a la restricción de los tipos penales, eliminando del ámbito de la penalidad, aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima ni merece ni necesita protección. En estos casos el hecho será impune por atípico. Lo que será aplicable en delitos en los que aparece una víctima individual y en los «delitos de relación», es decir, aquellos que precisan para su consumación de un determinado comportamiento de la víctima y no a delitos de intervención en los que no se requiere de la interacción entre autor y víctima. Cfr., entre otros, HASSEMER, ADPCP 1990, 248, ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: BERISTAIN/DE LACUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 75, 195, 229; el mismo, CDJ XV, 1993, 21 ss.; BUSTOS/LARRAURI, *Victimología*, 1993, 23; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 257 ss.; DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 179 ss.; LANDROVE, *EPCrim XXI*, 1998, 174; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 43. Crítico del reconocimiento de la victimodogmática, ROXIN, DP PG I, 1997, §14 n.m. 19-20, 564, señala que no existen datos que apoyen la tesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento o la necesidad de pena de que la víctima adopte medidas de autoprotección exigibles por el ordenamiento. Un hurto sigue siendo hurto aunque la víctima haya procedido de modo descuidado con las cosas propias. Tampoco se puede deducir de la idea de subsidiariedad el principio victimológico. Si el Derecho penal es reconocido como la *ultima ratio* de la política social, el principio solamente significa que no se puede imponer una pena cuando el Estado tenga a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar los conflictos sociales, pero ello no implica que tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se pueda proteger a sí mismo. La extensión del principio a las posibilidades de autoprotección sería desconocer que *ius puniendi* es una descarga de las tareas de protección en manos del Estado. Donde «*vigila el ojo de la ley*» el ciudadano lejos de dedicarse al aseguramiento de su personalidad puede enfocarse en su desarrollo. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: BERISTAIN/DE LACUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 201. En forma crítica LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 24, apunta diferencias entre la victimodogmática y la

teoría del delito,¹³⁰ nos permite señalar que la víctima ocupa un papel más allá, que el de lesionado por el delito.¹³¹

Otra consecuencia de la victimología en la dogmática penal ha sido la consideración de la reparación del daño como pena o sustitutivo penal, que nos recuerda la inacabable polémica de los fines de la pena.¹³² El concepto normativo de los fines de la pena se enriquece, según HASSEMER, con la atención a la víctima ya que no sólo se refiere a la reparación material del daño, sino también a la «*rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la*

victimología y señala que la victimodogmática aparece asumiendo la postura de la victimología convencional, con sus viejos paradigmas.

¹³⁰ En este sentido, la victimodogmática requiere la apertura del delito a las ciencias empíricas y sociales, siendo un presupuesto de aplicación de sus categorías, la verificación empírica de la contribución de la víctima del delito, es decir, si la misma merece y necesita protección por el Derecho penal. De no ser así y en base al principio de *ultima ratio*, puede excluirse la respuesta punitiva. Sobre ello, ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, CDJ XV, 1993, 21-23. Como refiere LANDROVE, EPCrim XXI, 1998, 175, la pretensión es de dar fundamento a una categoría dogmática, que implique un principio a tomar en consideración en toda la sistemática del delito y no solo referida al consentimiento o a la provocación.

¹³¹ La justificación de la victimodogmática se fundamenta en el reconocimiento de un Derecho penal preventivo frente a la retribución de culpabilidad. Una conducta culpable solo puede ser castigada cuando ella sea absolutamente necesario para la prevención de acciones socialmente nocivas. Sobre ello, SCHÜNEMANN, en: Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN, 1991, 175, señala que la concreción del principio de prevención puede resumirse de la siguiente manera: que la acción punible se dirija contra un bien jurídico digno de protección; que dicho bien jurídico haya sido menoscabado en forma grave (merecimiento de pena del hecho); que en atención a lo anterior, sea conveniente acudir a la protección penal, para prevenir acciones socialmente nocivas; que sea necesaria tal protección; que la aplicación del Derecho penal no produzca consecuencias perjudiciales desproporcionadas (la denominada necesidad de pena).

¹³² Aunque para autores sumamente respetables, esta orientación hacia la víctima sea algo secundario a otros intereses. Así, y en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 179; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 235, para quien la protección a la víctima es una coartada económico-liberal, pues el trasfondo de la desformalización es la reducción de la intervención estatal que resulta costosa y poco rentable tanto desde el punto de vista de los servicios sociales de rehabilitación como desde la perspectiva de atención a la víctimas. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 189, 191-192, 201.

*línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente)».*¹³³

Es apreciable igualmente un decidido impulso en la elaboración de programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito.¹³⁴ La preocupación por las víctimas ha dado lugar al nacimiento de diversas organizaciones,¹³⁵ que al principio se dedicaron a sensibilizar sobre ciertos puntos concretos y permitieron tomar conciencia de la victimización individual y estructural.¹³⁶

Posteriormente, en los últimos veinte años, los programas se han consolidado, distinguiéndose entre programas de asistencia

¹³³ Vd., HASSEMER, Persona, 1999, 197-198. En ese sentido, la STC 150/1991 de, 4 de julio, señala la dignidad del hombre como fundamento del orden político (art. 10.1 CE). Sobre la tutela judicial efectiva de las víctimas se pronuncia el Tribunal Constitucional, así, STC 84/1992 de, 28 de mayo; STC 5/1993 de 14 de enero. Sobre ese tema y el reconocimiento de la tutela judicial efectiva a víctimas de intereses difusos, cfr., ARIAS, El Foro, n.º 4, 2003, 32.

¹³⁴ Sobre ello, ampliamente, LANDROVE, La moderna, 1998, 77 ss.

¹³⁵ En la preocupación por la víctima se observan distintas tendencias político-criminales que mantienen una fuerte tendencia propagandista y orientada a la acción, cfr., sobre ello, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 163 ss.; LARRAURI, JDem, n.º 15, 1992, 21; LANDROVE, La moderna, 1998, 95-96.

¹³⁶ Así por ejemplo, los movimientos feministas que denunciaron que las mujeres eran maltratadas y necesitaban ayuda; otro ejemplo son las iniciativas a favor de la protección del medio-ambiente. En España son pioneras en la asistencia a las víctimas de los delitos, en sus necesidades más inmediatas, de tipo material, físico o psicológico, que experimentan las víctimas de ciertos delitos, por lo general no denunciados; entre otras: La Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas (1973), la Asociación de Víctimas del terrorismo (1981), la Oficina de Ayuda a la víctima del delito de Valencia (1985) y sus homólogas de, Barcelona (1989), Palma de Mallorca (1989), Alicante (1990), Bilbao (1991), Castellón (1992), Las Palmas de Gran Canaria (1993), San Sebastián (1994), Vitoria (1995), Murcia (1995). Sobre ello, SANGRADOR, en: JIMÉNEZ/CLEMENTE (Compiladores): Psicología social, 1986, 86 ss.; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 161; LANDROVE, La moderna, 1998, 86 ss.; GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 152.

inmediata, programas de reparación del daño a cargo del propio delincuente, y programas de asistencia a la víctima-testigo.¹³⁷

La preocupación por la víctima en su dimensión social ha favorecido la creación de fondos de ayuda y resarcimientos a cargo del Estado.¹³⁸

Otra arista se perfila desde la perspectiva procesal penal¹³⁹. Se reconoce a la víctima como sujeto procesal que puede tener una

¹³⁷ Cfr., LANDROVE, *La moderna*, 1998, 86 ss. Sobre la LO 19/1994 de, 23 de diciembre «de protección de testigos y peritos en causas criminales», que introduce medidas para la protección de los testigos tales como ocultar su identidad, imagen o localización, proporcionar protección policial en la conducción a las dependencias judiciales o incluso de modo permanente, vd., TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, 1998, 221.

¹³⁸ Durante muchos años ha existido en España la indemnización a las víctimas de los delitos terroristas, vd., el Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979 y el Real Decreto de 18 de julio de 1997, Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Terrorismo, en el que se mejora cualitativa y cuantitativamente este tipo de ayudas y se impulsa la asistencia integral personalizada a las víctimas de este delito. Otro importante paso en la ayuda y asistencia a las víctimas es la Ley 35 de, 11 de diciembre de 1995, con la que se apoya a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que demuestra la preocupación por la suerte de las víctimas. Se trata de ayudas económicas, más no de indemnizaciones ya que el Estado no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito. Son pues, ayudas inspiradas en el principio de solidaridad social. Recientemente, Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con la Víctimas del Terrorismo y su Reglamento de ejecución Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo. Los programas de asistencia a la víctima-testigo, son los de más tardía aparición, así, la Ley de protección a la víctima de 18 de diciembre de 1986, que entró en vigor el 1 de abril de 1987. Cfr., HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 269 ss.; SOLÉ RIERA, *La tutela*, 1997, 109, 220 ss; LANDROVE, *EPCrim XXI*, 1998, 181, ss; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 27, especialmente n. 73., sobre la situación en Alemania, vd., 142.

¹³⁹ Sobre la incidencia de la victimología en el Derecho procesal penal, cfr., SCHENEIDER, en: Homenaje a ANTONIO BERISTAIN, 1989, 379 ss.; ESER, en: MAIER, Julio B.J.(Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 16, 31, 50; LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 26; RAMOS MÉNDEZ, en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Director): *Justicia* 95, n.º III-IV, 1995, 30 ss.; SOLÉ RIERA, *La tutela*, 1997, *pássim*. Un enfoque sobre la víctima en el proceso penal centroamericano, cfr., LLOBET, *La víctima*, 2004, *pássim*. Para BERISTAIN, *RDPCrim* 1993, 156, a la víctima del delito debe reconocérsele el derecho a intervenir en el momento de la determinación de la pena, como corolario del derecho a una participación más activa, lo que se conseguiría a través de la división del proceso en dos fases y en esta segunda fase se podría llevar a cabo la mediación, la conciliación y la reconciliación. Según la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa n.º R (92) 17 de, 19 de octubre de 1992, Sobre la coherencia de la determinación de la pena. Acerca de la

intervención más activa y con mayor capacidad de decisión,¹⁴⁰ al tiempo que estudiado y analizado el proceso de victimización secundaria la victimología ha señalado que la víctima debe ser protegida en el proceso penal para no ser revictimizada.¹⁴¹

Desde el punto de vista procesal a víctima se le vincula con la posibilidad de resarcimiento del daño ocasionado por el delito.¹⁴² La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto suscitado por el mismo un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas.¹⁴³

conexión de la teorías de la reparación del daño con el principio de oportunidad, en el que se evalúa, entre otros muchos aspectos, la situación de la víctima y se estimula la pronta reparación cfr., LANZAROTE, PJ n.º 34, 1994, 147; SANTANA, ADPCP 1994, 117; ARMENTA DEU, en: SILVA SANCHEZ, (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 229.

¹⁴⁰ Podrían presentarse algunas dificultades en el ámbito procesal penal, en cuanto al reforzamiento de la víctima en el proceso, en el sentido de que solo aquellas víctimas activas y capaces podrían afrontar la sobrecarga que significa su nueva postura procesal. Siendo posible que en algunos casos la desigualdad de armas lleve a injusticias. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 191-192. Lo que es evidente en delitos contra bienes jurídicos colectivos, en los cuales de por una parte está una o varias empresas o consorcios de empresas de gran poder económico y por otra, solo un conjunto de personas quizás de escasos recursos. Vd., BUSTOS/LARRAURI, *Victimología*, 1993, 56, el caso del aceite de colza que ocasionó en barrios populares la muerte de 600 personas y la afectación en la salud de otras 25.000.

¹⁴¹ Por todos, vd., GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 145 ss.

¹⁴² En la doctrina alemana el debate sobre la revalorización de la víctima se orienta en tres dimensiones: la atribución de un papel más activo en el procedimiento penal, la oferta de instrumentos de protección en el curso del proceso, y la toma en consideración de sus intereses con especial atención a la reparación del daño. Cfr., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 142.

¹⁴³ Cfr., en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 341-342.

En ese sentido, la Instrucción I/92, de la Fiscalía General del Estado, señala que la protección a la víctima no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr la satisfacción penal a la víctima de todos los efectos del mismo que incluye: restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios.¹⁴⁴

En síntesis, podemos afirmar que los planteamientos de la victimología han contribuido a consolidar una política criminal orientada a la víctima, que es expresamente reconocida por la Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo.¹⁴⁵

En mi opinión, el Derecho penal del tercer milenio, aún cuando este abierto a estos nuevos paradigmas, otorgue un lugar a las víctimas y a la realización de conductas reparadoras, en su esencia es protector de bienes jurídicos especialmente valiosos y garantista.¹⁴⁶ Legitimándose la restricción de derechos que realiza el Derecho penal en la medida en que es imprescindible para proteger los derechos vitales y libertades de la mayoría de los ciudadanos. De tal suerte que su más difícil tarea será lograr un

¹⁴⁴ Cfr., DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 199.

¹⁴⁵ Así, y en ese sentido, STS 5-julio-1994 (A6246), la reparación del daño contribuye a «facilitar en muchas ocasiones el restablecimiento, hasta donde es posible, de la paz de la víctima, a la que ha de ser prestada la mayor atención posible desde todos los puntos de vista y, especialmente, del jurídico-criminal»; STS 7-diciembre-2002 (A 2225) «Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal»; STS 30-junio-2003 (6328) «El legislador por razones utilitarias o de política criminal ha puesto sus ojos en la históricamente olvidada y desatendida situación de la víctima»; STC 84/1992, de 28 de mayo, en la que se observa que la indemnización a las víctimas que han sufrido las consecuencias de un accidente de tráfico, existe una influencia directa de las tendencias internacionales de protección a la víctima.

¹⁴⁶ En sentido contrario, BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 359-360.

equilibrio entre las pretensiones de las víctimas que ven amenazados sus derechos por otros ciudadanos y deben ser protegidos por el Estado y los delincuentes que a su vez son amenazados por el Estado y en ese sentido requiere un máximo de garantías y mínimo de intervención.

De lo contrario ya no sería Derecho penal sino algo radicalmente distinto cercano a las aspiraciones de RADBRUCH, que señalaba: *«Antes bien, pudiera suceder al contrario, que la evolución del Derecho penal trascendiera del Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocara, no en un Derecho penal mejor, sino en un derecho de mejora y prevención, que fuera mejor que el Derecho penal, es decir, más humano e inteligente»*.¹⁴⁷

1.3. FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES

El enfoque y orientación hacia la víctima del delito en el Derecho penal se ha situado en un primer plano de la atención doctrinal, considerándosele «un tema de moda», fundamentalmente por la difusión de experiencias de compensación entre autor y víctima, y de las propuestas encaminadas a conceder a la reparación un nuevo estatuto en la regulación de las consecuencias jurídicas del delito.

La reparación del daño es reivindicada por corrientes de política penal muy diversas. Pues, como señala SCHNEIDER, ya no se trata *«de una cuestión de simpatía hacia las víctimas, de "victimofilia", o de una justa compensación entre los intereses del Estado, el autor y la víctima. Se trata más bien de nada menos que*

¹⁴⁷ Cfr., RADBRUCH, Filosofía, 1944, 221.

*la adaptación de la justicia criminal a la cambiante estructura social y económica».*¹⁴⁸

En esta preocupación por la víctima y por la incorporación en el Derecho penal de la reparación del daño, los modelos de justificación se orientan en distintas tendencias político-criminales, que transparentan su afán por imponer sus ideas. Éstas, según DÜNKEL, serían: la ideología de la atención, la ideología de la resocialización, la ideología de la retribución o del Derecho penal; la ideología abolicionista.¹⁴⁹

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ¹⁵⁰ agrupa las corrientes de pensamiento en tres direcciones: a) que en el Derecho penal prime la orientación sobre la víctima actual, respecto de la clásica orientación de la víctima potencial; b) que se produzca una unión de ambas orientaciones; c) que la orientación a la víctima actual se inserte en el contexto clásico de un Derecho penal orientado a la víctima potencial.¹⁵¹

En mi opinión, del análisis de las posturas antes descritas podríamos concluir que todas pueden reconducirse a las tendencias político-criminales que dominan el panorama doctrinal actual a saber las posturas: abolicionista, resocializadora y garantista.

¹⁴⁸ Vd., SCHNEIDER, cit., por TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 174, n. 8.

¹⁴⁹ Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 163 ss. Sobre ello, LARRAURI, *JDem*, n.º 15, 1992, 21, que observa en este resurgimiento de la victimología justificaciones políticas de merecimiento, de «ley y orden» y la mayor rentabilidad política de satisfacer a la víctimas que a los delincuentes. En igual sentido, vd., LANDROVE, *La moderna*, 1998, 95-96.

¹⁵⁰ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *PJ* n.º 45, 1997, 194-195.

¹⁵¹ En ese sentido, según explica SILVA SÁNCHEZ, *PJ* n.º 45, 1997, 190, el Derecho penal se orienta a la víctima potencial tratado de impedir que se convierta en víctima actual.

1.3.1. Tesis abolicionista

A) En algunas de las propuestas de reparación del daño inciden las tesis del abolicionismo. Sus ideas iniciadas, entre otros, por CHRSTIE, HULSMANN y MATHIESEN,¹⁵² y presentadas en el Noveno Congreso de Criminología de Viena, en 1983, señalan en síntesis¹⁵³ que el Derecho penal «roba o sustrae» el conflicto a sus titulares reales, autor y víctima, lo que aumenta el daño causado por el mismo.¹⁵⁴ La satisfacción de la víctima dificulta, asimismo, la resocialización del autor; en fin, el principio de humanidad sufre importantes atentados con sanciones que añaden violencia a la ya ejercida por el autor contra la víctima.¹⁵⁵ En consecuencia se realizan propuestas para la devolución del conflicto a la sociedad de la que procede.¹⁵⁶

¹⁵² El abolicionismo es el nombre que se da a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo, así, y en ese sentido, COHEN, en: AA.VV: Abolicionismo, 1989, 15. Sobre el desarrollo de las ideas abolicionistas en Europa e Iberoamérica, cfr., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 65, que señala la variedad de perspectivas de las tesis abolicionistas, distinguiéndose dos grupos el fenomenológico y el estructuralista; GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 150.

¹⁵³ Cf., LARRAURI, PYC n.º3, 1987, 96.

¹⁵⁴ Así, CHRISTIE, en: AA.VV: Abolicionismo, 1989, 139, señala que existe un renovado interés en la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, las que se basan en discusiones directas entre las partes que con frecuencia terminan en una reparación del daño. Para HULSMAN/BERNAT, Sistema, 1984, 122, las experiencias deben organizarse al margen del sistema jurídico, a través de encuentros «cara a cara», y a través de mecanismos de arbitraje y conciliación.

¹⁵⁵ Vd., HULSMAN/BERNAT, Sistema, 1984, 79 ss; CONSEJO DE EUROPA, Decriminalización, 1987, *pássim*; CHRISTIE, en: MAIER, (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 163 ss.; MATHIESEN, en: AA.VV: Abolicionismo, 1989, 109 ss. Particularmente crítico de las teorías abolicionistas, vd., FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 341.

¹⁵⁶ En igual sentido se manifestó BIANCHI, Concilium, 1975, 90 ss., al señalar que uno de los puntos centrales es que debe tratar de recortarse el papel del Estado, pues los delitos son conflictos entre personas y tienen que ser dirimidos por ellas.

Su preferencia por los procedimientos descentralizados e informales de resolución de los conflictos se basa en que éstos pueden aportar soluciones más satisfactorias para todas las partes, y son menos violentos en su conjunto, que los procedimientos institucionalizados. El conflicto queda en manos de sus reales protagonistas, el autor y la víctima, los que son puestos en contacto a través de un mediador.¹⁵⁷

Dentro de propuestas teóricas de la reparación del daño que se fundamentan en las tesis abolicionistas, es posible observar dos posiciones:¹⁵⁸ la posición radical, estaría representada por quienes defienden una teoría pura de la justicia restauradora;¹⁵⁹ la postura moderada cuyos seguidores propugnan el recurso a la justicia informal y a formas de reprobación distintas a la pena, que se caracterizan por un mayor contenido simbólico.

Desde la perspectiva radical, la pretensión a diferencia del Derecho penal tradicional no es la consecución de fines de prevención general o especial, sino la compensación a la víctima, por el daño sufrido.¹⁶⁰ Lo realmente importante es satisfacer las necesidades y derechos de la víctima, como la compensación pertenece a la víctima se admite la posibilidad de delegación, subrogación por compañías de seguros, arbitraje. Finalmente, se propugna la abolición del Derecho penal y su absorción por el

¹⁵⁷ Vd., HULSMAN/BERNAT, *Sistema*, 1984, 116 ss.; CHRISTIE, en: AA.VV: *Abolicionismo*, 1989, 139.

¹⁵⁸ Cfr., WRIGHT en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 529; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 83.

¹⁵⁹ Aunque según, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador), *De los delitos y las víctimas*, 1992, 58 y ROXIN, *PJ* n.º 49, 1998, 375, las corrientes abolicionistas en Europa cuentan con algunos partidarios entre los criminólogos, más que entre los juristas.

¹⁶⁰ Vd., BARNETT, *ETHICS* (87), 1977, 287, 290.

Derecho privado,¹⁶¹ porque se considera que la reparación es una verdadera alternativa al sistema formalizado de justicia penal.

La posición, moderada, considera que si el Derecho penal no se puede abolir, por lo menos la reparación puede llevar a una reducción de la pena estatal. La reparación tendría el carácter de sanción penal y no sería una alternativa al Derecho penal.¹⁶² Las tesis que más se acercan a esta postura son las de la justicia reparadora, según la cual se compensa (en lugar de castigar), reintegra (en lugar de excluir) y media (en vez de imponer).¹⁶³

Para GARCÍA-PABLOS,¹⁶⁴ es posible distinguir en este segundo grupo otro sector doctrinal. Se trata de un grupo de autores tributarios de las ideas del «*nuevo realismo radical*», que es una corriente de la Criminología nacida en los años noventa y que enfatiza el papel de la víctima y la necesidad de una intervención comunitaria.¹⁶⁵

Entre los seguidores de esta posición destacan MUGFORD, BRAITHWAITE, PETTIT, DUFF, que preconizan las soluciones informales porque consideran que tienen una respuesta más eficaz a la comisión de delitos. La diferencia con aquél otro grupo son sus métodos, se recurre a la censura, la condena moral y la reprobación, los delincuentes estarían sometidos a un control comunitario, mucho más efectivo. Las «*ceremonias ciudadanas de reprobación y de vergüenza reintegrativa*», responden mucho

¹⁶¹ Vd., en ese sentido, BIANCHI, *Concilium*, 1975, 93.

¹⁶² En ese sentido, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 84.

¹⁶³ Vd., LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 173.

¹⁶⁴ Cfr., GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 150.

¹⁶⁵ Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 59.

mejor que la coerción y la criminalización que generan exclusión y subculturas.¹⁶⁶

Quizás podría pensarse en algún enlace a la postura abolicionista en las propuestas del Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM), porque existen puntos de encuentro en cuanto a la desformalización y a la posibilidad final en la escalada de utilización de la reparación en lugar de la pena de abolición de ésta.¹⁶⁷

Esta posible vinculación es negada expresamente por sus impulsores,¹⁶⁸ quienes consideran que el abolicionismo es una utopía, aparte de que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es, por esencia, distinta a la pena y no encuentra lugar en el Derecho penal, entretanto, la «tercera vía» cumple las funciones asignadas a la pena, de prevención general y especial.¹⁶⁹

En la justificación del Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM), claramente se rechaza la idea de abolición del Derecho penal, afirmándose que el Estado es quien está llamado a la protección del necesitado de defensa ante las acciones

¹⁶⁶ Ampliamente VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 60 ss.; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 150-151.

¹⁶⁷ Así, lo señala CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 84, n. 154, que clasifica al Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM), dentro de la postura abolicionista moderada. Antes le parece observarlo a PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 13, aunque no específicamente en Proyecto alternativo, sino en otras posturas que abogan por la subsidiariedad de la pena.

¹⁶⁸ Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 25, 47, que en ese sentido, señala: «*la reparación no es el instrumento para abolir en general el control jurídico-penal. Sólo crea un espacio libre para la autonomía en el marco de este control y acentúa el principio de responsabilidad en el restablecimiento de la paz jurídica*».

¹⁶⁹ En ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 165; ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 139; el mismo, *PJ* n.º 49, 1998, 37.

socialmente dañosas, tiene el deber de organizar y controlar la superación del delito y por otra parte el deber de respetar los derechos del autor del hecho.¹⁷⁰

B) Las tesis abolicionistas que persiguen la privatización del conflicto han sido duramente criticadas.¹⁷¹ La pretensión de «*dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos*» para un sector doctrinal mayoritario no pasa a ser más que una declaración de buenas intenciones.

Indudablemente existen en la sociedad delitos violentos, económicos, ecológicos, sexuales cuyas repercusiones son tan impactantes en la sociedad, en los que resulta imposible pensar que pueda por algún otro mecanismo o ámbito del Derecho sustituirse la función del Derecho penal.¹⁷² No obstante, el pensamiento abolicionista ha permitido visualizar algunos de los problemas del Derecho penal, tales como el exceso de formalismo, la despersonalización, los excesos en la función instrumental como son rendimiento/productividad *versus* realización de la justicia, así como «*el progresivo distanciamiento de los valores éticos culturales, de la propia experiencia humana, porque le interesa más el castigo del culpable que la solución efectiva del problema criminal, más el acierto técnico en la aplicación de la ley al caso concreto que la Justicia material, que la reparación del daño ocasionado a la víctima y a la comunidad*».¹⁷³

¹⁷⁰ Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 46-47, «*La reparación no es el instrumento para abolir en general el control jurídico-penal. Sólo crea espacio libre para la autonomía en el marco de este control y acentúa el principio de responsabilidad en el restablecimiento de la paz jurídica*».

¹⁷¹ Recientemente, BERISTAIN, EGUZKILORE n.º ext. 10, 1997, 63; GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 184 ss.

¹⁷² Vd., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 22; DÍAZ, La reparación, 1995, 13.

¹⁷³ Cfr., GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 185.

1.3.3. Tesis resocializadora

La reparación del daño también ha sido reivindicada por la corriente político-criminal resocializadora, que observa en ésta un gran potencial preventivo-especial, en la medida que se le confronta con el daño causado y con la víctima.¹⁷⁴ El esfuerzo reparador es un elemento central ya que en él se expresan los elementos de resocialización y reconocimiento de la norma.¹⁷⁵

El punto de partida es el abandono de la concepción patológica del delincuente y de los modelos clínicos, emergiendo con fuerza una visión más humana y racional del delincuente, como sujeto capaz de responsabilizarse de sus actos y de participar activamente en la búsqueda de respuestas y soluciones.¹⁷⁶ Como señala ROXIN, si a través del acuerdo víctima-delincuente el autor del hecho no deberá ir a la prisión con las consecuencias nocivas y discriminatorias que ello conlleva, y de esta forma vuelve a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento.¹⁷⁷

Las sanciones penales cada vez más se alejan de la función preventivo-especial positiva, propiciándose una victimización y estigmatización del delincuente que dificulta el encuentro consigo y con la sociedad. Si con la pena se han producido éstos efectos negativos, con la reparación se pretende que a través del proceso de conciliación o de mediación reparadora, no sólo se eviten

¹⁷⁴ Vd., en ese sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 201; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 172.

¹⁷⁵ Sobre ello, ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, 4; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 182; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 74; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 324, 328.

¹⁷⁶ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 166.

¹⁷⁷ Cfr., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, 4.

funestas consecuencias para el autor, sino que el sujeto descubra y sea consciente de su responsabilidad se reencuentre consigo mismo y con la sociedad.

Los aspectos simbólicos de la conciliación, por su parte, ayudan a al reequilibrio emocional del delincuente. La reparación a la víctima en el que se promueva un encuentro cara a cara se muestra como un mecanismo muy apto de resocialización.¹⁷⁸

Los autores que afirman el efecto resocializador describen que la reparación del daño puede operar cambios de actitud y motivacionales, aunque no coinciden en cuanto a su objeto y contenido, ni como debe producirse, ni cuáles serán sus principales variables.¹⁷⁹

En general, tienden a adherirse a las ideas de repersonalización, reconciliación y fundamentalmente se valora el esfuerzo del autor de la reparación, no siendo necesaria una reparación total o integral.¹⁸⁰ La meta es llevar al autor a un actuar social activo. Una condena a la prestación reparatoria convertiría al autor en objeto y no habría ninguna razón para lograr por ello beneficios que tampoco obtendría con la condena en un proceso civil separado.¹⁸¹

Para los impulsores de éstas ideas, el proceso penal ha marginado la dimensión horizontal del delito de relación interpersonal, como conflicto entre el delincuente y la víctima. A

¹⁷⁸ En este sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 115; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): *Responsabilidad penal*, 1993, 342.

¹⁷⁹ Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparatoria*, 1998, 339; GARCÍA-PABLOS, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 145.

¹⁸⁰ Vd., ampliamente, Parte II, Capítulo II, 3.2.1.

¹⁸¹ Cfr., ROXIN, en: *Seminario -Germánico*, 1992, 15.

partir del redescubrimiento de la víctima por el Derecho penal debe propiciarse un nuevo entendimiento en la solución del conflicto que tome esa horizontalidad, siendo esencial el dar satisfacción a la víctima.

Otro aspecto que el Derecho penal ha dejado de lado es el proceso que ocurre en el plano psicológico-emocional del autor del hecho. El castigo genera una resistencia y se niegan los efectos del mismo, la neutralización genera en el delincuente explicaciones auto justificativas y autoexculpatorias que impiden al autor la asunción del hecho y niegan la empatía y reconciliación con la víctima.¹⁸² Los procesos extrajudiciales de conciliación, reparación y mediación favorecen la asunción de responsabilidad por el delincuente, quien conjuntamente con la víctima resuelven sus propios problemas.¹⁸³

De manera que en síntesis los representantes de esta orientación señalan que la resocialización se refiere a dos aspectos de carácter personal: la responsabilidad personal y la atención a la víctima.¹⁸⁴ La propuesta concreta de este sector doctrinal es el encuentro directo entre el delincuente y la víctima, que generara actitudes positivas en el autor del delito, le responsabiliza y le predispone anímicamente a la reparación del daño causado.¹⁸⁵

¹⁸² Sobre ello, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 175; FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995, 64; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 218; GARCÍA-PABLOS, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 153;

¹⁸³ En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 218,316; la misma, en: *Homenaje a LIDÓN*, 2002, 474 ss. Acerca de la asunción de responsabilidad desde el punto de vista del psicoanálisis, vd., VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 360.

¹⁸⁴ En ese sentido, cfr., SCHNEIDER, *EPCrim*, XV, 1992, 211; GIMÉNEZ-SALINAS, *PAPERS*, n.º 8, 1992, 95; PÉREZ SANZBERRO, en: *Homenaje a LIDÓN*, 2002, 484.

¹⁸⁵ Algún autor se refiere a una prestación composicional, así, y en ese sentido, FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995,64.

Al Derecho penal se le asignan funciones pedagógicas, no sólo respecto del delincuente mismo sino para con la sociedad.¹⁸⁶ La terapia o tratamiento del delito es consecuencia de la percepción del daño causado, del proceso de relación entre el autor y la víctima y del cambio actitudinal en el autor y la disposición en reparar el mal ocasionado.¹⁸⁷

Más radical es la postura de algunos sectores doctrinales que se refieren a que la resocialización alcanza no sólo al delincuente, sino también a la víctima,¹⁸⁸ quien sufre revictimizaciones en el proceso, por lo que la reparación del daño aparece como la panacea para devolver a la víctima su rol en la solución del conflicto.

Se dirigen múltiples críticas a estas corrientes doctrinales que retornan con un nuevo discurso a la resocialización y reintegración del delincuente.¹⁸⁹ No vamos ahondar en ellas, pues, un amplio análisis efectuaré en el Capítulo II, 3.3.

Por ahora solamente apuntaré que esta neo-resocialización, que exige al delincuente compromisos mas allá de la responsabilidad por el injusto culpable, con tintes morales, con ceremonias morales o de reprobación, o de intromisión dudosa en la conciencia del delincuente, constituye, por mucho que se quiera

¹⁸⁶ En ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 170.

¹⁸⁷ Sobre ello, cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 314. Crítico del efecto pedagógico de la reparación del daño, tras el cual puede esconderse un cambio de etiquetas del reclamo moral, cfr., GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 154. GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 96, señala que no se pretende con la conciliación víctima-delincuente al actuación de principios reeducativos.

¹⁸⁸ Cfr., en ese sentido, BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, 357, quien en su afán por mostrar que la víctima es un sujeto activo y dinámico, parece proponer el Código penal de las víctimas y el principio *in dubio pro víctima*. Sobre ello, GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 145.

¹⁸⁹ Fundamental, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 182.

disfrazar, una nueva forma represión y ni siquiera es más sutil, sino frontal y extremadamente simbólica.

1.3.3. Tesis garantistas

Se ha mencionado por algunos autores que pareciera que las tesis garantistas, de entrada no aceptan la reparación del daño como respuesta sancionatoria.¹⁹⁰

En mi opinión, el enfoque garantista ha cuestionado la apertura y diversidad con que incursionaron la ideas de la reparación del daño, en el Derecho penal, en virtud de la atención prestada a la víctima de un tiempo a esta parte. Pretendiéndose desde algunas de sus posturas radicales la superación del Derecho penal, y desde posturas moderadas, una merma de la pena o la sustitución por otras formas de control social y en consecuencia la disminución del conjunto de garantías materiales y procesales que le caracterizan. Garantías por lo demás, de tal amplitud que protegen al ciudadano del *ius puniendi*, independientemente de si ha violado el ordenamiento jurídico o no.¹⁹¹

Sin embargo si el depositario final, será el Derecho penal, porque a la reparación como consecuencia jurídico penal se anudan contenidos aflictivos y punitivos es con las categorías que éste posee y con lo métodos de interpretación del mismo que tenga que hacerse frente a esta realidad. En sentido contrario estaríamos frente a otra forma del conocimiento que no es Derecho penal, sino otra cosa.

¹⁹⁰ Así y en ese sentido, FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1995, 255, 420; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 172.

¹⁹¹ Desde las posturas garantistas se han efectuado objeciones, al método o procedimiento para alcanzar la reparación del daño, es decir, la mediación y conciliación víctima-delincuente. QUERALT, ADPCP 1996, 134 ss., sintetiza estas críticas que ya hemos tenido ocasión de analizar, agrupándolas en objeciones desde la perspectiva político-criminal y dogmático políticas y sistemáticas. Vd., *supra*, Parte I; Capítulo I, 3.3.1.3.

Desde el punto de vista garantista un amplio sector de la doctrina española acepta la reparación del daño en el Derecho penal,¹⁹² en vista de la *praxis* y buenos resultados obtenidos en la delincuencia leve y mediana, pero sujeta a una serie de limitaciones o matizaciones, pues difícilmente pueda renunciarse a las garantías constitucionales, penales y procesales que tanto ha costado conquistar y que aún hoy son vulneradas en muchos ordenamientos. En ese sentido se reconoce la importancia de los argumentos empíricos y su potencial legitimador en relación a los argumentos axiológicos, para finalmente efectuar proposiciones de *lege ferenda*, algunas de las cuales forman parte del Derecho positivo español.

Pese a las dificultades que se presentan para agrupar posturas por el incipiente tratamiento del tema me parece que la orientación mayoritaria de la doctrina se inclina por que la reparación del daño, inserta en el Derecho penal, que deberá comprender la función esencial del Derecho penal, es decir, que la protección de bienes jurídicos con fines preventivos, lo que es propugnado tanto por quienes conciben la reparación como «tercera vía» y quienes la conciben como atenuante y como sanción dependiente o sustitutivo penal.¹⁹³

¹⁹² Así, y en ese sentido, cfr., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 354-355; el mismo, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 200 ss; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 188 ss., DÍAZ, La reparación, 1995, 15; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 41 ss, 48, 51; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 406-407; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 177 ss; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 293 ss.; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 446; QUERALT, ADPCP 1996, 146 ss; CERESO MIR, Curso DP PG I, 1998, 40; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 80; LUZÓN PEÑA, Prólogo a Pérez Sanzberro, 1999, XXI, el mismo, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 165; ECHANO BASALDÚA, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 185; GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 1148.

¹⁹³ Por todos, vd., SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 198.

2. CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Resulta sumamente difícil trabajar con un concepto concreto de reparación del daño. Un vistazo a las distintas corrientes político-criminales que la sustentan, nos manifiestan la complejidad de esa tarea. Las múltiples influencias ideológicas nos patentizan ideas y conceptos que se relacionan entre sí, pero que no necesariamente significan lo mismo. Trataré en forma breve pero intensa de acercarme a la significación de cada uno de ellos.

La introducción de la reparación del daño y las propuestas de mediación y conciliación víctima-delincuente en la discusión de la dogmática penal ha llevado a algún autor a considerar que la reparación es un principio immanente al Derecho penal vigente en las legislaciones positivas. Lo que es demostrable al tenor de las obligaciones imponibles en el marco del sobreseimiento del proceso por la Fiscalía, las obligaciones imponibles judicialmente en la suspensión condicional de la pena o la misma pena de reparación, erigida en algunos países en sanción independiente,¹⁹⁴ o cuando la legislación expresamente prevé que la reparación del daño deberá ser considerada en la determinación de la pena.¹⁹⁵

En mi opinión, sin embargo, en la legislación española no podría concluirse de manera categórica que la reparación del daño sea todavía un principio inherente al Derecho penal. El Código penal de 1995¹⁹⁶ rechaza una orientación de la finalidad de la pena

¹⁹⁴ En ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 140.

¹⁹⁵ Tal como ocurre en el § 46 pfo. 2.º y § 46 a del StGB, en los que se incorpora expresamente el esfuerzo por reparar el daño y la conciliación como instrumentos político-criminales, a los que se les dota de efectos especiales de atenuación (facultativa § 49 pfo.1.º StGB) y en ciertos supuestos autorizan la renuncia a la pena en casos que no superen una determinada gravedad.

¹⁹⁶ Vd., LUZÓN PEÑA, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 164.

hacia la conciliación o acuerdo con la víctima, como forma de solución de los conflictos sociales, pues la ley penal no prevé la posibilidad de extinción, suspensión o sustitución de la pena por la conciliación ni por la reparación del daño.¹⁹⁷ Tan solo de manera tímida se le concede el carácter de circunstancia atenuante, art. 21.5.a¹⁹⁸ si la reparación se produce antes del juicio oral, o, de condición necesaria pero no suficiente para la condena condicional, art. 81.3.a, es uno de los aspectos a valorar por el juez para la sustitución de la pena, art. 88. 1.º y, a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio, de condición para el otorgamiento de la libertad condicional.

Distinta es la situación del Derecho penal juvenil donde uno de los principios informadores es la reparación del daño. En la LO 5/2000, de 12 de enero se incorpora la conciliación víctima-delincuente y la reparación del daño como una fórmula idónea para alcanzar la reeducación del menor, lo cual puede hacerse desde el

¹⁹⁷ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 186, niega que la reparación a la víctima sea un principio informador del Derecho penal.

¹⁹⁸ El artículo actual dividió el contenido de la anterior atenuante de arrepentimiento espontáneo en dos circunstancias: la de confesar la infracción a las autoridades (21.4.a) y la de reparación (21.5.a). La doctrina mayoritaria en forma favorable ha acogido esta distinción, señalando que se ofrece un tratamiento separado de dos supuestos distintos fundados en razones político-criminales diferentes, en el primer caso «restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado» y «auxilio de la Administración de Justicia»; en el segundo caso, como resultado de una disminución de las necesidades preventivas de la pena, a partir de la valoración de la conducta del delincuente que evita que el perjudicado sufra más daño o reduzca el conjunto de consecuencias derivadas del hecho criminal. En segundo lugar, en ambos casos se prescinde del arrepentimiento espontáneo y su alto componente moralizante. Sobre ello, entre otros, vd., VALLE MUÑIZ, *ComNCP*, 1996, 211; DE VICENTE, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 201; el mismo, voz «rectificación postdelictiva: reparación y confesión», *EPB*, 2002, 1088 ss; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (Coordinador): *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 137; PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes*, 1997, 396 ss.; RUIZ VADILLO, en: *CONDE-PUMPIDO (Director): Código penal*, 1997, 794 ss.; OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación*, 1998, 216 ss; TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, 1998, 205; QUINTANAR DÍEZ, en: *COBO (Director): Comentarios*, 1999, 758-761; MIR PUIG, *DP PG*, 2002, 604-606; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 507; QUINTERO OLIVARES, *Manual DP*, 2002, 735.

momento posterior al hecho y llega incluso hasta el ámbito del a ejecución.¹⁹⁹

2.1. DIFERENCIA ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

El concepto de reparación del daño ha sido aprehendido desde diferentes perspectivas del Derecho. Así, desde la perspectiva civil, se entiende por reparación civil extracontractual *«que reparar el daño presupone un juicio de reproche a quien efectivamente comete un ilícito, no por la vulneración de la Lex Privata, sino por la vulneración de la Naemine laedere»*.²⁰⁰ Esta definición está expresamente recogida en el artículo 1902 del Código civil español, que al tenor señala: *«el que por acción u omisión causa un daño a otro esta obligado a reparar el daño causado»*. Aspecto que es sintetizado en el antiguo apotegma *«quien daña responde»* como consecuencia directa del respeto al patrimonio ajeno.

La obligación de reparar el daño *ex delicto* es la misma responsabilidad civil extracontractual,²⁰¹ con ubicación sistemática en el Código penal a causa de la remisión expresa del Código civil,²⁰² que distingue según sus fuentes a la obligación nacida de

¹⁹⁹ En ese sentido, GIMÉNEZ.SALINAS, MFC n.º9, 2000, 39; CONDE-PUMPIDO, en: CONDE-PUMPIDO (Director), Ley de la responsabilidad, 2001, 53.

²⁰⁰ Cfr., MARTÍNEZ-CALCERRADA, LL n.º especial monográfico, 1998, 2.

²⁰¹ En ese sentido, LÓPEZ BELTRÁN, Efectos civiles, 1997, 23; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 5; Sobre la crisis de la responsabilidad civil extracontractual, vd., la misma, 14. Para YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles, 1997, 32, la denominación responsabilidad civil derivada de delito es una expresión incorrecta aunque cómoda, porque la obligación de reparar es idéntica tanto si proviene de delito, como si se trata de una cuestión laboral, disciplinaria o administrativa.

²⁰² Lo que obedece a razones históricas. Sobre ello, GARCÍA/SOTO/DE LAMO/GUILLÉN, Responsabilidad civil, 1998, 9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce su naturaleza puramente civil. Así, y en ese sentido, STS 26-septiembre-1997 (A 6366); STS

delito o falta, con regulación en el Código penal. A partir del tenor literal del artículo 1092 del Código civil se reconoce expresamente la naturaleza civil de dicha obligación *«las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal»*.²⁰³

Para la doctrina mayoritaria tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado.²⁰⁴

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS de manera ostensible expone que el comportamiento dañoso no genera un tipo de responsabilidad, sino una obligación cuya prestación es la de reparar. *«La "responsabilidad civil", delictual, o extracontractual, no es la sanción del ordenamiento al que ha incumplido el deber general de no dañar. La "responsabilidad" en las relaciones obligatorias, como en la que nace si se produce un daño atribuible a un sujeto, es el sometimiento al poder coactivo del acreedor de*

24-octubre 1997 (A 7290). Señalando las injusticias derivadas del tratamiento de la una regulación de las cuestiones civiles en el Derecho penal y otra distinta en el Código civil para la misma situación fáctica. vd., en ese sentido, RUIZ VADILLO, en: COBO (Director): Comentarios, 1985, 363-364; YZQUIERDO TOLSADA, Aspectos civiles, 1997, 23.

²⁰³ Vd., por todos COBO/VIVES, DP PG, 1999, 967.

²⁰⁴ Vd., en ese sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 152. Para PANTALEÓN PRIETO, JDem, n.º19, 1993, 6, el interés de la reparación es el restablecimiento de una situación patrimonial. La diferencia en uno y otro caso, es relevante pues en la primera «restablecimiento del orden jurídico perturbado», con un interés no patrimonial, se satisface o desagravia el daño injusto que se reconoce al perjudicado destinatario de la reparación. En el segundo caso, si el carácter de la reparación es patrimonial, se discute la admisibilidad de un interés moral como fundamento de la obligación y el criterio de valoración pecuniaria posible para calificar el interés no patrimonial.

un débito, en este caso el deber de reparar; no el deber de "responder"». ²⁰⁵

La responsabilidad civil *ex delicto* involucra un interés privado, de satisfacción y restauración del orden jurídico perturbado,²⁰⁶ no considera el grado de culpa del autor del daño pues su función no es sancionadora.²⁰⁷ La responsabilidad civil comprende según el artículo 110 del CP 1995: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.²⁰⁸

Delimitada la naturaleza jurídica de la reparación *ex delicto*, como obligación civil, conviene referirnos a la reparación del daño como consecuencia jurídico-penal. Ésta coincide parcialmente con

²⁰⁵ Cfr., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 6, 38-39, 152.

²⁰⁶ Aunque, desde luego otra perspectiva del daño se aprecia en la compensación estatal a las víctimas de delitos. La doctrina reconoce de un tiempo a esta parte, la socialización del riesgo, fundamentándose en que la sociedad gesta la criminalidad y en ella debe asumirse equitativamente el riesgo consustancial a la convivencia humana. Sobre ello, HERRERA MORENO, La hora, 1996, 300; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 301.

²⁰⁷ Sobre la diferenciación entre pena y reparación de los daños del delito BINDING, señala: «La pena causa una herida, la reparación del daño debe curar otra, si es posible sin causar una nueva». Vd., BINDING, cit. por, CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 800. Para CUELLO CALÓN, DP PG, 1981, 800, la pena es un sufrimiento impuesto al culpable por el delito cometido, la reparación tiende a remediar el mal causado a su víctima. La pena es personal, solo puede imponerse a los que participan en el hecho, mientras la obligación de reparar e indemnizar puede recaer sobre personas que no tuvieron parte en la comisión del delito. La base de la imposición y graduación de la pena es la culpabilidad del reo, a mayor culpabilidad mayor pena, el deber de resarcir es independiente del elemento subjetivo. La pena es una institución de Derecho público sustraída a la voluntad privada, por el contrario la obligación de resarcir pertenece al Derecho privado y es susceptible de ser modificada por renuncia, o por perdón.

²⁰⁸ Acerca del contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*, vd., LUZÓN CUESTA, voz «Responsabilidad civil por delito», EJB IV, 1995, 5917 ss.; QUINTERO/TAMARIT, ComNCP, 1996, 558-559; LÓPEZ BELTRÁN, Efectos civiles, 1997, 67 ss;

la reparación del daño *ex delicto*, en cuanto a su contenido material de compensación del daño material e inmaterial.²⁰⁹

Sin embargo, a partir de las nuevas tendencias político-criminales, se pretende atribuir a la reparación del daño un papel importante en el sistema punitivo.²¹⁰ En la mayoría de las propuestas no basta con la reparación civil o resarcimiento, se exige algo más para que ésta adquiera el carácter de consecuencia jurídico-penal. Las ideas se dirigen a que la reparación sea una pena, un nuevo fin independiente de la pena; o una tercera consecuencia jurídica, al igual que la pena y medida de seguridad.²¹¹ Partiendo de que las sanciones penales deben cumplir los fines preventivos, en el capítulo II, analizaremos si la reparación del daño puede cumplir esas funciones en la tarea de protección de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal.

Desde la perspectiva penal, acorde con el proyecto más elaborado de introducción de la reparación del daño en el sistema de consecuencias penales, el Proyecto Alternativo de la Reparación, (AE-WGM), § 1, la reparación del daño es algo más que la compensación civil de los daños.²¹² Por lo general la víctima recibe

²⁰⁹ Desde el punto de vista de la reparación *ex delicto*, y de la eliminación de las fronteras entre Derecho civil y penal, para, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 11, se distinguen tres direcciones para garantizar la reparación del daño producido por el delito: las que proponen convertir la reparación a la víctima en una sanción penal; las que consideran que sería deseable una reprivatización del conflicto; las que enfatizan la conveniencia de que los Estados asuman sistemas de reparación pública a ciertas víctimas por determinados daños *ex delicto*. Acerca del cumplimiento de fines sociales por la reparación *ex delicto*, vd., la misma, 153; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 19.

²¹⁰ En desacuerdo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 628.

²¹¹ Cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 41.

²¹² Aunque no todos coinciden en que se exija algo más que la reparación civil en el Proyecto Alternativo de la Reparación, vd., en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 158. Sobre las múltiples críticas al Proyecto Alternativo de la Reparación. Fundamental y por todas, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 87 y ss.

pocos beneficios con una condena civil a la reparación, aunque ésta se lleve a cabo en el proceso penal, en tanto el delincuente se declara insolvente y no paga.²¹³

A la reparación del daño se le agregan otros contenidos que la hacen diferir de la tradicional división entre pena e indemnización del daño del Derecho civil. No contempla tan solo una indemnización de daños coincidente con la obligación civil, sino que se trata de elementos personalmente constructivos para la restauración de la paz jurídica. Lo que la convierte en un instrumento de aplicación múltiple y orientado conforme a metas político-criminales.²¹⁴ Se trata de «*un proceso creativo, una prestación social y personalísima, mediante el cual el autor asume su responsabilidad por el hecho ante la víctima y la sociedad*».²¹⁵

En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO,²¹⁶ señala para la reparación un contenido diferente al de la reparación civil del daño *ex delicto*, aunque no niega que puedan coincidir parcialmente.²¹⁷ Resaltando que la reparación puede requerir un *plus*, algo distinto, o hasta algo menos que la indemnización civil del daño para producir los efectos de atenuación o reducción de pena.

