



Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal

Pablo Galain Palermo

Doctor Europeo en Derecho(*)

Revista Penal, núm. 20.—Julio 2007

RESUMEN: En este artículo se analiza la posibilidad que brinda el parágrafo 153a.1 del StPO (Código del Proceso Penal alemán) de ejercer la discrecionalidad, sustituyendo la acción penal tradicional por la imposición de obligaciones, condiciones o instrucciones, así como la modalidad prevista en el parágrafo 153a.2 del StPO que permite suspender provisoriamente el procedimiento penal a cambio del cumplimiento de obligaciones, condiciones o instrucciones que, una vez satisfechas, excluyen la punibilidad. La norma en cuestión indica, de forma taxativa, las cargas que pueden ser impuestas para que se efective, con el consentimiento del supuesto autor, la suspensión del proceso. De todas las posibles obligaciones, condiciones o instrucciones que ofrece el legislador, me refiero exclusivamente a la figura de la reparación que, en mi opinión, cumple una función de «equivalente funcional de la pena». El análisis del tema se realiza ofreciendo, por una parte, los aciertos y errores político-criminales del parágrafo 153a del StPO y, por otra, señalando los errores y aciertos de este tipo de normas procesales a partir de una perspectiva dogmática y de derecho material. El artículo niega la reparación como una tercera vía de reacción punitiva atendida la actual discusión dogmática en torno a su fundamentación.

PALABRAS CLAVE: Reparación, sobreseimiento, *equivalente funcional de la pena*, punibilidad, *tercera vía*.

ZUSAMMENFASSUNG: Die Arbeit untersucht die Möglichkeit zum Ermessensgebrauch gem. § 153 a Abs. 1 StPO. Unter der Voraussetzung der Erfüllung von Auflagen und Weisungen wird hier das herkömmliche Strafverfahren eingestellt. Ferner analysiert vorliegender Artikel die vorläufige Einstellung des Strafverfahrens unter Erteilung von Auflagen und Weisungen gem. § 153 a Abs. 2 StPO, wobei deren Erfüllung die strafrechtliche Verfolgbarkeit ausschließt. In § 153 a StPO sind die Verpflichtungen, die dem Tatverdächtigen auferlegt werden können, abschließend aufgeführt. Dessen Zustimmung ist Voraussetzung für die Einstellung des Verfahrens. Der Artikel behandelt lediglich die Figur der Wiedergutmachung als eine der gesetzlich vorgesehenen Auflagen und Weisungen, die nach Ansicht des Autors eine der Strafe gleichstehende Aufgabe erfüllt. Methodologisch realisiert sich die Untersuchung in der Darstellung der Vor- und Nachteile des § 153 a StPO in kriminalpolitischer und dogmatischer Hinsicht. Der Artikel schließt die Wiedergutmachung als strafrechtliche Reaktion im Sinne dritte Spur aus, wegen der aktuellen dogmatischen Auseinandersetzung ihrer Grundlage.

SCHLÜSSELWÖRTER: Wiedergutmachung, Einstellung des Strafverfahrens, funktionales Äquivalent der Strafe, Strafbarkeit, dritte Spur.

1. Introducción y presentación de la problemática

1.1. A nivel de derecho penal comparado, en los últimos años se puede apreciar un fenómeno esquizofrénico —que

por una parte— acepta la expansión constante del Derecho penal y —por otra— pretende una mayor celeridad y eficacia, sin que se resientan los principios y garantías fundamentales del sistema jurídico-penal⁽¹⁾.

*. Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Colaborador Científico del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg i.B., Alemania.

1. Para un panorama de la actualidad del sistema jurídico penal alemán vide MADLENER, «Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán», en BUENO ARÚS/KURY/RODRÍGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (directores), GUZMAN DÁLBORA/SERRANO MÁILLO (editores), *Derecho Pe-*

La esquizofrenia de este fenómeno, desde un punto de vista político-criminal, parece recibir el amparo y legitimación de un marco teórico que aspira a la funcionalidad del Derecho penal, en detrimento de los postulados liberales y garantistas.² Político-criminalmente tampoco es fácil congeniar la expansión penal con la búsqueda de celeridad y eficacia.

Así las cosas, como dicho fenómeno no encuentra fácil acomodo en el Derecho penal material, el legislador moderno busca la solución del mismo en el proceso penal.

1.2. Consecuencia de la influencia cada vez mayor de los sistemas procesales del *common law* frente a los del *continental law*, es la adaptación constante de los principios fundamentales de legalidad³, persecución obligatoria de todos los delitos, no disponibilidad del objeto del proceso en materia penal, carga del acusador de la prueba de la culpabilidad del imputado, *nemo tenetur*, etc, a una nueva y disímil realidad⁴. Así, entre otras cosas, los sistemas europeos continentales aceptan como principios básicos los de oportunidad⁵, de discrecionalidad del ministerio público (si bien con excepciones y controles del juez o la víctima) y de negociación intra-proceso entre fiscal e indagado (como si en Europa continental existieran verdaderos procesos de partes)⁶.

Este fenómeno de adaptación procesal de figuras extrañas al proceso continental trae consecuencias negativas

no sólo para