Bajo este concepto personal y constructivo la reparación puede consistir en prestaciones materiales, como la realización de trabajos en favor de la víctima, servicios en centros hospitalarios, o

²¹³ Particularmente crítico, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 60. Sobre las críticas y mi postura personal, *supra*, p. 67.

²¹⁴ Vd., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, 2-13. Especialmente vd., el principio de aplicabilidad universal que permite una flexibilización de la respuesta sancionatoria aplicable a múltiples casos y a todos los delitos.

²¹⁵ En ese sentido, SCHNEIDER, DPCrim 1993, 210; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43.

²¹⁶ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 19, 27, 368-369.

²¹⁷ En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 196.

asilos, regalos; pagos a fondos de indemnización de víctimas; como también prestaciones inmateriales tales como petición de disculpas.²¹⁸ Se acepta también la reparación simbólica, la reparación debe realizarse en primer lugar a favor del perjudicado, si no es posible, no ofrece ningún éxito, o no basta por sí solo, el destinatario será la sociedad.²¹⁹

2.2. CONCEPTOS DE CONTENIDO PARCIALMENTE DIVERSO

Con frecuencia pueden emplearse como sinónimos conceptos que son parcialmente diversos, aunque en el fondo los rasgos comunes son su tendencia a la solución del conflicto por el autor y la víctima a través de una prestación reparadora que se entiende como algo más que la reparación del daño civil *ex delicto*.

En ese sentido, DÜNKEL apunta que²²⁰ los conceptos de reconciliación y regulación de conflictos son los más amplios y tienen en común que remiten a una amplia recuperación de la paz social o, en su caso, al apaciguamiento del conflicto generado por el delito, o subyacente al mismo. La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños, por el contrario, aluden más bien a las circunstancias externas de las prestaciones reparatorias, materiales o inmateriales. Constituyen formas de reacción que pueden suavizar e incluso eliminar la pena en la criminalidad leve y mediana.

²¹⁸ Vd., BERISTAIN, Nueva criminología, 1994, HUBER, ADPCP 1994, 171; ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, 13.

²¹⁹ Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 67.

²²⁰ Vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 116.

2.2.1. Mediación víctima-delincuente

La mediación es una forma de resolución de los conflictos no exclusiva del Derecho penal,²²¹ pues se admite en otros campos jurídicos.²²² Algunos expertos definen la mediación como «*un proceso a menudo formal, por el que un tercero neutral trata, a través de la organización de intercambios entre las partes, de permitir a éstas confrontar sus puntos de vista y buscar, con su ayuda, un solución al conflicto que les enfrenta*».²²³

Desde la perspectiva de una connotada criminóloga y jurista la mediación puede definirse como «*un control social, activo, incluyente, positivo y participativo, ya que son los protagonistas del conflicto los que toman las decisiones, ayudados por un mediador, incidiendo en la motivación más que en la represión*».²²⁴

Las definiciones de mediación coinciden en que la solución de los conflictos jurídicos, se consigue fuera de los procedimientos formales del proceso penal.²²⁵ En la base de estas soluciones

²²¹ Cfr., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 452.

²²² Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son tres: la negociación, la mediación y el arbitraje, caracterizándose la mediación y la negociación porque son las propias partes en conflicto las que buscan la solución, con la intervención de un tercero en el primer caso y por sí mismas en el segundo caso. Cfr., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 73. Otra clasificación aporta el sociólogo norteamericano BLACK, quien partiendo de que el control social sería la forma cómo las personas identifican y responden al comportamiento desviado, distingue dos grandes categorías de formas de solución de los conflictos: aquellas en las que sólo participan los involucrados o protagonistas, y aquellas en las que interviene una tercera parte que interviene para llegar a un acuerdo. En la primera forma el control puede ser unilateral (autoayuda, murmuración, críticas), o bilateral (negociación sin intervención de un tercero); la segunda forma de control por intervenir un tercero (árbitro, mediador, o juez) es trilateral, cfr., BLACK, cit., por VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 27, 113-114.

²²³ En ese sentido cfr., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 54.

²²⁴ Cfr., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 446.

²²⁵ Sobre ello, CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 73.

informales o extrajudiciales se encuentra la idea de buscar una solución consensuada, negociada en la que interviene un tercero y se llega a una reparación del daño.²²⁶

Estas fórmulas se conocen en los Estados Unidos como ADR (Alternative Dispute Resolution) Resolución Alternativa de Disputas y nacen como respuesta a las deficiencias e ineficacia de los sistemas formalizados, es decir, Juzgados y Tribunales.²²⁷ Se desarrollaron desde la década de los 70 sobre todo en los EEUU y Canadá, y abarcan desde programas de escaso nivel de formalización en el sentido de la justicia vecinal (*neighbourhood justice*) hasta proyectos desarrollados en el plano policial, fiscal o judicial, que aplican la reparación de daños, los contactos directos delincente-víctima o el trabajo en provecho de la comunidad como condición del sobreseimiento del proceso en el sentido de la diversión o en el marco del proceso judicial sancionador (reparación como pena) o, durante el cumplimiento de la pena en la libertad condicional.²²⁸

La amplitud de los programas permite la aplicación tanto desde dentro de la justicia penal como fuera de ella. A partir del desarrollo del antecedente de la Resolución Alternativa de Disputas

²²⁶ En igual sentido, TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 31; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 178, que siguiendo a eminentes procesalistas contemporáneos adscribe la mediación a los procesos autocompositivos en que la solución del conflicto se realiza por los propios interesados. Las partes acuden a un tercero que es *inter* y no *supra* partes. Tributario a estas ideas surge el concepto de regulación de los conflictos que potencia el sustrato interpersonal del conflicto criminal, es decir, que el conflicto ocurre entre el autor y la víctima y no entre el autor y la sociedad y confía en que éstos lo resolverán al margen del sistema formalizado oficial. Proponen una gestión participativa, y amplían el círculo de personas legitimadas para actuar. Cfr., GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 1148. En desacuerdo, vd., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 132-133.

²²⁷ Sobre ello, EDWARDS, HLR, n.º 99, 1986, 668 ss.; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 73.

²²⁸ Ampliamente, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 116.

(ADR), muchos otros ordenamientos jurídicos han acogido éstos programas y en la actualidad se encuentran mundialmente difundidos,²²⁹ admitiendo múltiples formas, contenidos, procedimientos a la realización del fin de éstos: la solución del conflicto.²³⁰ Así se observan diferencias en cuanto a las funciones del mediador, en cuanto a los posibles participantes, sistemas unilaterales, bilaterales y trilaterales, posibles fines (penal, terapéutico, conciliatorio, compensatorio) y en cuanto al ámbito de acción (comunitario, escolar, adultos/jóvenes, en la prisión).²³¹

Los objetivos de estos programas son mucho más amplios y exigentes que los métodos provenientes de los modelos de justicia disuasorios,²³² y cuentan para ello con la flexibilidad que proviene de la solución informal del conflicto. La mediación propone una solución de las partes en el conflicto a partir del rescate de la

²²⁹ Sobre las experiencias iuscompartistas fundamentales, WRIGHT, *Justice*, 1991, 56 ss.; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, 113, 116 ss.; TRENCZECK, *PAPERS* n.º 8, 1992, 28 ss.; SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, *pássim*; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, *pássim*; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, *pássim*. Conviene resaltar la experiencia del Estado de California en los Estados Unidos, la mediación es una forma de alcanzar la reparación del daño y ésta última está reconocida como un derecho constitucional, artículo 1, § 28, b. Sobre ello, CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 78.

²³⁰ Ampliamente sobre la mediación en los Estados Unidos, vd., CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 74. La autora recalca la diferencia entre el procedimiento de conformidad (*plea bargaining*) y la mediación, en el primero la negociación se realiza entre el fiscal y el defensor del delincuente y la víctima solo tendrá derecho a la restitución de los daños de los que sea declarado culpable el acusado; en el segundo, son las partes las que directamente intervienen.

²³¹ Ampliamente, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 113, 217, 455; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 1555 ss.

²³² La doctrina distingue entre tres modelos de justicia, según los fines que se pretende alcanzar con ellos, estos son: el disuasorio (previene la criminalidad), el resocializador reinserta y rehabilita al infractor y el integrador (reparación del daño, conciliación y pacificación de las relaciones sociales). En ese sentido cfr., GARCÍA-PABLOS, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 136; el mismo, *Tratado*, 2003, 1133.

dimensión interpersonal del delito,²³³ en el que además de la solución del conflicto, se satisface a la víctima y a la comunidad, produciéndose mejoras en el clima social general.²³⁴

Acerca de las objeciones a la mediación como forma de resolver los conflictos penales, ya nos hemos referido con ocasión del análisis de las tesis desformalizadoras²³⁵ y de las posturas garantistas, pues existe una coincidencia entre las soluciones extrajudiciales (mediación), la conciliación víctima delincuente y la reparación del daño, en cuanto a que tienden a disminuir los principios constitucionales y las garantías del Derecho penal.

2.2.2. Conciliación víctima-delincuente

Estrechamente ligada a los programas de mediación se encuentra la conciliación-víctima delincuente. Conciliar en su sentido etimológico es componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

La conciliación víctima-delincuente abre un espacio para el encuentro del la víctima y el ofensor, dentro del cual un tercero, el mediador, posibilita un acuerdo interpersonal para solucionar el conflicto del delito.²³⁶ Implica *«un acuerdo entre sujetos que parten en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas»*.²³⁷

²³³ La participación es activa tanto por parte de la víctima como por el delincuente en la búsqueda de una solución del conflicto, se discute sobre el acto y sus repercusiones, así como la negociación de un acuerdo de restitución. Sobre ello, TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 31, 33.

²³⁴ Cfr., en ese sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 196, 201, 203; HERRERA MORENO, La hora, 1996, 237.

²³⁵ Vd., *supra*, parte I, Capítulo I, 3.3.1.3.

²³⁶ En ese sentido, HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 381.

²³⁷ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 22.

Mediante la conciliación se busca restaurar la armonía entre las personas en conflicto,²³⁸ no sólo se trata de un compromiso de intereses, sino de equilibrar las relaciones desniveladas con ocasión del delito. Los esfuerzos se enfocan a resolver los problemas, las cargas y los conflictos entre la víctima y el delincuente, sobre una base de igualdad de los protagonistas.²³⁹

La búsqueda del consenso es la base del encuentro conciliador, es una opción totalmente voluntaria, tanto para la víctima como para el ofensor.²⁴⁰ En la solución del conflicto no habrá vencedores ni vencidos, sino un acuerdo y una verdad consensuada, pactada entre las partes. El acuerdo conciliatorio no conlleva la aceptación o identificación personal con el acuerdo ni puede ser llevada al extremo de recuperar una relación existente, o inexistente como suelen ocurrir los delitos.²⁴¹

Si en el proceso el Juez impone en base a la *autorictas*, en la conciliación, el mediador *cataliza*, en virtud del consenso.²⁴² De manera sugerente se indica que las partes se identifican con el consenso de tal forma, que estiman que ellos mismos están creando justicia en vez de solamente recibir justicia.²⁴³

²³⁸ Vd., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 120.

²³⁹ La igualdad de las partes en la mediación es objeto de múltiples críticas por la doctrina, sobre ello, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 207.

²⁴⁰ En ese sentido, HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 382.

²⁴¹ Así, cfr., MESSMER/OTTO, en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, 11; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 22.

²⁴² Sobre ello, GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 207; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 401.

²⁴³ Cfr., PETERS/AERTSEN, EGUZKILORE, n.º 8, Ext. 1995, 140.

Alcanzar la reparación del daño será el fin prioritario de la conciliación víctima-delincuente.²⁴⁴ Si el consenso o conciliación entre víctima-delincuente no se produce, porque no existe víctima concreta, o porque no quiera participar en el proceso, ésta no es imprescindible para que se produzca la reparación del daño.

El balance de la conciliación víctima-delincuente muestra que las víctimas aceptan en gran medida las ofertas de reparación, disculpas, aunque la indemnización material completa pase muchas veces, a un segundo término. Los delincuentes cumplen por lo general los acuerdos de reparación a los que se comprometen.²⁴⁵

2.3. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA

De este panorama doctrinal es relativamente fácil concluir que existe una gran indeterminación en cuanto a lo que debemos entender por reparación del daño que es una parte de nuestro objeto de estudio.

Existe una gran la disparidad sobre las fuentes, ideologías u orientaciones politico-criminales, que inspiran todo este movimiento en favor de la reparación del daño, como consecuencia jurídico-penal. El compromiso de la doctrina jurídico penal por tratar, de justificar en la prevención de delitos estas ideas, ha dado como resultado la existencia de distintas posturas.

El enlace de toda esta fenomenología es la preocupación por la víctima y la solución del conflicto, pero respecto de cómo se logre esto, qué repercusiones va a tener nivel social y cómo se

²⁴⁴ En igual sentido, HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 390; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 23.

²⁴⁵ Así, y en ese sentido, vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 141.

cumplirán las funciones asignadas al Derecho penal, no se observa ni homogeneidad ni metas comunes.

Como hemos tratado de buscar un concepto operativo, para referirnos a la reparación del daño, con consecuencias jurídico penales, sin duda alguna que el concepto que aporta el Proyecto Alternativo de la Reparación (AE-WGM) es relevante, aunque no se participe de todos sus postulados. Las ideas delineadas en el mismo constituyen una propuesta concreta sobre cómo debe concebirse la reparación del daño, las cuales como tendremos ocasión de analizar, fueron aceptadas en parcialmente por el legislador alemán. Por otra parte sus fundamentos se adscriben a las tesis de la prevención general positiva, específicamente a la prevención de integración, que no goza de aceptación mayoritaria.

La mayor y más sobresaliente contribución de este proyecto ha sido el arranque de una discusión doctrinal y legislativa sobre la reparación del daño con relevancia jurídico penal, no solo en Alemania sino en el resto de los ordenamientos jurídicos del mundo.

Considero que todavía es temprano para aspirar a una definición de la reparación del daño como categoría jurídico penal (en el sentido de noción abstracta y general), por ahora, diremos que es una prestación postdelictiva voluntaria realizada por el autor del hecho, que consiste en una conducta que el autor realiza externamente y a la que se reconocen determinados efectos. Consiste en prestaciones materiales o inmateriales a favor de la víctima del delito o de la sociedad, puede asumirse en un proceso judicial o extrajudicial y que aspira a la conciliación víctima-delincuente en la consecución de los fines del Derecho penal.

La reparación del daño puede coincidir parcialmente con la reparación del daño *ex delicto*, pero no se agota en ella, puede tener mayores contenidos o hasta menores para producir efectos

jurídico-penales. También la reparación del daño desde el punto de vista del Derecho penal puede imponerse en casos de ausencia de daño, es decir, aunque no existiera obligación civil, o si la víctima no es concreta.

Se sirve de distintos procedimientos judiciales o extrajudiciales como la mediación y aspira a la conciliación víctima-delincuente en el sentido de acercar a las partes en un proceso de interacción subjetiva en el que se trata de equilibrar y resolver los problemas, las cargas y los conflictos entre la víctima y el delincuente, sobre una base de igualdad de los protagonistas.²⁴⁶

Si el consenso o conciliación entre víctima-delincuente no se produce, porque no existe víctima concreta, o porque no quiera participar en el proceso, ésta no es imprescindible para que se produzca la reparación del daño.

No vamos a agotar el contenido de la reparación del daño en este espacio, de lo cual tendremos oportunidad más adelante. El concepto que he pretendido construir, alude a la consecución del fin el Derecho penal la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general y especial y en mi opinión todos los otros objetivos o finalidades a que alude la doctrina, como la conciliación víctima-delincuente, la satisfacción a la víctima, la asunción de responsabilidad del autor, deben estar «*en función de*» alcanzar el fin del Derecho penal.

En consonancia con éstos postulados la reparación del daño es un útil instrumento en el Derecho penal Juvenil y en el Derecho penal para la atención de la criminalidad leve y mediana. No así en la criminalidad grave por más que alguna propuesta impulse el «*principio de aplicabilidad universal*», para todos los delitos y todos los delincuentes. Pues la criminalidad grave, la violenta, la que

²⁴⁶ Este aspecto es objeto de múltiples críticas por la doctrina como tendremos ocasión de analizar, sobre ello, vd., GIMÉNEZ-SALINAS, EGUZKILORE, n.º 10, 1996, 207.

afecta a las generaciones futuras, a las economías nacionales, difícilmente pueda negociarse y menos aún repararse y los bienes jurídicos fundamentales necesitan de la protección que solo el Derecho penal les proporciona.

PARTE II

CAPÍTULO II

LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LOS FINES DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN

La reflexión sobre los fines de la pena es una constante en la dogmática contemporánea, debido a que como señala CEREZO MIR, «*de los fines de la pena dependerá el sentido y la tarea del Derecho penal*». ¹ Por ello el advenimiento de la reparación del daño y su posible integración en el sistema de las consecuencias jurídicas, ha llevado a una reflexión profunda, desde la perspectiva de los fines de la pena. Las repercusiones dogmáticas de dicho enlace son de importancia medular, puesto que de ello dependerá el contenido y la finalidad del Derecho penal, además de la delimitación de su radio de acción frente a otras parcelas del saber jurídico, como el Derecho civil. ²

La postura mayoritaria de la doctrina considera que el cuestionamiento de la reparación del daño desde la teoría de los fines de la pena constituye un aspecto central, en la comprensión de ésta como consecuencia jurídico-penal. ³

¹ Cfr., CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 20.

² En forma gráfica SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 189 señala la trascendencia dogmático-interpretativa de la asunción de la reparación como sanción penal, «*debe resolverse la duda sobre si en la reparación "penal", tal como la prevé el CP, prevalece el aspecto de "reconocimiento de la norma" (reconciliación con el Derecho) o el restablecimiento del status quo patrimonial (reparación del daño)*».

³ Vd., en ese sentido, entre otros, QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 594 ss.; HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 55 ss.; GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 97; GARCÍA PABLOS, CDJ, XV, 1993, 311-312; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 351, el mismo, PJ n.º 45, 1997, 194 ss; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 125;

Ciertamente, para un sector minoritario, entre los que destacan RÖSSNER/WULF⁴ y SEELMAN, la reparación del daño podría considerarse como un nuevo fin de la pena, al mismo nivel de la prevención general y especial. Aunque en su planteamiento no son categóricos, observan la dificultad de relacionar la reparación con los tradicionales fines de la pena, optando por la idea de la reparación como un fin autónomo. A ello se refiere RÖSSNER de diferentes formas, tales como, «la regulación pacificadora del conflicto», «fin restitutivo autónomo de la regulación del conflicto», «solución del conflicto social».⁵

La construcción dogmática de SEELMAN, entrelaza la teoría absoluta de la pena y la teoría de la prevención de integración, enfatizando la función positiva (como acto simbólico) de la reacción penal frente a la víctima y a la sociedad.⁶ La conciliación y la pacificación tendrían un sentido compensatorio distinto a su entendimiento como castigo y podrían justificar la reparación como particular fin de la pena.

Sin embargo, la posición absolutamente mayoritaria de la doctrina se resiste a aceptar que la reparación del daño pueda ser un fin autónomo de la pena, pues desde el punto de vista racional y utilitario, para la evitación de delitos en el Derecho penal

GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 43; HERRERA MORENO, *RDPCrim* 1996, 388; QUERALT, *ADPCP* 1996, 153 ss.; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 176 ss; CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 79,84; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 117, 198-202, 24; ECHANO BASALDÚA, en: *Homenaje a LIDÓN*, 2002, 181-182.

⁴ Acerca de las repercusiones del pensamiento de RÖSSNER, cfr., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 218 ss.

⁵ Sobre ello, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992,145; FREHSEE, *IURIS*, n.º4, 1995, 67; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 211 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 248 ss.

⁶ Sobre el pensamiento de SEELMAN, cfr., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 212-213.

moderno sólo puede asignarse como fin de la pena la prevención en cualquiera de sus formas.

Con este punto de partida, como tendremos oportunidad de estudiar, la doctrina se decanta por distintas fundamentaciones, según se ponga énfasis en el reconocimiento de fines preventivo generales o especiales. A propósito he dejado atrás las fundamentaciones de la reparación del daño basadas en la teoría absoluta de la pena,⁷ según la cual, asociada a la idea de hacer justicia se justifican la mera retribución o el merecimiento,⁸ solamente que no profundizaré en sus contenidos por tratarse de una tesis minoritaria que no debería ser defendida en un Estado democrático, en el que la pena cumple una función de protección de bienes jurídicos⁹ y no simplemente compensatoria.¹⁰

Me parece importante destacar una tendencia de la doctrina,¹¹ que observa un desplazamiento de la importancia que

⁷ Aunque como pudimos estudiar las teorías retributivas hoy en día son defendidas por distintas corrientes doctrinales vd., *supra*, Parte I, Cap. I, especialmente, n.10. Sobre ello ampliamente, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 158 ss.; VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 102; ALASUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 121 ss. Acerca de la fundamentación de la reparación desde las teorías del merecimiento, Vd., CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 83.

⁸ Las tesis del merecimiento han dado lugar al concepto de «reparación integral del daño» concepto que es tributario de las ideas «utópicas y desorbitadas», según las cuales el autor debe realizar una reparación que retrotraiga la situación de la víctima al estado *ex ante*. La doctrina observa en esta aspiración lejos de un ablandamiento de las penas, un mayor endurecimiento. Cfr., sobre ello, HERRERA MORENO, La hora, 1996, 242; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 163-164.

⁹ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 68.

¹⁰ Sobre el entendimiento y contenidos actuales de la retribución. Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 199-206, 224-226, quien la entiende la pena como compensación o supresión de la ventaja obtenida ilícitamente por el que se beneficia de la sociedad, sin contribuir a la misma. Entendida como «*reafirmación del ordenamiento jurídico*», vd., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 133 ss.

¹¹ En igual sentido, TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 36 ss. Sobre ello, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 309 ss., 323 ss.; la misma, PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 481 ss.

tradicionalmente se ha dado a los fines de la pena, del Derecho penal hacia los fines generales del Derecho, del cual el primero es sólo una parte. Para los seguidores de esta corriente de pensamiento, el fin preventivo, cuyo carácter es instrumental respecto del fin genérico (protección de bienes jurídicos), puede aceptarse como punto de partida, pero no puede servir de justificación final, puesto que desde el punto de vista de la prevención intimidatoria, ésta ha demeritado el cumplimiento de la protección de bienes jurídicos.¹²

A partir de este reconocimiento se acepta la reparación del daño, como «tercera vía»,¹³ que en su criterio se justifica en la prevención general de integración, ya que «*la atención a los sujetos directamente involucrados en el delito y al conflicto que les afecta puede influir favorablemente en la propia actitud de los ciudadanos*».¹⁴

Como tendremos oportunidad de analizar, la reparación del daño en mi criterio, involucra un interés social, público, que va más allá del carácter dual y de lo puramente patrimonial. Aunque efectivamente el Derecho penal no es más que una parcela del ordenamiento jurídico, sin embargo, ningún otro sector realiza las tareas asignadas a éste en la protección de los bienes jurídicos,¹⁵ ni

¹² Vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 325.

¹³ Iniciado por ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149 ss., («*Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*», 1987) y cuya huella se ha plasmado en el Proyecto Alternativo sobre la Reparación de 1992. Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, *pássim*.

¹⁴ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 308.

¹⁵ Fundamental sobre esta postura, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 72. Sobre ello, ampliamente, Parte I, Cap.I, especialmente n. 8. Ni siquiera el Derecho Constitucional con todo su programa político cumple con las tareas asignadas al Derecho penal en su función de protección de bienes jurídicos, (de contenido afflictivo y de vocación preventiva) aunque indudablemente su influjo es determinante, por cuanto constitucionalmente se establecen el modelo y los valores supremos del Estado y funcionan tanto de barrera o limite, como de fundamento del Derecho penal. En ese sentido, GARCIA RIVAS, El poder punitivo, 1996, 43

reacciona a través de consecuencias jurídicas como las del Derecho penal que tienen contenido aflictivo y punitivo.

2. LA PREVENCIÓN GENERAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

2.1. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Los modernos planteamientos de la reparación del daño manifiestan un gran compromiso desde el punto de vista dogmático con la prevención general positiva,¹⁶ especialmente con la prevención de integración.¹⁷ Desde las ideas iniciales¹⁸ es palpable

ss.; Haciendo eco de las palabras de CARBONELL, DP concepto y principios, 1995, 101, «*la característica fundamental del poder punitivo del Estado es que emana de la Constitución propia de un Estado social y democrático de Derecho, la que, al mismo tiempo que lo otorga, limita su extensión, someténdolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político*». DE LA CUESTA, EGUZKILORE n.º 10, Ext, 1997, 10, señala que el Código penal aparece como una Constitución «*en negativo*», «*si la Constitución declara, afirma positivamente, los derechos y libertades de los ciudadanos, es en el seno del Código Penal donde se fijan sus límites, garantizando simultáneamente el marco de lo lícito, de la libertad*».

¹⁶ Estudios precedentes de la doctrina española se refieren en profundidad al comportamiento de la doctrina alemana y española sobre la reparación del daño y su relación desde el punto de vista dogmático con la prevención general positiva. Ampliamente sobre ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 126, 164, 181; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 340; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 335 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 145 ss.

¹⁷ Sin embargo, ya en propio marco de la prevención general positiva el espectro tiende a ampliarse cuando el pensamiento dogmático se conjuga con la perspectiva político-criminal. Entonces, no existe unidad de pensamiento: algunos sucumben a la tentación del neoclasicismo o neoretribucionismo, otros apoyan tesis abolicionistas moderadas, resocializadoras o victimológicas. Sobre ello, vd., Parte II, Cap. I, 1.3.

¹⁸ Así puede observarse en los primeros planteamientos de DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 115 ss.; ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149. (Esta ponencia fue presentada por ROXIN en 1985 y apareció publicada en 1987, en SCHÖCH, ed., *Wiedergutmachung und Strafrecht, München*, 1987).

la referencia constante al logro del restablecimiento de la «paz jurídica», aspecto fundamental de la prevención de integración.¹⁹

2.1.1. Exposición General

Las ideas rectoras de la unión entre la prevención general positiva y la reparación del daño, pueden sintetizarse en torno a dos aspectos: en primer lugar, los autores tienden a sumarse a la idea de convicción, respeto y confianza en las normas penales, para alcanzar el fin último de protección de bienes jurídicos.

Las argumentaciones se orientan a la confirmación de la validez de la norma vulnerada como modelo para el contacto social, cuyo objetivo fundamental es la protección de bienes jurídicos que se constituye en el elemento primordial, desde el punto de vista material de la norma.²⁰ El concepto de confirmación de la norma es asumido tanto como integrador del concepto del «ejercicio de la confianza en la norma» o «fortalecimiento de la conciencia jurídica», cuanto, como realización de los denominados «efectos de aprendizaje y de confianza».²¹

¹⁹ Sobre ello, cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 270. Particularmente crítico, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 181.

²⁰ Así, FREHSEE, IURIS, n.º 4, 1995, 63, ve la confirmación normativa, a través de la reparación del daño. Desde su perspectiva, el objetivo primordial de la actuación del Derecho Penal consiste en transmitir el reconocimiento de las prohibiciones. Cfr., un amplio análisis sobre la postura de FREHSEE en, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 232.

²¹ Sobre ello, ampliamente, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 22, el mismo, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149 ss. La doctrina al referirse al efecto pedagógico de la pena no es coincidente del todo. Mientras la mayoría concurre con las ideas expuestas por ROXIN, orientadas en el sentido de que la pena es un instrumento para lograr que los ciudadanos mediante un proceso didáctico aprendan y se dispongan a observar las normas, y de esa forma alcanzar a largo plazo una actitud fiel al Derecho. Otros, entre los que destacan, CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 21; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 58-59; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 151 se refieren a la «función de ejemplaridad de la pena», al que se atribuye un papel dependiente en la medición de la pena, es decir, se le considera un efecto de la aplicación de la pena proporcionada a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad. Admitiendo tanto para la reparación del daño, como para el Derecho penal en

En segundo lugar, otro punto de conexión es la pacificación del sentimiento jurídico. Sobre este aspecto también hay dos direcciones posibles. El sector doctrinal mayoritario se decanta por las propuestas de la prevención de integración, retomando las ideas de ROXIN.

1) La restauración de la «paz jurídica»²² (aspecto que resume la prevención de integración) se produce cuando el delincuente ha hecho tanto, que la comunidad jurídica se sienta pacificada.²³

general, las funciones de pedagogía social, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 314. En sentido contrario, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 68-69. Crítico del efecto pedagógico de la reparación del daño, tras el cual puede esconderse un cambio de etiquetas del reclamo moral, cfr., GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 154.

²² Para ROXIN, en: Política criminal, 1992, 29, 46, 47, la «paz jurídica» supone que la sanción penal proporciona a la sociedad confianza en que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de las perturbaciones graves. Sobre ello, cfr., HUBER, ADPCP 1994, 170. El concepto de «paz jurídica», es un concepto que encierra diversos matices. Algunas justificaciones trasladan el concepto de la filosofía y la teoría general del Derecho (entendiéndose por ésta «la ausencia de fuerza, de temor y de desconfianza en la relaciones entre los hombres» que junto a la realización de la justicia, es el fin último del Derecho) al Derecho penal. Vd., LARENZ, cit, por PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 346. En ese sentido, cfr., JESCHECK, Tratado DP PG I, 1981, 4. Para otros autores, «la paz jurídica», muestra elementos comunes con los elementos de la paz de Dios y la paz del land (siglos XI-XV), pero ahora con una significación en la teoría de los fines de la pena, resaltando el punto de vista de la prevención de integración. En ese sentido, SCHÖCH, cit, por PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 348. Exhaustivamente sobre las implicaciones de la paz jurídica cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 345 ss. Los autores de línea más radical asocian la idea de pacificación social a lo que se ha tildado como la «ideología de la armonía» en la que se observa una conexión espiritual con la efectiva pacificación interpersonal. Otra corriente entiende la pacificación como mejora del clima social, es un proceso dinámico entre delincuente y víctima, en el que ambos forman parte del conflicto, propiciándose, la tolerancia y la comprensión de las consecuencias sociales del delito. Los efectos serán una sociedad más dialogante, flexible y receptiva. Sobre ello, GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 96-97; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 388- 389. Finalmente otros autores nos refieren que la comisión del delito quebranta la paz social, frente a lo cual, la pena restablece la vigencia de la norma, a lo cual puede contribuir la reparación del daño, pues cumple con los fines del Derecho penal. Entre ellos, la prevención de integración, que contribuye al restablecimiento de la paz jurídica. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 199-200.

²³ La prevención de integración puede resumirse en la tarea del Estado procurando la satisfacción social en todos los frentes. Coincide totalmente con el efecto de pacificación, que «se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el

Mientras persista el perjuicio de la víctima, la perturbación social que ha ocasionado el autor no desaparece a pesar de que se haya castigado al delincuente, esto sólo se logra cuando la víctima haya sido repuesta en sus derechos, lo cual es expresado en la siguiente fórmula: «entonces, *dirán ella misma y la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado*».²⁴

En el Proyecto Alternativo de la Reparación las referencias a la «paz jurídica» son múltiples,²⁵ y claramente se observa la vinculación de éstas con la prevención de integración.²⁶

autor». Así, y en ese sentido, ROXIN, DP PG I, 1997, 92; en igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 358. Sin embargo, algunos autores no concuerdan con ROXIN, y consideran que el «efecto de pacificación» no ha de confundirse con el restablecimiento de la «paz jurídica» que produce la reparación. Ya que consideran que la idea de «paz jurídica» es más amplia y engloba todos los fines de la pena, así como la satisfacción de las necesidades de la víctima. Para estos autores entre los que destacan CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 40; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 43; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 152-153, no puede asignársele a la reparación un papel en el sistema de las consecuencias jurídicas, ya que la reparación penal no puede ser una sanción penal justa al no guardar proporción con la gravedad del injusto y de la proporcionalidad.

²⁴ Cfr., ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 22.

²⁵ Pero la paz jurídica también se refiere en el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM) a múltiples aspectos, así, el efecto de confianza y de satisfacción son las aspiraciones centrales de la prevención general dirigida hacia la integración y la restauración de la paz jurídica. Desde el punto de vista de la realidad social, son cinco perspectivas que se han de observar junto al objetivo de restablecer la paz jurídica: el hecho, la víctima, el autor, la relación autor-víctima y la generalidad, con lo que se quiere crear un espacio amplio para los intereses de la víctima y la regulación de los conflictos. Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 39, 42.

²⁶ Esta vinculación se justifica en el afán de impedir la adscripción a las corrientes abolicionistas. En esa línea, algunos autores entre ellos, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 181, observan en la base de las ideas de reparación del AE-WGM, las mismas ideas de la prevención general positiva, específicamente en cuanto a que la pena sirve para «afirmar la conciencia social de la norma». En ese sentido, señala: «la nueva concepción de la reparación permite visualizar con una especial intensidad la concepción del delito como expresión de la falta de fidelidad al Derecho, y la confianza en la pena como remedio capaz de regenerar la actitud interna del sujeto ante el Derecho».

2) En minoría, otros autores prefieren la noción de «apaciguamiento» que guarda relación con la idea anteriormente expuesta de «paz social», pero que se dirige hacia la utilización del Derecho penal como un instrumento adecuado para la solución del conflicto, más que para la prevención del delito y la resocialización del delincuente.²⁷

2.1.2. Principales objeciones a la relación entre la prevención general positiva y la reparación del daño

A) hemos de recordar que la doctrina ha analizado las conexiones de la prevención general positiva con el retribucionismo²⁸ y las principales objeciones a esta relación señalan una vuelta atrás en la fundamentación del castigo -se le observa como un viraje a las teorías absolutas-, que implican la instrumentalización del individuo y por tanto un mayor autoritarismo.²⁹

²⁷ Cfr., en ese sentido, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 210-211. Acerca del pensamiento de SEELMANN, se refiere ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 145; TRENCZEK, PAPERS n.º 8, 1992, 34. Refiriéndose a ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 127; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 214.

²⁸ Así, los autores desde finales de los años setenta vienen analizando las relaciones entre prevención general positiva en sus diferentes versiones con la retribución. Cfr., en ese sentido, entre otros, LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 36; BARATTA, PyC n.º 0, 1986, 89; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 257; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 237. De otra opinión, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIÓ, en: JAKOBS: Estudios, 1997, 24-25. Un reciente aporte a la relación entre prevención general positiva y retribución efectúa LESCH, La función, 1999, 45 ss. En la actualidad el criterio retribucionista se revitaliza por la doctrina norteamericana del merecimiento o «*just deserts theory*» que ha sido también aplicada en Gran Bretaña, en los países escandinavos, y es reconocida por algún sector de la doctrina alemana. Sobre ello, CERESO MIR, ADPCP, 1979, 179; PALIERO/MANNOZZI, en: MESSMER/OTTO (Editores), *Restorative*, 1992, 228.; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 37; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 231; CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 25, y n. 26. Algunas matizaciones sobre la conjugación de la teoría del merecimiento y la posibilidad de aplicación de sanciones intermedias, cfr., VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 79 ss.

²⁹ Cfr., entre otros, ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 229; MORSELLI, ADPCP 1995, 270 ss.

Similares críticas se dirigen a relación entre la prevención general positiva y la reparación del daño,³⁰ y es que algunos autores no dudan en señalar como nuevas finalidades de la pena el «tributo a la necesidad de compensación»,³¹ de la «relación directa entre la cantidad de daño sufrido por la víctima y la reparación»,³² de «compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica».³³

Por último, un sector minoritario de la doctrina niega la existencia de responsabilidad penal cuando no existe daño, llegando a afirmar que *«no puede haber responsabilidad criminal si no hay daño o no hay víctima, como ocurre en los delitos sin*

³⁰ Vd., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 64, observa que el remitir a la prevención de integración implica negar que en un ordenamiento jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso sólo constituye una parcela de su solución jurídica. *«Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desempeñar un papel varios otros campos del ordenamiento jurídico, como el Derecho indemnizatorio del Derecho civil, pero también por ejemplo, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del Derecho, con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición derivada de la competencia del Derecho penal para la solución general de los conflictos tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal»*. Ceñirse en la estricta solución jurídico-penal es una solución unilateral recuerda la teoría de la retribución. Para ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 147-148, efectivamente existe un retorno de algunos aspectos de la teoría absoluta o de la retribución, pero ahora transformados en la teoría de la prevención general positiva tan ampliamente difundida en la doctrina. ROXIN, enfatiza que asume la teoría de la prevención general positiva no en el sentido expuesto por JAKOBS, ni por BRUNS, sino como él la ha expuesto, es decir, como la *«satisfacción del sentimiento jurídico»*, que expresa la recompensación de la paz jurídica alterada.

³¹ Sobre ello, vd., el pensamiento de SELMANN, en: PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 213.

³² Vd., Note, HLR, n.º 97, 1984, 938.

³³ En ese sentido, HUBER, ADPCP 1994, 170. En idéntico sentido, en el AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43, se observa la reparación como una justa compensación de culpabilidad. *«La justicia exige que aquél que ha infringido de forma reprochable importantes normas sociales debe soportar un perjuicio como compensación por la ventaja injustamente lograda mediante la libertad usurpada»*. Sobre ello, ROXIN, DP PG I, 1997, 109, nm., 64; el mismo, ADPCP 1999, 9.

víctima, prostitución, juegos ilícitos, pornografía, consumo de drogas, etc.»,³⁴ haciéndose patente esa idea de retribución.³⁵

B) Igual sucede con la tendencia a la instrumentalización del individuo. Los defensores de la reparación del daño reconocen abiertamente que el objeto de la reparación no es la personalidad del delincuente sino el delito y sus consecuencias.³⁶ Lo cual es palpable cuando se argumenta que lo que interesa es el hecho, con miras al respeto en el futuro de las normas jurídicas.³⁷

C) Desde la perspectiva dogmática, la crítica fundamentalmente se centra en la existencia de una contradicción

³⁴ En ese sentido, BARNETT, ETHICS (87), 1977, 376 y 382. Sobre este aspecto la postura doctrinal mayoritaria, a pesar de las diferencias ideológicas subyacentes, acepta que la reparación del daño dentro del Derecho penal debe considerar los derechos de las víctimas potenciales y la aplicación de la reparación aún cuando haya ausencia de daño. Sobre ello, entre otros, HUBER, ADPCP 1994, 170-171; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 195; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 48-49.

³⁵ Un problema que no puede soslayarse es la cuestión semántica. El término de reparación de daño tiene diferentes significaciones y los autores que defienden la posición retributiva lo hacen bajo el lema de «volver a reparar los daños»; otros desde una posición más amplia y abierta, se refieren a un proceso constructivo e interactivo, donde ya no sólo se trata de la exigencia de reparar los daños, sino de participación tanto de la víctima como del delincuente. Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 161 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 123. Negando el retribucionismo de la reparación del daño, cfr., ROXIN, IP 1989, 10; el mismo ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149 ss.

³⁶ Sobre ello, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador). De los delitos y las víctimas, 1992, 65, 110; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 180-182.

³⁷ En ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 233 y 261, señala: «La potencialidad preventivo-especial de la reparación no tiene así nada que ver con conceptos tales como resocialización, educación o tratamiento, puesto que el objeto aquí no es la personalidad sino el hecho». Más adelante, en p. 358, n.1206, la misma autora señala que existe una profundización no en el aspecto que lleva a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social, sino en aquella que asigna un mayor protagonismo en el sistema de reacción penal frente al delito. Considero personalmente que PÉREZ SANZBERRO, sigue en esto a FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 62-63, quien se decanta por una posición claramente comprometida con el ejercicio de la fidelidad al Derecho. Para el autor, la función del Derecho penal es mantener controlado todo el volumen de la criminalidad, a la vez, que pretende fortificar el reconocimiento de la norma, fomentando la aceptación y la interiorización de las normas jurídicas, lo que se puede hacer a través del arreglo entre el autor del delito y la víctima y la reparación del daño.

entre la pretendida función estabilizadora y conservadora de la pena, y la admisión de la transacción, ésta última presupuesto de la reparación del daño. El principal interrogante se refiere a cómo la vigencia de las normas básicas de una sociedad puede mantenerse inalterada si el hecho de su infracción puede ser objeto de negociación.³⁸

Este sector crítico considera, con razón a mi juicio, que más que el orden jurídico abstracto, lo que se trataría de restablecer sería el orden público, la seguridad ciudadana, el sentimiento de intranquilidad de la ciudadanía provocado por el delito, en una sociedad cada vez más individualista, que se vería satisfecha solo con la reparación a la víctima, sin preocuparse de los efectos del delito sobre la comunidad.³⁹

En idéntico sentido se manifiestan quienes observan poca claridad, entre si lo que está prevaleciendo es el reconocimiento de la norma, en el sentido de reconciliación con el Derecho, o el restablecimiento de una situación patrimonial particular, es decir, la reparación del daño.⁴⁰

³⁸ Así, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 181, observa que la agudización ocurre en los puntos más radicales de la prevención general positiva, permitiendo visualizar «*la concepción del delito como expresión de la falta de fidelidad al Derecho y la confianza en la pena como remedio capaz de regenerar la actitud interna del sujeto ante el Derecho*».

³⁹ Cfr., sobre ello, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 183; QUERALT, ADPCP 1996, 134, 139.

⁴⁰ En ese sentido, QUERALT, ADPCP 1996, 137; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 190.

2.1.3. Algunas matizaciones de la doctrina

Las vinculaciones de la prevención general positiva con la reparación del daño son aceptadas por la opinión dominante de la doctrina y por los propios defensores de la reparación del daño.⁴¹ Sin embargo, se observa una tendencia a suavizar los efectos de las críticas, indicándose que las mismas se han concentrado en una determinada postura de la prevención general positiva, específicamente en la versión sistémica de JAKOBS, que lleva a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social, cuando es otro enfoque teórico que la sustenta, aquella que introduce una dimensión positiva que asigna al individuo un mayor protagonismo en el sistema de consecuencias jurídicas del delito y que enlaza con las ideas de pacificación. En esta corriente de la prevención general positiva, se intenta una respuesta más racional y humanizadora sobre la base de que los individuos son partícipes activos en la configuración de las relaciones sociales. El efecto pacificador puede alcanzarse con la reparación del daño, permitiendo a éste compensar los efectos del delito y dentro de lo posible la apertura de espacios para el diálogo entre el autor y la víctima.⁴²

Sobre esto habría que señalar que, efectivamente, en algunos autores prima la idea de la prevención de integración, esbozada por ROXIN, según la cual el efecto de satisfacción se produce cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general sobre la quiebra del orden jurídico se calma y

⁴¹ En ese sentido, ROXIN, DP PG I, 1997, 109, nm., 64; el mismo, ADPCP 1999, 9, señala que la retribución se entiende no en el sentido de compensación de culpas a través de la aceptación del mal que supone la pena, sino como la conciliación del delincuente con la víctima y la sociedad.

⁴² Cfr., en ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 149; el mismo, en: Seminario Hispano-Germánico, 1992, 5-6; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 358, n.1206.

observa el conflicto con el autor como concluido y esta es la idea que refleja el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM).⁴³

No obstante, el mismo ROXIN reconoce la influencia de ciertos elementos retributivos. Solo que éstos adquieren una nueva significación, transformándose en un elemento más de la política social y postula que la pena no puede prescindir de todos los fines sociales.⁴⁴ Lo que desde la perspectiva de la reparación se traduce en que no puede operar como instrumento sancionador en la medida en que apareciera como contraindicada desde la perspectiva de las necesidades preventivas.⁴⁵

Frente a este argumento, para HIRSCH, el efecto retributivo es palpable aun en la fundamentación de la reparación del daño desde la prevención de integración, pues en su criterio, la reparación aboga *«en favor de una estructuración más reforzada de las consecuencias jurídicas del hecho cometido, que excedería aun las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado Derecho penal»*.⁴⁶

⁴³ Así, y en ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 148-149.

⁴⁴ Particularmente crítico sobre la asignación al Derecho penal de funciones de política social y considerando que el enfoque económico de las sanciones priva a éstas de su carácter normativo, establece la impunidad como algo deseable y, de este modo, destruye la estructura normativa de la sociedad. Cfr., entre otros, CASCAJO CASTRO, LL, 1996-II, 1647; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 199.

⁴⁵ Vd., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 146-149; el mismo DP PG I, 1997, 84.

⁴⁶ Cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 65.

2.2 PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Algunos autores defienden la eficacia de la reparación desde la perspectiva de la prevención general negativa. Se indica que cuando la reparación del daño va acompañada de elementos penales, aunque su efecto intimidante es menor que el de la pena, sí concurren los elementos esenciales de la intimidación.⁴⁷

Otros observan que los efectos de la reparación del daño desde la óptica de la prevención general negativa pueden ser incluso superiores a la multa.⁴⁸ La cuestión fundamental está en determinar si la reparación del daño puede servir a la intimidación del autor en concreto y de potenciales delincuentes y si con la reparación del daño hay una pérdida de eficacia del potencial intimidatorio del Derecho penal.⁴⁹

Para el abordaje de esta problemática, sería necesario acotar que la reparación puede ser entendida como sanción penal o como prestación voluntaria en lugar de la pena, es decir, como requisito para que dejen de aplicarse determinadas sanciones por lo que habría que distinguir entre ambos supuestos para analizarlos en particular.

⁴⁷ Vd., las referencias que respecto del pensamiento de SCHÖCH efectúan, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 126; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 1998, 197.

⁴⁸ El efecto intimidatorio será mayor si la cuantía de la reparación es superior al daño causado o a la ventaja obtenida. Así, y en ese sentido, *Note*, HLR, n.º 97, 1984, 938-939

⁴⁹ Sobre ello, ROXIN, *IP* 1989, 7.

2.2.1 Prevención general negativa y reparación como sanción autónoma

Previamente habría que aclarar que hay dos direcciones posibles en la concepción de la reparación como sanción autónoma o independiente: la primera, siguiendo el modelo anglosajón, acepta que la reparación tiene carácter de pena, en tanto consecuencia jurídica del hecho punible impuesta dentro del proceso penal similar a la *compensation order*.⁵⁰ Como fundamento se aduce que tiene efecto preventivo general y es sobrellevada por el autor como un *mal*. La segunda dirección plantea la reparación como «tercera vía penal», junto a la pena y a las medidas de corrección y seguridad, y constituiría una sanción penal independiente.

A) En el primer sentido, algunos autores que consideran la reparación como sanción penal observan cierto efecto intimidatorio, cuando el resarcimiento del daño va acompañado de la amenaza penal. Adelantándose a la doctrina germana y reconociendo la función de intimidación al resarcimiento del daño, ANTÓN ONECA y MORILLAS CUEVA encuentran que la responsabilidad *ex delicto* «coopera a la defensa del interés social y tiene efectos de intimidación», a la vez que es «un instrumento adecuado para la lucha contra el delito».⁵¹

Desde la perspectiva de SCHÖCH, cuando el resarcimiento del daño se suma a la amenaza de pena en caso de incumplimiento y se realiza bajo el control jurisdiccional después de un pronunciamiento de culpabilidad, se produce el efecto intimidatorio propio de la prevención general negativa. Este efecto intimidatorio

⁵⁰ Ampliamente, HUBER, ADPCP 1994, 167, 170.

⁵¹ Cfr., ANTÓN ONECA, DP, 1986, 646-647; MORILLAS CUEVA, Consecuencias Jurídicas, 1991, 143. En igual sentido se manifiestan DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 187; MIR PUIG, DP PG, 2000, 12.

también se puede alcanzar con medidas de carácter procesal como podrían ser la persecución por parte de los órganos de la acusación, el proceso penal y que se mantenga el pronunciamiento de culpabilidad a pesar de que finalmente la pena no se imponga.⁵²

Otros autores consideran que la condena a la reparación del daño constituye en un adecuado castigo para el autor, y sirve como mecanismo disuasorio eficaz, previniendo la comisión de delitos en el futuro.⁵³ Así considerada, la reparación del daño puede cumplir funciones de intimidación general si se añade a la indemnización del daño -a la que de por sí ya está obligado el autor- un *plus* de contenido sancionatorio o de eficacia preventiva.⁵⁴

B) En el segundo sentido, la reparación como «tercera vía» es un instrumento que sirve a la prevención general y especial de delitos y debe ser incluido en el catálogo de consecuencias jurídicas como sanción independiente.⁵⁵

Sin embargo, para este sector doctrinal, entre los que destacan los del Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-

⁵² Cfr., SCHÖCH cit., por TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 126-127; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 221.

⁵³ Vd., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 340; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 12. Con un planteamiento un poco diferente pero reconociendo una función disuasoria a la reparación del daño, LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 189, señala, «*nadie defiende una pena exclusivamente en base a consideraciones preventivas, la pena debe ser además justa (proporcional y humana) y no desocializadora (no perjudicar las posibilidades del infractor como persona social). Si las consideraciones fueran exclusivamente preventivas no habría ningún argumento para establecer como límite la pena de prisión. Si se acepta actualmente la cárcel es porque se considera que dentro de los límites de justicia además previene; si por el contrario juzgamos que para determinados delitos la cárcel es inhumana y desproporcional el argumento preventivo, no debería jugar ningún rol*».

⁵⁴ En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 353, n. 105.

⁵⁵ Sobre ello ampliamente, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 21-22; HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 59 y 62 ss.; FREHSEE, IURIS, n.º 4, 1995, 69.

WGM), debe reformularse la teoría de la pena. Para el grupo de profesores del Proyecto, la reparación del daño excede la función tradicional de la pena y no puede fundamentarse en la prevención general negativa. La intimidación general no tiene ningún efecto especial sobre la penalidad, porque el efecto intimidatorio depende más de la intensidad de la vigilancia policial y de la investigación, que de la amenaza de la ley y de la condena.

Resulta conveniente entonces, plantear la reparación del daño en términos de la prevención general positiva -la ley penal debe facilitar al ciudadano una actitud afirmativa frente al orden jurídico-.⁵⁶ Debe recurrirse a la idea de «restablecimiento de la paz jurídica», que como hemos expuesto, tiene una finalidad superior, permitiendo tanto la reparación del daño, cuanto la solución del conflicto entre el autor y la víctima.

Aunque los autores no cesan de hablar del *mal* de la reparación del daño, éste se concibe en forma diferente. La reparación significa *un verdadero sacrificio*, por ejemplo pagar en caso de una lesión corporal los gastos del hospital o dinero por el daño moral.⁵⁷ Los planteamientos doctrinales aluden al «*principio de aplicabilidad universal*», el cual permite encontrar para cada supuesto una solución socialmente constructiva y adecuada a sus características especiales. Según este principio, la reparación traspasa los límites de la mera compensación jurídico-civil de daños y se convierte en un instrumento sancionador de múltiple aplicación y orientado conforme a metas político-criminales.⁵⁸

Evidentemente el marco de referencia de esta postura es la utilización de un concepto amplio de reparación que incluye prestaciones (materiales o inmateriales), tanto frente a un sujeto

⁵⁶ Cfr., ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 21-22

⁵⁷ Sobre ello, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 138.

⁵⁸ En ese sentido, ROXIN, en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 26.

concreto cuanto frente a la generalidad para aquellos delitos que afectan bienes jurídicos colectivos. De tal suerte que en los supuestos de víctimas no dispuestas a negociar, víctimas difusas, o infractores con diversa capacidad económica, en los que no sea posible una reparación completa, se admite la reparación simbólica,⁵⁹ posibilitándose así, la reparación en toda clase de delitos porque «la *tercera vía*» debe favorecer a todos los infractores.⁶⁰

En mi opinión, cabe en parte, reiterar la crítica que en su momento efectuara HIRSCH,⁶¹ sobre la diferencia entre el Derecho resarcitorio y la pena;⁶² y en parte, argüir que no basta la indemnización civil para la protección de los bienes jurídicos. En el Derecho civil la esfera de protección comprende la compensación de daños producidos por el autor, mientras que la pena se proyecta más profundamente, no sólo desde el punto de vista naturalístico, en sí misma no deseable para el autor, sino desde la consideración de privación o restricción de bienes jurídicos especialmente dura,⁶³ con contenido punitivo.

⁵⁹ La reparación material del daño en favor del ofendido será siempre prioritaria. Así el (que constituye el proyecto más elaborado de la doctrina alemana sobre la reparación del daño), en el §1, pfo.1.º, contempla sólo tres situaciones en que entra en juego la reparación simbólica, es decir en favor de la generalidad: a) cuando no sea posible la reparación frente al perjudicado; b) cuando la reparación no ofrezca un buen resultado; c) cuando la reparación no fuera suficiente por sí sola para el restablecimiento de la paz jurídica, por así requerirlo las exigencias preventivas que reclaman una reacción más intensa.

⁶⁰ Una tesis similar se deduce de reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se señala que la reparación simbólica debería ser admitida en todos los delitos. Así, y en ese sentido, STS 6-octubre-1998 (A 6975), la presencia de una contribución positiva simbólica es considerada como una aportación del acusado al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma, aplicándose en consecuencia la atenuante del art. 21.5.ª.

⁶¹ Cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 60.

⁶² Sobre ello, vd., SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 197.

⁶³ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 54.

En lo tocante al contenido aflictivo, o «verdadero sacrificio», que es otro de los aspectos de la discusión, es cierto que las consecuencias jurídicas perjudiciales, por lo general, afectan al individuo. Pero es totalmente diferente el pago de un resarcimiento al cumplimiento de una pena⁶⁴ y me parece totalmente dudosa la idea expuesta por algún autor, en el sentido que se teme más al resarcimiento que a la imposición de la misma pena.⁶⁵

Así, por ejemplo, frente a un autor de escasos recursos económicos, es posible que el pago de una reparación integral del daño signifique efectivamente un verdadero esfuerzo porque tendrá que trabajar si es que antes no lo hacía.⁶⁶ Para un grupo organizado como puede ser una empresa, o en el caso de la criminalidad económica en general, será un simple coste empresarial a considerar dentro de los gastos de operación, entretanto, se asume el riesgo de descubrimiento de la comisión del delito.

No me extenderé más en el análisis de la diferenciación entre el Derecho resarcitorio y el penal, pues sobre ello volveré después. Solo quisiera resaltar que me adscribo a la tesis de que los bienes jurídicos no están suficientemente protegidos solo con la reparación del daño del Derecho resarcitorio.⁶⁷

⁶⁴ En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 184; refiriéndose al valor del dinero en la sociedad actual, vd., el mismo, *La reparación*, 1994, 175.

⁶⁵ Refiriéndose al pensamiento de HECK, cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 192 n.25.

⁶⁶ Vd., en igual sentido, DÍAZ, *La reparación*, 1995, 14 «*los más pobres, sin embargo, no podrán realizar tal evaluación previa, pues a lo sumo, se enfrentarán a la posibilidad de sufrir la pena o realizar una prestación social sustitutoria, de la que no se puede excluir un cierto carácter aflictivo o a medio camino entre lo voluntario y lo forzosos (es revelador que ROXIN cite entre esas prestaciones la limpieza de calles o la recogida de basuras, que (...) en Alemania se consideran trabajos ínfimos, reservados hasta ahora a los inmigrantes pobres y marginados)*».

⁶⁷ Aspecto que el mismo ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 151, reconoce al señalar que, «*confiarle la reparación solamente al Derecho civil, importa establecer un saldo deudor en la cuenta de la prevención general*».

En conclusión, considero que no es posible que la reparación del daño como «tercera vía» sea susceptible de cumplir con el efecto disuasorio hacia potenciales delincuentes. En todo caso, el sector doctrinal que avala esta postura fundamenta su posición no en la prevención general negativa sino la versión positiva. Existen diferencias sustanciales entre el mal de la pena (aflictivo y punitivo) y el mal del resarcimiento (puramente patrimonial).

2.2.1.1. Consideraciones críticas

La conclusión de SCHÖCH, quien -como estudiamos-, confiere efectos disuasivos a la reparación del daño es ampliamente discutida por la doctrina, observándose por una gran mayoría el efecto contrario, es decir, una pérdida de eficacia del potencial intimidatorio del Derecho penal.⁶⁸ En ese sentido, se argumenta que el efecto de intimidación que supondría la reparación del daño siempre constituye una obligación de menor gravedad que la pena, y esa disminución de la función de intimidación es reconocida tanto por impulsores⁶⁹ como por detractores de la reparación.⁷⁰

Esta última propuesta puede comportar un cambio de etiquetas, en el sentido de que la pena responde por sí sola a la necesidad de punibilidad y la reparación del daño se mostraría como una reacción adicional.⁷¹ De igual forma se apunta que el

⁶⁸ Cfr., en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 185; QUERALT, *ADPCP* 1996, 139; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 325 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 217 ss.

⁶⁹ Así, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 138-148. Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 237.

⁷⁰ En ese sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 4; CERESO MIR, *Curso DP PG I*, 1998, 40; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 218, 222 ss.

⁷¹ Sobre ello, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 134.

agregar contenido sancionatorio a la reparación del daño no presentaría diferencias cualitativas con la pena pecuniaria.⁷²

En forma crítica se insiste en los efectos negativos sobre los delincuentes potenciales, quienes podrían observar una disminución de los riesgos de ser penado, con la sola reparación del daño, que equivaldría en algunos casos a la devolución del bien, a la indemnización del daño, al ofrecimiento de disculpas, o a una reconciliación.⁷³ También cabrían efectos negativos en la medida en que se desatendiera el aspecto disuasorio de hechos futuros, en aras de una solución supuestamente mejor del conflicto desatado por el delito cometido.⁷⁴

Desde la perspectiva de algunos autores la intimidación de autores potenciales puede constituir un efecto indirecto y secundario de la reparación, en tanto que se acepte que se teme más el resarcimiento del daño que la pena, pero éste no constituye el efecto primordial.⁷⁵ Más allá van quienes observan que la eficacia preventiva de la obligación de reparar el daño es eventual, dada la

⁷² En ese sentido, HIRSCH, CPC 1990, 564, el mismo, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 67; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 185.

⁷³ Esto permitiría, según algunos autores, que el delincuente pueda calcular y lucrar con la comisión del delito, particularmente en los casos de delincuencia patrimonial. O bien, en la criminalidad de empresa, el pago o compensación de la reparación del daño puede ser considerado como un coste de producción, aceptado por el autor dados los beneficios que puede reportarle el crimen. Cfr., sobre ello, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 61-62; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 184; ZEDNER, *The Modern Law Review*, 1994, 245; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 49; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 218, n. 277. En sentido contrario, se afirma que la reparación no es una restitución al *status quo ante*. ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 138. Sobre ello, en forma crítica, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 369 ss.

⁷⁴ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 192.

⁷⁵ Sobre ello, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 24; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 192.

posibilidad de cubrir el riesgo con pólizas de seguros⁷⁶ o bien, ser condenado a reparar daños inevitables.⁷⁷

En mi opinión, teniendo en cuenta a la víctima como representante de la generalidad, hay que tomar en consideración, como señala HIRSCH, los intereses no sólo de las víctimas concretas (actuales),⁷⁸ sino también los intereses de las víctimas potenciales, en la prevención de futuros delitos.⁷⁹ Contrariamente a lo que piensa un sector doctrinal, las víctimas no siempre están interesadas en la reparación de los daños y aunque una víctima concreta admitiera ese interés, la función del Derecho penal es la

⁷⁶ Advirtiendo acerca de la posibilidad de cubrir mediante la cobertura de seguros y señalando que realmente no se propicia ese encuentro *vis a vis* tan pregonado por las concepciones de la reparación como tercera vía, cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 80; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 179. De otra opinión, AA.VV.: AE-WGM, 1998, 70. Acerca de la reparación del daño por parte de una compañía aseguradora se ha pronunciado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la STC 84/1992, de 28 de mayo y 5/1993, de 14 de enero, señalando en relación con las indemnizaciones a favor de quienes han sufrido las consecuencias de un accidente de tráfico, que existe una influencia directa de las tendencias internacionales de protección a la víctima (Así, y en ese sentido, Declaración aprobada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la O.N.U. y Convenio Europeo 116, relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 14 de noviembre de 1993). Admitiendo la posibilidad de cubrir con seguros la reparación del daño, cfr., STS 26-abril-1999 (A 3215). Así, y en ese sentido, SAPC 14-enero-98 (A 688) y SAPM 11-enero-2001 (A131896).

⁷⁷ Cfr., en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 144; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 24.

⁷⁸ Acertadamente, en mi criterio, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 197, refiere que la orientación a la víctima actual debe tener como fundamento la gravedad de la conducta y del tipo subjetivo, siendo posible su aplicación frente a la ausencia de daños, por ejemplo en tentativas, en los supuestos de daño cubierto por un seguro, en los delitos sin víctima individualizada y en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales.

⁷⁹ Este aspecto que es sintetizado por HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 69-70, con la frase «*la prevención general no puede sustituirse por la invitación general*». En sentido crítico a esa frase, cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 369 ss.

evitación de otros delitos y debe tomar en cuenta los intereses de toda la comunidad,⁸⁰ presente y futura.⁸¹

La reducción del Derecho penal a un conflicto bilateral, en el que el delito solo atañe a la denominada «pareja criminal», constituye una involución -como lo señala QUERALT-,⁸² debido a que el delito expresa un conflicto en el que intervienen tres protagonistas: delincuente, víctima y sociedad.⁸³

La última crítica enfoca un problema fundamental: la voluntariedad de los acuerdos,⁸⁴ que es la premisa de la cual

⁸⁰ El delito interesa a toda la colectividad y no solo a víctima y autor. Superando la tesis del conflicto de carácter dual, y observando el carácter social del crimen, vd., sobre esto, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La reparación*, 1995, 13; QUERALT, *ADPCP* 1996, 154; SILVA SÁNCHEZ, *PJ*, n.º45, 1997, 196. En igual sentido se manifiesta GARCÍA-PABLOS, *CDJ*, XV, 1993, 287 ss., al considerar las expectativas reales de la propia víctima «*pues los estudios empíricos en la materia, si se realizan con una razonable inmediatez al momento del delito, demuestran hasta la saciedad, que lo que la víctima espera de la sociedad y los poderes públicos, no es sólo ni fundamentalmente una satisfacción económica, sino el justo castigo del culpable y la adopción de medidas eficaces que, en el futuro, impidan que tales hechos vuelvan a repetirse*». En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 187. Observando que a la víctima no le interesa vengarse, pero sí que el autor asuma la responsabilidad de su acto. vd., SCHNEIDER, *EPCrim*, XV, 1992, 211.

⁸¹ Por ejemplo, la protección de los bienes jurídicos del medio ambiente no puede reducirse a la protección de esta generación, mucho menos a un individuo en particular, porque éstos incumben a las generaciones futuras. Algunas legislaciones de Iberoamérica, aceptan la conciliación frente a delitos sin víctima individualizada, tal es el caso de Costa Rica, El Salvador y Venezuela. En estos casos se otorga la categoría de víctima a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. También es posible que el Ministerio Público, como titular de la acción penal pueda válidamente asumir una especie de representación en ese sentido. Sobre ello cfr., GONZÁLEZ ALVAREZ, *RCP* 18, 132; ARIAS MADRIGAL, *El foro*, n.º 4, 2003, 32; LLOBET, *La Víctima*, texto inédito, 10.

⁸² Cfr., QUERALT, *ADPCP* 1996, 154.

⁸³ Sobre ello, ampliamente, GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 188.

⁸⁴ La doctrina analiza algunos de los riesgos de la aplicación forzosa de la reparación del daño, señalando la posibilidad de autoinculpación del inocente para lograr los beneficios del acuerdo, como sería la no aplicación de una pena privativa de libertad. Otros riesgos serían la poca o nula garantía de éxito de un acuerdo conciliatorio forzoso; de igual forma, podrían observarse lesiones a la dignidad de las personas involucradas en el acuerdo, cuando se les coacciona por el derecho a realizar actuaciones que conllevan intromisiones en el fuero interno. Sobre la importancia de la voluntariedad del acuerdo de reparación, cfr., ROXIN,

parten absolutamente todas las propuestas de reparación del daño. El encuentro *vis a vis*, entre el delincuente y la víctima,⁸⁵ dificulta la producción de efectos intimidatorios, ante el propio autor y los potenciales delincuentes.⁸⁶ Recientes estudios empíricos efectuados en Francia, sobre los programas de mediación que concluyen con una reparación del daño, muestran que un importante número de acuerdos 44, 9%, se basan en una simple indemnización del perjuicio sufrido por la víctima. Las partes (autor y víctima) no están de acuerdo en someterse a encuentros de tipo reconciliador, ni a construir nuevas relaciones con el fin de evitar la repetición de los conflictos.⁸⁷

El discutible potencial intimidatorio para la reiteración de la conducta delictiva ha motivado en algunas legislaciones que contemplan la reparación del daño y la conciliación víctima-delincuente, al establecimiento de límites para evitar los abusos de los delincuentes reincidentes. Así por ejemplo, la creación de registros de control de medidas alternativas (similares a los registros de penados) o bien el impedimento de acceso a una conciliación, reparación del daño o un procedimiento abreviado, cuando el autor reitera la conducta delictiva, de manera que no pueden otorgarse más que una vez, o bien hasta que transcurra un período determinado.⁸⁸

en: CGPJ (Editor): Reforma DP, 1991, 26; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 159; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 346, n. 1177.

⁸⁵ Sobre este tema vd., HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 289-390; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 262-265; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 221.n. 283.

⁸⁶ Lo cual es expresamente negado por las teorías de la justicia restaurativa. Al respecto vd., *infra* Parte II, Capítulo II, 3.2.

⁸⁷ Sobre ello, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 74. Lo cual confirma, a mi entender, el dudoso el efecto disuasorio no sólo para el propio delincuente, sino en relación a los potenciales delincuentes.

⁸⁸ En la legislación procesal penal costarricense, los problemas derivados de la reiteración delictiva de personas que se habían sometido a una reparación integral del daño,

2.2.1.2. La prevención de intimidación como límite a la reparación del daño

La opinión dominante en la doctrina considera que la prevención general en su aspecto intimidatorio sería un límite a la reparación del daño.⁸⁹ Barrera que se hace patente en gran parte de las propuestas de la doctrina, en el sentido de admitir la reparación del daño mediante la valoración del criterio de la duración de la pena, es decir, en delitos de leve o mediana gravedad, no así en caso de delitos graves.^{90 91}

condujeron a una reforma legal por la que se estableció la inscripción registral de la reparación integral del daño, además de un período de cinco años para aplicar de nuevo el instituto. Vd., en ese sentido, el Proyecto de Reforma al CPr.PCR, 1999, pássim; <http://www.nacion.co.cr./24> de noviembre de 1999; Ley n.º 8146 de 30 de octubre del 2001, publicada en Gaceta n.º 227 de 26 de noviembre de 2001.

⁸⁹ En igual sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 141; QUERALT, ADPCP 1996, 156; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º 45, 1997, 199.

⁹⁰ En este sentido, vd., entre otros, *Note*, HLR, n.º 97, 1984, 933; DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 141; ROXIN, en: CGPJ (Editor): *Reforma DP*, 1991, 21; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 47; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La reparación*, 1997, 18-19; SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 61. Con referencias a los §§ 4 y 5, del AE-WGM, en los que se puede apreciar, como regla general, la reparación en vez de pena cuando haciendo abstracción de la reparación, el autor se hubiera hecho merecedor de una pena privativa de libertad de un año, que son los delitos de mayor frecuencia comisiva. En los delitos graves de aplicarse una reparación integral podría apreciarse una atenuante, vd., sobre ello, HUBER, ADPCP 1994, 169-170; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 148, n. 128. Aunque, para los autores del AE-WGM, ni siquiera la gravedad de un delito es un criterio apropiado para excluir la reparación del daño, en virtud del principio de «aplicabilidad universal», cfr., en ese sentido, ROXIN, en: *Seminario Hispano-Germánico*, 1992, 12; FREHSEE, *IURIS*, n.º 4, 1995, 64-65; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 48. Ejemplos de algunas experiencias europeas sobre conciliación en criminalidad grave a nivel de cumplimiento de pena, vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 143; DAPENA/MARTÍN, *PAPERS* n.º 11, 1992, 79. Sobre la dificultad de la reparación del daño en delitos sexuales, cfr., HEIDEMANN/LAMOTT, *PAPERS* n.º 8, 1992, 195 ss.; y en los delitos de violencia doméstica, vd., CARRASCO ANDRINO, *JDem*, n.º 34, 1999, 77, n. 79.

⁹¹ La legislación iberoamericana, por lo general, acepta la reparación del daño en los delitos, contra el patrimonio, para delincuentes primarios, que no revistan grave violencia y en los delitos imprudentes y en las faltas y contravenciones. Así por ejemplo, las legislaciones de Colombia, Brasil, Costa Rica, Salvador, Venezuela, Guatemala y Perú. Vd., ampliamente, GONZÁLEZ ALVAREZ, RCP 18, 126-127 ss. No obstante, en Costa Rica, la Jurisprudencia constitucional, SC, v. 2000-00430, cuyos pronunciamientos tienen efectos *erga homines*,

El asunto no termina ahí, puesto que también involucra el establecimiento de barreras o límites con la despenalización.⁹² Así, en aquellos casos en que se trate de hechos que merezcan ser despenalizados lo correcto sería optar por la remisión a otras esferas de tutela como por ejemplo al Derecho civil o administrativo, sin que con ello sufra una merma la prevención general negativa.⁹³ No se trata de una cuestión práctica, sino más bien de legitimidad de la intervención penal que esta íntimamente relacionada con los principios de ultima ratio, intervención mínima, antijuricidad material,⁹⁴ porque como he afirmado, el Derecho

estimó que puede admitirse la conciliación en caso de delitos graves tentados, cuya penalidad puede extenderse desde un día en adelante, virtud de la facultad concedida al juzgador de disminuir la pena por debajo del límite inferior del tipo penal que se trate. La Sala Constitucional señaló que en estos casos, no hay una renuncia del Estado a la tutela de un determinado bien jurídico, sino una distinta forma de tutela que legitima a la víctima en la solución del conflicto penal. El aspecto más relevante de comentar sobre este giro jurisprudencial se relaciona con la valoración *ex ante* que debe realizar el Juez frente al caso concreto y que en mi criterio implica una vulneración de garantías. Se refiere a que sin la realización de juicio, prácticamente en abstracto, el Juez debe valorar aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o peligro, la culpabilidad, etc., cuyo planteamiento en abstracto, casi pronosticando, es más que discutible. En sentido contrario, LLOBET, Proceso penal, 1998, 178, propone que la estimación de los casos que admiten la suspensión condicional de la pena, debe hacerse en abstracto. La Sala de Casación Penal acorde con los planteamientos doctrinales mayoritarios no admitía la conciliación en delitos graves, criterio que tuvo que ser modificado por efecto del voto de la Sala Constitucional mencionado. Así y en ese sentido SIII, v. 1999-663; v. 1999-1612. Sobre la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para la suspensión condicional de la pena en algunas de las legislaciones centroamericanas, cfr., SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 278. Poniendo en tela de juicio el acuerdo reparatorio sin que se haya probado aún la culpabilidad del autor, y cuestionando la aceptación del autor por el temor a que se declare la culpabilidad en el proceso judicial, aunque pueda carecer de base, vd., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 154. Sobre la necesidad de la descripción de la consecuencia jurídica en el tipo penal, como derivación del principio de legalidad y para que la reparación se considere una pena. vd., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 42.

⁹² En igual sentido DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, La reparación, 1995, 14.

⁹³ Sobre ello, MUÑOZ CONDE, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 532.

⁹⁴ Reconociendo la antijuricidad material de las conductas como presupuesto de las sanciones penales es decir, la gravedad material por su especial dañosidad social y reprobabilidad que perturba de manera considerable los bienes jurídicos, Cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 59.

penal cumple en la sociedad una función nuclear protege las condiciones básicas para la vida en sociedad, no siendo indicada la despenalización de conductas relevantes.

Cabría cuestionarse entonces, ¿qué hacer en los casos en que no está clara esa posibilidad de despenalización? SILVA SÁNCHEZ propone el mantenimiento de la tipificación penal (norma primaria), unido a la posibilidad de que la reparación sustituya a la sanción penal clásica con un efecto preventivo general negativo que resulta necesario y que desaparecería con la sola remisión al Derecho civil.⁹⁵

2.2.2. Prevención general negativa y la reparación en lugar de pena

Si se considera que la reparación del daño puede aplicarse en lugar de la pena, es decir, que puede operar como requisito para que dejen de aplicarse determinadas sanciones, las estimaciones sobre la intimidación a los potenciales delincuentes toman otro cariz.

Se trata de supuestos en los que deja de aplicarse la pena con que se encuentra conminado un hecho delictivo, porque se ha reparado el daño. Aquí cabría la valoración de la reparación del daño como sustitutivo penal, con la connotación que aquí hemos operado, como reacción o respuesta a los supuestos de no necesidad de pena (absoluta o relativa) en el caso concreto.⁹⁶

⁹⁵ Sobre ello, vd., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 352; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 163-164; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, 12. En igual sentido vd., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 45. Con una postura de mayor apertura hacia la despenalización PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 364 ss.

⁹⁶ En la doctrina española con anterioridad se discutió sobre la renuncia a pena, ampliamente, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 203-204, el mismo, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 203. También en la propuesta de QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 600-602, puede

La cuestión fundamental desde la óptica de la prevención general negativa es determinar si la reparación del daño como sustitutivo penal tiene efectos intimidatorios hacia los delincuentes potenciales. De entrada, como pudimos apreciar, la opinión dominante en la doctrina considera que con la reparación del daño como sanción penal, la eficacia preventiva del Derecho penal resulta esencialmente debilitada.⁹⁷

Esta situación también es apreciable cuando la reparación del daño es un sustitutivo penal. Los planteamientos de la doctrina que consideran la existencia de algunos aspectos intimidatorios en la reparación del daño, aprecian fundamentalmente la experiencia de algunas legislaciones como la inglesa y la norteamericana que mantienen instituciones del Derecho civil que gozan de una gran eficacia disuasoria, así por ejemplo, las indemnizaciones sancionatorias «*punitive damages*», la condena a reparación del daño en los hurtos en tiendas o grandes almacenes y los delitos contra la personalidad (contra la intimidad y contra el honor),⁹⁸ en los que se sustituye la intervención del juez penal por la reparación del daño. También se señala, que el efecto de intimidación y de

observarse, en parte, la utilización de la renuncia a la pena que supone una valoración del juez sobre la falta de necesidad de pena, en el caso concreto porque se ha reparado el daño. En igual sentido se articula la doctrina y la legislación alemana, así por ejemplo, la regulación del AE-WGM §4 y la «Ley de modificación del Código penal, de la Ley procesal penal y otras leyes», de 28 de octubre de 1994, que incorpora nuevas normas al Código Penal alemán (§46 a, 56, 56 b pfo. 2º, inc. 1º, n.º 1º). También la contempla el Código penal austríaco ÖStGB, en el §42 aunque se discute ampliamente sobre su naturaleza jurídica. Sobre el Derecho comparado ampliamente, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 143 ss., 152 ss.

⁹⁷ En igual sentido, LARRAURRI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 188-189.

⁹⁸ Sobre ello, cfr., MANNA, CPC 1988, 81; MORALES PRATS, CPC 1988, 703; LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 189.

ordenación de conductas puede observarse cuando el sujeto por temor a la pena, repara el daño causado a la víctima.⁹⁹

La postura contraria estima que no es posible encontrar restos útiles de intimidación en instituciones jurídicas como la renuncia a pena o la aplicación de sustitutivos penales, pese a que éstos cuentan con una amplia aceptación por la doctrina, y consideran que los sustitutivos penales tienen que cumplir las mismas funciones que la pena.¹⁰⁰

En ese sentido, GRACIA al abordar la problemática de los sustitutivos penales y de la reparación del daño señala que *«la reparación, sin embargo, no puede satisfacer plenamente las exigencias de prevención general, de modo particular las de la prevención intimidatoria. La reparación no puede realizar los fines de la prevención general subsidiaria que son propios de los sustitutivos penales»*.¹⁰¹

⁹⁹ Así, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 150, 155, entendiéndose que la postura correcta es la utilización de la reparación como «tercera vía», propone la aplicación supletoria de pena privativa de libertad, en caso de incumplimiento de la reparación del daño. En igual sentido, CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 79. Este aspecto que es particularmente criticado por HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 66, ya que desde su óptica se trata más bien de un medio de presión contra el autor, que excede las posibilidades civiles y se convertiría en «¡El regreso a la cárcel por deudas!».

¹⁰⁰ Cfr., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 187; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 266; ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 215 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 1998, 232 ss.

¹⁰¹ Vd., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 48, 266. Para el autor los sustitutivos de la pena privativa de libertad deberán consistir en instrumentos o medios materiales idóneos para el cumplimiento de los fines de la pena. Desde el punto de vista de la eficacia de la llamada «conminación penal abstracta», los sustitutivos de la pena privativa de libertad deben producir los efectos característicos de aquella, si bien de modo subsidiario, y en ese sentido, los sustitutivos de la pena privativa de libertad serán instrumentos adecuados desde el punto de vista de las exigencias de la prevención general, que se cumplirán en este caso de modo subsidiario. El planteamiento de GRACIA, guarda alguna similitud con el enfoque de los teóricos del merecimiento. Así, VON HIRSCH, Censurar y castigar, 1998, 102, refiriéndose a la sustitución de las sanciones señala que éstas deben ser equivalentes, es decir, la severidad debe ser comparable, aproximada. De otra opinión, SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 370,

A pesar de las objeciones anteriores, considero que la reparación del daño, como sustitutivo penal, puede estar en condiciones de cumplir con la prevención general. Se ha admitido, por un sector doctrinal, la posibilidad de que la intimidación penal no sufra en su contenido nuclear por disminuciones de las sanciones penales o por otros mecanismos como la renuncia a la pena, una vez declarada la culpabilidad o formulada la condena.¹⁰² Aún más, incluso sería suficiente respaldo a la prevención general intimidatoria la denominada prevención general de segunda instancia, que es considerada por la doctrina apta como mecanismo disuasorio.¹⁰³ Esta prevención general de «segunda instancia, de

considera «que las formas sustitutivas permiten renunciar a determinados efectos o fines de la prisión cuando no se consideran necesarios desde el punto de vista de la mínima exclusión social».

¹⁰² En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 248; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 1998, 199. Sobre la tolerancia de la doctrina a una cierta renuncia a pena adecuada a la culpabilidad, cfr., PÉREZ MANZANO, en: SILVA (Editor): Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 87.

¹⁰³ En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en STS 26-abril-1999 (A 3215) al señalar que la reparación del daño refleja por imperativo legal una disminución de la necesidad de pena, lo cual es consecuente con una política criminal orientada a la protección de la víctima. Se refleja también, una actitud del culpable que supone tanto un reconocimiento, por su parte, del mal causado y un indicio de su apartamiento de la actividad delictiva, facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. Me parece interesante recalcar que algunos Tribunales de las Audiencias Provinciales han venido reconociendo en la indemnización realizada por una aseguradora la atenuante de reparación del daño, señalando que la suscripción del contrato de seguro tanto el obligatorio como el voluntario para la cobertura del riesgo, delata una actitud especialmente diligente del posible o futuro infractor, merecedora de un incentivo penal, «no resultando problemática, por tanto, la aplicación de la circunstancia atenuante en los casos en que el riesgo se encuentre asegurado (en relación a aquellos en los que la reparación se efectúa directamente por un tercero), dado que en el supuesto del seguro es el mismo infractor, aunque anticipadamente y con los vencimientos acordados con la Compañía aseguradora, y en virtud de un contrato, quien dio los pasos necesarios para que, si ocurría un infortunio, la víctima o los perjudicados por el delito, como sucede en este caso con sus padres- se vieran suficientemente resarcidos». Así, y en ese sentido, SAPC 14-enero-98 (A 688) y SAPM 11-enero-2001 (A131896). En mi opinión, existe una tendencia totalmente arraigada en la jurisprudencia y en la sociedad de aseguramiento obligatorio y voluntario tratándose de delitos de la circulación y en esa inteligencia no habría obstáculo alguno en reconocer esa conducta *ex ante* que realiza el autor adelantándose en la esfera de protección. Pero me pregunto ¿qué sucedería si el autor se adelanta y asegura otras posibles conductas

*segunda línea, de reserva o prevención general en última instancia» se entiende, como una «segunda oferta, para ver si con ella se logra al menos algo de lo que no se logró con la intimidación penal, es decir, el prevalecimiento de los intereses del ordenamiento jurídico».*¹⁰⁴ La violación de la norma jurídico penal expresa una disfunción del cometido disuasivo,¹⁰⁵ no obstante, circunstancias posteriores al hecho realizadas por el autor, pueden lograr ese mismo efecto de disuadir a la comunidad en general para que no cometan delitos. En ese sentido se ha expresado DE VICENTE REMESAL, quien señala que en la medida *«en que la disminución de la gravedad del daño o los efectos del hecho pueda ser captada positivamente por la comunidad(...)(antes bien, un fortalecimiento de los pretendidos con la prevención general de segunda instancia) ni una pérdida de confianza de los ciudadanos en la reafirmación del orden jurídico»*,¹⁰⁶ es decir, que el

delictivas que pudiera cometer en el futuro? Aunque en principio, debido a la ilicitud del objeto de probablemente no exista una compañía que asegure tales supuestos. Pero piénsese por ejemplo, en la delincuencia económica, en la medio-ambiental, aquí pareciera que es más fácil disimular el contenido ilícito y asegurar los posibles daños o la posible responsabilidad patrimonial. En mi criterio en ese caso, la reparación concebida como sustitutivo no debería ser asegurable. Sobre ello, cfr., LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 179.

¹⁰⁴ Así, y en ese sentido, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 361.

¹⁰⁵ Como acertadamente explica SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 199, *«El Derecho penal sigue teniendo, pues, básicamente, fines de protección (y pacificación) social a través de la prevención. Dichos fines se cumplen a través de mecanismos diversos. Respecto al delito no cometido la prevención opera fundamentalmente a través de la norma con pretensiones disuasorias, asentadas tanto en la intimidación derivada de la naturaleza penal de la norma, como en la comunicación del contenido de valor que, por razones tanto formales como -deseablemente- materiales, incorpora la misma. Una vez cometido el delito, e independientemente del refuerzo de la intimidación inherente a la norma, es lo esencial restablecer el estado de paz social previo a tal comisión: a ello contribuye la pena como mecanismo contrafáctico de restablecimiento de la vigencia de la norma y descrédito de su vulneración; y también la medida, como vía de aseguramiento cognitivo»*.

¹⁰⁶ DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 360-363, 368, *«si por ejemplo, el culpable de un hurto devuelve al día siguiente -ignorando incluso que el hecho había sido descubierto- la cantidad sustraída, la rebaja que en su caso procediera por su*

comportamiento posterior del imputado, en tanto no suponga un relajamiento de los fines inhibitorios, puede ser captado por la comunidad como una forma de reafirmación del orden jurídico.

3. LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El advenimiento de la reparación del daño conlleva una revitalización de la prevención especial.¹⁰⁷ Pero se trata de un nuevo concepto de resocialización del delincuente alejado de los modelos de los últimos veinticinco años,¹⁰⁸ debido a que existe acuerdo doctrinal en que se ha demostrado, en el plano empírico, la ineficacia de la pena privativa de libertad para motivar al delincuente en dirección a la fidelidad hacia el Derecho y el carácter desocializador de ésta.

En cuanto al efecto preventivo especial de la reparación del daño pueden distinguirse dos direcciones posibles que de seguido analizaré.

1) El primer enfoque supera la ideología del tratamiento¹⁰⁹ y no trata de producir cambios en la personalidad o en las actitudes

comportamiento postdelictivo positivo no disminuiría en nada el carácter inhibitor general de la prohibición de hurtar. El posible miembro de la comunidad que se decidiera a atentar contra la propiedad sabría que, de no proceder como el culpable del ejemplo anterior, ese no sería su caso y se le aplicaría la pena con mayor rigor que aquel».

¹⁰⁷ Sobre esto, MAIER, en: MAIER, (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 195-196.

¹⁰⁸ Cfr., en ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 200. Para TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 120, 126 un factor determinante en la acogida de la reparación del daño por parte de la doctrina y las legislaciones, ha sido la crisis de la resocialización y de la orientación preventivo-especial de la pena, lo cual es «*un escalón más de este decantamiento progresivo hacia la víctima*». También observa la tendencia a vincular la reparación del daño a la prevención especial positiva.

¹⁰⁹ Aunque la superación de la idea terapéutica no aparece tan clara, así, para TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 183, la inserción de contenidos preventivos especiales en

del individuo, lo cual traspasaría las fronteras de la función de protección de bienes jurídicos. No tiene que ver con conceptos como la resocialización, educación o tratamiento,¹¹⁰ pues el foco de interés no es la personalidad del delincuente,¹¹¹ sino el delito y sus consecuencias.¹¹² En la reparación lo decisivo es «la conducta reparadora»,¹¹³ pues depende del autor la reafirmación de la vigencia de la norma infringida y es su esfuerzo reparador el que debe producir el efecto de pacificación de la conciencia jurídica general.¹¹⁴

Habiéndose demostrado que la pena privativa de libertad no es un instrumento eficaz para motivar al delincuente en dirección a la fidelidad hacia el Derecho, y su marcada tendencia a la desocialización, los enfoques de la doctrina se dirigen hacia un sistema de orientación preventivo-especial, en el que el sujeto tendrá un mayor protagonismo.

las teorías de la prevención general positiva, recuerdan, las virtudes curativas de los nuevos remedios, «*viendo en la recuperación del infractor una especie de terapia simbólica sobre el cuerpo social herido por el delito*».

¹¹⁰ Sobre la superación del modelo rehabilitador, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 166.

¹¹¹ Lo significativo es la realización del acto reparatorio independientemente del aspecto subjetivo o motivación ética del autor. Este puede actuar a instancias de la recomendación hecha por un tercero, o incluso motivado en un trato punitivo más benevolente, lo importante es que objetivamente se repare el daño ocasionado a la víctima o se aminore.

¹¹² En ese sentido, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 153, afirma que la reparación esquiva las críticas más frecuentes a la resocialización dominada por la ideología del tratamiento, presentándose de la siguiente forma: 1) la reparación como respuesta sancionatoria es limitada, 2) no existe el peligro de una intromisión sin límites en la personalidad del delincuente, puesto que lo que se repara es el hecho, 3) se evita las consecuencias desocializantes de la prisión. Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 233.

¹¹³ Cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 153; Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 192, 193; ECHANO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 182.

¹¹⁴ Así, y en ese sentido, STS 6-octubre-1998 (A6975).

Algunos autores proponen la aplicación del principio «*Prinzip Aktivierung*», según el cual se intentaría sustituir, el *malum passionis* característico de la pena convencional por un *bonum actionis*, es decir, sustituir las reacciones tradicionales por instituciones que presentan un mayor potencial resocializador, por ejemplo, el resarcimiento del daño, el trabajo en provecho de la comunidad.¹¹⁵

Para ROXIN y los autores del Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM), el efecto resocializador de la reparación del daño, consiste en obligar al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho,¹¹⁶ y con la persona del ofendido de una manera diversa a la que correspondería si la víctima permanece abstracta y anónima. El daño es algo concreto, con lo que el autor tiene que enfrentarse y responsabilizarse frente al hecho cometido.¹¹⁷ Aunque como veremos no existen posiciones doctrinales exentas de combinaciones, ya que el mismo ROXIN reconoce en la reparación una conexión ulterior, la reconciliación entre el autor y la víctima y, de ese modo facilitar la reintegración del culpable.¹¹⁸

Esta confrontación al delincuente puede fomentar un reconocimiento de la vigencia de la norma si fue experimentada e interpretada por el autor como algo justo.¹¹⁹ También, si se alcanza

¹¹⁵ Vd., sobre esto, SCHÜLER-SPRINGORUM, cit., por SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 31, n.75.

¹¹⁶ Vd., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 153; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 45.

¹¹⁷ En ese sentido, cfr., GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 91-92.

¹¹⁸ Vd., ROXIN, DP PG I, 1997, 109, nm. 64.

¹¹⁹ Pareciera lograrse más por la resocialización del delincuente, si después de un eficaz compromiso entre víctima y delincuente se le exime de las consecuencias nocivas y discriminatorias de la privación de libertad y con ello vuelve a ser aceptado por la sociedad. Cfr., en ese sentido, ROXIN, en: Seminario-Germánico, 1992, 4.

una conciliación entre el autor y la víctima puede facilitar esencialmente la reintegración del culpable.¹²⁰

Indudablemente se produce una simbiosis entre la prevención de integración y la prevención especial positiva que es observada de manera crítica por TAMARIT,¹²¹ por la tendencia a la disolución del ideal resocializador, frente a instrumentalización de la prevención de integración, a la vez que observa una cierta remembranza a los viejos ideales terapéuticos.

De forma evidente esto es apreciable en construcciones dogmáticas como las de SCHNEIDER,¹²² que reconoce una orientación del sistema penal hacia un concepto de «recompensación», que es *«un proceso de interacción (de acción recíproca) entre el autor, la víctima y la sociedad, que cura el conflicto criminal y restablece la paz entre los implicados»*.

2) La segunda dirección describe la orientación preventivo-especial como un proceso interactivo en el que tanto el autor como la víctima tienen una participación activa en la solución del conflicto.¹²³ Desde esta postura,¹²⁴ a la reparación del daño se añade un componente nuevo: la conciliación entre el responsable y la víctima del delito. Acentuándose la importancia de la pacificación

¹²⁰ En ese sentido, ROXIN, DP PG I, 1997, 109, nm., 64. Acerca de la postura de PFEIFFER, cfr., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 112-113, para quien el encuentro directo con la víctima puede favorecer en el autor un alivio de las tensiones que lo impulsan hacia el delito, además la exigencia de una actuación positiva del autor, puede servir para el restablecimiento racional y emocional del mismo, y ello implicará una disminución de la respuesta sancionatoria.

¹²¹ Vd., TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 181-182.

¹²² Vd., SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 210-211.

¹²³ Cfr., TRENCZECK, PAPERS n.º 8, 1992, 33. TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 112, apunta que surge la idea de la *«conflict participation»* en el que Estado se retrae y cede el protagonismo al autor y la víctima.

¹²⁴ Sobre ello, ampliamente, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 142-143.

concreta de la relación autor-víctima como parte de los fines de la pena.

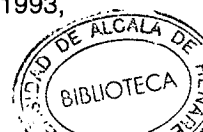
Entre los defensores de esta postura destaca FREHSEE,¹²⁵ para quien se reclaman prestaciones constructivas al autor del delito, cuya personalidad se verá reforzada al experimentar que puede reparar con sus propias fuerzas una injusticia cometida.

La empatía con la víctima es uno de los aspectos que tiende a recalcar, el autor aprende a conocer los intereses de la víctima, tiene la oportunidad de entender la actitud de ésta y de ponerse en el lugar del otro. Lo cual contribuye a que el autor no se desentienda del hecho y reprima su responsabilidad. Un proceso idéntico es experimentado por la víctima.¹²⁶ De tal suerte que el mayor contacto entre las partes, los hace acercarse, y la sentencia, culminación del proceso se siente como algo propio, pues ha sido generado por ellas mismas.¹²⁷

¹²⁵ Cfr., FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 63.

¹²⁶ Aunque FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 64, señala que la importancia de la víctima individual es relativa, pues el esfuerzo reparador se dirige al público general y al autor del delito.

¹²⁷ Sobre ello, vd., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 339.



3.2. PRINCIPALES CORRIENTES DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Al igual que con la idea de reparación del daño, no todos coinciden en el contenido y los efectos asignados a la prevención especial positiva. Las propuestas doctrinales discurren por las distintas ideologías y diferentes concepciones político-criminales siendo sus orígenes muy dispares. Sin embargo, muchos de los autores (sin que pueda agruparlos por sectores pues existe una mixtura de construcciones dogmáticas)¹²⁸ para alcanzar el efecto preventivo-especial, tienden a adscribirse a las ideas de repersonalización, reconciliación y fundamentalmente se valora el esfuerzo del autor de la reparación, no siendo necesaria una reparación integral.

Así, algunos autores, aunque parten de la idea de la reparación dentro del Derecho penal,¹²⁹ exigen algo más de la personalidad del autor que la realización de los actos de reparación del daño, como actitudes y vivencias más íntimas, otros descartan cualquier pretensión moralizadora.

¹²⁸ Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 339. Visualizando esta situación GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 145, nos describe las discrepancias entre las diferentes concepciones, las cuales a pesar de atribuir a la reparación del daño la «*capacidad de operar variados cambios actitudinales y motivacionales en el infractor -y en la víctima- no coinciden al explicar en qué ha de consistir dicho cambio (su objeto y contenido), ni como debe producirse, ni de que forma ha de discurrir el proceso de interacción y cuáles son sus principales variables*».

¹²⁹ Así, y en ese sentido, LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 186, pueden distinguirse dos modelos de la reparación del daño: justicia penal y justicia reparadora, en el primero se asume que el delito es un hecho diferente de otros ilícitos, que afecta los intereses colectivos, en el que el Estado está legitimado para actuar. La justicia reparadora sostiene que el delito es un conflicto que se diferencia de los otros por la reacción de que es objeto, afecta a los intereses privados y la intervención del Estado debe limitarse a establecer el proceso en el cual las partes dirimen su conflicto. Sobre la ideología de la resolución de conflictos, cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), Victimología, 1990, 164.

3.2.3. La repersonalización

Uno de los aspectos que se destacan en la fundamentación de la prevención especial a que aspira la reparación del daño es la idea de la repersonalización.¹³⁰ A partir de una visión crítica del Derecho penal, se entiende que el delincuente y la víctima pueden asumir sus propios actos con responsabilidad, los que como seres dotados con capacidad y autonomía, pueden participar en la resolución de sus propios problemas.¹³¹

Las relaciones entre las personas se restablecen pacíficamente a través de la implicación directa de las personas afectadas por medio del diálogo a lo que se denomina una «*restitución comunicativa*».¹³²

Desde esta visión, para el Derecho penal, el restablecimiento de la paz jurídica tiene una visión constructiva¹³³ y gira en torno a elementos de carácter personal fundamentales, como son: la responsabilidad personal y la atención a la víctima.¹³⁴

¹³⁰ Vd., PETERS/NEYS, EGUZKILORE n.º 8, 1994, 188; SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 188.

¹³¹ En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 316. La misma, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 474 ss., cuestiona los distintos papeles de la culpabilidad y la responsabilidad, asumiendo un carácter dinámico para esta última, la que implica entre otras cosas diálogo, disparidad, opcionalidad, pluralidad de perspectivas, previsión, expectativas, integración, orden. Mientras, la culpabilidad «*tiende a encapsular al individuo, a fijarlo en el tiempo, en el pasado, y también a estigmatizarle, a marcarle a través de un juicio de reproche como sujeto de una calidad moral diversa*». La autora, también nos muestra una posición doctrinal de la justicia restaurativa, la cual tiende a la responsabilidad activa en contraposición de la responsabilidad pasiva (ligada a la justicia penal). Asumir la responsabilidad en la reparación del daño y en la restauración de las relaciones son los parámetros de la responsabilidad activa.

¹³² Cfr., TRENCZEK, PAPERS n.º 8, 1992, 37; KERNER, CPC 1997, 371.

¹³³ En idéntico sentido, SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 211.

¹³⁴ En ese sentido, cfr., GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 95; PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 484.

Los efectos positivos de la reparación pueden darse a través de la responsabilización del hecho cometido. La confrontación directa entre el autor y la víctima contribuye a que el autor no se desentienda del hecho y reprima su responsabilidad,¹³⁵ pues conoce a la víctima y percibe la magnitud del daño producido.¹³⁶ Provocando finalmente en el autor un alivio de las tensiones que lo impulsan hacia el delito.¹³⁷

La neutralización a la que usualmente recurren los autores es dejada de lado, puesto que el autor puede percibir su acción desde la perspectiva de la víctima, y esto no solo le permite tomar iniciativas en relación al hecho y sus consecuencias,¹³⁸ sino que puede construir un freno psíquico para la comisión de otros delitos.¹³⁹

¹³⁵ Así, y en ese sentido, cfr., FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 63-64. Sin embargo, este encuentro directo puede producir una revictimización del perjudicado en casos de delitos graves, los autores del Proyecto Alternativo sobre la Reparación, informan de proyectos donde el encuentro se ha producido por vía indirecta, lo que ha contribuido a que la víctima pueda reducir el miedo y la inseguridad y se ha evitado la neutralización por parte del autor. Sobre cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 48.

¹³⁶ Vd., GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 94, 97. En ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 482, parafraseando a BAUMANN, este encuentro en el que se determina por el autor a la víctima concreta, «*abre posibilidades de desencadenar procesos emocionales y cognitivos que en el procedimiento penal difícilmente pueden producirse, y que sin embargo contribuyen a una elaboración constructiva del hecho*».

¹³⁷ Vd., sobre ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 112.

¹³⁸ Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 218.

¹³⁹ Vd., en ese sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 164.

3.2.2. La reconciliación

Algunos planteamientos teóricos exigen un plus delinciente. No es suficiente con la reparación del daño, o el cumplimiento del castigo merecido se le exige al autor un compromiso desde el punto de vista personal y ético.¹⁴⁰ A través de la reparación como proceso que involucra arrepentimiento, reconciliación, satisfacción, el autor puede alcanzar la resocialización.¹⁴¹ Se considera que el cambio de actitudes realizado por el autor, constituye el punto de partida de cualquier proceso en ese sentido. Este enfrentamiento del autor con el hecho realizado lo motiva a reconciliarse con la víctima.¹⁴² Estas ideas se nutren de los aportes de otras ciencias como la psicología, la criminología y la antropología y afloran tanto en las concepciones tradicionalmente jurídicas, como las de la doctrina alemana.

DÜNKEL, apoyándose en la teoría del comportamiento y en contribuciones de las teorías sociopsicológicas explica el nacimiento de una actitud social frente a la víctima del delito que se produce por el proceso de interacción entre el auto y la víctima.¹⁴³

ROXIN se manifiesta partidario de la idea de reconciliación lo que manifiesta en forma ostensible al establecer un enlace entre la reparación del daño y la reconciliación entre el autor y la víctima para alcanzar una auténtica compensación de la culpabilidad, en ese sentido, señala: «Una auténtica compensación del hecho, un restablecimiento de la situación originaria, solo se puede conseguir

¹⁴⁰ Cfr., GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 145.

¹⁴¹ Vd., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 188.

¹⁴² Cfr., HUBER, ADPCP 1994, 171.

¹⁴³ Vd., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): Victimología, 1990, 175.

*cuando el daño haya sido remediado y los efectos inmateriales del hecho hayan sido eliminados mediante una reconciliación».*¹⁴⁴

En algunos casos al autor se le pide un «*esfuerzo de confesión y de luto psíquico y social*»,¹⁴⁵ que le permitirá expiar su culpa sin humillarse personalmente y reintegrarse a la sociedad.

Otro sector doctrinal requiere del delincuente un cambio actitudinal que involucra «*un proceso voluntario de comunicación de emociones y de hechos, creador de nuevas relaciones y actitudes ante el conflicto, conjugando la imaginación con el respeto de los derechos*».¹⁴⁶

Más lejos llegan otras propuestas -desde una perspectiva antropológica- que reconocen una acción preventivo especial por medio del control comunitario a través de «*ceremonias ciudadanas de reprobación y vergüenza reintegrativa*».¹⁴⁷ Ésta última es diferente de la estigmatización, por tener una duración determinada, a la que pone fin el perdón, y en la que el autor debe realizar esfuerzos para mantener los lazos de respeto durante ese período finito de sufrimiento.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Cfr., ROXIN, DP PG I, 1997, 109, n.m. 64: el mismo, ADPCP 1999, 9. En forma crítica TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 181-182, observa la particular amalgama en la construcción de ROXIN, entre la prevención de integración y la prevención especial positiva.

¹⁴⁵ Cfr., SCHNEIDER, EPCrim, XV, 1992, 145.

¹⁴⁶ Ampliamente, VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 455.

¹⁴⁷ Cfr., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 59 ss. La autora explica la postura de BRAITHWAITE/PETIT, quienes de la observación y experiencia de la comunidad Maorí de Nueva Zelanda en la que existe un fuerte control comunitario del delito, y en la que se practica la vergüenza reintegrativa como forma de solución de los conflictos penales concluyen que ésta sería una buena opción.

¹⁴⁸ Particularmente crítico sobre algunas formas de autoflagelación moral en Japón, vd. GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 155.

Los seguidores de éstas posturas reconocen un alto contenido pedagógico a la reparación¹⁴⁹ y al Derecho penal,¹⁵⁰ pues las repuestas nacen en el proceso de comunicación entre el autor y la víctima y del cambio de actitudes del delincuente al asumir el infractor su responsabilidad.¹⁵¹ La reparación del daño es vista como una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor. Las claves del proceso de «*aprendizaje social*» serían la experiencia del hecho y el intento de reparación.¹⁵²

De igual forma, la reparación constituye un mecanismo fundamental para restablecer el equilibrio entre las relaciones de reciprocidad y reconocimiento mutuo entre las personas, que se han visto alteradas por la comisión del hecho delictivo. La confrontación con la situación en la que se encuentra la víctima sensibilizará al autor acerca de las formas de solución de conflictos y aprenderá a relacionarse y a convivir con los demás.

Finalmente, otros autores, entre los que destaca PÉREZ SANZBERRO,¹⁵³ observan los efectos de la asunción de responsabilidad por parte del autor, en la víctima y su recuperación de la autoestima.

En mi opinión, sería importante a través de la investigación empírica determinar los alcances y proyecciones del fenómeno de

¹⁴⁹ Sobre ello, vd., FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 63; RÖSSNER, cit., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 218. También *supra*, n. 20. En desacuerdo GIMÉNEZ-SALINAS, PAPERS, n.º 8, 1992, 92.

¹⁵⁰ En ese sentido, cfr., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 314.

¹⁵¹ Vd., GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 154.

¹⁵² Cfr., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 45. Profundizando, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 164-165, señala que este valor pedagógico se produce al tener el autor que rendir explicaciones de manera directa a la víctima, quien ha sido negativamente afectada por su actuación.

¹⁵³ Cfr., PÉREZ SANZBERRO, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 482.

la transferencia (que es como se conoce este proceso en la Psicología)¹⁵⁴ en la recuperación de la propia estima («estima de sí») de la víctima.

Sin embargo, considero que hay que ser cautos en la asunción de estos propósitos como tareas (¿o fines?),¹⁵⁵ a las que deba aspirar el Derecho penal, a riesgo que se convierta en otra disciplina que no es Derecho penal.¹⁵⁶ En mi criterio aunque es innegable el papel del Derecho penal en la sociedad, pues mantiene y garantiza una coexistencia pacífica, asignarle otras funciones - que por otro lado no están suficientemente determinadas-, tales como restauración de relaciones interpersonales, construcción de la autoestima, empatía, comprensión, construcción de la realidad social,¹⁵⁷ rebasa tanto la función como los límites del Derecho penal.

3.2.3. El esfuerzo de la reparación del daño

El esfuerzo reparador es un elemento central ya que en él se expresan los elementos de resocialización y reconocimiento de la

¹⁵⁴ Sobre ello, vd. DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 176.

¹⁵⁵ Para HASSEMER, *Persona*, 1999, 198, más que propósitos hay una redefinición de los fines del Derecho penal, señala: «*Con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima no solo significa la reposición material del daño causado, con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, a reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que efectivamente ha sido víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente)*».

¹⁵⁶ Así, y en ese sentido, STS 5-julio-1994 (A6246), señala que en muchas ocasiones por medio del arrepentimiento espontáneo se puede restablecer la paz de la víctima, sin considerarla un fin del Derecho penal, sino un foco de atención muy importante desde el punto de vista jurídico-penal.

¹⁵⁷ De otra opinión, BACIGALUPO, *PJ* n.º 43-44, 1996, 134.

norma.¹⁵⁸ Ese acto personal de restablecimiento del Derecho vulnerado es decisivo valorándose de manera primordial el acto contrario, independientemente de su contenido material. Como señalamos, la resocialización es entendida en sentido amplio comprensiva de los esfuerzos productivos del sujeto.¹⁵⁹ La reparación del daño, según sus defensores, traspasa las fronteras del resarcimiento civil¹⁶⁰ y su contenido material admite la reparación socialmente constructiva¹⁶¹ y simbólica.¹⁶²

¹⁵⁸ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 202. Sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 324, 328. Reconociendo el esfuerzo de reparación aunque se parcial, STS 7-diciembre-2002 (A 2225).

¹⁵⁹ Tempranamente, ROXIN, en: Problemas, 1976, 31-32, había manifestado la vocación preventivo-especial del esfuerzo reparador. Así, aún en el caso límite de delitos cometidos por una motivación irrepetible en los que no exista necesidad de prevención especial del sujeto y las exigencias de prevención general se opongán a renunciar a la ejecución, debe darse al delincuente la posibilidad de ejercitar sus fuerzas en el establecimiento de un modo productivo, «*puede el delincuente con su honrado esfuerzo conseguir fuerzas constructivas para su personalidad*». Para ROMANO, RitDP 1993, 885, centrarse en el esfuerzo es una exigencia del principio de igualdad.

¹⁶⁰ ROXIN, en: MAIER(Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 138, señala que la sola restitución al *status quo ante*, sería un fracaso desde la prevención especial pues eliminaría la amenaza contenida en la conminación penal, el autor no tendría nada que perder, solo ganaría y para él cesaría todo riesgo. Sobre ello, cfr., ROMANO, RitDP 1993, 877, n. 31; FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 63-63; SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 197-198; AA.VV.: AE-WGM, 1998, 74; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 229.

¹⁶¹ En ese sentido, vd., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 43, 52. Para los autores del Proyecto Alternativo de la Reparación, la reparación sirve al desarrollo del Estado social, en un el doble haz de aspectos: porque ayuda a la víctima a obtener una satisfacción y porque ofrece al autor una reintegración en la sociedad. Particularmente comparto la crítica de TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 177, que observa un contrasentido en la alusión del principio del Estado social por los autores del AE-WGM, cuando lo que se observa más bien es la tendencia a la privatización del sistema.

¹⁶² Vd., ROXIN, ADPCP 1999, 12, ésta puede aplicarse en los casos en que no se ha producido daño, por ejemplo, en la tentativa fracasada y en los delitos de peligro abstracto, en delitos contra bienes jurídicos supra-individuales (por ejemplo, falso testimonio). Sobre la reparación simbólica cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 198; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 194-196; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 322 ss. También cuando el autor a pesar de su disposición a reparar no está en condiciones de pagar una suma de dinero. Crítico de la reparación simbólica, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 183. El Tribunal Supremo, STS 6-octubre-1998 (6975); STS 19-febrero-2001 (A 368); TS 30-abril-2002 (A 6839);aprecia como atenuante (art. 21.5.ª CP 1995) no solo los casos

SILVA SÁNCHEZ¹⁶³ cuestiona la relevancia jurídico penal del esfuerzo de la reparación del daño que se da en el caso en que exista duda sobre los elementos de resocialización y aceptación de la norma. Por ejemplo, cuando el acto no es expresión de un acto personal de reconocimiento de la norma vulnerada.

Los autores del Proyecto Alternativo de la Reparación, en el §4, párrafo 1, han puesto una cláusula de reserva de prevención especial y general: no cabe la reparación como sanción única cuando la personalidad del delincuente o la gravedad del delito exigen una pena. Con la finalidad de evitar la frecuencia de la necesidad de punición, en el párrafo del referido artículo se ofrece una directriz: sólo debe acudir a la punición si el delincuente hubiera merecido, sin la reparación, una pena privativa de libertad superior al año.¹⁶⁴

Por lo general esas cláusulas de salvaguarda de prevención general y especial (contenidas en los textos legales, o en este caso el AE-WGM) limitan la aplicación de los sustitutivos, o de institutos sustantivos y procesales, ligados a la reparación del daño.¹⁶⁵

de reparación material, sino también la reparación simbólica. Sin embargo, la STS 14-mayo-1998 (A4420), STS 28-abril-1999 (A 2792) señala que quedan fuera del alcance de la atenuación, en los delitos patrimoniales, las reparaciones simbólicas, o la entrega de cantidades mínimas o ridículas estimando que «*debe primar el efectivo restablecimiento del daño ocasionado, si no es su totalidad, si en su mayor parte o de manera significativa, especialmente cuando se trata de cantidades módicas*». Al igual que las reparaciones ilusorias o aparentes, sin apenas efectividad, que ocurren en el supuesto de la dación en pago de inmuebles a solo uno de los múltiples perjudicados del delito, el cual fue seleccionado arbitrariamente. Así, y en ese sentido, STS 30-junio-2003 (A6328).

¹⁶³ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 202.

¹⁶⁴ En igual sentido, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 141.

¹⁶⁵ Con amplia referencia al § 46 II, del StGB, cfr., PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 106 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 321.

En igual sentido, el artículo 88.1.^a CP 1995, valora el esfuerzo por reparar el daño causado,¹⁶⁶ obligando la norma a valorar entre otras cosas, las circunstancias personales del reo, y el esfuerzo por reparar el daño causado, lo cual debe interpretarse como una salvaguarda del fin preventivo-especial.¹⁶⁷

ALASTUEY DOBÓN¹⁶⁸ señala un aspecto que me interesa destacar en cuanto a la salvaguarda de la prevención especial, frente a posturas que solo aprecian el *factum* objetivo de la realización del contenido material de la reparación del daño. Aunque la reparación obedezca a un móvil de arrepentimiento, no en todo caso indicará que el delincuente no necesite la aplicación de la pena, porque en algunos casos pueden existir factores negativos que demuestren la necesidad de resocialización

También del tenor literal del artículo 88.1.^a, pfo. II se desprende el fin preventivo-especial (entendido como resocialización y no desocialización) como eje en la aplicación de las penas sustitutivas, pues aunque su aplicación es excepcional en supuestos de penalidad que no exceda los dos años, procede su aplicación cuando se habría de frustrar tales fines.

Una situación distinta ocurre en la reparación del daño como atenuante. El CP 1995, en el art. 21.5^a no contempló para apreciar la atenuante de reparación del daño la exigencia de un *animus*, acorde con los planteamientos doctrinales que dejaban atrás los conceptos de atrición, o contrición en la personalidad del sujeto,

¹⁶⁶ Sobre las soluciones legislativas de la reparación del daño en el Derecho penal alemán, cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 251 ss.

¹⁶⁷ En ese sentido, SANCHEZ YLLERA, en: VIVES (Coordinador): ComCP 1995, 1996, 499, el efecto preventivo especial ronda esta institución y señala: «*son las características del penado las que han de ser valoradas para conceder o no la sustitución: el Juez o Tribunal sentenciador debe estudiar sólo si la sustitución de la pena va a favorecer la reinserción social o la no desocialización del penado*».

¹⁶⁸ ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 242.

siendo suficiente la realización del *actus contrarius*.¹⁶⁹ Lo significativo es la realización del acto reparatorio, independientemente del aspecto subjetivo o motivación ética del autor.¹⁷⁰

El aspecto que finalmente enfatiza la doctrina desde la óptica del esfuerzo reparator (con consecuencias en la valoración preventivo-especial) es la voluntariedad y espontaneidad del acto reparator en la aplicación de los sustitutivos penales.

Una reparación impuesta coactivamente poco o ningún aporte puede significar a la prevención especial,¹⁷¹ puesto que la meta es llevar al autor a un actuar social activo. Una condena a la prestación reparatoria convertiría al autor en objeto y no habría ninguna razón para lograr por ello beneficios que tampoco obtendría con la condena en un proceso civil separado.¹⁷² Para los autores del Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM), lo único que se requiere es una voluntariedad del autor, la cual puede ser llevada cabo bajo la presión del procedimiento penal.¹⁷³

¹⁶⁹ En ese sentido, cfr., MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ (Coordinador): Las circunstancias atenuantes, 1997, 138.

¹⁷⁰ Así, y en ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS 30-junio-2003 (A 6328) ante el silencio del legislador sobre cualquier referencia a la voluntad o motivación del autor, señala el carácter objetivo de la atenuante de reparación del daño. Sin embargo, no es cualquier acto del autor el que adquiere las características que señala la norma de comentario. En igual sentido, STS 21-diciembre-1998 (A9801) en la que no se aprecia la circunstancia atenuante en el supuesto de depósito de la fianza requerida judicialmente para garantizar las responsabilidades civiles derivadas de la causa.

¹⁷¹ Sobre ello, cfr., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 241.

¹⁷² Cfr., ROXIN, en: Seminario-Germánico, 1992, 15.

¹⁷³ Cfr., por todos, AA.VV.: AE-WGM, 1998, 47; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 179. Observando el perdón del ofendido como una consecuencia de haber obtenido la víctima una satisfacción, vd., QUERALT, ADPCP 1996, 138. Estableciendo diferencias entre la reparación del daño y el perdón del delito, fundamentalmente basándose en la ausencia de motivación ética de la reparación del daño, cfr., ECHANO BASALDÚA, en: Homenaje a LIDÓN, 2002, 182.

HIRSCH¹⁷⁴ se muestra crítico de esta voluntariedad, señalando que ésta es relativa, reduciéndose a que el autor repare el daño, es decir, cumpla la imposición dictada en su contra o el riesgo de asumir las ilimitadas consecuencias jurídicas penales y procesales penales.

3.3. OBJECIONES A LA RELACIÓN ENTRE PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Quizá el aspecto que más inquietudes plantea es la capacidad de la reparación del daño para cumplir el fin preventivo especial de la pena, debido a la veta moralizante que parece emerger de las mayores exigencias al autor del hecho y que se escudan tras unas «buenas intenciones» o actitudes positivas como serían la reconciliación, el perdón, el arrepentimiento, la empatía.

Las ideas moralizantes regresan al Derecho penal, pero ahora, revitalizadas y apartadas de sus tradicionales contenidos, y son asumidas como parte de la solución de un conflicto en que autor y víctima tienen el protagonismo. Un vistazo a las corrientes doctrinales de la justicia restaurativa, nos permite apreciar cómo se le exige al autor actitudes y vivencias más íntimas y personales, como parte del proceso para alcanzar la resocialización.¹⁷⁵ Al Derecho penal se le asignan desde éstas posturas funciones de pedagogía social, proponiéndose por FREHSEE, el traslado de las formas de solución de los conflictos que se plantean en el Derecho penal a otros campos de la vida social, incluso privados como puede ser el seno familiar.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Cfr., HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 73-74.

¹⁷⁵ Vd., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 188.

¹⁷⁶ Sobre ello, FREHSEE, IURIS, n.º4, 1995, 63.

Ante los cuestionamientos, algunos de los defensores de éstas teorías¹⁷⁷ se apresuran en señalar que no se trata de una intervención coactiva que pretenda configurar las conciencias de los ciudadanos, sino de una contribución en la interiorización de ciertos valores de contenido ético-social que están en el trasfondo de las normas jurídicas que recogen los comportamientos prohibidos u ordenados.¹⁷⁸

En mi opinión, el Derecho penal no puede ejercer legítimamente tal función pedagógica, aunque, el Derecho penal como cualquier parcela del conocimiento, impacta, es decir, de alguna manera produce efectos en la sociedad.¹⁷⁹ Pero que el Derecho penal señale qué comportamientos constituyen violaciones a los bienes jurídicos y predetermine qué comportamientos externos se consideran dañosos mediante los procesos de incriminación/desincriminación, es algo radicalmente diferente a la pretensión de configuración de su conciencia interna y la consecuente adhesión y fidelidad en el Derecho.¹⁸⁰

Sin embargo, no todas las corrientes que tienden a aglutinarse bajo la rúbrica de la reparación del daño aceptan una

¹⁷⁷ Así, y en ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 314.

¹⁷⁸ Sobre este proceso ampliamente, PÉREZ MANZANO, Culpabilidad, 1990, 314.

¹⁷⁹ Fundamental, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 300. En ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 69, quien reconoce que la evitación general de delitos se logra también por el «valor simbólico de las normas y sanciones penales», que produce un efecto psicológico en la sociedad, de forma distinta a la función pedagógica y a través de la prevención general positiva: «reforzando la aceptación de la normas y valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos; lo que, aparte de realizarse por los mecanismos ordinarios de educación y adaptación social, en caso de vulneración grave de las normas sucede con la afirmación del orden jurídico y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo».

¹⁸⁰ Sobre ello, LUZÓN PEÑA, voz «Conducta desviada y control social», EJB I, 1995, 139; el mismo voz «Norma (penal) de determinación y de valoración», EJB III, 1995, 4443 ss.

postura moderada¹⁸¹ en la meta de alcanzar la finalidad preventivo general y especial de delitos. Muchas de las corrientes de la denominada «justicia restaurativa»¹⁸² y algunas de las posturas no comprometidas con ésta,¹⁸³ se decantan por exigir algo más que la libre asunción de responsabilidad del autor y del favorable cambio de actitud.

Algunas de las concepciones de signo comunitario más radicales, admiten además de la reparación del daño, formas solemnes y simbólicas como ceremonias de reprobación, de censura o condena moral¹⁸⁴ que recuerdan, como lo señala GARCÍA-PABLOS,¹⁸⁵ a la histórica «picota» y en los que puede esconderse un cambio de etiquetas del reclamo moral.

Otro aspecto al que se le efectúan objeciones se refiere a la voluntariedad que se estima es un aspecto medular en la mayoría de las propuestas de reparación del daño. Se valoran los riesgos de la autoinculpación del inocente para lograr los beneficios del acuerdo, como sería la no aplicación de una pena privativa de libertad. A la vez, podrían observarse lesiones a la dignidad de las personas involucradas en el acuerdo, cuando se les coacciona por el derecho a realizar actuaciones que conllevan intromisiones en el fuero interno.¹⁸⁶

¹⁸¹ Así, y en ese sentido, TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 190 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, *pássim*.

¹⁸² Por todos, vd., VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 59 ss.

¹⁸³ Cfr., JAKOBS, *DP PG*, 1995, 14, n. 14 y 14^a; vd, *supra*, Parte I, Capítulo III, 2.1.2.1.

¹⁸⁴ Sobre ello, cfr., VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 61.

¹⁸⁵ Cfr., GARCÍA-PABLOS, en: *Homenaje a TORÍO*, 1999, 154.

¹⁸⁶ Sobre ello, ROXIN, en: *CGPJ (Editor): Reforma DP*, 1991, 26; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 159; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 346, n. 1177.

Anteriormente he afirmado que la prevención especial satisface los intereses de trato individualizado y que la pena debe considerar al sujeto concreto, pues bien, algunos autores estiman que la reparación del daño, entendida como «tercera vía», difícilmente podría considerar al autor individual, y menos aún realizar los fines preventivo-especiales de la pena, pues no debe olvidarse que en el ordenamiento jurídico español *«de todos modos el autor del hecho antijurídico ya está obligado a la reparación por el Derecho civil, con total independencia de las características personales individuales del mismo que pueden ser relevantes en uno u otro sentido para la prevención especial»*.¹⁸⁷

4. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA

1) No podemos negar que la sociedad moderna se mueve en una realidad compleja y multifactorial. Entre las múltiples variables que hoy juegan un papel decisivo en la respuesta sancionatoria frente al fenómeno criminal destacan, una política social poco funcional o a veces inexistente, con una sobrevalorización del intercambio dinerario. También sobresale el descontento popular ante la lentitud de la administración de Justicia,¹⁸⁸ un incremento anual del número de casos, un aumento del índice de reincidencia y finalmente, las prisiones se encuentran sobrepobladas.¹⁸⁹

Desde la perspectiva victimológica se observa, en la actualidad, que las expectativas individuales de protección legal son mayores. Las víctimas cada vez son más conscientes de sus

¹⁸⁷ Cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 42.

¹⁸⁸ Analizando cómo la lentitud de los procesos afecta a la víctimas de los delitos, vd., DE VICENTE, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 177.

¹⁸⁹ Sobre ello, entre otros, WRIGHT, *Justice*, 1991, *pássim*; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 174-175; DE VICENTE REMESAL, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 177, n.14; SILVA SÁNCHEZ, *PJ*, n.º45, 1997, 188.

derechos y requieren no solo una compensación de los daños materiales, sino también de los emocionales. Otras veces, según lo han demostrado los estudios empíricos, las víctimas esperan más que una satisfacción económica, el castigo del culpable y que se adopten medidas para que el hecho no vuelva a repetirse.¹⁹⁰

A este fenómeno hay que añadir que en la sociedad actual un componente esencial de eficacia es la celeridad y aunque las víctimas tienen una mayor disposición para denunciar, luego, no quieren perder tiempo, y en algunos casos prefieren una compensación más que el sometimiento a la lentitud procesal.¹⁹¹

Todo este conjunto de aspectos de la realidad social¹⁹² han llevado a la reflexión desde el plano dogmático,¹⁹³ y a la incorporación en el Derecho comunitario y en las legislaciones positivas, de fórmulas que permiten flexibilizar la aplicación de las sanciones. Así, es común en la actualidad frente a determinados

¹⁹⁰ En igual sentido, cfr., GARCÍA-PABLOS, CDJ, XV, 1993, 287 ss.

¹⁹¹ En igual sentido y considerando que las víctimas prefieren la compensación antes que someter a proceso al autor, vd., entre otros, MANTOVANI, RFDUG, n.º17-20, 1988-1992, 205; MESSMER/OTTO, en: MESSMER/OTTO (Editores), *Restorative*, 1992, 1-2; FREHSEE, IURIS, n.º 4, 1995, 62; SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 76, 84, 95. De otra opinión, y señalando que la víctima no persigue «*fundamentalmente la reparación del daño del delito sino satisfacer la pretensión punitiva del Estado castigando al culpable*» vd., GARCÍA PABLOS, CDJ, XV, 1993, 287 ss.; el mismo, Tratado, 2003, 181; QUERALT, ADPCP 1996, 154-155.

¹⁹² Algunos autores, entre los que destaca HASSEMER, *Persona*, 1999, 113, utilizan el término «*vida cotidiana*» refiriéndose a los fenómenos sociales que ocurren dentro del Estado. La que muestra una relación de enfrentamiento con el Derecho Penal, pues éste último se ha mantenido distanciado de la cultura cotidiana. Para el autor merece destacarse cómo debe ser considerada la vida cotidiana, sin someterse a la misma, y en ello reside precisamente el proceso de reforma del proceso penal. Lo cual es resumido de la siguiente manera: «*Las reformas en el ámbito "político del Derecho penal", no pueden ignorar o eludir simplemente una cultura cotidiana -si es que la hay-. Pero tampoco tienen que reflejarla al pie de la letra. Lo que sí deben es traducir, en la medida que sea factible, las formas humanas de la cultura cotidiana en las formas institucionales de elaboración formalizada de los conflictos*».

¹⁹³ En ese sentido, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 143.

supuestos, renunciar a la pena, o bien aplicar un sustitutivo penal, o solamente responder con una reparación del daño en lugar de la pena.

2) En el análisis que he venido efectuando, he reconocido un importante valor a las consideraciones de política criminal¹⁹⁴ y de orientación a las consecuencias, en la formulación de una teoría, para que ésta tenga validez.¹⁹⁵ En esa línea de pensamiento, considero que la traslación de la realidad social, y de las propuestas que nacen de ésta al plano dogmático, deben necesariamente pasar por el tamiz de cumplimiento de las exigencias que derivan de la política criminal.¹⁹⁶

3) La incorporación de la reparación del daño a las legislaciones y a la discusión dogmática se fundamenta, en

¹⁹⁴ Sobre la función de la política criminal en relación con el Derecho penal, vd., SILVA SANCHEZ, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 208 ss. Acerca de otros principios materiales -los criterios de necesidad y merecimiento de pena- que derivan de la política criminal y que «pueden y deben utilizarse como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho vigente», vd., LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 204 ss.

¹⁹⁵ En el sentido expuesto por ROXIN, en: Problemas, 1976, 20 ss., 44 y ss., de manera que, los principios político-criminales pueden y deben utilizarse como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente. Así, entre los principios de la política criminal pueden citarse, el protección de bienes jurídicos importantes, subsidiariedad, necesidad y efectividad. Sobre ello, LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 205. La doctrina distingue entre la política criminal, como *praxis* y la política criminal de base teórica. La primera, se refiere al conjunto de actividades empíricas para la protección de los individuos y la sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que dotan de base racional a la *praxis*. Sobre ello, SILVA SANCHEZ, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 213.

¹⁹⁶ En ese sentido comparto la interesante propuesta de SILVA SÁNCHEZ, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 216-217, en el que plantea enmarcar los principios de la política criminal, en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales. Algo que parece tan obvio en una sociedad democrática, como son los derechos humanos, frecuentemente son dejados de lado, y en la actualidad, frente al fenómeno multicultural se plantea una «teoría de la relatividad de los derechos humanos», que no es otra cosa, que la negación del carácter universal y ontológico de los mismos. Fundamental sobre la derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos, vd., NINO, DocP n.º 45, 1989, 30 ss.

principio, en razones prácticas, de utilidad y de conveniencia pública.¹⁹⁷

Las posibles pérdidas del potencial intimidatorio que se presentan al recurrir a los sustitutivos penales, y en concreto a la reparación del daño, deben asumirse en clave de política criminal, es decir, que se acepta la pérdida de eficacia de la prevención general, cuando se examinan las normas y las sanciones penales en concreto.¹⁹⁸

Entonces, por razones de política criminal y con fundamento en la no necesidad concreta de pena (absoluta o relativa) se puede aplicar un sustitutivo penal¹⁹⁹ que en concreto, considere la

¹⁹⁷ En forma gráfica, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 324-325, reconoce como fundamento del comportamiento postdelictivo positivo «*Las notas de "conveniencia y utilidad", variables a lo largo de la historia, son las que se consideran, por tanto, como fundamento de esta circunstancia -entre ellas las de CPP- incluidas en la punibilidad o penalidad y, en consecuencia, las que determinan el mantenimiento de las ya existentes, su modificación, su supresión o su regulación "ex novo"*». En igual sentido, PUENTE SEGURA, Circunstancias eximentes, 1997, 396.

¹⁹⁸ Una amplia referencia, en este sentido, efectúa ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 152. Aunque él observa una naturaleza jurídica para la reparación del daño como «tercera vía», sus consideraciones se aplican perfectamente a la reparación del daño como sustitutivo penal, en ese sentido señala: «*Pero la necesidad de la amenaza penal abstracta no funda imposición alguna de punibilidad en cada caso particular. La punición es conocidamente, la ultima ratio de la política criminal. El principio de subsidiaridad allí expresado se prolonga únicamente de manera consecuyente desde el punto de vista de la política jurídica, desde la sanción del precepto penal, a la que se lo refiere solamente casi siempre, hasta el caso individual, allí donde se utiliza la reparación como sustituto de la pena o para su atenuación, cuando se puede obtener con ello el mismo efecto o uno mejor. Las ya infinitas posibilidades actuales de sobrepasar el procedimiento prueban que al legislador de ninguna manera le parece indispensable la punición de lo punible, en el caso concreto*». En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 224.

¹⁹⁹ En ese sentido se manifiesta QUERALT, ADPCP 1996, 155, «*El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación*».

reparación del daño,²⁰⁰ introduciendo, de este modo, la perspectiva de la prevención especial.

4) La discusión actual acerca de la reparación del daño y su relación con la prevención general reside tanto en la prevención general negativa como en la versión positiva. Si bien, se destaca un acentuado desarrollo dogmático desde la perspectiva de la prevención general positiva, no podemos soslayar el efecto disuasorio del Derecho penal, pues hasta el momento no se ha encontrado ningún otro mecanismo eficaz para combatir el delito en la sociedad.²⁰¹

Los delitos constituyen lesiones graves a las condiciones o presupuestos básicos de la vida en comunidad y afectan no sólo al autor y a la víctima, sino al conjunto de la sociedad y por ello se reacciona con las penas. Por lo que en mi opinión, cualquier introducción de la reparación del daño dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del delito debe necesariamente conservar una base o fondo de prevención general, en la doble versión intimidatoria y positiva,²⁰² para que se constituya en un

²⁰⁰ En idéntico sentido, la jurisprudencia STS 30-junio-2003 (A6328) reconoce la no necesidad de pena cuando se ha reparado el daño, lo que se resume en la siguiente frase: «*es indudable que, restablecido el daño ocasionado, decae la necesidad de pena para el que, actuando con seriedad y con agotamiento de todos los medios a su alcance, quiso enjugar las consecuencias negativas producidas por el delito*».

²⁰¹ Efectivamente, cuando se expresa la ineludible necesidad del Derecho penal hacemos referencia a la función disuasoria de conductas delictivas. La sola existencia del Derecho penal y el conocimiento generalizado de una posible sanción, es decir, de sus consecuencias jurídicas induce a los destinatarios del Derecho penal para que no cometan delitos. En ese sentido, sin entrar en una valoración profunda, me parece que puede mantenerse la concepción de que la norma jurídico-penal no es sólo una norma de valoración (un juicio de valor que se internaliza a través de los procesos de socialización), sino también es norma de determinación, es decir un imperativo -mandato o prohibición-. Ampliamente sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 223; LUZÓN PEÑA, voz «Norma (penal) de determinación y de valoración», EJB III, 1995, 4443 ss.

²⁰² Según la tesis que he propugnado líneas atrás, la prevención general garantista, marcada por las modernas teorías de la prevención general en su aspecto de intimidación, pero matizada por las consideraciones de prevención general positiva, o integradora caracterizada por la convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las

instrumento adecuado a la protección de bienes jurídicos, principal función del Derecho penal.

Un aspecto esencial a considerar, en consonancia con la función de intimidación se refiere a la conservación junto a la reparación del daño del daño, de la amenaza de pena,²⁰³ o de medidas de carácter procesal tales como la persecución por parte de los órganos de la acusación, el proceso penal y que se mantenga el pronunciamiento de culpabilidad a pesar de que finalmente la pena no se imponga. Lo que permite limitar la aplicación de mecanismos automáticos de renuncia a la pena generalizada, operaría en la determinación de la pena y permitiría un mayor control de la discrecionalidad judicial.

Frente a las objeciones doctrinales que se efectúan sobre el mantenimiento conjunto de la reparación del daño y la amenaza de pena o de medidas de carácter procesal, en cuanto que serían reacciones aditivas,²⁰⁴ o evasivas,²⁰⁵ o bien que significarían un retorno a la prisión por deudas, habría que contestar que deben enfocarse considerando que la amenaza de pena subsiste porque la obligación de resarcimiento del daño, aún con la inclusión de un daño moral, es insuficiente para la protección del bien jurídico tutelado, siendo conveniente el efecto preventivo complementario

normas, especialmente penales. En síntesis, que la pena reafirma ante la sociedad que la infracción no debe darse y que debe regir la norma y el orden, vd., *supra*, Parte I, Cap. III, 2.4.

²⁰³ En el mismo sentido, CID MOLINÉ, *Pena justa*, 1994, 295.

²⁰⁴ Supuesto en el que la reparación del daño solo se añade a otra sanción que por sí misma responde a la necesidad de punibilidad. Sobre ello, ROXIN, en: MAIER (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 133.

²⁰⁵ A la cual se recurre cuando el delito no es comprobable en su totalidad pero la sospecha del hecho es tan grande, que no quiere dejar escapar al imputado totalmente indemne de la situación. Jugando la reparación del daño un papel de compromiso especialmente en casos en los que existe una pretensión resarcitoria de los daños del Derecho.

de una amenaza penal.²⁰⁶ Si estamos ante conductas que inciden en las condiciones fundamentales de la vida en sociedad, debe mantenerse la amenaza abstracta de la pena, aunque posteriormente valoremos en concreto, el comportamiento postdelictivo del infractor y esto modifique la percepción y valoración de la conducta delictiva.²⁰⁷

5) La reparación del daño salvaguarda el fin de prevención general cuando se utiliza como un sustitutivo penal o como un requisito para que dejen de aplicarse determinadas sanciones -de renuncia a la pena- y no como una sanción independiente.²⁰⁸

Como hemos analizado, las propuestas de reparación del daño van desde las posturas consideradas «minimalistas» porque asignan a la reparación del daño sólo una función en el marco de la medición de la pena, hasta posturas «maximalistas» que la presentan como un *tertium genus* de las consecuencias jurídicas del delito. Éstas últimas enfocan la reparación del daño dando prioridad al aspecto positivo de la prevención general y otorgando un papel casi sin envergadura a la prevención de intimidación.

Frente a esta destacada importancia atribuida a la prevención general positiva, como tesis de principio, he mantenido una postura diversa, al reconocer tanto la eficacia intimidatoria del Derecho penal como al otorgarle un valor determinante a la conminación

²⁰⁶ Independientemente de que lo que tenga efecto intimidante no sea tanto la severidad de la sanción, sino la certeza de la misma o el miedo a ser descubierto. Sobre ello, ZIPF, en: MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, DP PG 2, 1995, 753, nm. 89; GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2003, 991 ss.

²⁰⁷ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 264-265.

²⁰⁸ Vd., en igual sentido, entre otros, HIRSCH, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 75 ss.; ROMANO, RitDP 1993, 885; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, La reparación, 1995, 14; QUERALT, ADPCP 1996, 155; SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2,1507; CARRASCO ANDRINO, JDem, n.º 34, 1999, 79. En contra de la aplicación de la reparación como sustitutivo penal, ampliamente, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994,187; CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998,40 y n. 113; GRACIA, en: GRACIA (Coordinador): Las consecuencias jurídicas, 1996, 41ss.

penal abstracta. Lo cual no implica de manera inexorable la imposición y ejecución de la pena en todos los casos, porque también deben valorarse los efectos de la prevención especial. Aceptándose la pena solo cuando ésta aparece, tanto en general, como en el caso concreto como merecida, proporcionada y necesaria.²⁰⁹

De ahí que mi postura puede calificarse de «minimalista», pero independientemente de cómo se la denomine, considero que la reparación del daño sólo se puede introducir en el sistema de las consecuencias jurídicas si tiene vocación suficiente para insertarse en el sistema de los fines del Derecho penal y ello dependerá indudablemente de la postura que se adopte respecto a éstos.²¹⁰

La prevención general, así considerada, sería un límite a la aplicación de los sustitutivos penales. Precisamente así lo hace la postura dominante de la doctrina, primero al valorar la prevención general como un límite a la aplicación de los sustitutivos penales y en segundo término refiriéndose a la reparación del daño, admitiéndola para los delitos de leve y mediana gravedad y rechazándola en el caso de delitos graves.²¹¹

6) En consideración al aspecto positivo de la prevención general, serias investigaciones empíricas han mostrado un alto grado de aceptación entre los encuestados de la reparación del daño con

²⁰⁹ En igual sentido, LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN/MIR (Coordinadores): Causas de justificación, 1995, 205.

²¹⁰ En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 378.

²¹¹ Siguiendo esa línea, generalmente las legislaciones introducen restricciones centradas en la necesidad de pena por razones de prevención general lo cual es apreciable en los topes temporales de la concesión del sustitutivo. El AEW-GM considera en este sentido, como regla general imprescindible la pena, cuando el autor haya sufrido sin la reparación una pena de más de un año. Sobre ello, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 147-148.

componentes no sólo materiales sino también simbólicos.²¹² De igual forma los resultados de las prácticas de reparación del daño en el Derecho penal juvenil en España y el resto de Europa han resultado positivos.²¹³

Esa innegable realidad, a mi juicio, hace que deba reconocerse que la reparación del daño puede contribuir de alguna forma, al prevalecimiento del orden jurídico en lo que se refiere a los procesos de aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos.^{214 215}

²¹² Sobre el resultado de las investigaciones de SESSAR, cfr., ROXIN, en: MAIER (Coordinador): De los delitos y las víctimas, 1992, 143; SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 350, n.90; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 222 ss.; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 1998, 105, 190 ss. La investigación de SESSAR fue llevada a cabo en Hamburgo durante el año 1984. Consistió en una encuesta a la población cuyo aspecto medular fue determinar hasta qué punto la población estaría dispuesta a aceptar la reparación, sin exigir adicionalmente sanción alguna. La investigación de SESSAR ha sido seriamente cuestionada por KURY, en «*Wie restitativ eingestellt ist die Bevölkerung? –Zum Einfluß der Frageformulierung auf die Ergebnisse von Opferstudien*», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1995, 84-98. Vd., referencias en castellano en, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 372; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 195 ss.

²¹³ Al respecto y sobre las experiencias en el Derecho penal juvenil alemán y español, cfr., entre otros, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA JUVENIL, PAPERS n.º 8, 1992, 217; TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, 45; URRÁ PORTILLO, Menores, 1995, 155; HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 383-84; DELGADO MARTÍN, APen 1998-I, 21ss.; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 52 ss, 116 ss, 136 ss. Respecto del Derecho francés, cfr., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 117.

²¹⁴ Lo cual es expresado por DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, 359, de la siguiente manera: «*Desde la prevención general, el castigo que se impone al sujeto no mira ya preferentemente al hecho cometido por aquel -como retribución-, sino a la posible repercusión sobre la comunidad (...) En la determinación preventivo general de la pena se trata de que otros posibles autores sean adecuadamente intimidados y de que se manifieste el prevalecimiento del orden jurídico con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el derecho a través de la imposición -ejecutada o no- de una determinada pena*».

²¹⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta en idéntico sentido al referirse a la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Así, STS 25-enero-1994 (A103) «*Cuando esto acaece, uno de los fines del Derecho (la pacificación por vías legítimas de los espíritus) de alguna manera se produce y conduce a una más efectiva realización de la justicia, porque la facilitación del inculpado al descubrimiento y/o reparación lleva a una finalización de la causa más rápidamente y, por consiguiente, más ejemplar*», y STS 5-julio-1994 (A6246) «A

Sólo que, a mi criterio, tal efecto ocurre porque la reparación está teñida de contenido penal, es decir, que se obtiene la reintegración pacífica de la situación perturbada porque de por medio está el sometimiento a un proceso penal,²¹⁶ sin que ello implique el reconocer y aceptar la función simbólica como una tarea o fin del Derecho penal. Lo mismo ocurre en el supuesto de aplicación de criterios como el de oportunidad, ya que a éste le precede siempre la conminación penal abstracta.

El potencial disuasorio de la reparación del daño no es comparable con el de las penas o las medidas de seguridad. Es precisamente otro innegable dato empírico el que demuestra que en Alemania por ejemplo, pese a que la reparación del daño no es una figura innovadora, hay una relativa utilización en el Derecho penal de adultos.²¹⁷

Particularmente, considero que todavía hace falta mucha investigación empírica que demuestre en la delincuencia de adultos, que una vez que se ha realizado la reparación del daño, efectivamente se obtiene la reintegración pacífica.²¹⁸

ello contribuyen, sin duda, poderosas razones de Política Criminal que nacen del dato sociológico de que, quien así actúa objetivamente disminuye, sin duda, los efectos nocivos que todo delito produce en la comunidad, además de facilitar en muchas ocasiones el restablecimiento, hasta donde es posible, de la paz de la víctima, a la que ha de ser prestada la mayor atención posible desde todos los puntos de vista y, especialmente, del jurídico-criminal».

²¹⁶ Comparto en ese sentido la tesis de SILVA SÁNCHEZ, PJ, n.º45, 1997, 200, al señalar que en la actualidad el sometimiento a un proceso penal, la declaración del injusto y culpabilidad penal del comportamiento del agente, y la imposición de una sanción penal, aún la reparatoria tienen un gran significado frente a la sociedad, y por tanto es un instrumento útil a la prevención general.

²¹⁷ Cfr., sobre esto, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, 122; ROXIN, en: CGPJ (Editor): *Reforma DP*, 1991, 20; TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 113. Una mayor significación de la reparación del daño se aprecia en el Derecho penal de juvenil cuyos fines difieren de los penales.

²¹⁸ Tampoco se han realizado investigaciones desde el punto de vista empírico, sobre si repara quien puede económicamente, o quien quiere y debe reparar. En igual sentido, GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, 155.

Es decir, todavía no está suficientemente demostrado que una vez que el delincuente «*ha hecho tanto*» -a reparado el daño o ha realizado un esfuerzo en ese sentido-, efectivamente la conciencia jurídica general se tranquiliza respecto a la violación del Derecho y se considera concluido el efecto del autor, favoreciéndose la sensación de seguridad social y se mantiene la confianza ciudadana en las normas.²¹⁹

Véase que incluso en algún ordenamiento jurídico se ha tenido que recurrir a la inscripción registral de la reparación del daño, y a condicionar que solo procede la aplicación de los efectos de ésta siempre que durante un plazo de cinco años anteriores, el autor no se haya beneficiado de esta medida.²²⁰

7) Algunos autores pretenden la asunción del fin preventivo general sólo desde su versión positiva y a través de las ideas de «paz jurídica», «pedagogía social», «regulación de los conflictos», «derecho de indemnización». Como lo expresé líneas atrás, considero que siempre debe rescatarse la función de intimidación del Derecho penal. Las vías del diálogo, de la mediación, del arbitraje, de la conciliación víctima-delincuente, pueden contribuir

²¹⁹ En igual sentido, GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 159; BESTEVOB, *La insostenible*, 2000, 349. De hecho, han sucedido casos en que después de una reparación del daño, la sensación de seguridad y la confianza ciudadana en las normas es menor que antes y los llamados a «ley y orden» y a la legislación simbólica son mayores. Un claro ejemplo de este tipo de alerta social es la idea que subyace al movimiento de «cumplimiento efectivo de las penas» patrocinada por movimientos de defensa social. Vd., sobre ello, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento integro y efectivo de las penas. En cuya exposición de motivos se señala: «*el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento*». Así, y en ese sentido, cfr., CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2002, 135. A manera de ejemplo, en Costa Rica la distribución de una calcomanía en la que se lee: «*Mantenga limpia a Costa Rica mate a un delincuente*». Así, <http://www.nacion.co.cr/> 15 de mayo de 2000.

²²⁰ Así, y en ese sentido, artículo 30 inc. j) CPr.PCR. Vd., al respecto, *supra*, Parte II, Capítulo I, 1.1.1, n. 69.

enormemente a un mejor manejo de la situación social generada por el delito,²²¹ pero no pueden sin más reafirmar ante la sociedad que la infracción no debe darse y que debe regir la norma y el orden (aspecto positivo de la prevención general).

Desde mi perspectiva, considerar que se puede reafirmar ante la sociedad que un comportamiento no debe darse por éstas vías, implica aceptar que no es necesaria la intervención del Derecho penal y que por tanto, el bien jurídico no tiene la suficiente entidad como para que merezca la protección del Derecho penal. Entonces, son ciertamente correctas las apreciaciones de algunos autores en el sentido de prescindir de la intervención penal y trasladar hacia otras esferas de protección aquellos comportamientos no lesivos.

Sin embargo, difícilmente podría lograrse un acuerdo en la doctrina en cuanto a que pueda conseguirse una adecuada protección de bienes jurídicos por otras vías distintas al Derecho penal. Éste sigue protegiendo las condiciones básicas para la coexistencia pacífica en sociedad y cuenta con una serie de mecanismos para imponerse en caso de fracaso, además de la relevancia simbólica a que hemos hecho referencia.

Distinta me parece la situación si se salvaguarda la función intimidatoria del Derecho penal, porque entonces la reparación del daño como una modalidad de comportamiento postdelictivo positivo influiría indudablemente en la determinación de la pena en sentido amplio con sus efectos correlativos.²²² Con ello se refuerza hasta dónde puede llegar la intervención punitiva del Estado, sin que en el caso concreto sea necesaria la imposición y efectiva ejecución de la pena. De esta forma se limita la aplicación de

²²¹ En igual sentido, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La reparación*, 1995, 14.

²²² Sobre el efecto en la determinación de la pena de la reparación del daño como atenuante, cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, voz «Atenuante», EJB I, 1995, 627; el mismo, voz, «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 621.

mecanismos automáticos de renuncia a la pena, y hay un mayor control de la discrecionalidad judicial.²²³

No desconozco que algunas de las propuestas de la reparación del daño y concretamente el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM), lleva aneja una reforma procesal penal sustancial que implica una amplia discrecionalidad de los diferentes órganos (fiscalía y judicatura). A mi juicio, debe resguardarse un mínimo de prevención general en esa²²⁴ y otras propuestas de reforma procesal penal, puesto que la premisa fundamental en el Estado social y democrático de Derecho es la idea de contrato o pacto social en que los ciudadanos a través de un acuerdo participan y deciden cuáles son las condiciones mínima necesarias para la convivencia pacífica y ello se materializa por medio del Parlamento, correspondiendo a un alto grado de aceptación la espera de un alto grado de seguimiento.²²⁵

²²³ El Tribunal Supremo, en ese sentido, sostiene la tesis de que la reparación del daño considerada como atenuante, puede ser objeto de matices y gradaciones, distinguiendo entre diversos supuestos fácticos, a fin de no obstaculizar la actitud reparadora del autor. Así, y en ese sentido, STS 27-marzo-2001 (A 2919).

²²⁴ Sobre ello vd., en el AE-WGM § 11 en relación con el §4, en caso de delitos para los que el Código Penal prevé una pena privativa de libertad de hasta un año o multa (los llamados *Vergehen*), se concede a la Fiscalía la atribución de no acusar cuando concurran las condiciones para la no imposición de la pena indicadas en el §4, y de decretar el sobreseimiento del procedimiento, si media consentimiento del Tribunal competente para decretar la apertura del juicio oral, del acusado y de la víctima. Además de la posibilidad de sobreseimiento por parte de la misma Fiscalía, se concede al Tribunal la facultad de acordarlo en caso de que haya sido ejercida la acción pública, siempre que concurran las condiciones citadas.

²²⁵ Sobre ello, la Recomendación n.º R (83) 7, de 23 de junio de 1983, «Del Comité de ministros a los Estados miembros sobre la participación del público en la política criminal», en, MINISTERIO DE JUSTICIA, DJ n.º 56, 1987, 336-337. «*De ahí que el mejor medio para obtener esta adhesión antes de la promulgación de una ley penal sea hacer participar activamente al público o a algunas partes del público en los trabajos legislativos y, en lo que respecta al derecho positivo lo más ampliamente posible. Si se sigue un consenso social suficiente, la disuasión por el miedo al castigo se ve facilitada. En efecto, si el público conoce y aprueba una ley penal, un número mayor de ciudadanos estarán dispuestos a denunciar los actos delictivos, a testificar ante la justicia o, en todo caso, a no quedarse sin reacción frente a manifestaciones criminales*». Así, y en igual sentido, lo señala PÉREZ

8) La mayor dificultad de la prevención general positiva como fundamentadora y limitadora de la reparación del daño está en establecer cuál es el concepto que expresan las ideas de «paz jurídica», «pedagogía social», «regulación de los conflictos», «derecho de indemnización», «pacificación social», pues no todos los autores se refieran a lo mismo.²²⁶ Muchas de estas ideas están influidas por concepciones como las psicológicas, sociológicas, religiosas y ni siquiera hay un lenguaje jurídico común que defina los conceptos con claridad.²²⁷

SANZBERRO, Reparación, 1999, 370, «*ya que se pueden violar los acuerdos de la sociedad, ni sustituir la voluntad del legislador*».

²²⁶ A manera de ejemplo, SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 56 y 59, n. 98, se refiere a la mediación como instrumento de pacificación en Japón, donde se considera que el delito es un problema en las relaciones sociales, con lo cual a la solución deben contribuir todos, ya que no es un acto de transgresión de la ley. Un fenómeno idéntico sucede en Costa Rica, «la discutible» función conciliadora o de solución del conflicto, asignada al juez penal se inscribe dentro de un marco más amplio, que involucra la promoción de la paz social y la resolución alterna de conflictos a nivel de todo el Estado. De esta forma en la Ley n.º 7727, (Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social), se reconoce el derecho de toda persona a una adecuada educación sobre la paz. Se favorece que las escuelas y colegios incluyan en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de los conflictos. Vd., en ese sentido, S III. v. 2000-454. Sobre la postura de VERIN que aboga por la competencia del Juez como conciliador o arbitro, cfr., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 344. Señalando la conexión entre el abolicionismo y el cambio de roles entre el Tribunal y los implicados porque parte de la premisa de que el crimen debe concebirse como un conflicto interpersonal, Cfr., GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 152.

²²⁷ Muchas veces se introducen conceptos que a la postre podrían ser hasta sentimientos, por ejemplo, la denominada «*ideología de la armonía*» a que se refiere, HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 388, como «*una posición moral ante el conflicto víctima-ofensor, como marcador espiritual de una efectiva pacificación interpersonal*», en la que se busca «*una común posición de aspiraciones supeditadas a la obtención del acercamiento y pacificación*». Se trata de conceptos que están muy relacionados con situaciones históricas, políticas y hasta económicas, de un determinado país, con lo cual la extrapolación debe considerar que toda reforma debe estar contenida en los límites de las concretas posibilidades de actuación del concreto país en el momento histórico particular. Así, y en ese sentido, MANTOVANI, RFDUG, n.º17-20, 1988-1992, 207.

Desde mi perspectiva, el regreso de los criterios moralizantes (desde el punto de vista preventivo general o especial) como un fin del Derecho penal y de la reparación del daño como instrumento de éste, significa un retroceso en la evolución del mismo e implica una incapacidad para controlar objetivamente cuándo ocurre «la tranquilidad de la conciencia», «la consecución o no de la comprensión social y pacificación», o bien, cuándo el autor se ha «reconciliado», «arrepentido», «perdonado» y fundamentalmente cuándo tras la reparación del daño, el efecto de intimidación individual se ha producido.²²⁸

También considero insuficiente centrar exclusivamente en el criterio preventivo general positivo el cumplimiento de los fines del Derecho penal, siendo consecuente con la tesis que he defendido el modelo preventivo general garantista. En la consecución de los fines del Derecho penal, desde la prevención general, tanto cuenta la conminación penal abstracta, como la convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las normas, especialmente penales. Que genera la confirmación ante todos los ciudadanos de la validez y vigencia del ordenamiento jurídico y de sus mandatos. De igual forma, la prevención especial tiene un papel destacado en la protección de bienes jurídicos.

9) Debe reconocerse que la prevención especial tienen un amplio potencial resocializador, en cuanto el enfrentamiento o confrontación con el delito, la víctima y sus consecuencias pueden motivar a un cambio que permita que el sujeto no cometa delitos en el futuro. Observada la reparación del daño como sustitutivo

²²⁸ Sobre ello, HERRERA MORENO, RDPCrim 1996, 389. En ese sentido, suscribo las palabras de GARCÍA-PABLOS, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 159, «*la experiencia había puesto de manifiesto que cuando se concibe el crimen como problema "doméstico", interno, y su solución cuestión privada o privativa de los directamente implicados nadie puede impedir el rigor desmedido, la vehemencia e incluso la irracionalidad de la respuesta, ni es fácil establecer mecanismos de control que aseguren el trato semejante de conflictos equivalentes (igualdad) y determinadas garantías del individuo que constituyen hoy día patrimonio cultural de la humanidad*».

penal, también evita los efectos desocializadores de la pena de prisión. Sin embargo, no puede pretenderse más que una responsabilización por el hecho, y desde luego, valorarse el esfuerzo reparador. En ese sentido, la reparación tiene que consistir en algo más que la simple reparación civil extra contractual, pues a ésta ya está obligado el autor, sin el contenido aflictivo y coactivo del Derecho penal. Ir más allá, pretendiendo que el autor se reconcilie con la víctima, que se perdonen mutuamente, que se exponga ante el público al autor y éste experimente la vergüenza por la comisión del delito supera con creces los fines del Derecho penal y podría darse un fraude de etiquetas del reclamo moral.

10) Sin embargo, la prevención especial es incapaz por sí sola para justificar una respuesta sancionatoria. Aunque desde el punto de vista preventivo-especial una pena no sea necesaria (porque produciría efectos desocializadores o altamente estigmatizantes), en algunas ocasiones el delito es tan grave que la pena debe aplicarse,²²⁹ piénsese por ejemplo en el caso de un sujeto, con formación profesional, estabilidad familiar, que comete un delito patrimonial que afecta con su actuación el producto interno bruto (PIB) de un Estado.²³⁰ A un autor con estas características el ingreso a la prisión le significaría un alto efecto desocializante y estigmatizante, sin embargo el daño causado, aunque patrimonial, afectó a la economía de todo un país. En este

²²⁹ En igual sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 45-46; QUERALT, *ADPCP* 1996, 156; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 242.

²³⁰ Este ejemplo no es producto de la elucubración, sino un caso concreto ocurrido en Costa Rica, el descalabro financiero de una Banco estatal (Banco Anglo Costarricense) culminó con su cierre y las pérdidas fueron trasladadas a la economía nacional. Sobre este caso, vd., DEFENSORÍA, *Informe anual*, 1999. Lo mismo ocurre en supuestos de delitos medioambientales o alimentarios sobre ello, ampliamente, MARINUCCI/DOLCINI, *RDPCrim*, 2002, 147

supuesto, por mucho que el autor se esfuerce en reparar el daño causado, pida disculpas públicas por ser un delito cometido contra una colectividad, ofrezca una reparación simbólica, la convicción, respeto y confianza de la mayoría de la sociedad en las normas, solo se producirá tras la aplicación de una pena.

Tratándose de delitos imprudentes, como señala SILVA SÁNCHEZ,²³¹ en los homicidios o lesiones debidos a gravísimas imprudencias profesionales, las necesidades preventivo-generales (de protección de bienes jurídicos esenciales) no se satisfacen con una reparación del daño. Distinta sería la situación de un autor de delito imprudente leve, en el que si los daños son leves pareciera que la reparación del daño si puede lograr el efecto preventivo-especial,²³² pues en el límite de la despenalización y remisión normativa a otra parcela del ordenamiento jurídico es muy cercano.

Como referí con anterioridad la cuestión de la despenalización de una conducta no es algo superfluo, se trata más bien de legitimidad de la intervención penal que esta íntimamente relacionada con los principios de ultima ratio, intervención mínima, antijuricidad material, porque como he afirmado, el Derecho penal cumple en la sociedad una función nuclear protege las condiciones básicas para la vida en sociedad, no siendo indicada la despenalización de conductas relevantes.

Indudablemente, la reparación del daño para que pueda considerarse desde la perspectiva de intimidación individual, debe ser realizada en forma voluntaria, pues ello da cuenta de la intención de rectificación del sujeto, que ha comprendido la ilicitud de su conducta, que asume su responsabilidad y se apresta a

²³¹ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, 154.

²³² En ese sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 49-50; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 240.

reparar el daño causado.²³³ La imposición coactiva en nada superaría a la obligación de reparación de daños extracontractual.

11) En mi criterio, la reparación del daño plantea un amplio espacio de juego como sustitutivo penal, satisfaciendo los fines preventivo generales y especiales de la pena, no así cuando se plantea como una sanción independiente, pues existen pérdidas de la prevención general intimidatoria, que se traducen finalmente en una desconfianza de la comunidad jurídica en las normas que tiende a reforzar los llamados a la «ley y el orden», a la legislación simbólica e instrumental, y a lo que, en mi opinión es peor, al manejo privado de la lucha contra la criminalidad.²³⁴

Las reflexiones que efectúan BESTE/VOß, en torno a este tema, centran, lo que esta sucediendo en el panorama del Derecho penal actual, cuya situación es calificada de insostenible:²³⁵ *«Aquí el aparente repliegue del control social jurídico-penal conduce a una expansión de los intereses privados que reclaman nuevas necesidades de control. Por otro lado, no hay que olvidar el considerable aumento del control social del Estado, puesto que se produce una importante ampliación de la punibilidad como resultado de los intentos de control».*²³⁶ Como los mismos autores

²³³ En igual sentido, DE VICENTE, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 203.

²³⁴ Sobre ello cfr., SILVA SÁNCHEZ, en: Homenaje a TORÍO, 1999, 212, para quien en los últimos treinta años se han ido separando los dos ejes fundamentales de la política criminal: *«la fe en la resocialización y, también, la convicción acerca de la inmovilidad de las garantías»*. Dando lugar, a una política criminal *«'práctica' de orientación intimidatoria e inocuizadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo (...) la situación del Derecho penal se está haciendo insostenible»*.

²³⁵ Ampliamente, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Editor) /Area de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Editor español), *La insostenible*, 2000, *pássim*.

²³⁶ Cfr., BESTE/VOß, *La insostenible*, 2000, 349.

señalan, la privatización²³⁷ del *ius puniendi* se posibilita por la flexibilización instrumental del Derecho penal, a través de las soluciones informales, mediante la reparación de los daños, la reconciliación entre autor y víctima y lo acuerdos procesales. *«Autor y víctima se erigen repentinamente en co-organizadores del proceso, convirtiéndose en compañeros de actuación a los que se exige un acuerdo-aunque carezcan de derechos especiales-»*.²³⁸

²³⁷ En igual sentido, y observando las penetración de corrientes de signo neoliberal en la Justicia penal, cfr., TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 177; HERRERA MORENO, *La hora*, 1996, 234, que señala: *«el sistema penal está resultando costos y escasamente rentable, desde el punto de vista de los servicios sociales de rehabilitación tanto como desde la perspectiva de la atención a las víctimas»*.

²³⁸ Cfr., BESTE/VOß, *La insostenible*, 2000, 348.

CAPÍTULO III

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO SUSTITUTIVO PENAL EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Desde su promulgación en 1995,¹ prácticamente todos los sectores doctrinales de ciencia penal española,² así como la Jurisprudencia constitucional y legal se han pronunciado sobre las bondades³ y defectos del texto legislativo.⁴

En aquel momento de inusitada productividad académica, la doctrina señalaba como una de las novedades y eje central de la reforma, entre otros:⁵ la eliminación de las penas cortas de prisión

¹ Particularmente relevantes devienen las palabras de VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 101, que señala un aspecto indiscutible sobre la formación de la ley, que ocurre dentro de un órgano deliberativo y plural como es el Parlamento, las construcciones dogmáticas que finalmente se materialicen en normas, no son siempre las que los juristas pensaron, y en él se transparentan decisiones políticas objetivadas, a partir de la distinción entre la ley y el legislador, aquélla representaría lo objetivo, éste lo subjetivo.

² Coincidiendo la doctrina mayoritaria en un aspecto que finalmente trajo consecuencias a corto plazo, a saber, la escasa discusión y reflexión con publicidad y documentación de los Anteproyectos y Proyectos que en forma inmediata precedieron, a la discusión parlamentaria, lo que ha motivado las recientes reformas parciales del CP 1995.

³ Por todos, vd., QUINTERO OLIVARES, *Manual DP*, 2002, 246 ss.

⁴ Desde el punto de vista crítico por todos, vd., GIMBERNAT, *Prólogos a Código Penal*, 1997, 15-37.

⁵ La exposición de motivos destaca cinco criterios fundamentales que dirigen el CP 1995: una reforma total al sistema de penas que permitan alcanzar la resocialización; la resolución de la antinomia entre el principio de intervención mínima y las necesidades de tutela frente a nuevas formas de delincuencia; la tutela y respeto de los derechos fundamentales creando tipos específicos ante la amenaza a estos bienes jurídicos; la eliminación del régimen de privilegio de los funcionarios públicos, respecto de injerencias ilegítimas en los derechos; y la promoción de la igualdad real y efectiva en la medida en que pueda contribuir eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Sobre ello, ampliamente, CGPJ, *Informe y votos*, 1992, 158 ss.

y de las demasiado largas,⁶ la posibilidad de aplicación de penas sustitutivas,⁷ y la introducción limitada de la reparación del daño. Todo lo anterior, acorde con la moderna política criminal que reconoce como uno de los fines de la pena la orientación preventivo especial,⁸ además de considerar como un aspecto relevante la satisfacción de los daños sufridos por la víctima y finalmente las experiencias *ius* comparativas.⁹

El cambio a esta nueva normativa es presidido por el fomento de la individualización de la pena, esto es, en el momento culminante en que ante un sujeto concreto, coinciden «*todas las orientaciones del programa político criminal establecido por el legislador*».¹⁰ Se observa una flexibilización en las reglas de determinación de la pena, dividiéndose el marco penal en dos mitades, en lugar de los tres grados tradicionales. El artículo 66 del CP 1995, establece que la medición de la pena dentro del marco penal típico se gradúa en función del sistema de atenuantes y agravantes, recogidas en los artículos 21 a 23 y que en su mayoría

⁶ En lugar de las penas de prisión inferiores a seis meses se prevén de modo general penas de arresto de fin de semana o de multa. Parte de las innovaciones es la disminución del límite máximo de la pena de prisión que se estableció en veinte años y el mínimo seis meses. Sobre ello, vd., QUINTERO OLIVARES; Curso DP PG, 1996, 514-515; el mismo Manual DP, 2002, 718-719. Para LANDROVE, en: Homenaje a VALLE MUÑIZ, 2001, 427, la disminución de los límites de duración normal de la pena de prisión, ocurre por la existencia de «*una crisis de doble vía*» en las penas privativas de libertad, que incide tanto en la penas largas, como en las cortas, ambas igualmente desocializadoras, ineficaces y contraproducentes.

⁷ Permitiéndose también la sustitución judicial con ciertos requisitos de la prisión de hasta dos años por arresto de fin de semana o multa, y la arresto de fin de semana por multa, o trabajos en beneficio de la comunidad. Cfr., sobre ello, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 126.

⁸ En ese sentido, entre otros, GARCIA RIVAS, *El poder punitivo*, 1996, 66; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 239; CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 30.

⁹ En igual sentido, cfr., PRATS, *ComNCP*, 1996, 482.

¹⁰ Cfr., LÓPEZ/GARCÍA, *El CP 1995*, 1996, 17.

afectan al injusto o a la culpabilidad, aunque también las consideraciones preventivo-especiales juegan un papel destacado como por ejemplo, la agravante de reincidencia y la rectificación postdelictiva por confesión del delito o reparación del daño. En el CP 1995 la regulación de los sustitutivos penales muestra una ampliación de la atención a los intereses preventivo-especiales frente a la idea preventivo general que se deduce de la gravedad del hecho injusto y culpable.

En este momento histórico, uno de los aspectos que más llama la atención es que a menos de una década de vigencia se operaron varias reformas legislativas importantes, orientadas tanto desde el Derecho penal simbólico y expansionista al que subyace el eslogan «*huida hacia el Derecho penal*»,¹¹ como desde el punto de vista preventivo general.¹² En lo que atañe al sistema de penas, destacan las siguientes: la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuya idea central gira sobre la infalibilidad de las penas, se afirma que la certeza del castigo es más disuasiva que la amenaza de un castigo más severo pero que no sea efectivamente cumplido, o sea impune.¹³

¹¹ En idéntico sentido, se manifiesta QUINTERO OLIVARES, Curso DP PG, 1996, 248, quien afirma que el CP 1995, es una de las leyes más duras de Europa occidental.

¹² La preeminencia del fin preventivo general en el CP 1995 era observado por LUZÓN PEÑA, en Homenaje a TORÍO, 1999, 165, desde antes de las reformas parciales, al señalar: «*en las penas son, como mínimo, co-decisivos otros fines distintos de la prevención especial y relacionados con la respuesta a la culpabilidad por el injusto y su grado; es decir, la prevención general de hechos injustos y culpables, y para las teorías unificadoras o mixtas, también la retribución de esos hechos culpables*».

¹³ Se reforma el artículo 36 CP 1995, introduciéndose «*el período de seguridad*» característico de otros derechos europeos, según el cual, en determinados delitos de cierta gravedad, el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Asimismo se reforma el artículo para modificar el límite máximo de cumplimiento de las penas, elevándolo a 40 años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando uno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años. Igualmente se eleva a 40 años el límite

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la que se introduce una nueva circunstancia agravante de reincidencia, recogiendo medidas dirigidas a la aplicación de la habitualidad de la conducta del autor, cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubieran sido juzgados y condenados.¹⁴

Finalmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que reforma entre otras cosas la duración mínima de la pena de prisión, que pasa de seis meses a tres meses, suprime la pena de arresto de fin

máximo de cumplimiento de las penas en los supuestos de que se hayan cometido dos o más delitos de especial gravedad, castigados por la ley con más de veinte años de prisión. También se reforma el artículo 78, para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación del tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Con esta regla y frente a supuestos de condenas mayores de cien años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de la condena. Tornándose en efectivo el cumplimiento de las penas en los supuestos de concurso real. En lo concerniente a la libertad condicional se modifican los artículos 90 y 91, no bastando el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, sino que debe valorarse asimismo las restantes circunstancias contempladas, además de la introducción del criterio de satisfacción de la responsabilidad civil. Al artículo 93 se le introduce una reforma señalándose que el incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que permitieron obtener la libertad condicional en los delitos de terrorismo, el penado cumpla el tiempo que reste del cumplimiento de condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

¹⁴ Esta modificación al CP 1995 tiene como punto de partida la consideración del dato de la realidad social, en la que un mismo autor reiteradamente comete acciones, muchas veces pequeñas delincuencias cuya cuantía individualizada impide una respuesta penal adecuada, en ese sentido asigna a la reincidencia una mayor trascendencia. La modificación del artículo 66, 5.ª del CP introduce la circunstancia agravante de reincidencia, cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en ese caso elevar la pena un grado. Además, en cuanto a la habitualidad se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal. Asimismo se legisla sobre el fenómeno de la violencia doméstica y en cuanto a la criminalidad cometida por extranjeros no residentes legalmente en España, se introducen cambios al artículo 89, apartados 1, 2 y 3. La comisión de un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general es la sustitución de la pena por expulsión. Si la pena es igual o superior a seis años, una vez que se cumpla en el territorio nacional las tres cuartas partes de la condena o el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará también la expulsión.

de semana y la que sustituye por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad¹⁵ o por la de localización permanente, lo que contrasta con lo se denominó como una de las novedades del CP de 1995: la previsión de formas sustitutivas de la ejecución penal, engarzadas a una decisión político criminal de eliminación de las penas cortas privativas de libertad y la introducción de la pena de arresto de fin de semana.

El lastre neoclasicista parece prevalecer en los objetivos de estas reformas, todas ellas orientadas a un endurecimiento de las sanciones, a un reforzamiento de las consecuencias jurídicas del delito, elevando el límite máximo de cumplimiento de las penas, sacrificándose el aspecto preventivo especial,¹⁶ o bien, ampliando las redes del control social, pues la pena de localización permanente,¹⁷ acompañada del control electrónico,¹⁸ lejos de ser

¹⁵ Desde el punto de vista crítico, en cuanto a los trabajos en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana y las dificultades para su ejecución, MANZANARES/ORDÓÑEZ, APen 1996-2, 486 ss., 500 ss.; CGPJ, APC 1994, 1994,165. Sobre los alcances de la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad, entre otros, vd., ampliamente, GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 204; VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 171 ss.; CID, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 94 ss.; VARONA GÓMEZ, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 143 ss.

¹⁶ Sobre el lastre retributivo, primero y casi con carácter de premonición, LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 43, 94, habían advertido: «*lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social al responsable y en suma el sentimiento de venganza, siguen estando considerablemente arraigados en la sociedad actual, sin que la mayoría de las fuerzas políticas realice excesivos esfuerzos por evitar tal clase de discurso. Por el contrario, seguirlo e incluso alentarlos conforma un mensaje político muy rentable que en gran parte ha presidido la discusión parlamentaria*».

¹⁷ Sobre ello, vd., CGPJ, Informe, 2003, 195-196.

¹⁸ Aunque el control electrónico correctamente encausado puede ser una buena alternativa a la privación de libertad, si por ejemplo, se aplica el arresto domiciliario acompañado de control o vigilancia por transmisores electrónicos, evitándose el contacto con la cárcel, institución desocializadora por sí misma. Sobre ello, vd. LUZÓN PEÑA, JDem, n.º 14, 1991, 56.

un castigo humanitario se puede transformar en un control minucioso de todas las actividades diarias que realiza el infractor.¹⁹

El CP de 1995 da entrada a la tendencia político criminal que impulsa la reparación del daño, ciertamente, que no puede considerarse que la aceptación de tales institutos sea lo suficientemente amplia, ni general, como la prevén otros ordenamientos jurídicos del entorno europeo.²⁰

Sin embargo, la relevancia penal que se introducía era un paso en ese decantamiento a favor de la compensación de las víctimas del delito, a la vez que se otorgaba relevancia a la asunción voluntaria de responsabilidad por el autor del hecho, en el sentido que el comportamiento postdelictivo positivo puede disminuir o eliminar la necesidad de pena.²¹ Con ello, además se favoreció una amplia discusión doctrinal sobre este tema, hasta ese momento postergado,²² pero que no era ajeno al Derecho penal juvenil y a *praxis* de los proyectos de reparación del daño y mediación.²³

A la reparación del daño se le concede el carácter de circunstancia atenuante en el art. 21.5.^a (si la reparación a la víctima se produce antes del juicio oral); de condición en la suspensión de la ejecución de la pena, art. 81.3^o; de regla de conducta en la sustitución de la pena de prisión, art. 88.1.^a; y, a

¹⁹ Sobre ello, CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 19; ESCOBAR, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 197 ss. Críticamente sobre el control electrónico en el Derecho penal juvenil y la experiencia con la «*curfew order*» (toque de queda) introducida por la *Criminal Justice Act* de 1991 en Inglaterra, cfr., DÜNKEL, CDJ, n.º III, 2001, 164.

²⁰ En ese sentido, SÁNCHEZ, LL 1996-2, 1507; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 24.

²¹ Vd., especialmente, DE VICENTE, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 201 ss.

²² Así, y en ese sentido, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación*, 1999, 24.

²³ Ampliamente, vd., *supra*, Parte II, Capítulo I, 1.1.1., especialmente, p. 298.

partir de la LO 7/2003, de 30 de junio, de condición para el otorgamiento de la libertad condicional.

La reparación del daño ingresa de forma limitada en la legislación positiva, como una condición necesaria, pero no suficiente para el otorgamiento de los sustitutivos penales, lo que enlaza con las dificultades para superar su identificación con la responsabilidad civil *ex delicto*.

1.1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

Sin entrar a analizar en detalle los antecedentes de la elaboración del CP 1995,²⁴ pues nos interesan para los efectos de nuestro estudio sólo algunos aspectos relacionados con los sustitutivos penales y con la reparación del daño, debe destacarse que las múltiples reformas que se realizaron al antiguo Código penal 1944/1973²⁵ terminaron por hacer de aquel texto un instrumento vetusto, que se limitaba al abordaje de problemas particulares, que no se adaptaba a las necesidades de tutela de la sociedad española, erigida en una democracia, con prácticamente veinte años de vigencia Constitucional. Las modificaciones parciales observadas en conjunto afectaban los principios político criminales y respondían a necesidades de tutela y de solución de deficiencias

²⁴ Al respecto, cfr., CEREZO MIR, Curso DP PG I, 1998, 135. Así, se redactaron varios textos prelegislativos: El Proyecto de CP 1980, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, el Borrador de Anteproyecto del Código penal, Parte general, de octubre de 1990, y el Proyecto de CP de 1992. El Proyecto de Código penal de 1994, que se convertiría en el nuevo CP 1995, se basaba en todos los textos prelegislativos anteriores, y en el Proyecto de CP de 1992, en las enmiendas presentadas al mismo en el Congreso de los diputados, en el informe de la ponencia de la Comisión de Justicia e Interior, y en las discusiones en el seno de esta comisión, que estaban muy avanzadas al quedar disueltas las Cortes por la convocatoria anticipada a elecciones generales el 12 de abril de 1993. Sobre la evolución histórica, vd., MINISTERIO DE JUSTICIA, Proyecto, 1992, 16.

²⁵ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 121.

en la estructura de delitos concretos, pero que no hacían del *corpus iuris* un todo sistemático.

Con la finalidad de preparar un nuevo Proyecto de Código Penal, el Ministerio de Justicia designó una Comisión que se encargaría de tal tarea en la que se utilizó como base el Proyecto de CP 1980. Los trabajos fructificaron y dieron lugar al Anteproyecto de CP 1983, que por razones coyunturales no llegó a ser objeto de la discusión parlamentaria.

Un impulso final para adaptar el cuerpo legal 1944/1973 se produce a partir de 1989. El Ministerio de Justicia dispuso que los trabajos de la Comisión Especial para el Proyecto de Código penal, que estaban relativamente suspendidos se reiniciaran, lo que dio lugar al Borrador de Anteproyecto de CP 1990, antecedente del Anteproyecto de CP 1992; a continuación es remitido para informe perceptivo al Consejo General del Poder Judicial, y también para su conocimiento a juristas y entidades, siendo presentado poco tiempo después al gobierno para su aprobación como Proyecto de CP 1992. Después de la aprobación por el Consejo de Ministros comenzó su tramitación parlamentaria, sin embargo no culminó por la disolución anticipada de las Cortes y convocatoria de elecciones generales en abril de 1993.

En 1994, sobre la base del Proyecto de CP 1992, modificado con las enmiendas que habían sido aceptadas y algunas variaciones se elabora el Anteproyecto de CP 1994, y se envía para informe perceptivo al Consejo General del Poder Judicial, a la magistratura y a los catedráticos de Derecho penal. Pocos meses después el Consejo de Ministros lo aprueba como Proyecto de CP 1994 y regresó al Congreso, el cual, tras experimentar múltiples modificaciones en las dos Cámaras, alcanza la aprobación final el 8 de noviembre de 1995, decretándose una *vacatio legis* de seis meses, para su entrada en vigor el 6 de mayo de 1996.

1.1.1. Los Anteproyectos y Proyectos de Código penal

La referencia expresa a los aportes contenidos en los Anteproyectos y Proyectos de Código penal es de obligada mención, porque en ellos se tejieron las bases de la actual legislación. En cuanto a los sustitutivos penales y a la reparación del daño, encontramos en los antecedentes pre-legislativos aportes no sólo novedosos sino valiosos, entre los que destacan las aportaciones de ilustres representantes de la dogmática española y la propia *praxis* de algunos los institutos jurídicos como la condena condicional de larga tradición positiva.²⁶

Una característica que sobresale en los textos fallidos, son las instituciones individualizadoras que permiten renunciar a la ejecución o incluso a la imposición de la pena (tanto a la privativa de libertad como a otras penas) si ésta no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general o resulta inconveniente desde la perspectiva preventivo-especial.²⁷ Además de ofrecerse alternativas a las sanciones clásicas de privación de libertad.

Las consideraciones que siguen se van a referir únicamente a los sustitutivos penales que se encuentran en el texto del Código penal de 1995, es decir, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la sustitución de las penas privativas de libertad, la libertad condicional, con referencia a la reparación del daño y su incidencia en la concesión y ejecución de los primeros.

A) El Proyecto de CP 1980²⁸ incorpora en el catálogo de consecuencias jurídicas la suspensión del fallo²⁹ y la sustitución de

²⁶ Cfr., LUZÓN PEÑA, Curso DP PG I, 1996, 124 ss.

²⁷ En ese sentido, vd., VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 109.

²⁸ Vd., LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 91 y ss.

²⁹ Cfr., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 20.

pena, además de otras instituciones ya vigentes como la libertad condicional y la condena condicional, todos ellos sustitutivos de la pena privativa de libertad.³⁰

1. La suspensión del fallo es una institución sin precedentes en el Derecho español, por medio de la cual se confiere al Tribunal la atribución de suspender motivadamente el fallo de las sentencias condenatorias durante un período de dos a cinco años, consistiendo dicho beneficio en la abstención por parte del Tribunal de dictar la parte dispositiva de la sentencia, condicionando la suspensión (bajo el control del Juez de vigilancia penitenciaria) a que el condenado no delinca, observe buena conducta y cumpla las reglas o tareas impuestas por el Tribunal. Al no existir pronunciamiento del fallo, éste no se inscribe en el Registro de penados, con lo que no constan antecedentes penales. Se prevé sólo para menores de 21 años y excepcionalmente a otros delincuentes, pero bajo ciertos requisitos.³¹

Para algunos autores la suspensión del fallo de este Proyecto de CP 1980 se apartaba del sistema continental (*sursis* belga) como del sistema anglosajón (*probation*) pues ambos sistemas coinciden en el previo pronunciamiento de la condena y la imposición de pena, mientras que aquí, en este caso, el fallo no se pronuncia y la pena no se impone.

2. La sustitución de pena inferior a seis meses se contempló en el Proyecto de CP 1980, permitiendo la sustitución de la prisión que no excediere de un año. Sin embargo, el Proyecto permitía, en aplicación de las reglas para la determinación de la pena, que se

³⁰ Sobre ello, DE SOLA, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 219.

³¹ Ampliamente sobre este sustitutivo penal y su previsión en los distintos proyectos de ley, vd., SÁINZ-CANTERO, EPCrim II, 1978, 235; GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 197 ss; VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 41; DE LA CUESTA, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 337; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 289.

impusiera una prisión por debajo de los seis meses, lo que generaba inconsistencias, pues, por un lado, se propugnaba la sustitución de las penas cortas de prisión y éstas podían ser sustituidas, pero por otro lado cabía en ciertos supuestos la imposición de penas menores de seis meses.³²

B) Más decisivo es el Anteproyecto CP de 1983, que reajusta las formas sustitutivas de la ejecución y sustitución de las penas, y en consideración a que las penas cortas privativas de libertad son ineficaces, propugna la sustitución de la pena.³³

En concreto, en los artículos 82 y 83 del Anteproyecto de CP de 1983 se concede la facultad a los Tribunales para sustituir la privación de libertad inferior a dos años.³⁴ En ese sentido, se reconoce que la privación de libertad solo es imprescindible para la delincuencia grave, en tanto para las penas leves y medias puede recurrirse a sustitutivos, entre los que se incorpora como pena el arresto de fin de semana.³⁵

Comparativamente, la propuesta del Anteproyecto de CP 1983 es más amplia que el Proyecto de CP 1980 (que sólo autorizaba sustituir la prisión que no excediere de un año), permitiéndose la sustitución de la privación de libertad inferior a dos años. De igual forma se unifica el máximo dentro del cual puede operar la sustitución de la pena, tanto si ésta ocurre mediante el arresto de fin de semana, como mediante la multa,

³² Cfr., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 22.

³³ Vd., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 10.

³⁴ Resumiendo en parte las críticas de la doctrina a la propuesta de Anteproyecto de CP 1983, vd., en relación con los sustitutivos penales que estudiamos, MESTRE/VALMAÑA, *DJ*, n.º 54, 1987, 248 ss.

³⁵ El arresto de fin de semana no se introdujo en forma novedosa pues, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, la consideraba como una medida de seguridad. Vd., sobre ello, DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 22.

pues resultaba una incongruencia el mantenimiento de tal diferenciación, dando a la segunda un espacio más amplio, y se eliminan las reglas de conducta como complemento de la concesión del sustitutivo.³⁶

Sobresale en el Anteproyecto de CP 1983, según apunta LUZÓN PEÑA, la claridad en la filosofía que subyace a la sustitución de las penas, cual es la orientación hacia los fines de la pena. Autorizándose la aplicación de mecanismos que permitan (no sólo en el caso de la pena de prisión, sino en todas las penas) valorar la no necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, a los que el sujeto delincuente podrá acceder, si lo permite la prevención general.³⁷ El criterio orientado a satisfacer los fines de la pena se adopta a través de la exigencia de motivación en atención a las «circunstancias del reo» y a «la naturaleza de los hechos».³⁸

Asimismo, se mantienen las instituciones de la condena condicional y de la suspensión del fallo introducidas en el Proyecto de CP 1980, unificándose los requisitos de ambas, con una ligera variación en cuanto a la responsabilidad civil, cuya existencia podía condicionar la concesión de la suspensión del fallo, no así en la condena condicional en que quedaba excluida.³⁹

³⁶ Sobre ello, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 87 ss; MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, 1981, 1183-1184; DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 28.

³⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: *Estudios penales*, 1991, 289.

³⁸ Ampliamente, DE SOLA/GARCÍA / HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 167.

³⁹ La suspensión del fallo supone que el Tribunal se abstiene de imponer en el mismo la pena, quedando también en suspenso su inscripción en el Registro correspondiente; la condena condicional deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta. En el primer caso, pese a haber declaración de culpabilidad, no se determina la pena concreta, en el segundo se determina la pena, pero no se exige su cumplimiento. Cfr., DE SOLA DUEÑAS, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 222.

La suspensión del fallo se asemeja en el Anteproyecto de CP 1983 a la *probation* inglesa caracterizada por la supresión del pronunciamiento de la condena y la vigilancia a que se somete al sujeto a cargo de los agentes de prueba.

Además, se podía imponer al sujeto la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas.

C) El Borrador de Anteproyecto de CP 1990, Parte General surge como producto de una comisión coordinada por el profesor GARCÍA VALDÉS y fue dado a conocer en octubre de 1990. En lo que respecta a los sustitutivos penales, objeto de nuestro estudio, se observa una reducción de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas comparativamente a los precedentes contenidos en el Proyecto de CP 1980 y el Anteproyecto de CP 1983.

De entrada se suprime la figura de la suspensión del fallo, presente en los textos prelegislativos anteriores a este Borrador de Anteproyecto de CP 1990, lo que obedece a que en el proceso penal español resulta sumamente difícil, establecer una clara distinción entre una suspensión del «fallo», por la que no se llegaría a determinar la pena (solo habría declaración de culpabilidad), y la suspensión de la ejecución de la pena. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado en el que, o bien se prevé solo la suspensión de la condena (Derecho continental europeo) o bien, como en el caso inglés, la suspensión del pronunciamiento de la condena se apoya en un sistema procesal y en unos criterios de determinación de la pena diferentes a los continentales.⁴⁰

En sentido crítico, MIR PUIG señala que al prescindir de la «suspensión del fallo» en el Borrador de Anteproyecto de CP 1990 se renuncia a una de las propuestas más avanzadas de los textos

⁴⁰ Cfr., DE SOLA DUEÑAS, PAPERS n.º 7, 1991, 24-25.

prelegislativos y confiere a la citada propuesta un «signo más conservador».⁴¹

Un aspecto de máxima importancia es la ausencia de previsión de cualquier forma de asistencia o control durante el período de suspensión condicional. En ese sentido, para un sector doctrinal se producía un avance pues las reglas de conducta y tareas podrían suponer mayores controles e implicaría tanto un menoscabo a la libertad del sujeto, como dificultades para el desenvolvimiento normal de la vida de los beneficiados con los sustitutivos penales.⁴²

En sentido contrario, otro sector doctrinal, acertadamente acepta la intervención asistencial lo que tiene implicaciones preventivo-generales y especiales, pues no sólo se evita la reincidencia, además del apoyo para el propio delincuente, quien suele requerir de ayuda; además el establecimiento de reglas de conducta puede servir como vía de protección de bienes jurídicos y permitir que la sociedad acepte una mayor ampliación en la suspensión de la pena.⁴³

En el artículo 77 se deriva que la condena condicional se configura como de concesión libre, y motivada, en todo caso por parte de Jueces y Tribunales, desaparecen por lo tanto, lo

⁴¹ Cfr., MIR PUIG, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 850.

⁴² Así, y en ese sentido, MUÑOZ CONDE, Adiciones, 1981, 1184; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 290; una matización, vd., mismo, JDem, n.º 14, 1991, 57.

⁴³ Cfr., MIR PUIG, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 851. En el período de suspensión condicional el autor distingue entre asistencia y control, los cuales no tienen que ir unidos proponiendo una admisión diferenciada. Mientras que la asistencia es siempre oportuna, el control podría reservarse para la suspensión de penas de más de un año de duración o de sujetos reincidentes, con la posibilidad de distinguir un control blando para las penas de hasta dos años para los no reincidentes y un control mas intenso para reincidentes o para penas incluso superiores a los dos años. En igual sentido, ROBLEDO RAMÍREZ, Sustitutivos penales, 1996, 363-364.

supuestos de aplicación por «Ministerio de la Ley», como son los recogidos por el art. 94 CP 1944/ 1973.

La suspensión de la ejecución de la pena se refiere solamente a la pena privativa de libertad, prisión y arresto de fin de semana, como en el CP 1944/ 1973.

En cuanto al plazo de la suspensión, se establece un lapso temporal de dos a cinco años, añadiendo a los criterios a considerar para fijar la duración junto a las circunstancias del hecho y la duración de la pena, el de las circunstancias personales del delincuente, al igual que el Anteproyecto de CP 1983. Además se agrega que debe ser oído el Ministerio fiscal.

En lo que respecta a las condiciones para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, se restringe el ámbito de aplicación, al exigir que el condenado hay delinquido por primera vez, con la salvedad de condenas anteriores por delitos imprudentes y de antecedentes penales cancelados o que pudieron serlo, sólo se admite una primera condena por imprudencia. En ese sentido es más restrictivo que el Anteproyecto de CP 1983.

Las restantes condiciones reproducen en su mayoría el Anteproyecto de CP 1983. Se suprime la exigencia del informe criminológico, se excluye las penas graves, se amplía el límite para la concesión del sustitutivo hasta los dos años, pero teniendo en cuenta que la institución quedó reducida a las penas privativas de libertad. En lo tocante a la responsabilidad civil se señala que «se hayan satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles» aspecto que no se exigía para la remisión condicional, aunque si era exigible para la suspensión del fallo en los proyectos precedentes. La matización es la referencia «*en lo posible*».

La figura de la sustitución de pena es retomada de los proyectos anteriores, aunque con un sentido restringido. En este Proyecto solamente se autoriza la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años por multa, precisándose

que la decisión deberá ser motivada y atender a las circunstancias personales del reo y la naturaleza del hecho. La multa podrá sustituir tanto la prisión como al arresto de fin de semana.

El Borrador de Anteproyecto de CP 1990 en cuanto a la libertad condicional mantiene al igual que el Anteproyecto de CP 1983, el acortamiento de la pena privativa de libertad, ampliándola a las demás penas temporales. Se supera el planteamiento de que solo las penas privativas de libertad clásicas se podrían acortar en su fase final de ejecución, mientras que las demás aunque impuestas por delitos de menor gravedad, habían de cumplirse en su integridad.⁴⁴

La libertad condicional sigue vinculándose al último período de la condena tal como se establece en la legislación penitenciaria, pronóstico individualizado que fundamente que el sujeto no volverá a delinquir en el tiempo que le falta para la extinción de la pena, se elimina la exigencia de un informe criminológico. También al igual que en la suspensión de la ejecución condicional de la pena, no se contempla la perspectiva asistencial, bastando la asistencia postpenitenciaria de la LGP.

La única condición es que el sujeto no delinca durante el período de libertad condicional, y la pérdida del beneficio y del tiempo en que se ha disfrutado en caso de delinquir.

D) El Anteproyecto de CP 1992, en general coincide con los anteriores proyectos de Código penal, con algunas variaciones. En cuanto a los sustitutivos penales, la suspensión de la ejecución condicional de la pena se limita a la pena privativa de libertad. Acertadamente LUZÓN PEÑA⁴⁵ critica esta limitación pues, si las razones del sustitutivo son de conveniencia preventivo-especial, otras penas como la multa, inhabilitación, o suspensión pueden ser

⁴⁴ Vd., sobre ello, MIR PUIG, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 852.

⁴⁵ Cfr., LUZÓN PEÑA, JDem, n.º 14, 1991, 57.

tan innecesarias e igualmente inadecuadas desde la prevención especial, como la pena de prisión.

La pena sustitutiva de arresto de fin de semana,⁴⁶ que ya se había planteado como tal en el Anteproyecto de CP 1983 se introduce por su menor contenido aflictivo y aparece más adecuada para encontrar el equilibrio entre las penas cortas privativas de libertad y las multas.⁴⁷

Comparativamente el Anteproyecto de CP 1992 retrocede respecto del Anteproyecto de CP 1983, no sólo en tanto desaparece la suspensión del resto de otras penas, o la aplicabilidad de la condena condicional a penas de multa, o de inhabilitación o suspensión, sino también en cuanto a que omite la posibilidad de sustituir el arresto de fin de semana por multa. Tampoco se contemplaron otras posibilidades de la sustitución de la pena, tales como, la sustitución en general de penas leves por trabajo de utilidad pública, por reparación del daño por acuerdo con la víctima, o por arresto domiciliario con o sin control electrónico.⁴⁸

En la suspensión de la pena de prisión, el Anteproyecto de CP 1992, mantiene la orientación del pronóstico favorable aunque vinculado a la ausencia o cancelación de antecedentes.

La libertad condicional sufre una variación en cuanto a la posibilidad excepcional del artículo 90 de conceder por el juez a propuesta de la Administración penitenciaria la libertad condicional tras el cumplimiento de sólo dos tercios de la condena, en vez de

⁴⁶ Acerca de la articulación de esta pena en los proyectos antecesores, vd., DE LA CUESTA, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 324. En general sobre el arresto de fin de semana, cfr., entre otros, VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales*, 1990, 109 ss., 133 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, 261; VARONA GÓMEZ, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): *Penas alternativas*, 1997, 143 ss.

⁴⁷ Desde el punto de vista crítico, vd., CGPJ, APCP 1992, 1992, 229 ss.

⁴⁸ Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, JDem, n.º 14, 1991, 57.

tres cuartos nominales, condicionada a una actividad laboral y a un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Se mantiene en el Anteproyecto de CP 1992 la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito. Con un tratamiento tradicional, es decir, sin considerar las tendencias de la moderna política criminal, que considera a la víctima y al acuerdo con ésta de reparación del daño, para la concesión de la condena condicional o la sustitución de penas leves.

E) La exposición de motivos del Proyecto de CP 1992, en cuanto a los sustitutivos penales, introduce cambios significativos en el sistema de las consecuencias jurídicas.⁴⁹ Prevé facultativamente la sustitución de penas privativas de libertad inferiores a dos años por multas o arrestos de fines de semana aunque no fueran esas las penas previstas. Si, por las reducciones de grado, la pena desciende a seis meses, se dispone que en todo caso, la pena sea sustituida.⁵⁰

Abandona la suspensión del fallo, a pesar de las recomendaciones de la doctrina en el sentido de que la suspensión del fallo puede ser una consecuencia jurídica adecuada respecto de delincuentes primarios susceptibles de ser condenados a penas leves, que presenten un pronóstico favorable de reinserción social, y que en los posible hayan satisfecho las responsabilidades civiles o den garantía de hacerlo durante el período de prueba.⁵¹

El Proyecto de CP 1992 solamente se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad a la que también denomina condena condicional. El texto prelegislativo amplía el

⁴⁹ Vd., cfr., MINISTERIO DE JUSTICIA, PCP 1992, 1992, 21.

⁵⁰ Fundamental por su análisis de todo el Proyecto de CP 1992 y, con referencias a los proyectos anteriores, vd., DE LA CUESTA, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 319 ss.

⁵¹ Acerca de la conveniencia de la suspensión del fallo, vd., VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales, 1990, 41.

plazo de la suspensión de la ejecución de la pena, fijándose de dos a cinco años,⁵² y para su concreción se ha de atender a las circunstancias personales del delincuente, las del hecho, la satisfacción en lo posible de las responsabilidades civiles y la duración de la pena. En cuanto a las condiciones se concretan con carácter general, en que el reo no delinca en el período de prueba. Se autoriza al órgano sentenciador a la imposición de reglas de conducta en las penas de prisión superiores a un año.

Por lo que respecta a la suspensión condicional específica para drogodependientes, se extiende el beneficio a los condenados a penas de privación de libertad de hasta tres años. Se eliminan los requisitos de no reincidencia y de no haber gozado con anterioridad de la remisión condicional y se exige que se acredite la situación de drogodependencia y su influencia en la conducta delictiva y que se certifique la deshabituación o la sumisión a tratamiento en centro de servicio público o privado debidamente homologado o acreditado.⁵³

En la motivación del Proyecto de CP 1992 existe una referencia expresa a la reparación civil del daño *ex delicto*, señalándose que, en los sistemas contemporáneos, la reparación civil del daño o del dolor causado no es únicamente un resarcimiento material, sino que se integra en el conjunto de la reacción penal y, por consiguiente su regulación junto al sistema de penas resulta oportuna, sin perjuicio de su naturaleza eminentemente civil.⁵⁴ La reparación del daño civil, *ex delicto* se

⁵² Aspecto que es criticado pues tratándose de penas no graves resulta excesiva la suspensión hasta cinco años. Vd., DE LA CUESTA, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 338, n.100.

⁵³ Ampliamente, sobre las instituciones probatorias en el Proyecto de CP 1992, vd., DE LA CUESTA, EGUZKILORE n.º 7, 1993, 56 ss.

⁵⁴ Así, y en ese sentido, cfr., MINISTERIO DE JUSTICIA, Proyecto, 1992, 23.

enlaza con la suspensión de la ejecución de la pena en tanto condición para la aplicación del sustitutivo, artículo 81.4.^a,⁵⁵ así como en cuanto regla de conducta que puede acompañar a la condena condicional (art. 83).⁵⁶

Para GARCÍA ARÁN,⁵⁷ la responsabilidad civil ex delicto y la pena, o en este caso, la suspensión de la ejecución de la pena deberían de mantenerse separadas por suponer la confusión de dos instituciones diversas (responsabilidad civil y penal) y llevar a cierta privatización de la sanción penal que se evita o se impone según las posibilidades de reparación del delito que presente el autor. A pesar de la propuesta, el Proyecto de CP 1992, todavía no acoge la reparación del daño en el sentido de las tendencias modernas.

El Proyecto de CP 1992 continúa la acción de ampliar las posibilidades de la libertad condicional a todas las penas de prisión, sin límite mínimo de duración y de eliminar del Código la pena de prisión inferior a seis meses, sustituyéndola con carácter general por la de arresto de fin de semana.⁵⁸

F) El Anteproyecto de CP 1994, entre sus novedades sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se refiere no sólo a la pena de prisión, sino también a las restantes penas, como podría ser la del arresto de fin de semana.

⁵⁵ Sobre ello, vd., DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 200.

⁵⁶ Sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 302.

⁵⁷ Vd., GARCÍA ARÁN, en: JUECES: Jornadas privaciones de libertad, 1987, 184. «*El exigir tal satisfacción como requisito de la suspensión del fallo se acerca a la compulsión al reconocimiento de la culpabilidad, aunque formalmente el reo pueda negarse al pago de la responsabilidad civil (...) el cumplimiento de tal requisito sólo puede exigirse en un momento posterior al del pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, es decir, con posterioridad al fallo*». En igual sentido, DE LA CUESTA, EGUZKILORE n.º 7, 1993, 61.

⁵⁸ Cfr., sobre ello, DE LA CUESTA, en: Homenaje a DEL ROSAL, 1993, 337.

Se justificó la exclusión del arresto de fin de semana en los textos precedentes Anteproyecto y Proyecto de CP 1992, a que la normativa conectaba con la tradicional remisión condicional (limitada a las penas carcelarias lineales). Además de que el nuevo articulado seguía operando sobre penas de hasta determinada duración, omitiendo toda alusión a las privaciones de libertad. Tampoco se insinuaba la aplicación de un modelo de conversión que permitiera trasladar al arresto de fin de semana la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

El Anteproyecto de CP 1994 modifica la redacción anterior y extiende al arresto de fin de semana la suspensión de su ejecución. De este modo, se dota de coherencia el sistema de las penas pudiendo beneficiarse de una remisión definitiva y sin producir antecedentes, tanto los condenados a penas menos graves y leves, como los condenados a la sanción de arresto de fin de semana.⁵⁹

El plazo de la suspensión de dos a cinco años se mantiene limitado a las penas menos graves; para las penas leves se señala el de un mes a un año.

En lo tocante a la vía indirecta para la concesión de la suspensión de la pena, el Anteproyecto de CP 1994, se eleva considerablemente el campo de aplicación de la suspensión. La condición 3.^a del artículo 81 del nuevo Anteproyecto de CP 1994, en nada se separa de los textos de 1992, pero ahora la pena de prisión será menos grave en tanto no supere los tres años (art. 32), siendo así que antes se proponía el límite de los dos años. De ese modo, se produce extensión del beneficio.

También la sustitución de la pena privativas de libertad se ha transformado incluyendo al arresto de fin de semana. La principal novedad consiste en prever, junto a la sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años, por arresto de fin de semana

⁵⁹ Cfr., CGPJ, APC 1994, 1994, 172.

o multa, la de penas de arresto de fin de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial apunta que uno de los problemas radicaría en la oportunidad misma de la convertibilidad, en la posibilidad o no una sustitución en cadena y en la definición misma de lo que sea esta pena. La sustitución en cadena puede observarse como *«una manifestación de perdón judicial amplísimo, o si se prefiere, una generalizada disminución de la respuesta penal a las conductas criminales. La descongestión de las cárceles, sin arbitrar sanciones alternativas de igual contenido afectivo, no puede ser el "leitmotiv" de una reforma penal»*.⁶⁰

La libertad condicional se mantiene en términos similares a los del Anteproyecto de CP 1992, se la refiere al tercer grado de tratamiento penitenciario. Un aspecto criticable es la reaparición de la mala conducta como causa de revocación de la libertad condicional, cuando se debería aquél efecto a una situación objetiva, como lo es la comisión de otros delitos. Es plausible la revocación ante el incumplimiento de las reglas de conducta, que se mantienen en el Anteproyecto de CP 1994.

Como ámbito material de aplicación se sigue manteniendo el de las penas de prisión, sin hacer referencia alguna a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, lejos de aprovechar el espacio de la reforma para equiparar la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa al resto de las penas privativas de libertad a efectos penitenciarios.

G) El Proyecto de CP 1994, como adelantamos al inicio de esta sección, toma como base el Anteproyecto de CP 1994, en un corto plazo el Consejo de Ministros lo aprueba como Proyecto de CP 1994 y regresó al Congreso, el cual, tras experimentar múltiples

⁶⁰ Cfr., CGPJ, APC 1994, 1994, 175.

modificaciones en las dos Cámaras, alcanza la aprobación final el 8 de noviembre de 1995 y entra en vigor el 6 de mayo de 1996.

En el art. 82.4.^a, preveía como requisito para la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad la satisfacción de las responsabilidades civiles. También en el artículo 84.1.^a,4.º una de las reglas de conducta que el Juez podía imponer consistía en *«reparar si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la audiencia del Ministerio Fiscal, estar el reo en posibilidad de hacerlo»*. En la discusión parlamentaria, el Grupo socialista objetó la doble regulación de la satisfacción de la responsabilidad *ex delicto* como condición de la suspensión y como regla de conducta. A través de la enmienda n.º 590, se pidió la supresión del artículo 84.1 pues se estimaba que el artículo no era una regla de conducta sino un requisito que ya se tiene en cuenta en el artículo 82.4.^a,a efectos de suspender la pena. La Ponencia incorporó esta enmienda y se suprimió la norma.⁶¹

ALASTUEY DOBÓN se ha manifestado, en principio, a favor de la argumentación del Grupo socialista, pero matiza señalando que hay otras argumentaciones por las cuales resulta plausible que la satisfacción de las responsabilidades civiles no aparezca como obligación o deber en el artículo 83.1.⁶² Destaca la autora que la reparación del daño impuesta como obligación no satisface la prevención especial que es la orientación que se deduce de las restantes obligaciones o deberes. Tampoco puede deducirse la finalidad preventivo especial considerando que la reparación del daño pueda imponerse como obligación a través de la cláusula residual del art. 83.1.^a, 5, según la que pueden imponerse deberes

⁶¹ Vd., Informe de Ponencia en B.O.E. de 22 de mayo de 1995.

⁶² ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 303 ss.

que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado. Lo que coincide básicamente con nuestra exposición de reconocimiento para la reparación del daño de funciones preventivo-especiales, tanto si la reparación no se circunscribe exclusivamente a la reparación del daño *ex delicto*, como si es voluntaria, pues la imposición coactiva en nada la diferencia de la pena de multa.

La autora señala una segunda línea de argumentación, pues la satisfacción de la responsabilidad civil no puede ser una carga o tarea, capaz de desempeñar las funciones asignadas a éstas. En el sentido de que han de tener un carácter similar al de la pena y estar orientadas a reforzar la satisfacción de las necesidades de prevención general, que en el caso concreto pueden verse menoscabada por la suspensión de la ejecución de la pena.

En mi opinión en el análisis de esta problemática hay que distinguir entre qué debe entenderse por reparación del daño, si es la limitación a la reparación civil *ex delicto*, o si el concepto es más amplio y enlaza con las nuevas corrientes político criminales en las que se admiten otras prestaciones inmateriales y se valora el esfuerzo por reparar el daño. Esta aclaración es importante, pues aunque se ha querido observar en el Proyecto de CP 1994 la apertura de una orientación a la satisfacción de la víctima capaz de restablecer la paz jurídica entre el autor y la víctima, y entre el autor y la sociedad, esto no pasa en el citado Proyecto de ser un reconocimiento teórico. El Proyecto de CP 1994 no va más allá de la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*, a la cual como hemos repetido está obligado el autor.⁶³

La imposición de la reparación del daño *ex delicto* como una carga o tarea, sólo pareciera tener un objetivo práctico, el que la

⁶³ Vd., en ese sentido, DE VICENTE, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 186, 198.

víctima sea resarcida por los daños en prontamente, bajo la presión al condenado solvente de que indemnice, o en su defecto se le revoca la suspensión de la ejecución de la pena.⁶⁴ Lo cual había sido criticado por GARCÍA ARÁN desde hace mucho tiempo, por confundir dos planos totalmente distintos, el de la responsabilidad civil y la penal.⁶⁵

H) El análisis de los distintos Anteproyectos y Proyectos, y su culminación positiva en el Código penal de 1995, nos muestra que ha existido una preocupación de la doctrina por reconocer la función preventivo-especial en el sistema de consecuencias jurídicas del delito. Manifestándose en forma patente en la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, además de prever el acortamiento del plazo de cumplimiento de las penas a través de la libertad condicional. Aunque el Código penal eliminó la suspensión del fallo, que denotaba ser una alternativa a la privación de libertad clásica⁶⁶ y un sustitutivo penal adecuado para la resocialización del delincuente.

Para DEMETRIO CRESPO existen diferencias en cuanto a la forma de entender la función preventivo-especial, entre el Anteproyecto de CP 1983 y los restantes Anteproyectos, Proyectos y el Código penal de 1995. Así, mientras el Anteproyecto de CP 1983 se cimienta en la idea de la prevención especial, entendida en su sentido negativo como no desocialización, es decir, en el sentido de que el estado de socialización no se vea empeorado a consecuencia de la intervención penal y que se reconozca derecho del delincuente al libre desarrollo de su personalidad. Razón por la

⁶⁴ Cfr., ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 305.

⁶⁵ Vd., GARCÍA ARÁN, en: JUECES: *Jornadas privaciones de libertad*, 1987, 184; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 305.

⁶⁶ En ese sentido, VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales*, 1990, 41.

cual el citado Proyecto elimina la imposición de reglas de conducta, y limita la intervención penal a la suspensión de la pena, o su sustitución por otras penas (multa) que no impliquen mayores controles, y en función de un pronóstico sobre las posibilidades del reo de no volver a delinquir.⁶⁷

Entretanto, los restantes Anteproyectos y Proyectos, y el mismo Código Penal de 1995 responden al modelo de la prevención general positiva, esto es, de resocialización basado en la sustitución de la prisión por medidas de libertad a prueba, con la inclusión de reglas de conducta, tareas, y con condicionamientos formales, tales como la primariedad delictiva, o penas de corta duración.

En mi opinión, ciertamente se observa un diferente tratamiento y abordaje de los sustitutivos penales entre el Anteproyecto de CP 1983, y los otros textos prelegislativos y el texto finalmente aprobado CP 1995, lo que responde a las distintas concepciones sobre los fines y principios del Derecho penal.

Si partimos del principio de mínima intervención⁶⁸ como principio que engloba no sólo la protección de bienes jurídicos, sino también a la pena, seguramente la respuesta sancionatoria se acercará a las propuestas del Anteproyecto de CP 1983. En el que se limitaba la intervención estatal, no aceptando la imposición de tareas o cargas, y además, contemplaba la suspensión del fallo.

Por otra parte, un su mayoría los textos prelegislativos al CP 1995 atienden las recomendaciones doctrinales en cuanto a las penas demasiado largas, limitando la duración de la pena privativa de libertad a veinte años y así finalmente se acogió en el texto aprobado en 1995. Sin embargo, como señalé al principio de esta exposición, la benignidad de las penas que contempló el CP 1995

⁶⁷ Vd., SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 294.

⁶⁸ En ese sentido, vd., ASÚA, *RCPen n.º 2*, 1998, 292 ss.

fue eclipsada por las reformas legales posteriores. Las que -a pesar de las declaraciones de buenas intenciones, o por las razones que fuere (respuesta simbólica e instrumental)-, tienden a un endurecimiento de las penas y al cumplimiento efectivo o íntegro de las mismas. Olvidando que el Derecho penal siempre será un *mal*, una reacción aflictiva a la ofensa, que se ha llegado a calificar de cruel o de respuesta igualmente violenta,⁶⁹ aunque necesaria.

En lo que atañe a la introducción de la reparación del daño, es hasta los textos prelegislativos recientes, a partir del Anteproyecto de CP 1992, que se refleja un interés porque la víctima sea compensada por los daños sufridos. No obstante, el desarrollo de este interés, en los Anteproyectos y Proyectos 1992 y 1994, no se refleja un cambio sustancial en la forma de entender la reparación del daño conforme a las nuevas tendencias político criminales, continúa siendo la misma responsabilidad civil *ex delicto*, entendida en su sentido tradicional que pretende el resarcimiento material e inmaterial del daño y a la cual está obligado el delincuente no por la realización del hecho delictivo, sino por la causación del daño.⁷⁰

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

El Código penal de 1995 como hemos adelantado, introduce en forma modesta las corrientes de la política criminal que otorgan un lugar preeminente a la reparación del daño. Se abraza de

⁶⁹ Sobre ello, HULSMAN/BERNAT, *Sistema*, 1984, 79 ss; CONSEJO DE EUROPA, *Decriminalización*, 1987, *pássim*; CHRISTIE, en: MAIER, (Coordinador): *De los delitos y las víctimas*, 1992, 163 ss.; MATHIESEN, en: AA.VV: *Abolicionismo*, 1989, 109 ss.; FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 331 ss.; RIVERO, en: AA.VV., *Nuevo Proceso penal*, 1998, 48.

⁷⁰ En igual sentido, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 45.

manera limitada la idea de reparación del daño, entendida como corriente político criminal que impulsa la reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. La idea tiene acogida a través de la valoración preventivo-especial, ponderándose la conducta del delincuente como comportamiento postdelictivo positivo, tanto en la determinación de la pena en sentido estricto (como circunstancia atenuante) y en la determinación de la pena en sentido amplio (como requisito para la concesión de la suspensión de la pena, como regla de conducta en la sustitución de ésta y como condición para la libertad condicional).

La legislación presenta cierta timidez en cuanto al concepto de reparación del daño,⁷¹ que no se desliga del sentido tradicional, es decir, de la reparación del daño *ex delicto*.

El conservadurismo se hace extensivo a las ideas político-criminales provenientes de la justicia restaurativa o reparativa, las que proponen en general la reparación a la víctima y la reintegración al infractor en la sociedad, exigiéndose algo más o incluso menos, que la reparación de los daños materiales e inmateriales.⁷²

También es manifiesta la limitación en el CP 1995 frente a la idea de que la reparación del daño en los delitos de gravedad leve y mediana puede constituir una consecuencia jurídico penal independiente, una tercera forma de reacción, que permita alcanzar los fines de prevención especial y general.

⁷¹ En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1507; GARCÍA ARÁN, en: Homenaje a CASABÓ, 1997, 815. Desde otra óptica, TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, 1998, 204, califica la reforma como parcial frente a actuales tendencias político-criminales del entorno europeo.

⁷² Vd., por todos, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, 446.

Si se la compara con otras legislaciones cercanas, como la alemana,⁷³ la austríaca,⁷⁴ y la portuguesa⁷⁵ puede observarse su exiguo tratamiento, ya que en algunos de estos ordenamientos se puede prescindir de la pena en ciertos supuestos,⁷⁶ además de que la valoración de la reparación del daño no necesariamente implica la reparación de los daños materiales e inmateriales pero puede coincidir.⁷⁷

⁷³ Que con la «Ley de modificación del Código penal, de la Ley procesal penal y otras leyes», de 28 de octubre de 1994, conocida como «Ley para combatir el delito», en la que se incorporó un nuevo §46 a, al Código Penal Alemán (StGB). Esta norma faculta al tribunal a disminuir la pena (§49 pfo.1º), o, a renunciar a la misma cuando se dé la reparación a las víctimas del delito, cumpliendo una serie de requisitos. La citada ley, a su vez, complementa el §56 pfo.2º incidiendo directamente en los sustitutivos penales. Así, en la suspensión a prueba de la ejecución de la pena privativa de libertad -suspensión condicional-, (§§ 56, 56 b pfo. 2º, inc. 1º, n.º 1º StGB) y en la amonestación con reserva de pena, se tomará en consideración el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho (§§ 59, 59a pfo. 2º StGB). Cfr., al respecto, CERREZO MIR, DP PG, 1998, 39-40; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 145 ss; ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 260.

⁷⁴ Por todos, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 152 ss., en el Código penal austríaco (ÖStGB), en los § 42 y §167 -falta de merecimiento de pena del hecho y arrepentimiento activo-, donde la reparación del daño determina la impunidad de la conducta, en un gran número de delitos contra la propiedad.

⁷⁵ En el Código penal portugués de 1995, la reparación del daño se incluye entre las circunstancias de determinación de la pena, entre las que se valorará, la conducta anterior al hecho al hecho o posterior al mismo, especialmente cuando ésta se destine a la reparación de las consecuencias del delito. También entre las circunstancias de atenuación especial de la pena se contempla la demostración del arrepentimiento sincero y el esfuerzo por la reparación del daño. Dentro de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, también se prevé en la dispensa de pena (menor de seis meses, o de multa de menos de 120 días), la que se condiciona a la reparación del daño. Se faculta a la dilación del fallo o sentencia, si la reparación está en vías de producirse. Vd., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 184.

⁷⁶ En ese sentido, §49 pfo.1º StGB, autoriza prescindir de pena si ésta es inferior a un año de privación de libertad o a 360 días multa cuando ocurra alguno de los siguientes los siguientes supuestos: 1) que el autor repara su hecho en todo o en la mayor parte, o bien, lo pretenda seriamente, en su esfuerzo por alcanzar una conciliación con la víctima y 2) en un caso en el que la reparación del daño hubiera exigido de él importantes prestaciones personales o sacrificio personal, hubiera indemnizado a la víctima completamente o en gran parte.

⁷⁷ Así, en la legislación alemana el § 56b StGB establece como posibles obligaciones (*Auflagen*) del sometido a la suspensión condicional: la de reparar en la medida de sus

Sin embargo, como señala SILVA SÁNCHEZ⁷⁸ hay una característica común en todas las legislaciones que incorporan la reparación del daño en el Derecho positivo, ésta se contempla como requisito o condición para la obtención de los sustitutivos penales, no así como sanción independiente o consecuencia penal autónoma.⁷⁹

Limitaremos el objeto de nuestro análisis a las previsiones normativas del CP 1995, en las que la reparación del daño ha sido considerada como requisito o condición para la aplicación de sustitutivos, también analizaremos las experiencias del Derecho comparado en las que se trata los institutos de la suspensión de la ejecución de las penas y la sustitución de las penas.

2.1. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1.1. Consideraciones generales

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad está presidida en el CP 1995 por la idea preventivo especial de evitar la ejecución de determinadas penas cercanas o lindantes a las de corta duración, cuyos efectos desocializadores han sido demostrados hasta la saciedad.⁸⁰

fuerzas el daño causado por el hecho; la de efectuar una aportación económica a una institución de interés general; la de realizar otras prestaciones de interés común, o la de pagar una aportación económica a la Caja del Estado.

⁷⁸ Vd., SILVA SÁNCHEZ, PJ n.º 45, 1997, 186.

⁷⁹ Sobre la reparación como consecuencia autónoma, §4 del Proyecto Alternativo de la Reparación, vd., AA.VV.: AE-WGM, 1998, 76 ss; PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 222 y ss. 292 ss.

⁸⁰ En ese sentido GARCÍA VALDÉS, P y C n.º 0, 1986, 191; DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 9-10; GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 242; SÁNCHEZ YLLERA, ComCP 1995, 1996, 499.

La previsión y aplicación de sustitutivos a la privación de libertad, y en especial a la corta duración es, como señala MAQUEDA ABREU, un imperativo constitucional, una exigencia del artículo 25.2 CE, que «*parece limitarse a prescribir la desaparición de una privación de libertad inútil*». ⁸¹

El Tribunal Constitucional reconoce la orientación preventivo especial en STC 224/1992, de 14 de febrero y STC 209/1993, de 28 de junio, en las que ha señalado como fundamento del recurso a la suspensión condicional de la pena, la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad. La ejecución de una pena de breve duración no sólo impediría alcanzar la resocialización y readaptación social del delincuente, sino que ni siquiera estaría justificada su necesidad desde el punto de vista preventivo. ⁸² En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en STS 26-enero-1993 (A 185); STS 15-febrero-1995 (A 859).

También, la suspensión de la ejecución de la pena deriva de la exigencia del principio de proporcionalidad, en el sentido de que no siempre la sanción merecida es necesaria. ⁸³ Se puede renunciar a la ejecución de la sanción, si ésta no es indispensable desde la perspectiva de la prevención general, y si no está indicada desde la función preventivo-especial. ⁸⁴

Se señala como antecedente de la suspensión de la ejecución condicional de la pena la remisión condicional de la pena, que fue establecida en el ordenamiento jurídico penal español por Ley 17

⁸¹ Cfr., MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional, 1985, 20; LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996,41.

⁸² Así, y en se sentido, cfr., STC 224 /1992, de 14 de febrero.

⁸³ En igual sentido, vd., Instrucción V/99, de 16 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

⁸⁴ Cfr., en igual sentido, QUINTERO OLIVARES, Manual DP, 2002, 665.

de marzo de 1908.⁸⁵ La evolución de la institución tal y como fue plasmada en el CP 1995, no muestra cambios significativos respecto de la original institución, a pesar de los casi cien años de vigencia.

En cuanto al *nomen iuris*, una crítica frecuente se refiere a la utilización indistinta de los términos «remisión condicional», «condena condicional» o «suspensión del cumplimiento»⁸⁶ que contenía el anterior Código penal,⁸⁷ términos por lo demás diversos en cuanto a su naturaleza jurídica, porque no se condiciona ni se suspende la condena ni tampoco la pena, sino su ejecución, deviniendo más apropiada la denominación suspensión de la ejecución de la pena que adopta el CP 1995.⁸⁸

La suspensión de la ejecución de la pena, según lo define el profesor GRACÍA VALDÉS, consiste en que «*se declara la culpabilidad en la sentencia, que se pronuncia, y se determina la pena que el reo merece, pero se suspende su ejecución, condicionándose ésta a que el condenado no vuelva a delinquir en un plazo determinado (en cuyo caso se ejecutaría, con independencia del enjuiciamiento del nuevo delito)*».⁸⁹

El Código Penal de 1995 regula la suspensión de la ejecución de la pena en los artículos 80 a 87 ss., destacando entre sus rasgos generales, los siguientes: la de dejar en suspenso la ejecución de

⁸⁵ Vd., PRATS, ComNCP, 1996 442.

⁸⁶ Acerca de la discusión doctrinal planteada sobre la denominación del instituto, vd., por todos, MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional, 1985, 40-42.

⁸⁷ En igual sentido, PRATS, ComNCP, 1996, 442.

⁸⁸ Vd., en ese sentido, SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 297.

⁸⁹ Cfr., GARCÍA ARÁN, en: SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986; 155. GARCÍA VALDÉS, PyC n.º 0, 1986, 200;

penas inferiores a dos años, excepcionalmente tres años;⁹⁰ se dirige a delincuentes primarios u ocasionales; las penas que pueden suspenderse son las privativas de libertad de corta duración. Desde el punto de vista subjetivo, se establecen previsiones relativas a los antecedentes y circunstancias del reo, circunstancias de comisión del delito, satisfacción de las responsabilidades civiles; que el reo no cometa delito durante un plazo determinado, excepcionalmente el sometimiento a tratamientos de deshabituación a las drogas, la realización de determinadas tareas o el cumplimiento de ciertas obligaciones; finalmente el incumplimiento de las condiciones da lugar a la revocación y ejecución de la pena suspendida.

2.1.2. La suspensión de la ejecución de la pena y la reparación del daño

El artículo 81.3.^a establece como condición necesaria pero no suficiente para dejar en suspenso la ejecución de la pena la satisfacción de las responsabilidades civiles, salvo que se declare la insolvencia total o parcial del delincuente.⁹¹

En dicha norma se observa por algunos autores una manifestación de la preocupación por la satisfacción de la víctima, en cuanto a su derecho de ser indemnizada por el daño causado,

⁹⁰ Un aspecto sobresaliente de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, es que excluye a efectos del conjunto de la pena o penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa, art. 81.2.^a

⁹¹ La Ley Orgánica 8/2002, complementaria a la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. En la modificación del artículo 801, 3.^a LECr., permite al Juez acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad, bastando el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieran originado.

negándose la suspensión de la ejecución de la pena si la responsabilidad civil no se ha abonado.⁹²

Esta previsión normativa es evitable, pues el art. 81.3.^a autoriza a prescindir de ese requisito cuando se declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. Se conoce por la generalidad que la criminalidad leve y mediana no es la de cuello blanco, sino la de menos recursos económicos, la que con frecuencia comete hurtos, robos, violaciones de domicilio, etcétera, y, a la víctima lo que le interesa es que el daño efectivamente sea reparado.⁹³

Pero también la norma es cuestionable desde el punto de vista preventivo especial, no hay evolución cuando se exige que para la consecución de un sustitutivo éste dependa de la satisfacción de las responsabilidades civiles,⁹⁴ aspecto que el anterior Código penal 1944/1973 no contemplaba como requisito para la concesión del sustitutivo.⁹⁵ Menos aún, que dependa de una cuestión económica (a la que de por sí está obligado el culpable por las reglas de la responsabilidad civil *ex delicto*) la concesión de un sustitutivo, en el que se debe valorar las circunstancias personales

⁹² Vd., por todos, MIR PUIG, DP PG, 2002, 713.

⁹³ En idénticos términos, vd., SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 238, refiriéndose a la declaratoria de insolvencia del penado, señala: «o bien su utilización, a través de la cláusula de exención prevista en este artículo (...), se convertirá en la regla general, con lo que devendrá inútil». Sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 266.

⁹⁴ En ese sentido, se manifestó DE VICENTE, en: *Homenaje a CLAUS ROXIN*, 1997, 200, respecto de la condena condicional del CP 1944/1973, decantándose a favor del abono de la responsabilidad civil como un requisito a considerar en la legislación futura. En igual sentido, TAMARIT SUMALLA, *La víctima*, 1998, 204.

⁹⁵ Para SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 318, la satisfacción de responsabilidades civiles sin ser un requisito era tomado en cuenta por los Jueces y Tribunales para otorgar la suspensión, al punto de hacer depender la suspensión a la satisfacción pecuniaria.

del sujeto no sus posibilidades económicas de realizar un pago civil.

El tenor trata de salvar las posibles objeciones sobre la exigibilidad del pago de la responsabilidad civil previa la suspensión, con una cláusula de prescindencia del requisito cuando se declare la insolvencia del penado. Acorde con los señalamientos del Tribunal Constitucional, que en STC 14/88, de 4 de febrero, ante la pretensión de un Juez de Instrucción de hacer efectiva una pena de arresto mayor si resultaban impagadas las responsabilidades civiles derivadas del hecho penado, señaló: *«supone una flagrante vulneración no tanto del artículo 14 que invoca el recurrente o del 24, ambos de la Constitución, que señala el Fiscal, sino del 17, ya que acarrearía una privación de libertad, en un caso no previsto por la Ley, condicionando el cumplimiento efectivo de la pena de prisión a un requisito no previsto en la Ley para conceder su posible remisión condicional, como sería el pago de las costas y la indemnización por daños (...) no corresponde a este Tribunal determinar si procede la remisión condicional de la pena, salvo en el extremo de que su concesión no puede estar subordinada al pago de las costas y de la indemnización por responsabilidad civil»*.

En la regulación del artículo 81.3.^a no cesa de presentar dificultades, como ha manifestado en forma crítica la doctrina, el requisito de la satisfacción previa de las responsabilidades civiles. De entrada, tal previsión choca frontalmente con la inmediatez del pronunciamiento de la resolución que habrá de decidir sobre la suspensión, ésta requerirá de situaciones probatorias sobre la solvencia del condenado, y en su caso, del ejercicio de la vía de apremio lo que obstaculizará la decisión.⁹⁶

⁹⁶ En ese sentido, SANZ MULAS, en: DIEGO/SÁNCHEZ: Derecho penal sin fronteras, 2000, 96.

También se ha objetado que el delito constituye un acto que afecta el orden social y, en consecuencia, la satisfacción de las responsabilidades civiles que con aquel se hayan originado es un asunto independiente de la mayor o menor peligrosidad criminal del sujeto, aparte de que crea desigualdades entre solventes e insolventes, facilitándose el acceso para quienes posean recursos con los cuales responder.⁹⁷

Distinta hubiera sido la solución, si la reparación del daño *ex delicto*, fuese un aspecto a valorar positivamente dentro de las circunstancias personales del condenado, o, si incluso no fuera necesaria sino facultativa la satisfacción de las responsabilidades civiles.⁹⁸ Lo que permitiría una mayor amplitud del sustitutivo en aras de alcanzar la finalidad preventivo-especial, pero el hacerla depender, como en este caso de la reparación civil *ex delicto* es una traba innecesaria que muestra irremediamente que por la supuesta protección a la víctima ceden las conquistas a favor del delincuente.⁹⁹ Los planteamientos dogmáticos abogaban por la sustitución de las penas cortas desde los años ochenta, sin embargo, uno de los principales institutos de esa reducción del *ius puniendi*, como es la suspensión de la ejecución de la pena, ahora es sometido a una barrera, ciertamente vencible, pero freno al fin.

También se observan consecuencias desde el punto de vista dogmático, en cuanto a los fines de la pena identificables en los sustitutivos penales. Mayoritariamente se acepta que por debajo del límite preventivo-general infranqueable, situado en los dos años de pena privativa de libertad, puede prevalecer la necesidad preventivo-especial, optándose por una reacción penal distinta a la

⁹⁷ Cfr., en ese sentido, LÓPEZ/GARCÍA, *El CP 1995*, 1996, 108; LLORCA, *CDJ 2/1*, 1996, 237.

⁹⁸ Cfr., SANZ MULAS, *Alternativas*, 2000, 278.

⁹⁹ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *PJ n.º 45*, 1997, 194.

privativa de libertad, que evite la desocialización del culpable y que a su vez diferencie la respuesta sancionatoria. Sin embargo, el establecimiento de la satisfacción de las responsabilidades civiles como condición para suspender la pena, ya no de dependerá de las circunstancias personales del autor, ni de su mayor o menor necesidad de prevención especial, medida de acuerdo al injusto culpable realizado,¹⁰⁰ sino de la responsabilidad civil, que es una obligación de carácter civil que depende del daño causado y no considera el grado de culpa del autor del daño, pues su función no es sancionadora.¹⁰¹

Finalmente, debe señalarse que esta regulación, así como aparece configurada, nada tiene que ver con las ideas de la reparación del daño a la víctima, como sanción penal capaz de cumplir los fines del Derecho penal, ni como solución conciliadora del conflicto que el delito expresa, ni mucho menos con la justicia reparadora.¹⁰²

La reparación del daño con contenido penal o sancionatorio, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones e ideas político-criminales en que puede traducirse, puede coincidir con la reparación civil del daño *ex delicto*, pero no son lo mismo, en tanto puede superarla, ser menor que ésta y hasta consistir en otra cosa, como ocurre en las propuestas de reparación simbólica.¹⁰³

¹⁰⁰ Sobre ello vd., ROBLEDO RAMÍREZ, *Sustitutivos penales*, 1996, 251-252; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 265.

¹⁰¹ Vd., *infra*, Parte II, Capítulo I, 2.1.

¹⁰² SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 253-254, propone de *lege ferenda* la inclusión de la mediación entre las obligaciones que puede imponer el juzgador contempladas en el artículo 83.5.^a, cláusula muy amplia, en la que podría tener cabida como obligación deber la realización de la mediación.

¹⁰³ Por todos vd., HUBER, *ADPCP* 1994, 170-171.

2.1.3. Análisis *iuscomparativo*

Las experiencias de la reparación del daño, no son ajenas a los fenómenos actuales de globalización. Prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, algunas de las ideas de la reparación del daño han cristalizado en normas, permitiendo la experiencia alcanzada mas allá de las fronteras territoriales, valorar la experiencia del derecho interno de cara a la interpretación incondicional de los institutos jurídicos, o la proposición de soluciones similares.

A) En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena, en la experiencia europea, destaca la formulación alemana que incorpora en las normas de determinación de la pena una valoración expresa de la reparación del daño, en los §§ 46 pfo. 2.º y 46 a del StGB. En éstos se pondera el esfuerzo por reparar el daño y la conciliación como instrumentos politico-criminales, a los que se les dota de efectos especiales de atenuación (facultativa §49 pfo.1.º StGB), y en ciertos supuestos autorizan la renuncia a la pena, en casos que no superen una determinada gravedad.

El legislador alemán en los §§ 56 ss. regula la suspensión de la pena, destacando entre sus características, que no podrá exceder de un año y a la exigencia de un pronóstico favorable de reinserción social.¹⁰⁴ Sin embargo, si concurren ciertas circunstancias especiales que se describen el § 56 II, puede suspenderse también la ejecución de penas privativas de libertad de hasta dos años, mediante una valoración global del hecho y de la personalidad del condenado. También el Juez puede tener en cuenta para tomar la decisión, el esfuerzo del condenado por

¹⁰⁴ ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 259, se refiere a los factores que deben tenerse en cuenta por el juez, no son requisitos, sino aspectos que deben ser valorados: la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho, su comportamiento posterior al hecho, sus condiciones de vida, así como los efectos que se espera produzca en el la suspensión.

reparar el daño causado por el delito, éstos tampoco se consideran como requisito de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad.

La negativa del condenado a reparar los daños no supone la denegación de la suspensión, porque la valoración debe ser global, pudiendo apreciarse otros factores que determinen igualmente innecesaria la pena desde el punto de vista preventivo-especial.

Un aspecto innovador en el Derecho penal alemán desde 1994 es la previsión de la reparación del daño como una carga o regla de conducta a cumplir dentro del período de prueba, la que se encuentra regulada en el § 56b pfo. 2.º inc.1º nm. 1º,¹⁰⁵ a la que se le concede un lugar de primacía puesto que las restantes cargas solo pueden ser impuestas por el Tribunal en cuanto no impidan el cumplimiento de la carga de reparación del daño.¹⁰⁶

Pese a la gran discusión doctrinal que suscita en la doctrina alemana la imposición de la carga de la reparación del daño,¹⁰⁷ en

¹⁰⁵ Introducido mediante la Ley de modificación del Código penal, de la Ley procesal penal y otras leyes», de 28 de octubre de 1994.

¹⁰⁶ Otra propuesta sobre el contenido y alcance de la suspensión condicional de la pena en el Proyecto Alternativo de la Reparación, vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 297ss. La propuesta tuvo una aceptación limitada en la Ley de modificación del Código penal, de la Ley procesal penal y otras leyes, de 28 de octubre de 1994, en la cual primó el Proyecto de ley de la Coalición de Gobierno, integrada por los partidos conservadores CDU/CSU y FDP, también se presentó un proyecto por el partido socialista. Vd., PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 144.

¹⁰⁷ Ampliamente sobre el estudio de las cargas, su naturaleza jurídica y funciones, vd., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 269 ss. Según, refiere la destacada autora, p. 270, la discusión doctrinal es intensa pues en la imposición de las cargas es cuando más acercamiento puede darse entre el deber de indemnización civil y la responsabilidad penal. La interpretación de la carga de la reparación puede referirse, a la vinculación de la obligación de reparar con el deber de indemnización civil; se discute si el objeto de esta carga debe consistir exclusivamente el cumplimiento de dicho deber de naturaleza civil, o si es posible que su contenido sea distinto del de aquella. Lo que repercute en la decisión de si la carga solo se puede imponer cuando exista un deber de indemnización del daño exigible por vía civil y además en la cuestión, de si el juez penal a la hora de imponer la carga debe o no respetar la decisión del juez civil sobre la pretensión indemnizatoria, no solo en lo referente a la existencia o no de la mencionada carga, sino también, en caso de una coincidencia de la cuantía fijada. Por otra parte, la doctrina se pregunta si la carga

el sentido de si ésta obligación satisface los fines del Derecho penal, ciertamente su imposición es obligatoria para el condenado, siendo discutible su contribución preventivo-especial, pues la voluntariedad es el aspecto que caracteriza a las prestaciones reparatoras para conseguir tal efecto.

El Proyecto de Código penal italiano (*Schema di disegno de legge-delega al Governo*), de 1992, en lo que concierne a la suspensión condicional de la pena y el sometimiento a prueba, sigue la tendencia de no reducirla a la primera condena sino que permite su aplicación hasta tres veces, excluyendo además las penas que hayan sido rehabilitadas, aunque no contempla la reparación del daño.¹⁰⁸

El Código penal francés, Ley n.º 92-683 de, 22 de julio de 1992 distingue la suspensión simple, de la suspensión sometida a prueba y la suspensión bajo condición de cumplimiento de un trabajo de interés general. En los tres casos no se requiere que se trate de la primera condena, en la suspensión sometida a prueba se pueden imponer obligaciones específicas, entre ellas reparar el daño causado.¹⁰⁹

El Código penal portugués, Decreto Ley n.º 48/95, de 15 de mayo, dentro de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, artículos 50.º y ss., se halla la de pagar en un cierto plazo, en su totalidad o en la parte que el Tribunal considere posible la indemnización debida al lesionado, o garantizar su pago por medio de caución idónea.

puede cumplir funciones específicas del Derecho penal. El cuestionamiento es si ante el incumplimiento de la carga, que puede dar lugar a que se revoque la suspensión de la ejecución de la pena, plantea el problema de si no se persigue por medios penales la satisfacción de intereses privados, lo que debería examinarse a la luz del principio de igualdad. Sobre ello, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 148-149.

¹⁰⁸ Cfr., BACIGALUPO, PJ n.º 43-44, 1996, 129.

¹⁰⁹ Vd., BACIGALUPO, PJ n.º 43-44, 1996, 130-131.

B) Un reciente estudio de los sistemas penales centroamericanos¹¹⁰ ilustra en cuanto a la desvinculación entre la responsabilidad civil y suspensión de la ejecución pena, en los casos de Guatemala, Honduras, Nicaragua. En Costa Rica, es un hecho a valorar positivamente dentro de la personalidad del condenado.

El Código penal de Nicaragua extiende la suspensión de al ejecución de la pena a otras penas principales distintas a las privativas de libertad.¹¹¹

C) El análisis de los modelos legislativos del Derecho comparado nos permite apreciar el impacto de las ideas de la reparación del daño con contenido penal que han pasado del plano dogmático, a una efectiva positivación. Los aportes desde la perspectiva *ius* comparativa nos amplían el panorama en diferentes sentidos, tanto desde la propia configuración y entendimiento de la suspensión de la ejecución de pena, como en cuanto a los efectos que cabe otorgar a la reparación del daño.

En lo que respecta a la configuración de la suspensión de la ejecución de la pena se observa una ampliación, en cuanto a los márgenes en que opera la suspensión de la ejecución de la pena y la rigidez de los requisitos. En el Derecho comparado se admite la suspensión de la ejecución de la pena no solo en relación a la pena privativa de libertad, sino en otras penas, como ocurre en el sistema penal nicaragüense. En igual sentido, se había manifestado LUZÓN PEÑA,¹¹² frente al Anteproyecto CP 1992, señalando que si las razones del sustitutivo son de conveniencia preventivo-especial,

¹¹⁰ Cfr., SANZ MULAS, *Alternativas*, 2000, 278.

¹¹¹ En ese sentido, SANZ MULAS, *Alternativas*, 2000, 297.

¹¹² Cfr., LUZÓN PEÑA, *JDem*, n.º 14, 1991, 57, observa un retroceso en el Anteproyecto 1992, frente al Anteproyecto 1983, en cuanto en el primero se limita la sustitución de la ejecución de la pena

otras penas como la multa, inhabilitación, o suspensión pueden ser tan innecesarias e igualmente inadecuadas desde la prevención especial, como la pena de prisión.

También se aprecia que son mucho más flexibles las fórmulas del Derecho penal alemán en cuanto al requisito que exige la legislación española, de haber reparado el daño; en aquél la reparación del daño es un aspecto a valorar para la suspensión de la ejecución de las penas, fórmula que me parece más adecuada porque permite una valoración global tanto del hecho, como de la personalidad del condenado. En ese sentido, la apreciación queda librada al Juez, que mediante un acto discrecional podrá ponderar ambos aspectos. En todo caso debe exigirse una resolución motivada lo que se deduce de los artículos 80.1.^a CP 1995, 141 LECr., y 248.2 LOPJ.¹¹³

Otro aspecto que destaca el Derecho comparado es la posibilidad de valorar para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, no solo la reparación total del daño, sino el esfuerzo del condenado por alcanzar ese objetivo, incluso de manera simbólica. La legislación alemana se muestra mucho más adecuada a las nuevas tendencias político criminales, que la limitación al pago de la responsabilidad civil de manera estricta que contempla la legislación española.¹¹⁴

Un requisito que tiene una mayor amplitud en el Derecho comparado es la tendencia a no reducir la concesión del sustitutivo

¹¹³ La exigencia de motivación viene determinada no solo por la necesidad de poner límites a la discrecionalidad judicial, impidiendo que se convierta en arbitrariedad, sino en el sometimiento de la resolución al régimen general de los recursos que prevé el CP 1995. En igual sentido, también se ha afirmado que la suspensión condicional de la pena afecta un derecho fundamental, el derecho a la libertad y cualquier restricción debe motivarse. Cfr., en ese sentido, SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, 1999, 321.

¹¹⁴ TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 191, se muestra partidario de que se puedan aceptar prestaciones personales entre las reglas de conducta de la suspensión de la pena privativa de libertad, las cuales serían aplicables en dos supuestos, cuando el imputado tenga pendiente la responsabilidad civil y cuando el delito no genere esa responsabilidad.

a la primera condena, sino que se permite la aplicación de la fórmula de hasta tres veces, como se observa en el Proyecto de Código penal italiano y en la codificación francesa.

En cuanto a la reparación del daño como una carga, u obligación a cumplir dentro del período de prueba, que se contempla en la legislación alemana, sobre ello existe una amplia discusión en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, como adelantamos. La previsión taxativa de las cargas, pareciera cumplir a la perfección el efecto de expansión de las redes del control social, a la que se refiere un sector doctrinal.¹¹⁵

Un sector doctrinal con una posición de vanguardia, resalta la no previsión de tareas ni reglas de conducta, que entre otras cosas, incrementan la severidad de la alternativa,¹¹⁶ y complican la puesta en marcha de los sustitutivos penales por la falta de infraestructura y la indeterminación con que vienen previstas, además de suponer una carga más para el condenado que el cumplimiento de la propia pena. Desde el punto de vista preventivo-especial, *«es una carga innecesaria y hasta contraproducente en todos los casos en los que hay un pronóstico favorable para el sujeto»*.¹¹⁷

La LO 15/2003, de 25 de noviembre modificó el apartado 1 del artículo 80 CP 1995, la redacción inicial que rezaba de la siguiente manera: *«En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto»*, la reforma agregó, la siguiente frase: *«así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste»*. Desde mi perspectiva,

¹¹⁵ Vd., CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 20; SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 298.

¹¹⁶ Cfr., MUÑOZ CONDE, Adiciones, 1981, 1184; LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 290; una matización, vd., mismo, JDem, n.º 14, 1991, 57. CID/LARRAURI, en: CID/LARRAURI (Coordinadores): Penas alternativas, 1997, 32.

¹¹⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 290.

es totalmente discutible la cláusula adicionada pues, se hace depender el sustitutivo de un resultado incierto. Hasta que no haya declaratoria de culpabilidad, el principio constitucional de inocencia no se desvirtúa. Deviniendo en inconstitucional la valoración de un indicio de comisión de delito, como puede ser la existencia de otros procedimientos penales, cuyo resultado es totalmente desconocido para denegar la concesión de un sustitutivo.

2.2. LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN

2.2.1. Consideraciones generales

La sustitución de la pena responde a la innecesariedad e inutilidad de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, desde la óptica preventivo-especial.¹¹⁸ Se recurre a buscar alternativas a la privación de libertad renunciando al efecto intimidatorio, en favor de una respuesta penal menos desocializadora e individualizada, que considere al autor del hecho y sus circunstancias personales. Además considera la inadecuación de la cárcel para llevar a cabo la resocialización del delincuente.¹¹⁹

Se observa en la institución de la sustitución de penas, el cumplimiento de los fines de la pena.¹²⁰ El efecto preventivo general puede observarse en tanto el legislador no acepta que la sustitución se aplique a todo tipo de penas, ni de cualquier cuantía, sino que las limita a las penas menores de un año y excepcionalmente dos; el efecto preventivo especial, se constata a través de la valoración de las características del autor, a través de

¹¹⁸ Vd., DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, *Alternativas*, 1986, 9 ss.

¹¹⁹ Cfr., Refiriéndose a la inadecuación de la cárcel, como recurso en el cumplimiento de la pena, y defendiendo un sistema de alternativas, vd., GARCÍA VALDÉS, *PyC* n.º 0, 1986, 189-190.

¹²⁰ Cfr., SÁNCHEZ YLLERA, *ComCP* 1995, 1996, 499.

la ponderación acerca de si la pena va a favorecer o no la reinserción social, o la no desocialización del penado.¹²¹

El listado de criterios que se establece para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, no es una lista cerrada, pues la decisión considera las necesidades preventivo-especiales, como las preventivo-generales. Como hemos esbozado a lo largo de esta investigación, dentro de los límites de la prevención general que marcan los topes legales de concesión del sustitutivo, hacia abajo juegan las necesidades preventivo-especiales. Considerando el principio político criminal general que en caso de incompatibilidad entre las exigencias de prevención general y especial, debe prevalecer la prevención general por su mayor trascendencia social.¹²²

El CP 1995 prevé, la sustitución de la pena en los artículos 88 y ss., la sustitución de la pena, por las de multa y arresto de fin de semana. Sin embargo, por LO 15/2003 de, 25 de noviembre la pena sustitutiva de arresto de fin de semana se cambió por trabajo en beneficio de la comunidad. La exposición de motivos aclara que la supresión obedece a la escasa aplicación práctica de la citada pena.

La sustitución de la pena permite optar por la ejecución de una pena,¹²³ distinta a la inicialmente correspondiente al delito.¹²⁴ Las penas susceptibles de suspensión son las privativas de libertad

¹²¹ Fundamental, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 581.

¹²² Así, y en ese sentido, LUZÓN PEÑA, voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», EPB, 2002, 620. En sentido contrario, PRATS, ComNCP, 1996, 485-486; LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 117; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 375.

¹²³ En ese sentido SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 307, señala que las penas sustitutivas no son penas independientes, la sombra de ésta permanece de tras de una posible revocación. La autora aboga por la independencia de las alternativas a la pena de prisión.

¹²⁴ Cfr., LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 115.

que hayan sido impuestas como principales, exceptuándose las que sean sustitutivas de otras y las que se impongan de forma subsidiaria.¹²⁵

El supuesto normal de sustitución se produce en el caso de las penas de prisión inferiores a un año que pueden ser sustituidas por arresto de fin de semana (trabajo en beneficio de la comunidad) o multa, de acuerdo a las reglas de conversión establecidas en el art. 88.1.a.¹²⁶

Conjuntamente el Tribunal podrá imponer la observancia de reglas de conducta previstos en el art. 83. Agregando, la LO 15/2003 de, 25 de noviembre «*de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida*».

Excepcionalmente podrán sustituirse las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales¹²⁷ cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.¹²⁸ La LO 15/2003 de, 25 de noviembre modifica el CP 1995 señalando que en este supuesto excepcional podrá

¹²⁵ La prohibición de sustitución en cascada trata de evitar que queden vacías de contenido punitivo las penas de prisión por debajo de los dos años. Sin embargo, según señala MAPELLI/TERRADILLOS, *Consecuencias jurídicas*, 1996, 107, el legislador no ha prohibido el caso más grave de vaciamiento, que es el de la combinación sustitución-suspensión, que ocurre en el supuesto en que la pena de prisión es primeramente sustituida por la de arresto y ésta a su vez suspendida con posterioridad en virtud del artículo 80. De otra opinión, GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas*, 1996, 280.

¹²⁶ Sobre la inconveniencia de cláusulas generales de sustitución, pues podrían sobrepasar los límites de la seguridad jurídica al convertir la sanción penal en un acontecimiento futuro e incierto, vd., TAMARIT SUMALLA, *La reparación*, 1994, 192.

¹²⁷ De manera crítica, y con razón a mi juicio, PRATS, *ComNCP*, 1996, 486, señala la inadecuación del criterio de habitualidad, considerando que el Juez siempre deberá valorar las circunstancias personales y la conducta del reo, lo que constituye «*un encorsetamiento innecesario*».

¹²⁸ Se deduce de este artículo su contenido eminentemente preventivo-especial, así, y en ese sentido, vd., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2002, 587.

sustituirse la pena por multa, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Se prevé en el CP 1995, la posibilidad de sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. La LO 15/2003 de, 25 de noviembre elimina esta posibilidad de sustitución.

Las condiciones de mantenimiento y revocación se establecen en el 88.3.^a, el penado debe cumplir la pena sustitutiva sin quebrantamientos o incumplimientos, se podrán imponer reglas de conducta cuyo incumplimiento dará lugar a la revocación de la sustitución. Ante un caso de incumplimiento de la pena ejecutada se procede inexorablemente a la recuperación de la pena desplazada, que es lo que se conoce como cláusula de retorno. En ningún caso se podrán sustituir penas sustitutivas de otras.

Este régimen de la sustitución ha sido duramente criticado por varias razones. En primer lugar, siendo la sustitución un régimen más aflictivo que la suspensión de la ejecución, sorprende la estrechez de los márgenes entre los que se puede conceder el sustitutivo, solo para penas menores de un año y excepcionalmente dos.¹²⁹ En segundo lugar, se acusa la fijación de reglas de conducta, que la hace más estricta con sus destinatarios y eventualmente lesiva del principio de proporcionalidad.¹³⁰

La doctrina encuentra puntos de conexión entre la suspensión de la ejecución y la sustitución de la pena privativa de libertad,¹³¹ indicándose que la «*necesidad de la ejecución*» es la que debe

¹²⁹ Vd., MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 132.

¹³⁰ Cfr., MAPELLI/TERRADILLOS, Consecuencias jurídicas, 1996, 106.

¹³¹ Señalando concretamente estas conexiones y proponiendo ejemplos, cfr., SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 380-381.

distinguir entre la suspensión y al ejecución de la pena.¹³² Deja de existir acuerdo en torno a si dicha necesidad de ejecución responde a razones preventivo generales o especiales. La doctrina adopta ambas posturas.

Para GRACIA¹³³ siguiendo los razonamientos de LUZÓN PEÑA¹³⁴ en cuanto a los sustitutivos penales, en principio, debe partirse de que la pena establecida por la ley es un medio adecuado para satisfacer las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general, y en parte, también de prevención especial. A partir de ahí juegan las necesidades preventivo-especiales, al examinar en el caso concreto, si existen otros medios disponibles para la satisfacción de los fines de la pena que pueden ser tan apropiados o mas apropiados para cumplir esos fines como puede ser un sustitutivo penal. La suspensión o sustitución de las penas cortas no se produce discrecionalmente sino sólo si es preventivo especialmente necesaria, o al menos aconsejable en el caso concreto.

Otra postura muestra GARCÍA ARÁN, que opina al igual que lo hace en términos generales sobre la determinación de la pena, que *«la individualización judicial de la pena es, precisamente, adecuación de la misma a las necesidades del individuo sometido a juicio, dentro de los límites establecidos por el legislador, que son límites preventivo-generales y por tanto, referidos a las necesidades colectivas»*.¹³⁵

¹³² En ese sentido, cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 263.

¹³³ Cfr., GRACIA, en: GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Las consecuencias jurídicas, 1996, 264 ss.

¹³⁴ vd., LUZÓN PEÑA, en: Estudios penales, 1991, 282, 289.

¹³⁵ Cfr., GARCÍA-ARÁN; en: LÓPEZ/GARCÍA, El CP 1995, 1996, 117 ss. En igual sentido, MAPELLI/TERRADILLOS, Consecuencias jurídicas, 1996, 105; SERRANO PASCUAL, Las formas sustitutivas, 1999, 382.

2.2.2. La sustitución de la pena y la reparación del daño

El Código penal de 1995, establece como criterio para la sustitución de la pena «el esfuerzo para reparar el daño causado». Aspecto que desde hace mucho tiempo resaltaba QUINTERO,¹³⁶ en el sentido que se le concediera una mayor importancia a la reparación del perjuicio, en orden a una posible renuncia de la pena. Aunque QUINTERO no detalla muy bien en que consiste la renuncia a la pena, si puede deducirse del contexto que su argumentación va en contra de las penas privativas de libertad por su gran capacidad desocializadora.

El artículo 88.1.^a del CP 1995 no opera como una condición de carácter objetivo, sino que se le dota de un contenido esencialmente subjetivo y facultativo. Apuntando PRATS¹³⁷ que esta óptica subjetiva plantea graves dificultades probatorias, que finalmente pueden llevar a objetivar dicho requisito.

Para la doctrina, el esfuerzo por reparar el daño causado, debe interpretarse, de forma sistemática con la atenuante del art. 21. 5.^a del CP 1995,¹³⁸ la que habrá de expresarse desde una perspectiva amplia, no en el sentido de reparación del daño material que correspondería a una teoría economicista, sino, admitiendo otro tipo de prestaciones inmateriales, tales como la solicitud de perdón a la víctima, su disposición a indemnizar en el futuro.¹³⁹

¹³⁶ Cfr., QUINTERO OLIVARES, en: Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989, 599.

¹³⁷ Cfr., PRATS, ComNCP, 1996, 486.

¹³⁸ Sobre la atenuante 21.5.^a, vd., antes del CP 1995, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo, 1985, *pássim.*; posteriormente, el mismo, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 196 ss.

¹³⁹ En ese sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas, 1996, 89.

En ese sentido, SAN MARTÍN¹⁴⁰ explora las posibilidades de aplicación de la mediación extrajudicial como una forma viable de lograr la reparación del daño, por lo demás totalmente adecuada. La reparación puede ser material, o simbólica y si se realiza antes de la realización del juicio, podría dar lugar a la atenuante 21.5.^a, si la reparación es posterior puede apreciarse para la aplicación de la sustitución de la pena.

La fórmula del CP 1995 se ha calificado de adecuada, pues la configuración del precepto es la mejor forma de compaginar los intereses de la víctima con los fines del Derecho penal.¹⁴¹

Para LUZÓN PEÑA¹⁴² indudablemente la reparación y la conciliación víctima-delincuente son aspectos a valorar siempre por el juzgador, aunque no se las mencione expresamente en el CP 1995. Las que se podrán tomar en consideración junto a otros factores personales para la concesión de los sustitutivos, así ocurre en el caso de la sustitución de la pena.

2.2.3. Experiencias en el Derecho comparado

La experiencia española es pionera en contemplar los esfuerzos de la reparación del daño como criterio para la sustitución de la pena, con carácter voluntario, previsión que enlaza de la mejor manera la función preventivo especial con la reparación del daño y la aplicación de los sustitutivos penales.

El Derecho alemán no prevé el instituto de la sustitución de penas, aunque se entiende que en el caso de la suspensión de la pena, las cargas que se pueden imponer están en condiciones de

¹⁴⁰ Cfr., SAN MARTÍN, *La mediación*, 1997, 253-254. Únicamente critica que no se puede aplicar a reos habituales, lo que limita su actuación y cierra las posibilidades de reparación a las víctimas.

¹⁴¹ Cfr., en ese sentido, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación*, 2000, 310.

¹⁴² Cfr., LUZÓN PEÑA, *Prólogo PÉREZ SANZBERRO*, 1999, XXXI.

asumir una parte de las funciones que le corresponden a la pena cuya ejecución ha quedado suspendida. En ese sentido, si se revoca la suspensión lo que se haya satisfecho en cumplimiento de esa carga se computa a la pena.¹⁴³ Sin embargo esto no se aplica a la reparación del daño, por las dificultades que conllevaría la conversión entre el cumplimiento de la reparación del daño y determinar o cuantificar esa magnitud a la pena.¹⁴⁴

En Alemania se regula, en el §59 StGB, la advertencia con reserva de pena, que es una institución híbrida, entre la suspensión de la ejecución de la pena y la *probation* anglosajona, con carácter semejante a las medidas de seguridad. Consiste en la declaración de culpabilidad y determinación de la pena que el condenado merezca, pero se suspende su imposición amonestándolo en su lugar.¹⁴⁵ La pena de multa correspondiente (no superior a 180 cuotas diarias) se determina en la sentencia, pero se suspende su imposición, durante un período de tiempo entre un mínimo de un año y un máximo de tres años.¹⁴⁶

A partir de la Ley para combatir el delito de 1994, se sustituye los pfos. 2.º y 3.º del § 59 a, por un pfo. 2.º, en cuyo nm. 1.º se contempla la posibilidad de que el Tribunal pueda ordenar al amonestado «*esforzarse en la consecución de un acuerdo con el ofendido o, de otro modo, reparar los daños*

¹⁴³ Sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 299.

¹⁴⁴ Para ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 299, si ello no sucede es por que el legislador alemán considera que solo las prestaciones que vayan más allá de la mera satisfacción del deber civil de indemnización pueden asumir la función de satisfacción por el injusto cometido y pueden representar, además un equivalente, un verdadero sustituto de la pena privativa de libertad, cuya ejecución quedó en suspenso.

¹⁴⁵ Cfr., JESCHECK, Tratado DP PG II, 1981, 1168 ss.

¹⁴⁶ Ampliamente, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, 151.

causados por el hecho». Haciéndose referencia a la conciliación como obligación que puede asumir el amonestado.

Con respecto a la sustitución de la pena la experiencia francesa, ilustra acerca de la amplitud que pueden alcanzar las previsiones sustitutivas, así el Código penal francés, en vigor desde 1994, permite un mayor arbitrio judicial en la valoración de las circunstancias de la infracción y subjetivas del autor. Facultándose al Tribunal, a que en los delitos con penas de hasta diez años de prisión se pueda sustituir la pena por cualquier otra de duración inferior hasta el límite de seis meses o que pueda ser sustituida por: pena de multa, por alguna de las múltiples penas privativas de derechos, o trabajos de interés general.¹⁴⁷

La amplitud del Código penal francés, en la configuración de la sustitución de pena, ejemplifica, que los fines del Derecho penal se pueden alcanzar por otras sanciones distintas a la privación de libertad clásica. Tras una década de producida la reforma, sería conveniente la realización de un estudio empírico para determinar cuales han sido los efectos un límite superior tan alto para la concesión de la sustitución de pena.

Aunque hemos hecho referencia al Derecho penal centroamericano, no podemos referirnos a la experiencia en cuanto a la suspensión de la pena dado su escaso tratamiento en los referidos cuerpos legales.¹⁴⁸

2.3. LA LIBERTAD CONDICIONAL

Tanto las penas cortas, como las penas largas de prisión presentan inconvenientes. Así, rebasados ciertos límites temporales las penas destruyen la personalidad y se convierten en inhumanas

¹⁴⁷ Vd., en ese sentido, ASÚA BATARRITA, en: ASÚA (Editora): Jornadas CP 1995, 1998, 12.

¹⁴⁸ Vd., SANZ MULAS, Alternativas, 2000, 351.

o degradantes, que están expresamente proscritas por la Constitución.

La libertad condicional permite abreviar la duración de las penas cuando ya no parece necesaria por razones preventivo-especiales su continuación.¹⁴⁹ Destacados autores señalan que, «una pena excesivamente larga, cuando ya no resulta necesaria no es por lo demás compatible con la preferente orientación constitucional hacia la reeducación y reinserción social».¹⁵⁰

La libertad condicional fue introducida en el Derecho español por Ley de 24 de julio de 1914. Constituye el último período de los regímenes penitenciarios progresivos, lo que significa que el liberado continua sujeto a la vigilancia y a determinadas restricciones, y a la observación de buen comportamiento, hasta la licenciación definitiva.¹⁵¹

El CP de 1995, frente a la amplitud de los proyectos pre-legislativos restringió la posibilidad de aplicar este sustitutivo a penas temporales distintas de aquellas privativas de libertad.¹⁵² Así, por ejemplo, en el Anteproyecto de CP 1983 (arts. 84 y 85) se planteaba la libertad condicional para la pena de multa.¹⁵³

Entre los requisitos para su concesión destacan los siguientes: que el condenado se encuentra en el tercer grado de tratamiento penitenciario; que se haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; la observación de una buena

¹⁴⁹ En ese sentido, vd., MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 135.

¹⁵⁰ Cfr., SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 90.

¹⁵¹ Cfr., LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias, 1996, 67; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP PG, 2002, 589.

¹⁵² Sobre ello, cfr., SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1509.

¹⁵³ Cfr., MUÑOZ CONDE, Adiciones, 1981, 1185; DE SOLA/GARCÍA/HORMÁZABAL, Alternativas, 1986, 91.

conducta; y que exista respecto de él, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, destacando dentro de éste último, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito, en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica Penitenciaria.¹⁵⁴

Dada su proximidad a los beneficios penitenciarios se puede imponer al condenado la observancia de reglas de conducta,¹⁵⁵ remitiéndose no a las previstas en el artículo 83 CP 1995, sino a las establecidas en el artículo 105 CP 1995,¹⁵⁶ donde se regulan las medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 90.2).¹⁵⁷

La doctrina alemana se muestra crítica hacia el establecimiento de cargas a cumplir por el condenado en el período de la libertad condicional, pues éstas han de servir a la satisfacción por el injusto cometido, y la finalidad de la libertad condicional es la de aprender a vivir en libertad sin delinquir. Se distingue en cuanto a la imposición de reglas de conducta que se dirigen a que el condenado observe un determinado comportamiento, las cuales sí podrían imponerse.¹⁵⁸

Respecto al régimen general de cumplimiento existe una excepción en ciertos supuestos concursales en los que se limita la institución, y en los que decididamente se restringe la libertad condicional para los condenados a penas de larga duración.¹⁵⁹ Los

¹⁵⁴ Adicionado, según LO 7/2003, de 30 de junio.

¹⁵⁵ La doctrina alemana critica ampliamente el establecimiento de cargas a cumplir por el condenado en el período de la libertad condicional,

¹⁵⁶ Modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

¹⁵⁷ Crítica sobre la intromisión de la libertad condicional en el ámbito propio de las medidas de seguridad, vd., SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1509.

¹⁵⁸ Vd., ALASTUEY DOBÓN, La reparación, 2000, 313.

¹⁵⁹ Cfr., MAPELLI/TERRADILLOS, Consecuencias jurídicas, 1996, 151.

artículos 76 y 78 CP 1995¹⁶⁰ permiten modificar los cómputos para la libertad condicional, refiriéndola a la suma total de la condena impuesta, en supuestos de acumulación delictiva que pongan de manifiesto la peligrosidad criminal del penado. Lo que es considerando por MACHADO RUIZ como una manifestación de un exceso de prevención general.¹⁶¹

La exposición de motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, fundamenta la modificación del artículo 78 CP 1995, en las necesidades de la sociedad que demanda una protección más eficaz, frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto los delitos de terrorismo, la delincuencia organizada y los que revisten una gran peligrosidad y que el Estado de Derecho está obligado a proporcionar. La norma se modificó para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

La reforma se sustenta en una decisión de política criminal tomada por el legislador, según la cual la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin preventivo-especial positivo, que no puede ser instrumentalizada por la criminalidad terrorista que utilizan en su beneficio las prerrogativas del Estado de Derecho.

2.3.1. La libertad condicional y la reparación del daño

La LO 7/2003, de 30 de junio estableció como un requisito para la valoración del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, la satisfacción de la responsabilidad civil

¹⁶⁰ Vd., LO 7/2003, de 30 de junio.

¹⁶¹ Cfr., en ese sentido, MACHADO RUIZ, en: ZUGALDÍA, DP PG, 2002, 136.

derivada de delito, en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La exposición de motivos de la referida Ley no abunda en razones acerca de la introducción de ese requisito, que antes de esta promulgación podía ser considerado como un aspecto a valorar por el Tribunal para conceder el sustitutivo.¹⁶²

Al igual que objeté que la reparación *ex delicto*, sea un requisito para la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena, en este caso, la obligación de reparar, previa la concesión del sustitutivo es de difícil cumplimiento, considerando que el sujeto está privado de libertad y que poco o nada puede producir desde el punto de vista económico. Un vistazo a las dificultades para proporcionar al privado de libertad un trabajo remunerado,¹⁶³ ilustra acerca del desacierto de imponer como requisito o condición la satisfacer la responsabilidad civil.¹⁶⁴

¹⁶² Cfr., LUZÓN PEÑA, Prólogo PÉREZ SANZBERRO, 1999, XXXI.

¹⁶³ En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en STC 172/89 de, 19 de octubre, ante el amparo de un interno que solicitaba un trabajo remunerado en un centro penitenciario en el que no había suficientes puestos, refirió: «*Existe ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato al legislador (...) de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista la finalidad reeducadora y de reinserción social que por disposición constitucional tiene la pena. Y desde el punto de vista subjetivo quien está cumpliendo la pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios que se disponga la Administración en cada momento, no pudiendo protegerse, conforme a su naturaleza, su total exigencia en forma inmediata (...) como derecho a la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente, si debe reconocerse una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico (...) exigible frente a la Administración penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas*». Sobre el trabajo en la prisión, vd., DE LA CUESTA, en: BERISTAIN (Editor): Reformas penales, 1984, 147 ss.; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 315.

¹⁶⁴ Esta idea de destinar parte del trabajo que realiza el reo en centro penal a la reparación de las víctimas no es nuevo, fue propuesto por Tomás Moro en la Utopía, en el siglo XVI.

Distinta sería la situación, si como ha propuesto la doctrina, las prestaciones no se limitaran a la responsabilidad civil, sino que permitiera la reparación de inmaterial o simbólica, o incluso la mediación extrajudicial en esta fase.

La libertad condicional se ha orientado desde siempre hacia el fin resocializador del Derecho penal,¹⁶⁵ y pretende preparar al condenado para la vida en libertad,¹⁶⁶ sin embargo, el establecer como requisito para su concesión la reparación civil, sacrifica la finalidad resocializadora ante la responsabilidad objetiva, es decir, el beneficio se hace depender de cuestiones externas al condenado.

La doctrina propone que en la fase de ejecución de la pena y en el ámbito penitenciario puede haber un lugar para la reparación del daño, entendida no en el sentido estricto de reparación civil *ex delicto*.¹⁶⁷

Las experiencias recientes llevadas a cabo en Bélgica no son desdeñables. Éstas no consisten en una prestación obligatoria para la obtención de un beneficio, que tantas dudas genera en cuanto a la resocialización del delincuente; sino que buscan desde la prevención especial que el sujeto no delinca en el futuro, a través de la mediación reparadora, que puede o no llegar a ser valorada para la concesión de un beneficio penitenciario. Se admiten otras clases de prestaciones reparadoras (distintas de la reparación civil *ex delicto*), considerando la privación de libertad del condenado.¹⁶⁸

Sobre el desarrollo de esa idea a través de la historia, vd., VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora, 1998, 314.

¹⁶⁵ Vd., DE LA CUESTA, PAPERS n.º 12, 1993, 16, 20; SÁNCHEZ YLLERA, ComCP 1995, 1996, 518.

¹⁶⁶ Vd., en ese sentido JESCHECK, Tratado DP PG II, 1981, 1166.

¹⁶⁷ En igual sentido y proponiendo la aplicación de la mediación extrajudicial en la fase penitenciaria, vd., SAN MARTÍN, La mediación, 1997, 257.

¹⁶⁸ Vd., *supra*, Parte II, Cap.I, 1.1.1. n. 55.

2.4 TOMA DE POSTURA

El CP de 1995 tal y como fue inicialmente promulgado, así como en las últimas reformas operadas, refleja una severidad represiva indiscutible,¹⁶⁹ que parece responder al clamor populista de «ley y orden» y a sus llamamientos a endurecer las penas y al cumplimiento efectivo e íntegro de las mismas, supeditando la función del Derecho penal a la prevención general positiva y abandonando la función preventivo-especial.

Para la doctrina penal mayoritaria, los sustitutivos penales responden a la necesidad de considerar al sujeto concreto que ha delinquirido y frente al cual el Derecho penal puede realizar su fin de protección de bienes jurídicos, previniendo que el delincuente no cometa delitos en el futuro, pues como hemos repetido el Derecho penal es Derecho penal del hecho y del autor.

La reparación del daño a la víctima ha entrado al universo del Derecho penal y ha realizado un cambio significativo, permitiendo que la víctima, gran olvidada del proceso penal sea considerada como un sujeto con derechos a quien debe resarcírsele el daño sufrido. También desde la perspectiva del autor se muestran cambios, entendiéndose que no existe un proceso automático de comisión de delitos, sino que tras el autor hay un sujeto, una persona, que atacó bienes jurídicos y frente a la cual que no basta el simple castigo, sino que ese sujeto puede asumir responsabilidades personales, enfrentándose al hecho y a la víctima. Destacándose que puede realizar prestaciones positivas, constructivas, a pesar de la vulneración del ordenamiento jurídico y esa conducta rectificadora, reparadora, tras el hecho va a tener una valoración positiva.

Por otra parte se ha demostrado que las penas cortas, así como las largas privativas de libertad, poco contribuyen a la

¹⁶⁹ En ese sentido, LANDROVE, en Homenaje a VALLE MUÑIZ, 2001, 427.

resocialización del delincuente, y tienden mas bien a su desocialización. Sin embargo, todas estas manifestaciones por las que han transitado los mas ilustres académicos, durante muchos años tratando de racionalizar la respuesta punitiva, pueden quedar solo en el papel, cuando nos enfrentamos a las legislaciones positivas.

Requisitos que otrora no existían, en la actualidad y bajo el supuesto lema de moda «de protección a la víctima y de reparación del daño», entran a escena. Lo paradójico es que, ni existe esa tal protección a la víctima pues los requisitos son fácilmente evitables, como por ejemplo, declaratorias de insolvencia, ni tampoco consideran al delincuente. Pues aunque buscan una legitimación político criminal en las ideas de la reparación (repersonalización y reconciliación), en el sentido de que el delincuente se responsabilice o al menos se esfuerce en alcanzar la reparación, y asuma un posición preventivo-especial positiva correcta, terminan limitándose a la idea de la reparación civil *ex delicto*.

Las ideas de la reparación del daño y de interés por la víctima son atractivas y sugerentes en la búsqueda de una respuesta penal más racional, encontrando en el campo de los sustitutivos penales un terreno abonado donde realizarse. Por lo general, garantizado un mínimo preventivo-general, usualmente considerado en el tope máximo de concesión del sustitutivo, serán las necesidades preventivo-especiales las que habrán de decir, sobre la conveniencia de la concesión de éstos.

Indudablemente que la reparación del daño tiene un amplio espacio de juego donde se puede demostrar que el delincuente no necesita la pena, o no necesita tanta pena, o esta puede ser sustituida. No obstante, es preciso dejar espacios para que la reparación pueda entrar con todas sus posibilidades más allá de la reparación civil *ex delicto* a la que esta obligado el sujeto por la causación del daño.

La perspectiva *ius* comparativa muestra esa faceta más amplia, y al igual que la doctrina, ilustra cómo no es necesario para atender a la víctima limitarse a la reparación civil del daño, y cómo también no es necesario imponer siempre una pena, si por otras vías igualmente lícitas y capaces de cumplir los fines ésta, es decir, con los sustitutivos penales se puede lograr que el delincuente no delinca en el futuro y que el ordenamiento jurídico sea restablecido.

CONCLUSIONES

El comienzo de un nuevo siglo, puede coincidir con el comienzo de una nueva era, es tiempo de reflexión, de volver la vista atrás, pero sobre todo es el momento de caminar hacia adelante.

Ya el anterior cambio de siglo anunciaba frente a la escuela clásica, la idea de la prevención especial. De la mano de *Franz Von Litszt*, en su programa de Marburgo se vislumbra un cambio de orientación del Derecho penal que afecta los planos formal y material del mismo; surgen las teorías preventivo-especiales de la pena, el Derecho penal observa al autor del hecho punible y la pena se orienta hacia el futuro, influyendo en el autor para que no se cometan más delitos. La exigencia de una distinción de las consecuencias jurídicas atendiendo a la personalidad del autor se adscribe a la idea de eficacia, la pena se justifica en tanto sea necesaria para la prevención de la criminalidad.

Pero ese prelude se quedaría corto frente al *mare mágnum* de fenómenos mutifacéticos ocurridos en ese ciclo de la historia, desde el punto de vista económico, social, político, cultural, religioso y jurídico. En los albores de este nuevo siglo no es posible sustraerse de la situación de la sociedad actual, dominada por la globalización o mundialización de las relaciones con una naturaleza contradictoria y dispar, y frente a un gran desarrollo industrial, en el que existen riesgos que comprometen la continuidad de la propia sociedad.

Aunque las relaciones sociales parecen volverse desterritorializadas, emergen nacionalismos contruidos alrededor de los derechos a las raíces. La cultura del individualismo que es favorecida por la sociedad de consumo parece afianzarse frente a las demandas de la propia organización social, las sociedades se vuelven más complejas y excluyentes por consideraciones de

género, etnia, religión, edad, condición económica, lo que ha generado un aumento en los índices de violencia y agresión, a la vez que se vive un clima de inseguridad que demanda respuestas. El Estado social vuelve sus ojos al Estado neo-liberal privatizando grandes áreas desde los servicios básicos hasta la Administración de la justicia.

En este entramado social, el Derecho penal *postmoderno* o «*contrailustrado*» es el Derecho penal del riesgo, ante cada nueva forma de delincuencia sus redes se expanden y sus respuestas son simbólicas e instrumentales, potenciándose desde algunas teorías el fomento de los valores ético sociales. El Derecho penal debe conseguir lo que por otros medios (políticos y sociales) no se alcanza, la prevención y evitación de conductas lesivas para la vida en sociedad.

La víctima gran olvidada del Derecho penal ha sido rescatada aunque paradójicamente, de su mano se introduce el discurso autoritario y populista que busca reducir la inseguridad, ya no solo con el control del autor, sino de los grupos sociales o las condiciones de vida. En ese sentido, no es extraño el recurso a la justificación preventivo-general positiva, en el que la pena evita las consecuencias negativas de la violación de la ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho.

Por si fuera poco, la situación actual de los fines de la pena se condicionan al rol de la víctima, añadiéndose al concepto normativo de los fines de la pena, la satisfacción o la reparación a la víctima, como forma preferible de solución de los conflictos sociales.

Si la racionalización del Derecho penal significó el desplazamiento de la víctima para neutralizar la violencia arbitraria, desproporcionada y se ofreció un cierto grado de seguridad y confianza en que el Estado asumiera el *ius puniendi*. En la actualidad se debate sobre la incapacidad del Estado para

lograrlo, planteándose por un sector doctrinal minoritario la privatización de la justicia, y bajo el amparo de la «paz social» se autorizan otras formas de solución de los conflictos menos elaboradas, pero más cercanas a las partes, menos costosas y más eficaces.

Finalmente nos encontramos con la desintegración de los principios político-criminales de garantía sustantivos y procesales, destacando la conmoción de los dos pilares fundamentales limitadores del *ius puniendi*, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad.

En medio de esta situación encontramos las propuestas de la reparación del daño que ingresan como la solución de muchos de los problemas y aunque algunos autores tiendan a negarlo el desarrollo doctrinal reciente lo muestra como una panacea.

Tras hacer un análisis desde el punto de vista dogmático de la situación actual en relación con los sustitutivos penales y la reparación del daño, indudablemente hay que reconocer que contrario a lo que ha ocurrido con otras categorías dogmáticas, ha sido el innegable argumento empírico el que ha motivado que la ciencia jurídico-penal fije sus ojos en otras formas de solución de los conflictos que no corresponden a las formas tradicionales con que el Derecho penal ha enfrentado la comisión de delitos.

Los programas de mediación en jóvenes y en adultos cuyas experiencias prácticas han tenido resonancia en la sociedad española, además de la experiencia *iuscomparativa* muestran en conjunto un nuevo horizonte para legitimar la tutela jurídico-penal sobre la reparación del daño.

Aunque podríamos concluir que además de que ha abierto un espacio de discusión sobre la reparación del daño, esas ideas han resultado tan atractivas y sugerentes que forman parte de los Derechos positivos de un sin número de Estados y son abrazadas parcialmente por el CP 1995. El encantamiento inicial ha

determinado una insuficiente discusión previa a la introducción de los institutos que en forma sistemática y exhaustiva se refiera a las implicaciones o efectos jurídicos del recurso a estas nuevas ideas y a esas nuevas consecuencias jurídicas.

El entusiasmo ha demostrado que se piensa en términos fundamentalmente operativos o instrumentales para alcanzar eficiencia y celeridad, a bajo costo, es decir, el problema se centra en el discurso económico liberal, bordeando si se quiere la función que esta llamado a cumplir el Derecho penal, en la sociedad. Tampoco se ha reparado en un dato relevante acerca de la *praxis* de la reparación del daño en Alemania, cuya doctrina ha llevado la voz cantante en la introducción y consolidación del tema. A pesar de que la reparación del daño era un instituto procesal, incluso antes de este *boom*, apenas si se hacía uso de las posibilidades existentes.

Por otro lado, la fundamentación de la ciencia penal al encontrar dificultades para compatibilizar las exigencias de la conminación penal con la imposición de otras consecuencias jurídicas distintas a la pena, recurre al apoyo de la prevención general positiva, cuyo contenido nuclear alude a la disolución de las necesidades individuales en el sistema o tejido social, aunque existan ligeras variaciones en las distintas escuelas sobre el contenido y los efectos de ésta. En ese sentido son fácilmente distinguibles algunos aspectos retributivos, de compensación de culpabilidad, pero que regresan o retornan bajo el estandarte de la pacificación social. Coetáneamente al Derecho penal se le asignan otras funciones de política y pedagogía social cuyas expectativas rebasan la función normativa de nuestra ciencia. El Derecho penal parte del reconocimiento y valoración de los bienes jurídicos como dignos de protección jurídica y desvalora la conducta que, en ciertas circunstancias ataca ese bien jurídicamente protegido, lo que realiza mediante la amenaza de la pena que no pretende otra

cosa más que determinar, es decir, motivar a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos.

Ahora bien, cabría preguntarse ante la argumentación empírica y su amplio potencial para legitimar instituciones, como es el caso de la reparación del daño, cuál sería el papel del Derecho penal. Pues si se quiere que la reparación del daño no se limite a una actuación exclusivamente compensatoria, fuera del proceso y sin control jurisdiccional, sino que ingrese como consecuencia jurídica o con efectos jurídico-penales, definitivamente deberá valorarse el instituto en forma crítica, tanto desde el punto de vista dogmático, político-criminal.

Como tesis de principio planteo que el modelo de justificación que me parecía correcto era el de la orientación a las consecuencias que implica la dirección de la decisión sancionatoria, hacia la racionalidad final. Desde esa perspectiva las consecuencias jurídico-penales se han de orientar al objetivo propuesto, es decir, la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención general y especial. Según esa consideración se deberá examinar las categorías propuestas, tanto los sustitutivos penales como la reparación del daño.

En las distintas tomas de postura a lo largo de la investigación he ido planteando conclusiones provisionales, que se decantan por esta posición, es decir, por entender a los sustitutivos penales y a la reparación del daño dotados de una orientación teológica, orientados en relación con los principios y límites de *ius puniendi*, e igualmente desde el punto de vista axiológico, ponderando las exigencias de los fines de la pena.

Pues bien, en mi opinión, en relación con los sustitutivos penales, éstos deben ser entendidos como instrumentos o medios materiales, que responden a los supuestos de no necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, a los que el

delincuente puede tener acceso, si la ley estima, que lo permite la prevención general.

El fundamento y los límites de los sustitutivos penales son las exigencias de los fines de la pena: la prevención general y especial. Si bien, en esa conjugación se producen tensiones derivadas de que la conminación penal abstracta reclama la imposición de la pena, y que por otro lado, las circunstancias personales del sujeto señalan que esa persona necesita o no la pena, o necesita determinada cantidad de pena. El conflicto habrá de resolverse acudiendo a los principios político-criminales. Entre ellos: los de necesidad, eficacia y proporcionalidad, que marcan unos límites más estrictos a la gravedad de las penas y que permiten la aplicación de los sustitutivos penales por razones de prevención especial, sin que se vea mermada su eficacia preventivo-general. De estos principios de necesidad y eficacia de la intimidación general, también se deriva que la culpabilidad y la proporcionalidad también tendrán funciones limitadoras, en el sentido de que no puede haber pena sin culpabilidad, y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida.

Los principios político-criminales derivan de la clase de Estado que el conjunto de los ciudadanos ha decidido fundar, en este caso, Estado social y democrático de Derecho (fundamento político y constitucional) y de la necesidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos a través de la prevención (del fundamento funcional). Éstos en conjunto transparentan la constante tensión entre las pretensiones de protección de los ciudadanos frente a los ataques más intolerables y la protección de los ciudadanos frente al propio Estado y frente a la sociedad. Debiendo compatibilizarse hasta donde sea posible las exigencias de la prevención general y especial, y en caso de total incompatibilidad las exigencias de

prevención especial están limitadas por la prevención general, pues se considera que ésta tiene una mayor trascendencia social.

Lo que nos lleva a un reconocimiento ulterior, que el Derecho penal, por más que exista terror a manifestarlo no es únicamente Derecho penal del hecho (aunque el hecho marque el límite máximo de la responsabilidad penal), sino es también es Derecho penal del autor. Esto no significa una regresión al abominable Derecho penal de autor, sino que existe un sujeto, un ser humano con todo el significado ontológico que ese reconocimiento encierra, es decir, la aceptación de su autoridad moral individual, y de que el individuo es un ser de fines y nunca un instrumento. De forma tal, que siempre la consecuencia jurídica tendrá de referirse al autor, y considerar no sólo su personalidad, sino también otras circunstancias personales, que concreten, rebajen o incluso excluyan la pena, y por tanto, den lugar a la aplicación de un sustitutivo penal mediante el cual se suspenda o sustituya la pena por otra menos grave. Valorándose el hecho en todas sus dimensiones.

En la actualidad no puede negarse que la reparación del daño, en ciertos delitos con penalidad leve o mediana puede cumplir las funciones preventivas asignadas a las sanciones penales. La manifestación de una conducta externa realizada por el autor tras el hecho delictivo produce determinados efectos jurídico-penales. El autor que ha realizado una conducta que rectifica y repara el daño denota una menor necesidad de prevención especial y se debe beneficiar con consecuencias o efectos expresamente considerados en la ley, tanto de atenuación, como en la aplicación de la suspensión y sustitución de pena, o en el acortamiento de ésta (libertad condicional), dentro de los límites legales de concesión del sustitutivo.

Nuevamente observaremos pérdidas del potencial intimidatorio, no obstante aun cuando la violación de la norma



jurídico penal expresa una disfunción del cometido disuasivo, esas circunstancias posteriores al hecho realizadas por el autor, pueden lograr ese mismo efecto de disuadir a la comunidad en general para que no cometa delitos.

Me pregunto a éstas alturas de la discusión si el Derecho penal debe desaparecer, y si esto es imposible ceder espacios para la privatización. En mi opinión, no procede ni lo uno ni lo otro. Hasta el momento no se ha encontrado ningún otro mecanismo eficaz para combatir el delito en la sociedad distinto del Derecho penal.

Los delitos constituyen lesiones graves a las condiciones o presupuestos básicos de la vida en comunidad y afectan no sólo al autor y a la víctima, sino al conjunto de la sociedad y por ello se reacciona con las penas. Por lo que en mi opinión, cualquier introducción de la reparación del daño dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del delito debe necesariamente conservar una base o fondo de prevención general, en la doble versión intimidatoria y positiva, para que se constituya en un instrumento adecuado a la protección de bienes jurídicos, principal función del Derecho penal.

Un aspecto esencial a considerar, en consonancia con la función de intimidación se refiere a la conservación junto a la reparación del daño del daño, de la amenaza de pena, o de medidas de carácter procesal tales como la persecución por parte de los órganos de la acusación, el proceso penal y que se mantenga el pronunciamiento de culpabilidad a pesar de que finalmente la pena no se imponga. Lo que permite limitar la aplicación de mecanismos automáticos de renuncia a la pena generalizada, operaría en la determinación de la pena y permitiría un mayor control de la discrecionalidad judicial.

Particularmente, considero que todavía hace falta mucha investigación empírica que demuestre en la delincuencia de

adultos, que una vez que se ha realizado la reparación del daño, efectivamente se obtiene la reintegración pacífica.

Solo el Derecho penal ofrece un cúmulo de garantías frente al *ius puniendi* que es incapaz de ofrecer cualquier otra de las parcelas del ordenamiento jurídico, esas garantías difícilmente pueden aplicarse con una respuesta desformalizada. La observación de las garantías formales y materiales justifican la inserción de elementos que garantizan y protegen a la sociedad, pero que a su vez garantizan al individuo que ha violado la norma un trato proporcionado, humano y que favorece la resocialización.

Como lo expresé líneas atrás, considero que siempre debe rescatarse la función de intimidación del Derecho penal. Las vías del diálogo, de la mediación, del arbitraje, de la conciliación víctima-delincuente, pueden contribuir enormemente a un mejor manejo de la situación social generada por el delito, pero no pueden sin más reafirmar ante la sociedad que la infracción no debe darse y que debe regir la norma y el orden (aspecto positivo de la prevención general).

Ahora bien, después de reconocer que el dato empírico puede contribuir a legitimar un instituto como la reparación del daño, analizaremos algunas proposiciones de *lege ferenda*.

Esencialmente la regulación del CP1995 en cuanto a la reparación del daño y los sustitutivos penales me parece correcta. La reparación del daño es un comportamiento postdelictivo positivo, no uno de los fines del Derecho penal, y en ese sentido, debe valorarse esa manifestación externa del comportamiento del autor en la determinación de la pena.

Desde el punto de vista procesal y temporal resulta correcta también la distinción sobre la trascendencia del acto reparador, pues si ocurre antes de la celebración del juicio oral tendrá efectos atenuadores, como si ocurre superada esa fase, los efectos se limitarán a su consideración para la concesión de un sustitutivo

penal, permitiéndose que ocurra antes de dictar sentencia como posteriormente, así, será un requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad y para el acortamiento de éstas, y se la valorará para la sustitución de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, como adelantamos el CP 1995 no da un paso decisivo se queda en la tradicional reparación del daño *ex delicto*, y en ese sentido, en la doctrina y en el Derecho comparado existen propuestas concretas suficientemente estudiadas y probadas en las que se puede apreciar que no solamente la reparación material del daño puede cumplir los fines del Derecho penal, sino otras prestaciones inmateriales o simbólicas pueden cumplir los efectos preventivo general y especial.

Una visión más amplia del contenido material de la reparación del daño permite que ésta sea no solo un aspecto a valorar para la concesión de un sustitutivo, sino que pueda ser una verdadera alternativa a la pena privativa de libertad, pues el efecto intimidatorio en la criminalidad leve y mediana también se puede alcanzar con medidas de carácter procesal como podría ser la aplicación del principio de oportunidad y la posibilidad de extinción, suspensión o sustitución de la pena por la conciliación y la reparación del daño. Incluso en algunos de los textos prelegislativos se ha considerado la suspensión del fallo como sustitutivo penal que opera no como un instrumento procesal, sino sustancial.

Desde el punto de vista crítico señalé, como un defecto de la legislación vigente el que reparación civil *ex delicto* sea un requisito *sine qua non*, para la concesión de ciertos sustitutivos como la suspensión de la ejecución de la pena y recientemente de la libertad condicional, no sólo porque se confunde la fuente de la obligación, sino porque se hace depender de una cuestión civil, la verificación de la prevención especial. La negativa del condenado a reparar los daños no debe suponer la denegación del sustitutivo,

aunque el requisito sea evitable, la valoración del hecho y del autor debe ser global pudiendo apreciarse otros factores que determinen igualmente innecesaria la pena desde el punto de vista preventivo-especial.

Más adecuada me parece la propia formulación del artículo 88 CP 1995, que en forma amplia y con una visión de conjunto mediante una valoración del hecho y de la personalidad del condenado, pondera desde el esfuerzo reparador hasta la efectiva reparación del daño.

Finalmente, en cuanto a los sustitutivos penales la suspensión de la pena como lo viene proponiendo la doctrina desde el Anteproyecto de CP 1983, debería de aplicarse a otras penas distintas de la privativa de libertad, en el entendido de que si ya se puede suspender la ejecución de la más grande restricción de derechos como es la privación de libertad, porqué no permitirlo para otras sanciones. Otras penas como la multa, inhabilitación, o suspensión pueden ser tan innecesarias e igualmente inadecuadas desde la prevención especial, como la pena de prisión.

En mi opinión, no se puede ceder en cuanto a la garantías, por más que algunos tiendan a erigir los principios político-criminales de garantía, de principios límite a principios que fundamentan el recurso a la sanción penal; podemos evolucionar reconociendo nuevos institutos, pero nunca volver atrás, esas nuevas propuestas deberán partir del desarrollo alcanzado por la ciencia penal y deberán reconocer las categorías y principios que informan el Derecho penal, pero no menos que eso.

Una última reflexión, el Derecho penal es una garantía para todos los ciudadanos, para el delincuente y para las víctimas actuales y potenciales, en ese sentido es incluyente aunque indudablemente la introducción de la perspectiva de la víctima, de la reparación del daño, han marcado un hito en el desarrollo de la dogmática. Y aunque tenemos todo un siglo por delante, en el que

experimentaremos grandes transformaciones me atrevo a vaticinar que tendremos «*Derecho penal para rato*» y que la reparación del daño, será una herramienta más en la progresiva racionalización de la respuesta sancionatoria, las vías para la discusión se han abierto, sin embargo deben evaluarse los resultados, no sea que se produzca un movimiento pendular en el sentido contrario y la respuesta sea cada vez más represiva e irracional.

BIBLIOGRAFÍA ¹**AA.VV.:**

- Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Instituto Indigenista Americano, México, 1990.

AA.VV.:

- «Proyecto alternativo sobre reparación penal», (GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la, traducción), Konrad-Adenauer-Stiftung A.C./CIEDLA, Buenos Aires, 1998, (cit. AE-WGM).

ADELANTADO GIMENO, José:

- «De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña», ADPCP 1993, pp.199-219.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen:

- La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- «El derecho penal de Menores: Evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000», en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos M./GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (Editores): La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp. 1533-1552 (cit. Homenaje a CERESO MIR).

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio:

- Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño, Bosch, Barcelona, 1999.

ALBRECHT, Peter-Alexis:

- El Derecho penal de menores, (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Traductor), PPU, Barcelona, 1990 (cit. DP Menores).
- «Hacia el futuro del Derecho penal para menores. Peligros y posibilidades», PAPERS n.º 5 Esp., 1990, pp.123-138.
- «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Editor)/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Editor Española): La insostenible situación del Derecho penal, Comares, Granada, 2000, pp. 471-487.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier:

- Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, Comares, Granada, 2001.

¹ Las palabras que aparecen subrayadas corresponden a la cita abreviada.

ALVIRA MARTIN, F.:

- «El efecto disuasor de la pena», EPCrim VII, Santiago de Compostela, 1984, pp. 10-25.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita:

- «Medios de comunicación y campañas de ley y orden», AIC 1992, pp. 27-38.

ANTTILA, Inkeri:

- «La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales», (ROSAL DEL BLASCO, Bernardo, Traductor), CPC 1986, pp. 143-155.
- «*The benefits and burden of diversion*», en: UNSDRI. *Crime and Criminal Policy: Papers in honour of Manuel López-Rey*, Milano, 1985, pp. 55-64.

ANTILLÓN, Walter:

- Los códigos penales iberoamericanos. Costa Rica, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994.

ANTÓN ONECA, José:

- Derecho Penal, 2ª ed., (Anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, José Julián/BENEYTEZ MERINO, Luis), Akal, Madrid, 1986 (cit. DP).

ARIAS MADRIGAL, Doris M.ª:

- «Tutela judicial efectiva: El reconocimiento del Instituto Nacional de las Mujeres como víctima en el proceso penal», El Foro n.º 4, Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica, diciembre 2003, pp. 32-33.

ARMENTA DEU, Teresa:

- «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 207-230 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

ARROYO GUTIERREZ, José Manuel:

- El sistema penal ante el dilema de sus alternativas, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995.

ARROYO ZAPATERO, Luis:

- «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», RJCastLM, n.º 1, 1987, pp. 97-112.

ASÚA BATARRITA, Adela:

- «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», CPC 1989, pp. 605-625.
- Voz «Pena indeterminada», en: NEJ XIX, Seix, 1989, pp. 420-439.
- «El régimen abierto como modalidad normal de cumplimiento de la pena privativa de libertad, en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979

(LOGP)», en: ASÚA (Coordinadora): Régimen abierto en las prisiones. Servicio central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1992, pp. 23-46.

- «Prólogo» a: ASÚA BATARRITA, (Editora): Jornadas CP 1995, Universidad del país Vasco, 1998, pp. 11-14.
- «Política criminal y prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales», RCPen n.º 2, 1998, pp. 273-294.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique:

- «Significación y perspectivas de la oposición Derecho penal-política criminal», RintDP 1978, pp. 15-29.
- «La individualización de la pena en la reforma penal», RFDUCM n.º 3 monográfico, 1980, pp. 55-73.
- ¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?, LL, 1982-2, pp. 936-942.
- «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», PJ n.º 43-44, 1996, pp. 119-137.
- Principios de Derecho penal, Parte General, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997 (cit. Principios PG).
- «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo/ BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMERO CASABONA, Carlos (Editores): El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 33-48 (cit. Homenaje a TORÍO).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel:

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo Español», en: MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coordinadores): Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 17-34.

BARATTA, Alessandro:

- «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», PAPERS n.º 13, 1980, pp. 15-48.
- «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», CPC 1984, pp. 533-551.
- «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal», PyC n.º 0, 1986, pp. 77-92.
- «Cárcel y Estado social. Por un concepto de "reintegración social" del condenado», en: OLIVAS, Enrique(Compilador): Problemas de legitimación en el Estado social, Trotta, Madrid, 1991, pp. 137-149.

BARNETT, Randy:

- «*Restitution: a new paradigm of criminal justice*», ETHICS (87), 1977, pp. 279-301.

BAUMANN, Jürgen:

- «¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses? en: AA.VV.: Problemas actuales de las

ciencias penales y de la filosofía del Derecho. Libro Homenaje a LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 1-21.

BARTSCH, Hans-Jürgen:

- «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», EGUZKILORE n.º 9, 1995, pp. 9-15.

BECCARIA, Cesare:

- De los delitos y de las penas. (TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Introducción, notas y traducción), Aguilar, Madrid, 1969.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón:

- Manual de Derecho penal. III Parte general, Praxis, 1994. (cit. Manual DP III PG).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás:

- Lecciones de Derecho penal, Praxis, Barcelona, 1996 (cit. Lecciones DP).

BERGALLI, Roberto:

- Control social punitivo. Bosch, Barcelona, 1996.
- Presentación, en: YOUNG, Jock: La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. VII- XXIX

BERISTAIN IPIÑA, Antonio:

- «Un Derecho de la víctima: el proceso en "*conviction-sentencing*"», RDPCrim 1993, pp. 153-166.
- Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- «El nuevo Código Penal de 1995 desde la victimología», EGUZKILORE n.º ext. 10, 1997, pp. 57-94.
- «Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa EGUZKILORE n.º 10, 1996, pp. 177-192.

BERNAT DE CELIS, Jackeline:

- «En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal», RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, pp.130-133.

BERNUZ BENEITEZ, María José:

- «La conciliación y la reparación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la Justicia de Menores», RDPCrim 2001, pp. 263-294.

BESTE, Huber/VOß, Michael:

- «Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad», en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt

(Editor)/Area de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Editor Español): La insostenible situación del Derecho penal, Comares, Granada, 2000, pp. 341-357.

BIANCHI, HERMAN:

- «Hacia un Derecho penal privado», Concilium, Revista Internacional de Teología, 1975, pp. 82-93.

BINDER, Alberto:

- «Constitución y reforma de la Justicia penal: del programa político al programa científico», J y S, n° 1, 1998, pp. 1-20.

BRICOLA, Franco:

- «Prólogo» a: PERIS RIERA, El proceso despenalizador, Universidad de Valencia, Valencia, 1983, pp. VII-XI.
- «*La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*», *Il foro Italiano*, 1985, V-1, pp. 2-15.

BOIX REIG, Javier:

- «Significación jurídico-penal del artículo 25,2 de la Constitución», en: CASABÓ RUIZ, José Ramón (Director): Escritos penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp.111-145.

BOIX REIG, J/ORTS BERENGUER, E/VIVES ANTÓN, T.S.:

- La reforma penal de 1989, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel:

- «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos M./GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe(Editores): La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp. 1553-1574 (cit. Homenaje a CERESO MIR).

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano:

- «Derecho penal y paz social. Ensayo sobre una aparente contradicción», RCP, n°9, 1994, pp. 7-16.

BOTTKE, Wilfried:

- «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, (BENLLOCH PETIT, Guillermo Traductor), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 41-71 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

BUENO ARÚS, Francisco:

- «La despenalización en la PANCP», RFDUCM n.º 6 monográfico, 1983, pp.149-157.
- «A propósito de la reinserción social del delincuente», CPC 1985, pp. 59-70.

- «La atención a la víctima», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 117-133.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan:

- «Imputabilidad y edad penal», en: DE LA CUESTA, José Luis/ DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (Compiladores): Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 471-482 (cit. Homenaje a ANTONIO BERISTAIN).
- Manual de Derecho Penal, 4.ªed., PPU, Madrid, 1994 (cit. Manual DP).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán:

- Lecciones de Derecho penal, Trotta, Valladolid, 1997 (cit. Lecciones DP).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./LARRAURI PIJOÁN, Elena:

- Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas, PPU, Barcelona, 1993.

CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio:

- Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 2ªed., Bosch, Barcelona, 2001 (cit. DP PG).

CANCIO MELIÁ, Manuel:

- Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1998.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos:

- «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XXXVI, (Intereses Difusos y Derecho penal), Madrid, 1994, pp. 9-22.
- Derecho penal: Concepto y principios constitucionales, 3ª. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995 (cit. DP concepto y principios).

CARRANZA, Elías:

- «Criminalidad ¿Prevención o promoción? Editorial UNED, San José, 1994.
- «Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina», en: CARRANZA, Elías (Coordinador): Delito y seguridad de los habitantes, Siglo XXI, México, 1997, pp. 23-49.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar:

- «La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en los Estados Unidos)», JDem, n.º 34, 1999, pp. 69-86.

CASCAJO CASTRO, José Luis:

- «Los fines de la pena en el orden constitucional», LL 1996-II, pp. 1645-1648.

CEREZO MIR, José:

- «Límites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo», ADPCP 1975, 159-173.
- «Introducción a: Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», ADPCP 1979, pp. 179- 180.
- «Culpabilidad y Pena», ADPCP 1980, pp. 347-365.
- Curso de Derecho penal español. Parte General I, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996 (cit. Curso DP PG I).
- Derecho penal. Parte General. Lecciones 26-40, 2.ª ed., UNED, Madrid, 2000 (cit. DP PG (lecciones 26-40)).

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta:

- «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», PJ n.º 28, 1992, pp. 49-77.

CHAVES RAMÍREZ, Alfonso:

- «La conciliación», en: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: (Compilador): Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Mundo Gráfico, San José, 1996, pp.163-189.

CHINCHILLA, Laura/RICO, José Ma.:

- «La prevención comunitaria del delito: Perspectivas para América Latina», Centro para la Administración de la Justicia, Miami, 1997.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo:

- «La “criminalidad organizada” como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos del ímpetu de esta política», en: LLOBET, Javier/CHIRINO, Alfredo: Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Areté, San José, 2000, pp. 151-201.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio:

- «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», LL, 1996-6, pp. 1514-1524.
- Individualización Judicial de la Pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal, Colex, Madrid, 1997.

CHRISTIE, Nils:

- «Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno», en: AA.VV: Abolicionismo penal, (CIAFARDINI, Mariano/BONDAZA, Mirta, Traductores), Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 127-141.
- «Los conflictos como pertenencia», en: MAIER, Julio B.J.(Coordinador): De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 159-182.

CID MOLINÉ, José:

- ¿Pena Justa o pena útil?, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena:

- «Introducción», en: CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 11-35.

- «El trabajo en beneficio de la comunidad», en: CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 93-117.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás:

- Derecho Penal. Parte General. 4.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 (cit. DP PG).

COHEN, Stanley:

- Visiones del control social, (LARRAURI, Elena, Traductora), PPU, Barcelona, 1988.
- «Introducción», en: AA.VV: Abolicionismo penal, (CIAFARDINI, Mariano/BONDAZA, Mirta, Traductores), Ediar, Buenos Aires, 1989 pp. 15-25.

COMITÉ NACIONAL SUECO PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO:

- Informe número cinco, julio de 1978, (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Traductor), ADPCP 1979, pp. 179-221.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido:

- «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal», en: DE LA CUESTA, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (Compiladores): Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 1009-1023. (cit. Homenaje a ANTONIO BERISTAIN).
- «Introducción», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director): Ley de responsabilidad penal de los Menores, Trivium, Madrid, 2001, pp 25-56.

CONSEJO DE EUROPA:

- Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad, (CIAFARDINI, Mariano y BONDAZA, Mirta, Traductores), Ediar, Buenos Aires, 1987.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:

- Anteproyecto del Código penal 1992 e Informe y votos y agregados del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 (cit. APCP 1992).
- Anteproyecto del Código penal 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Madrid, 1994. (cit. APCP 1994).
- Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las reformas penales, Centro de documentación judicial, Madrid, 2003.

CÓRDOBA RODA, Juan:

- Culpabilidad y pena, Bosch, Barcelona, 1977.

CREUS, Carlos:

- «Los temas del penalismo moderno», RDPCrim 1993, pp.189-212.

CUELLO CALÓN, Eugenio:

- Derecho Penal. Parte General, 18.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981 (cit. DP PG).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín:

- «La ideología de los fines de la pena», ADPCP 1980, pp. 423-440.
- El Derecho penal español. Parte General, 3.^a ed., Madrid, Dykinson, 2002 (cit. DP PG).

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la:

- «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», PAPERS n.º12, 1993, pp. 9-28.
- «La prisión: Historia, crisis, perspectivas de futuro», en: BERISTAIN, Antonio (Editor): Reformas penales en el mundo de hoy, 1984, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1984, pp. 193-155.
- «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», EPCrim VIII, Santiago de Compostela, 1985, pp. 14-42.
- «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992», en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 319-345 (cit. Homenaje a DEL ROSAL).
- «Las instituciones probatorias en el proyecto de Código Penal de 1992», EGUZKILORE n.º7, 1993, pp. 55-62.
- «Introducción al Nuevo Código penal Español: Líneas directrices y contenido fundamental», EGUZKILORE n.º10, Ext., 1997, 9-55.

CURY URZÚA, Enrique:

- «La prevención especial como límite de la pena», ADPCP 1988, pp. 685-702.

DAPENA, José/MARTÍN, Jaume:

- «Contexto, actores y transgresiones en la conciliación y reparación a las víctimas y a la comunidad», PAPERS n.º 11, 1992, pp. 77-87.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo:

- Prevención general e individualización judicial de la pena, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES:

- «Informe anual de labores mayo de 1997 a abril de 1998», en: <http://www.nacion.co.cr/> mayo, 1999.

DELGADO MARTÍN, Joaquín:

- «La mediación de la justicia de menores. Una experiencia positiva: Cataluña», APen 1998-I, pp. 19-24.

DELMAS-MARTY, Mireille:

- Modelos actuales de política criminal, (TERRADILLOS BASOCO, Juan/RICHARD RODRÍGUEZ, Aurelia/CANTARERO Bandrés, Traductores), Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel:

- «La reparación del daño como alternativa a la pena (sobre todo privativa de libertad): algo distinto a la responsabilidad civil *ex delicto*», Congreso de Alumnos, Salamanca, 1995, inédito, pp. 11-17.

DÍAZ PALOS, Fernando:

- La Jurisprudencia penal ante la dogmática y la política criminal, Colex, Madrid, 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis:

- Recensión a PERRON, Walter: «*Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*». Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, ADPCP 1988, pp. 1083-1095.
- Política Criminal y Derecho penal, Estudios, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA JUVENIL:

- «Nuevas formas de intervención educativa en la justicia juvenil: la conciliación y la reparación», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 207-221.

DOÑATE MARTÍN, Antonio:

- «Jurisdicción de vigilancia penitenciaria: naturaleza, órganos y competencia», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XXXIII (Derecho penitenciario), Madrid, 1995, pp. 11-65.

DOLCINI, Emilio:

- La commizurazione della pena, CEDAM, Padova, 1979.

DÜNKEL, Frieder:

- «La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado», en: BERISTAIN, Antonio/De la CUESTA, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 113-144.
- «Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal», en: BERISTAIN, Antonio/ CUESTA De la, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 159-181.
- «La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima?», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 67-87.
- «Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo III, (La responsabilidad penal de los menores: Aspectos sustantivos y procesales), Madrid, 2001, pp. 121-185.

DURKHEIM, Emilio:

- Las reglas del método sociológico, 4.^a ed., Ediciones Quinto Sol, México, s.f.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio:

- «Hay lugar para el perdón en el Derecho penal?», en: ECHANO BASALDÚA, Juan I.: Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 153-187 (cit. Homenaje a LIDÓN).

EDWARDS, Harry:

- «*Alternative dispute resolution: panacea or anthem?*», HLR, n.º 99, 1986, pp. 668-684.

ELIECEGUI, María Angeles/SANTIBAÑEZ, Rosa:

- «La mediación en la Justicia de menores. Primer Año de la LO 5/2000. La experiencia de Bizkaia», en: ECHANO BASALDÚA, Juan I.: Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 189-217 (cit. Homenaje a LIDÓN).

ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo:

- «Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?», en: CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 197-224.

ESER, Albin:

- «Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal», en: MAIER, Julio B.J.(Coordinador): De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 13-52.
- «Una justicia penal "a la medida del ser humano"», RDPCrim 1998, pp. 131-152.

FAUCHERE, Jacqueline:

- «*Régard sur le Droit penal de la réparation et les pratiques de médiation au Canada*», ArPCrim n.º 13, 1991, pp. 25-39

FERRAJOLI, Luigi:

- Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto/RUIZ MIGUEL, Alonso/ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos Traductores), Trotta, Madrid, 1995.
- «El derecho penal mínimo», PyC, n.º 0, 1986, pp. 25-48.
- «El Derecho como sistema de garantías», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico 3 (La crisis del Derecho y sus alternativas), Madrid, 1995, pp. 463-495.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús:

- «Justicia a cien por hora: el principio del consenso en el procedimiento abreviado», Justicia 92, 1992, pp. 47-101.

FERRI, Enrico:

- Sociología Criminal, (GÓNZALEZ DEL ALBA, Primitivo, Traductor), Tomo I-II, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1908 (cit. Sociología TI-II).

FREHSEE, Detlev:

- «L'arranjament entre l'autor del delict i la víctima i la reparació del dany com a mesura i substitut de la sanció penal. Avantatges, límits i riscos», IURIS, n.º4, 1995, pp. 59-74.

FRISCH, Wolfgang:

- «La atenuación del marco penal en la tentativa», ADPCP 1994, 159-192.

FOUCAULT, Michael:

- Vigilar y castigar, 4.ª ed., Siglo XXI, Madrid, 1984.

GALLEGO DÍAZ, Manuel:

- El sistema español de determinación legal de la pena, ICAI, Madrid, 1985.

GARBERÍ LLOBREGAT, José:

- «Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas», AA, n.º 324, 1997, pp. 1-4.

GARCÍA ARÁN, Mercedes:

- «Prevención general en la determinación de la pena», ADPCP, 1981, pp. 511-522.
- Los criterios de determinación de la pena en Derecho Español, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.
- «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, pp. 313-323.
- «Alternativas a la prisión», en: JDem, Jornadas sobre privaciones de libertad y Derechos humanos, Hacer, Barcelona, 1987, pp. 177-188. (cit. Jornadas privaciones de libertad).
- Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «La concepción de la pena y los límites constitucionales a la prevención en la reforma penal», en: Estudios Jurídicos: en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Universidad de Valencia, Vol. 1, Valencia, 1997, pp. 803-824 (cit. Homenaje a CASABÓ).
- «El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS (Coordinadores): El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, 2001, pp. 401-415. (cit. Homenaje a VALLE MUÑIZ).

GARCÍA-PABLOS, Antonio:

- «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», ADPCP 1979, pp. 645-700.
- «Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico», RFDUCM 63, 1981, pp. 7-42.

- «Hacia una revisión de los postulados de la criminología tradicional», LL 1983-I, pp. 1220-1237.
- «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (El penado como víctima del sistema legal)», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XV, (La Víctimología), Madrid, 1993, pp. 287-320.
- Criminología, 3ª. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Derecho Penal. Introducción. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995 (cit. DP).
- «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XV, (Menores privados de Libertad), Madrid, 1996, pp. 251-288.
- «Análisis criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción del delito», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo/BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMERO CASABONA, Carlos (Editores): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 134-159 (cit. Homenaje a TORÍO).
- Tratado de Criminología, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA RIVAS, Nicolás:

- El poder punitivo en el Estado democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA VALDÉS, Carlos:

- «Alternativas legales a la privación de libertad clásica», *PyC* n.º 0, 1986, pp.189-212.
- Voz «Pena», en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4823-4825 (cit. EJB III).

GARCÍA VALDÉS, Carlos/CANTARERO BANDRÉS, Rocío/PUYOL MONTERO, F. Javier:

- Derecho penal constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, PPU, Barcelona, 1993 (cit. DP Constitucional).

GARCÍA VICENTE, F./SOTO NIETO, Francisco/DE LAMO RUBIO, Jaime/GUILLÉN SORIA, J.M.:

- Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, Bosch, Barcelona, 1998.

GARÓFALO, Rafael:

- Indemnización a las víctimas del delito, Analecta, reimpresión facsímil, Pamplona, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique:

- «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en: Estudios de Derecho penal, Civitas, Madrid, 1976, pp. 57-82.
- «Relación General», *RIntDP* 1978, pp. XXXVI-XL.

- «Prólogo» a: GARCÍA VALDÉS, Carlos, Comentarios a la legislación penitenciaria, Reimpresión de la 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1980, pp. 9-11.
- «Prólogos» a Código Penal, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín:

- «Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia», EGUZKILORE, n.º 8, Extraordinario, 1995, 119-127.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, Esther:

- «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», PAPERS, n.º 8, 1992, 89-99.
- «La conciliación víctima-delincuente: Hacia un Derecho penal reparador», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XV, (La Víctimología), Madrid, 1993, pp. 347-366.
- «Penas privativas de libertad y alternativas», EGUZKILORE, n.º7, 1993, pp. 73-91.
- «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XV, (Menores privados de Libertad), Madrid, 1996, pp. 55-81.
- «Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar», MFC n.º9, (Justicia de Menores: una justicia mayor), 2000, pp. 27-42.

GIMENO SENDRA, Vicente:

- «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español, en: AA. VV.: La prueba en el proceso penal, Madrid, Publicaciones del Centro de Estudios Judiciales n.º 12, 1993, pp. 120- 150.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel:

- «La conciliación penal en Iberoamérica», RCP 18, 2000, pp.115-140

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás:

- Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ RUS, Juan José:

- «Penas, sanciones administrativas y medidas de seguridad en infracciones de tráfico. (Reconsideración constitucional de la potestad sancionadora en materia de tráfico)», RDCir 1985, pp. 179-197.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel:

- Teoría Jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General, Madrid, Civitas, 1984 cit. (DP PG).
- «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 269-277 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

GRACIA MARTÍN, Luis:

- «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», APen 1993, n.º 37, pp. 547-570.

- «¿Qué es la modernización del Derecho penal?», en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos M./GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe(Editores): La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp.349-394 (cit. Homenaje a CEREZO MIR).

GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel/ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen:

- Las consecuencias jurídicas del delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

GRANADOS PÉREZ, Carlos:

- «Alternativas a la prisión», APen 1990-I, pp. 75-85.

HAFFKE, Bernhard:

- «Reincidencia y medición de la pena», en: SCHÜNEMANN (Compilador): El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario, (SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. Introducción, traducción y notas), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 179-198 (cit. Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN).

HASSEMER, Winfried:

- «Alternativas al principio de culpabilidad», CPC 1982, pp. 473-482.
- «La “renuncia a la pena” como instrumento político criminal», en: AA.VV.: Política criminal y reforma del Derecho penal, (QUERALT, Joan, Traductor), Temis, Colombia, 1982, pp. 214-230.
- Fundamentos del Derecho Penal. (MUÑOZ CONDE, Francisco/ARROYO ZAPATERO, Luis Traductores), Bosch, Barcelona, 1984.
- «Consideraciones sobre la víctima del delito», ADPCP 1990, pp.241-259.
- «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», ADPCP 1992, pp.239-249.
- Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco:

- Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

HEIDEMANN, Antoine/LAMOTT, Franziska:

- «Los delitos sexuales en el contexto de las tentativas de reconciliación víctima-delincuente -observaciones críticas-», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 189-200.

HENDLER, Edmundo:

- «Enjuiciamiento penal y conflictividad social», en: MAIER, Julio/BINDER, Alberto (Compiladores): El Derecho penal hoy. Homenaje

al profesor David Baigún, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 375-383 (cit. Homenaje a DAVID BAIGÚN).

HERNÁNDEZ, José A.:

- «Los atracos callejeros aumentan un 7% en los diez primeros meses», en: <http://www.el país.es/archivo/15> de noviembre de 2003.

HERRERO HERRERO, César:

- «La prisión necesidad y crisis», en: Estudios de Derecho penal, procesal penal y criminología, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 251-257.

HERRERA MORENO, Myriam:

- La hora de la víctima, Edersa, Madrid, 1996.
- «Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación», RDPCrim, 1996, pp. 377-414.

HERZ, Ruth:

- «Arreglo delincuente-víctima en la República Federal de Alemania Proyecto «*Die Waage Köln*» (la Balanza, de Colonia), PAPERS n.º 8, 1992, 179-188.

HIRSCH, Hans Joachim:

- «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación del daño», CPC 1990, pp. 561-575.
- «La reparación del daño en el marco del Derecho penal material», en: MAIER, Julio B.J.(Coordinador): De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 55-90.
- «Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal», en: MAIER, Julio B.J.(Coordinador): De los delitos y las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 91-128.

HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán:

- Bien Jurídico y estado social y democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991.

HUBER, Barbara:

- «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», ADPCP 1994, pp. 154-176.

HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline:

- Sistema Penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa, Ariel, Barcelona, 1984.

ISSA EL KHOURY, Henry:

- «La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal», en: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: (Compilador): Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Mundo Gráfico, San José, 1996, pp. 191-212.
- A la armonía por la palabra, Convenio Corte-AID, San José, 1995.

- «Política criminal y penas alternativas», en : AA.VV: Cuatro temas sobre Política criminal, 1998, pp.77-87.

JAKOBS, Günter:

- Derecho penal. Parte General. (CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ, José Luis, Traductores), Marcial Pons, Madrid, 1995 (cit. DP PG).
- Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. (CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Traductores) Civitas, Madrid, 1996.
- «Culpabilidad y prevención», en: Estudios de Derecho penal (PENARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, Traductores) UAM/Civitas, Madrid, 1997, pp. 73-99.

JEREZ MIR, Rafael:

- «El ciudadano del siglo XXI: una aproximación sociohistórica», SISTEMA 142, 1998, pp. 23-46.

JESCHECK, Hans Heinrich:

- «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en: MIR PUIG, Santiago (Editor): La reforma del Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 9-22 (cit. La reforma del DP).
- Tratado de Derecho penal. Parte General, Volumen I, (MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco, Traductores) Bosch, Barcelona, 1981 (cit. Tratado DP PG I).
- Tratado de Derecho penal. Parte General, Volumen II, (MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco, Traductores) Bosch, Barcelona, 1981 (cit. Tratado DP PGII).
- «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», en: EPCrim VIII, Santiago de Compostela, 1985, pp. 14-42.
- «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», ADPCP 1986, (SÁNZ MORÁN, Angel Traductor), pp. 9-32.

JESIONEK, Udo:

- «El procedimiento penal y la víctima: ¿Se da una privatización del sistema de Derecho penal?, PAPERS n° 8, 1992, pp. 135-149.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín:

- «Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia», EGUZKILORE, n.º 8 Extraordinario, 1995, 119-127.

JORGE BARREIRO, Alberto:

- La motivación en la individualización judicial de la pena, MFC n.º 4, (Problemas específicos de la aplicación del Código penal), 1999, pp. 43-358.

KERNER, Hans-Jürgen:

- «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», CPC 1997, pp. 367-383.

KILLIAS, Martin:

- «Victim-related alternatives to the Criminal Justice System: Compensation, Restitution, and Mediation», en: KAISER, Günther/ALBRECHT, Hans Jörg (Editors): Crime and criminal policy in Europe, Freiburg, 1990.

LAMARCA PÉREZ, Carmen:

- «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en: Estudios Jurídicos: en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Universidad de Valencia, Vol. II, Valencia, 1997, pp. 137-141 (cit. Homenaje a CASABÓ).

LAMO RUBIO, Jaime de:

- Penas y Medidas de Seguridad, Bosch, Barcelona, 1997.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción:

- Derecho Penal Español. Parte General. 6ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2000 (cit. DP PG).

LANDROVE DÍAZ, Gerardo:

- Las consecuencias jurídicas del delito, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- La moderna victimología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- «Las víctimas ante el Derecho español», EPCrim XXI, Santiago de Compostela, 1998, pp. 171-204.
- «La represión de la delincuencia económica», JDem, n.º 31, 1998, pp.31-45.
- «Prisión y sustitutivos penales», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS (Coordinadores): El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, 2001, pp.425-435. (cit. Homenaje a VALLE MUÑIZ).

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo:

- «La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?, PJ n.º 34, 1994, pp.141-153.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen:

- Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes:

- El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, Eurojuris, Madrid, 1996 (cit. El CP 1995).

LARRAURI PIJOÁN, Elena:

- «Abolicionismo del Derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista», PyC n.º 3, 1987, pp. 95-116.
- «Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos», ADPCP 1987, pp.771-793.
- La herencia de la criminología crítica, Siglo XXI, Madrid, 1991.

- «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español», ADPCP 1991, pp. 45-63.
- «Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», JDem, n.º 15, 1992, pp. 21-31.
- Estudio preliminar: «Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español» en: VON HIRSCH, Censurar y Castigar, 1998, pp.11-17.
- «La reparación», en: CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp.169-193.
- «Control del delito y castigo en los Estados Unidos», JDem, n.º 32, 1998, pp. 85-88.

LESCH, Heiko:

- La función de la pena, (SÁNCHEZ-VERA, Javier, Traductor), Dykinson, Madrid, 1999.

LUZÓN CUESTA, José María:

- Compendio de Derecho penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1995 (cit. Compendio DP).
- Voz «Responsabilidad civil por delito», EJB IV, 1995, pp. 5916-5922

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel:

- Medición de la pena y sustitutivos penales, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código Penal», en: Estudios penales, PPU, Barcelona, 1991, pp. 279-293.
- «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones», en: ASÚA BATARRITA, Adela (Coordinadora): El pensamiento penal de Beccaria su actualidad, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, pp. 67-94. También en: Estudios penales, PPU, Barcelona, 1991, pp. 295-305.
- «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en: Estudios penales, PPU, Barcelona, 1991, pp. 261-277.
- «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia» JDem, n.º14, 1991, pp. 50-61.
- Voz «Atenuante», en: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 627-635 (cit. EJB I).
- Voz «Conducta desviada y control social», en: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 1392-1393 (cit. EJB I).
- Voz «Norma (penal) de determinación y de valoración», en: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4443-4446 (cit. EJB III).
- Voz «Prevención general y especial y retribución», en: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5062-5068 (cit. EJB III).
- «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en: LUZÓN PEÑA, Diego/MIR PUIG, Santiago (Coordinadores): Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 199-213.

- Curso de Derecho penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996 (cit. Curso DP PG I).
- «Prólogo» a: PÉREZ SANZBERRO, Reparación, Comares, Granada, 1999, XXVIII-XXXII.
- «Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código penal español de 1995», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo/BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMERO CASABONA, Carlos (Editores): El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 161-169 (cit. Homenaje a TORÍO).
- Voz «Determinación de la pena y sustitutivos penales», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.615-626. (cit. EPB).
- Voz «Sustitución de la pena», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.1150-1152. (cit. EPB).

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier:

- Proceso penal comentado, Mundo Gráfico, San José, 1998.
- «La víctima en el proceso penal centroamericano», texto inédito, San José, 2004.

LLORCA ORTEGA, José:

- Manual de Determinación de la pena conforme al Código penal de 1995, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad», en: VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (Directores): «Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)», CDJ n.º 2/I, Madrid, 1996, 217-278.

MACHADO RUIZ, María Dolores:

- «La pena en la legislación penal española II», en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director)/PÉREZ ALONSO, Esteban (Coordinador): Derecho penal, Parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002 (cit. DP PG).

MADLENER, Kurt:

- «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», en: Estudios de Derecho penal y criminología, Tomo II, Homenaje a José María Rodríguez Devesa, UNED, Madrid, 1989, pp. 9-32 (cit. Homenaje a RODRÍGUEZ DEVEESA).

MAIER, Julio B.J.:

- «La víctima y el sistema penal», en: MAIER, Julio B.J (Coordinador): De los delitos y las víctimas, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pp.183-249.
- «Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica», JDem, n.º16-17, 1998, pp. 146-163.

MANNA, Adelmo:

- «La tutela penal de los derechos de la personalidad: aspectos problemáticos», CPC 1988, pp. 63-92.

- «*Il risarcimento del danno fra Diritto civile e Diritto penale*», IP 1991, pp. 591-605.

MANTOVANI, Fernando:

- «Las “constantes” acerca de los problemas fundamentales de las ciencias criminales», RFDUG, n.º 17-20, 1989-1992, pp.191-210.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis:

- «La sustitución de la penas cortas privativas de libertad en la propuesta de 1983», DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, pp. 255-266.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, Belén:

- «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», APen 1996-2, pp. 485-513.

MAPELLI CAFFARENA, Borja:

- «Desviación social y resocialización», CPC 1984, pp. 311-389.
- Voz, «Peligrosidad criminal, postdelictual, predelictual, social», en: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4823-4826. (cit. EJB III).

MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan:

- Las consecuencias jurídicas del delito, Civitas, Madrid, 1996.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel:

- «Reglas generales para la instrucción del procedimiento (arts. 16 a 27)», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Director): Ley de la Responsabilidad penal de los menores, Trivium, Madrid, 2001, pp. 239-304.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio:

- «El Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad», RDPCrim, 2002, pp. 147-167.

MARTÍN OSTOS, José de los Santos:

- Justicia penal en Centroamérica, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos:

- «Alguna reflexiones sobre la teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos M./GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe(Editores): La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp.395-431. (cit. Homenaje a CEREZO MIR).

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis:

- «Responsabilidad civil contractual *versus* extracontractual», LL, n.º especial monográfico, 1998, pp. 1-10.

MARTÓS NÚÑEZ, Juan Antonio:

- «El principio de intervención penal mínima», ADPCP 1987, pp.99-134.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria:

- «Los fines de la pena», en : DIEGO DÍAZ SANTOS, Rosario/ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coordinadores): Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 17-34.

MAQUEDA ABREU, María Luisa:

- Suspensión condicional de la pena y probation, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

MATHIESEN, Thomas:

- «La política del abolicionismo», en: AA.VV: Abolicionismo penal, (CIAFARDINI, Mariano/BONDAZA, Mirta, Traductores), Ediar, Buenos Aires, 1989 pp. 109-125.

MATTHEWS, Róger:

- «Descarcelación y control social: fantasías y realidades», PyC n.º 3, 1987, pp. 71-93.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz:

- Derecho penal. Parte general. Tomos 1-2, Traducción de la 7ª ed., (BOFILL GENZCH, Jorge, Traductor), Astrea, Buenos Aires, 1995 (cit. DP PG 1-2).

MESSMER, Heinz/OTTO, Hans-Uwe:

- «*Restorative Justice: Steps on the way toward a good idea*», en: MESSMER, Heinz/ OTTO, Hans-Uwe (Editores): Restorative Justice on Trial, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp.1-12.

MESSUTI DE ZABALA, Ana:

- «Las medidas sustitutivas de la prisión: una nueva ética», EGUZKILORE, n.º 7, 1993, pp. 123-130.

MESTRE DELGADO, Esteban:

- «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», ADPCP 1988, pp. 503-527.

MESTRE DELGADO, Esteban/VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia:

- Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, Documentación Jurídica n.º54, Madrid, 1987.

MINISTERIO DE JUSTICIA:

- «La justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa», MORENILLA RODRÍGUEZ, José Ma.(Coordinador): DJ n.º 56, 1987.
- Proyecto de Ley Orgánica del Código penal 1992, Centro de publicaciones, Madrid,1992 (cit. PCP 1992).

MIR PUIG, Carlos:

- El sistema de penas y su medición en la reforma penal, Bosch, Barcelona, 1986.

MIR PUIG, Santiago:

- Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1976.
- «El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983», DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, pp.185-196.
- «Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual», RICASV n.º 34, 1987, pp. 49-62.
- El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994 (cit. DP en el Estado social):
 - «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», pp. 29-91.
 - «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», pp.115-128.
 - «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», pp. 129-137.
 - «Qué queda en pie de la resocialización», pp. 141-149.
 - «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», 159-167.
 - «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», pp.171-179.
- «Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 843-854 (cit. Homenaje a DEL ROSAL).
- «Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal», en: ASÚA BATARRITA, Adela (Editora): Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, Universidad del país Vasco, 1998, pp. 55-66 (cit. Jornadas CP 1995).
- «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal», MFC n.º 4, (Problemas específicos de la aplicación del Código penal), 1999, pp.13-42.
- Derecho penal. Parte General. 6.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002 (cit. DP PG).
- «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal», en: ECHANO BASALDÚA, Juan I.: Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 349-366 (cit. Homenaje a LIDÓN).

MOCCIA, Sergio:

- «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, (RAGUÉS VALLÉS, Ramón Traductor), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113-142 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

MONEREO PÉREZ, Manuel:

- «La crisis de la política y las instituciones europeas», SISTEMA 123, 1994, pp. 81-93.

MORA ALARCÓN, José Antonio:

- Derecho penal y procesal de menores (Doctrina, jurisprudencia y formularios), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MORA MORA, Luis Paulino:

- «Los principios fundamentales que informan el Código procesal penal de 1998», en: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: (Compilador): Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Mundo Gráfico, San José, 1996, pp. 3-48.

MORALES PRATS, Fermín:

- «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», CPC 1988, 663-725.
- «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo/BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMERO CASABONA, Carlos (Editores): El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp.171-184 (cit. Homenaje a TORÍO).
- «La vuelta a la prevención general», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Manual de Derecho penal, Parte general, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002 (cit. Manual DP).

MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón:

- «Doctrina del tribunal constitucional sobre medidas de seguridad ¿Réquiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?», LL 1991-1, pp. 1142-1154.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José M^a:

- «Las medidas alternativas de la prisión: orientaciones del Consejo de Europa», PJ n.º 8, 1983, pp. 140-146.

MORENO CASTILLO, María Asunción:

- «Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Director): Historia de la prisión, Edisofer, Madrid, 1997, pp. 91-111.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo:

- Voz «Pena», en: NEJ XIX, Seix, 1989, pp. 346-388.
- Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Tecnos, Madrid, 1991.
- Curso de Derecho penal español. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1996 (cit. Curso DP PG).

MORSELLI, Elio:

- «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», ADPCP 1995, pp. 265-274.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio:

- Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social, Reus, Madrid, 1977.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

- Introducción al Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1975.
- «Adiciones de Derecho español», en: Tratado de Derecho penal. Parte General, Volumen I y II, (MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco, Traductores) Bosch, Barcelona, 1981 .
- «La resocialización del delincuente análisis y crítica de un mito», en: Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 381-399 (cit. Homenaje a Antón Oneca).
- También, en: AA.VV.: Política criminal y reforma del Derecho penal, (QUERALT, Joan, Traductor), Temis, Colombia, 1982, pp.131-164.
- Derecho penal y control social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985 (cit. DP y control social).
- «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», en: AA.VV.: VI Jornadas Penitenciarias andaluzas, Junta de Andalucía, 1990, pp.35-43.
- «El Derecho penal a finales del siglo XX», PAPERS n.º 8, 1992, pp.173-178.
- «El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias», LL 1996-3, pp.1339-1341.
- «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en: Estudios Jurídicos: en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Universidad de Valencia, Vol. II, Valencia, 1997, pp. 525-542 (cit. Homenaje a CASABÓ).

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes:

- Derecho penal. Parte General, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002 (cit. DP PG).

MUÑOZ CUESTA, Javier:

- «Reparación o disminución del daño causado», en: MUÑOZ CUESTA, Javier (Coordinador): Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 137-146.

NACIONES UNIDAS:

- «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio».

NAUCKE, Wolfgang:

- «La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales», en: MIR PUIG, Santiago (Editor): Derecho penal y ciencias sociales, Universidad de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 73-95 (cit. DP y ciencias sociales).

NEUMAN, Elías:

- Mediación y conciliación penal, Depalma, Buenos Aires, 1997.

NINO, Carlos Santiago:

- Los límites de la responsabilidad penal, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- Introducción al análisis del Derecho, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1987.

- «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos», DocP n.º 45, 1989, pp. 30-48.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio:

- La atenuación de la pena, Dykinson, Madrid, 1998.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio:

- Sobre el concepto del Derecho penal, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Complutense, Madrid, 1981.

ORTELLS RAMOS, Manuel:

- El proceso penal abreviado, Comares, Granada, 1997.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando:

- «*Perseverare diabolicum*» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), JDem, n.º19, 1993, pp. 6-10.

PANTOJA GARCÍA, Felix/MUÑOZ MARÍN, Angel/PARAMO Y DE SANTIAGO, Casto/DEL MORAL GARCÍA, Antonio:

- «La ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)», APen 1993-I, pp.133-159.

PALIERO, Carlo/MANNOZZI, GRAZIA:

- «*Mediation and reconciliation models in Italian legal experience*», en: MESSMER, Heinz/ OTTO, Hans-Uwe (Editores): Restorative Justice on Trial, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, 225-238.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel:

- Voz «Atenuantes», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.127-137. (cit. EPB)

PASQUINO, Gianfranco:

- Voz «Crisis», en: BOBBIO, Norberto/MATTEUCCI, Nicola, (Directores): Diccionario de Política, Tomo I, Siglo XXI, México, 1983, pp. 454-455.

PAVARINI, Massimo:

- «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», PyC n.º 1, 1987, pp. 141-157.
- «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», NFP n.º56, 1992, pp.197-206.

PERELLO DOMENECH, Isabel:

- «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», JDem, n.º28, 1997, pp. 69-75.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos:

- «La individualización de la pena y su revisión», en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (Editor): Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 41-72.

PÉREZ MANZANO, Mercedes:

- Culpabilidad, y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.
- «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 73-88 (cit. Homenaje a CLAUD ROXIN).

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe:

- Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?, Comares, Granada, 1999.
- «Responsabilidad, víctimas y sanción penal», en: ECHANO BASALDÚA, Juan I.: Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 472 - 493 (cit. Homenaje a LIDÓN).

PERIS RIERA, Jaime Miguel:

- El proceso despenalizador, Universidad de Valencia, Valencia, 1983.
- «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal: ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la culpabilidad?, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos M./GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe(Editores): La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp. 93-107 (cit. Homenaje a CERESO MIR).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J./CANCIO MELIÁ, Manuel:

- «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs» en: JAKOBS, Günther: Estudios de Derecho penal, UAM /Civitas, Madrid, 1997, pp.17-69.

PETERS, Tony:

- «Criminalidad, victimización y justicia restaurativa», Conferencia internacional dictada el 13 de julio de 2004, San José, inédita.

PETERS, Tony/NEYS, Achille:

- «La pena considerada desde una perspectiva de reparación», EGUZKILORE, n.º 8, 1994, pp.165-195.

PETERS, Tony/AERTSEN, Ivo:

- «Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción», EGUZKILORE, n.º 8 Extraordinario, 1995, 129-146

POLAINO NAVARRETE, Miguel:

- Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2001 (cit. DP PG TI).

- Voz «Derecho penal», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.560-615. (cit. EPB)
- Voz «Menor de edad penal», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.933-950. (cit. EPB)

POZA CISNEROS, María:

- «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XXIV, (Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal), Madrid, 1996, pp.187-299.
- «Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts.80 a 94 del Código penal», MFC n.º4, 1999, pp. 235- 358.

PRATS CANUT, José Miguel:

- Vd., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director)/VALLE MUÑIZ, José(Coordinador): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996 (cit. ComNCP).

PUENTE SEGURA, Leopoldo:

- Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Colex, Madrid, 1997.
- «La individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66,4 y 68 del vigente Código penal», LL 1998-I, pp. 1972-1976.

QUERALT, Joan J.:

- «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación», ADPCP 1996, 129-158.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo:

- «Determinación de la pena y política criminal», CPC 1978, pp. 49-70.
- *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1989 (cit. DP PG).
- «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», en: AA.VV.: *Estudios penales en memoria de Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 589-603 (cit. Homenaje a FERNÁNDEZ-ALBOR).
- «La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», RAP 126, 1991, pp. 253-293.
- *Curso de Derecho penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996 (cit. Curso DP PG).
- La Justicia Penal en España, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- *Manual de Derecho penal, Parte general*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002 (cit. Manual DP).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director)/VALLE MUÑIZ, José(Coordinador):

- *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996 (cit. ComNCP).

QUINTANAR DÍEZ, Manuel:

- «Artículo 21.5», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Director): Comentarios al Código penal, t.,II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 757-761.

RADBRUCH, Gustav:

- Filosofía del Derecho, 2.^a ed., Madrid, 1944.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco:

- «La tutela de la víctima en el proceso penal», en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Director): Justicia 95, n.º III-IV, 1995, pp. 27-50.

RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel:

- «La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal», LL 1998-5, pp. 1563-1570.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- Diccionario de la Lengua Española, edición electrónica, versión 21,1.0, Espasa-Calpe S.A, 1995.

REDONDO, Santiago/FUNES, Jaume/LUQUE, Eulalia:

- Justicia penal y reincidencia, *Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya*, Barcelona, 1996.

RICO, José Ma.:

- «Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea», Siglo XXI, México, 1979.

RIVERA BEIRAS, Iñaki:

- «La “devaluación” de los derechos fundamentales de los reclusos», en: Tratamiento penitenciario y Derechos fundamentales, JM Bosch, Barcelona, 1994, pp. 47-76.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos:

- «Diez tesis sobre la violencia y el Derecho», en: AA.VV., Nuevo proceso penal y Constitución, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998, pp. 23-58.

ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge:

- Concepto y Principios para la aplicación de los sustitutivos penales, Edersa, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María:

- «El derecho comparado como método de política criminal», ADPCP 1979, pp. 5-13.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso:

- Derecho Penal Español. Parte General, 18.^a Edición, Dykinson, Madrid, 1995 (cit.DP PG).

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás:

- El consenso en el proceso penal español, Bosch, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo:

- «Principio de legalidad y arbitrio judicial», AFDUAM 1, 1997, 279-296.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis:

- Compendio de Derecho Penal. Parte General, Trivium, Madrid, 1986 (cit. DP PG).
- «¿Hacia un Derecho penal privado y secundario?», AA, n.º 251, 1996, pp. 1-6.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa:

- «El caso de la Colza: La responsabilidad de la Administración», RDPCrim 1999, 361-387.

ROMANO, Mario:

- «Resarcimento del danno da reato. Diritto civile, Diritto penale», RitDP 1993, pp. 865-888.

ROMEO CASABONA, Carlos María:

- Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986.

ROMERO BARRANQUERO, Gladys:

- «El principio de intervención penal mínima», ADPCP 1987, pp. 135-151.

ROSAL BLASCO, Bernardo del:

- «Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal», ADPCP 1990, pp. 556-580.

ROXIN, Claus:

- «Sentido y límites de la pena estatal», en: Problemas básicos del Derecho penal, (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Traductor), Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36.
- «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en: Problemas básicos del Derecho penal, (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Traductor), Reus, Madrid, 1976, pp. 37-70.
- Iniciación al Derecho Penal de Hoy, (MUÑOZ CONDE, Francisco/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Traductores), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en: Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, (MUÑOZ CONDE, Francisco, Traducción, Introducción y notas), Reus, Madrid, 1981, pp. 93-113.
- «Prevención y determinación de la pena», en: Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, (MUÑOZ CONDE, Francisco, Traducción, Introducción y notas), Reus, Madrid, 1981, pp. 115-145.
- «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal», en: Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, (MUÑOZ CONDE, Francisco, Traducción, Introducción y notas), Reus, Madrid, 1981, pp. 147-186.

- «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo», en: AA.VV.: Política criminal y reforma del Derecho penal, (QUERALT, Joan, Traductor), Temis, Colombia, 1982, pp. 5-27.
- «Que queda de la culpabilidad en Derecho penal», (SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a., Traductor), CPC 1986, pp. 671-692.
- «*La posizione della vittima nel sistema penale*», IP 1989, pp. 5-18.
- «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», (MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Traductor), en: CGPJ (Editor): Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Madrid, 1991, pp. 19-30 (Reforma DP).
- «La reparación civil como alternativa a la pena de prisión», en: Seminario Hispano-Germánico de Derecho Penal sobre: «Reparación civil como alternativa a la pena de prisión», Texto inédito, Barcelona, 1992.
- «Los últimos desarrollos de la política criminal», en: Política criminal y estructura del delito, (BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Traductores), PPU, Barcelona, 1992, pp. 9-32.
- «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», en: Política criminal y estructura del delito, (BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Traductores), PPU, Barcelona, 1992, pp. 35-64.
- «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en: MAIER, Julio B.J (Coordinador): De los delitos y las víctimas, (MAIER, Julio/CARRANZA, Elena, Traductores) Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pp.129-156.
- Derecho Penal. Parte General, Tomo I, (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/VICENTE REMESAL DE, Javier, Traductores), Civitas, 1997 (DP PGI).
- «1995-2095, cent anys de Dret penal», RJCat 1997, pp.147-162.
- «¿Tiene futuro el Derecho penal?», PJ n.º 49, 1998, pp. 373-392.
- «Pena y reparación», ADPCP 1999, pp.5-15

RUIDÍAZ GARCÍA, Carmen:

- «Los españoles ante la Justicia Penal: Actitudes y expectativas», PJ, n.º 34, 1994, pp. 355-375.

RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio:

- «Evolución histórica de las penas privativas de libertad», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos: Historia de la prisión, Edisofer, Madrid, 1997, pp.79-90.

RUIZ VADILLO, Enrique:

- «Descriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización», en: BERISTAIN, Antonio(Editor): Reformas penales en el mundo de hoy, Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1983, pp. 375-383.
- «Comentario del artículo 20», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Director)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coordinador): Comentarios a la legislación penal, t.,V, vol., 1º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 357-395.

- «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», PJ n.º 7, 1987, pp.25-36.
- «Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 9-22.
- «Comentario del artículo 21.5ª», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director): Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Trivium, Madrid, 1997, pp. 793-799.

SAINZ-CANTERO, José A. :

- «La sustitución de la pena de privación de libertad», EPCrim II, Santiago de Compostela, 1978, pp.217-247.
- «Arresto fin de semana y tratamiento del delincuente», REPe, n.º 191, 1970, pp.1057-1074.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.:

- «El arresto sustitutorio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», RFDUG, n.º 15, 1988, pp. 66-89.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. Belén:

- La reparación del daño ex delicto, Comares, Granada, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo:

- «*Punitive Damages*», AFDUAM 4, 2000,139-152.

SANZ DELGADO, Enrique:

- Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria, Edisofer, Madrid, 2000.

SANZ MULAS, Nieves:

- «Penas alternativas a la prisión», en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario/SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (Coordinadoras): Hacia un Derecho penal sin fronteras, Colex, Madrid, 2000, pp. 89-109.
- Alternativas a la pena privativa de libertad (Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana), Colex, Madrid, 2000.

SAN MARTÍN LARRINOA, M^a. Begoña:

- La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español), Gobierno Vasco, Barcelona, 1997.

SÁNCHEZ, Cecilia/HOUED, Mario/Chirino, Alfredo:

- «El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas», RCP nº 9, 1994, pp. 47-64.

SÁNCHEZ GARCÍA, M^a. Isabel:

- «El sistema de penas», LL 1996-2, pp. 1499-1516.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio:

- «Comentario artículo 88», en: VIVES ANTÓN, Tomás S.(Coordinador): Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 pp. 498-503 (cit. ComCP 1995).

- Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil, Comares, Granada, 1998.

SANGRADOR, José Luis:

- «La victimología y el sistema jurídico-penal», en: JIMÉNEZ, Florencio/CLEMENTE, Miguel (Compiladores): Psicología social y sistema penal, Alianza, Madrid, 1986.

SANTANA VEGA, Dulce María:

- «Principio de oportunidad y sistema penal», ADPCP 1994, 105-136.

SAVELSBERG, Joachim:

- «Crisis del Derecho penal: obstáculos insalvables y salidas», PAPERS n.º 5 Especial, 1990, pp.95-121.

SCHNEIDER, Hans Joachim:

- «Influencia de los medios de comunicación de masas en la opinión sobre la delincuencia y la justicia penal», DJ n.º 56, 1987, pp.117-153.
- «La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal», en: DE LA CUESTA, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (Compiladores): Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al prof. Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 379-394 (cit. Homenaje a ANTONIO BERISTAIN).
- «Recompensación en lugar de la sanción. Restablecimiento de la paz, entre el autor, la víctima y la sociedad», EPCrim, XV, 1992, pp.199-223.
- «Violencia en la escuela. Preocupación por un fenómeno internacional», RDPCrim 1993, pp.691-706.

SCHÜNEMANN, Bernd:

- «La política criminal y el sistema de Derecho Penal», ADPCP 1991, pp. 693- 713.
- «¿Crisis del procedimiento penal?», en: CGPJ (Editor): Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Madrid, 1991, pp. 49-58. (Reforma DP).
- «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en: SCHÜNEMANN (Compilador): El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50.º aniversario, (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª. Introducción, traducción y notas), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 147-165. (cit. Homenaje 50º Aniversario CLAUS ROXIN).
- «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-100 (cit. Homenaje a Claus Roxin).

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio:

- «Análisis de la regla cuarta del artículo 61 del Código penal y de la jurisprudencia que la interpreta», RDPCrim 1991, pp. 369-418.
- Las penas en el nuevo Código penal, Comares, Granada, 1996.

SERRANO PASCUAL, Mariano:

- Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español, Trivium, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María:

- «La “victimodogmática” en el Derecho español», en: BERISTAIN, Antonio/De la CUESTA, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 195-203.
- «La víctima en el futuro de la dogmática», en: BERISTAIN, Antonio/De la CUESTA, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 229-235.
- Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992.
- «Medios no judiciales de reparación a la víctima», en: ROMEO CASABONA, Carlos M^a. (Editor): Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, Centro de Estudios Criminológicos Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 331-356.
- «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XV, (La Victimología), Madrid, 1993, pp. 13-52.
- «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en: ROMEO CASABONA, Carlos M^a. (Editor): Dogmática penal, Política criminal y Criminología en evolución, Centro de estudios criminológicos Universidad de La Laguna, La Laguna, 1997, pp. 309-323.
- «Eficiencia y Derecho penal», ADPCP 1996, 93-127.
- «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», PJ n.º 45, 1997, pp.183-202.
- La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.
- «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo/BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMERO CASABONA, Carlos (Editores): El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 209-217 (cit. Homenaje a TORÍO).
- «Prólogo», a: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Editor)/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Editor Español), La insostenible situación del Derecho penal, Comares, Granada, 2000, pp. XI-XV.

SOLA DUEÑAS, Angel de:

- «Alternativas a la prisión en la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal (1983)», DJ n.º 37/40 monográfico, 1983, pp. 213-230.
- «Una alternativa a la pena privativa de libertad», RJCat 1986, pp. 507-517.
- «Alternativas a la prisión», PAPERS n.º5 Especial, 1990, pp.139-150.

- «Formas sustitutivas de la ejecución de las penas en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», PAPERS n.º7., 1991, pp. 23-34.

SOLA DUEÑAS, Angel de/GARCÍA ARÁN, Mercedes/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán:

- Alternativas a la prisión, PPU, Barcelona, 1986.

SOLÉ RIERA, Jaume:

- La tutela de la víctima en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1997.

STRATENWERTH, Günter:

- «Culpabilidad por el hecho y medida de la pena», en: El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 41-85.

TAHORIA, José Juan:

- «La independencia judicial y la buena Justicia», JyS, nº3, 1999, pp.9-32.

TAMARIT SUMALLA, Josep:

- La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político criminales, (MALDONADO SERAL, Eva/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Traductoras), Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994.
- La víctima en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- «El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?, RPe, n.º 8, 2001, pp. 71-89.

TERRADILLOS BASOCO, Juan:

- «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», PyE, n.º1, 1991, pp.9-23.

TIFFER, Carlos/LLOBET, Javier:

- La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica, UNICEF/ILANUD/CE, San José, 1999.

TORÍO LÓPEZ, Angel:

- «El sustrato antropológico de las teorías penales», RFDUCM n.º 11 monográfico, 1986, pp.667-678.
- «El concepto individual de culpabilidad», ADPCP 1985, pp. 285-301.
- «Indicaciones metodológicas sobre el concepto material de culpabilidad», CPC 1988, pp.759-768.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel:

- «Sanción penal-sanción administrativa: el principio "non bis in idem" en la jurisprudencia», PJ n.º 22, 1991, pp. 113-133.

TRAPANI, Mario:

- Le sanzioni penali sostitutive, Cedam, Padova, 1985.

TRENCZECK, Thomas:

- «¿Hacia una reprivatización del control social? "Una evaluación de la víctima-delincuente-reconciliación"», PAPERS n.º 8, 1992, pp. 23-42.

URRA PORTILLO, Javier:

- Menores la transformación de la realidad, Siglo XXI, Madrid, 1995.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza:

- «El sistema de penas», en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (Editor): Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 15-39.

VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia:

- Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

VALLE MUÑIZ, José Manuel:

- Vd., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director)/ VALLE MUÑIZ, José (Coordinador): Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996 pp. 197-215 (cit. ComNCP).

VARONA GÓMEZ, Daniel:

- «El arresto de fin de semana: ¿alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en: CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 143-168.

VARONA MARTÍNEZ, Gema:

- La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998.

VICENTE REMESAL, Javier de:

- El comportamiento postdelictivo, Servicio de publicaciones de la Universidad de León, León, 1985.
- «La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Bosch, Barcelona, 1997, pp.173-206 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).
- Voz «rectificación postdelictiva: reparación y confesión», en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp.1088-1090 (cit. EPB).

VIVES ANTÓN, Tomás S.:

- «Los métodos de determinación de la peligrosidad», en: La libertad como pretexto, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 17-43.
- Comentarios al Código Penal de 1995, vols. I y II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 (cit. ComCP1995).

VIZCAÍNO, Irene:

- «Alarma por calcomanía», en: <http://www.nacion.co.cr/> 15 de mayo de 2000.

VON HIRSCH, Andrew:

- Censurar y Castigar, (LARRAURI PIJOÁN, Elena, Traducción e Introducción), Trotta, Madrid, 1998.

WRIGHT, Martin:

- Justice for victims and offenders, Open University Press, Philadelphia, 1991.
- «Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice», en: MESSMER, Heinz/ OTTO, Hans-Uwe (Editores): Restorative Justice on Trial, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 525-539.

YOUNG, Jock:

- La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía, Marcial Pons, Madrid, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano:

- Aspectos civiles del nuevo código penal, Dykinson, Madrid, 1997.

ZEDNER, Lucía:

- «Reparation and retribution: Are they reconcilable?», *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, pp. 228-250 .

ZIPF, Heinz:

- «Principios fundamentales de la determinación de la pena», CPC 1982, pp. 353-359.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando:

- «Responsables civiles en el Código penal», *JDem*, n.º25, 1996, 61-66.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel:

- «La prevención general en la individualización judicial de la pena», *ADPCP* 1981, pp. 869-878.
- Fundamentos de Derecho penal. Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993 (Fundamentos DP).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director)/PÉREZ ALONSO, Esteban (Coordinador):


- Derecho penal, Parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002 (cit. DP PG).

INFORMACIÓN ELECTRÓNICA

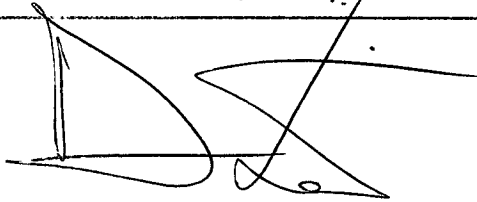
- <http://www.nación.co.cr/> 24 de noviembre de 1999
- <http://www.nacion.co.cr/> 15 de mayo de 2000
- <http://www.el país.es/archivo/> 15 de noviembre de 2003



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FÍSICAS Y MATEMÁTICAS
DEPARTAMENTO DE FÍSICA
PONTIFICIA
POR: *Doris M. Simal Maculígal*
CON: *SSS*
FECHA: *1 de octubre de 2004*
A: DIRECTOR DE DEPARTAMENTO DE FÍSICA
EL ENCARGADO

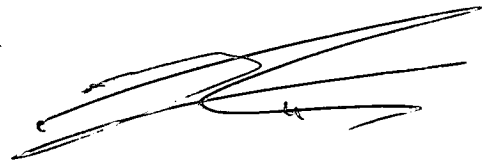


Reunido el Tribunal que suscribe en el día de la fecha acordó otorgar a la presente Tesis Doctoral la calificación de *Sobresaliente* "um laureate"
Santiago de Chile, *1* de *Febrero* de *2005*



Miriam Meléndez

Agustín Mancera



Miguel Ángel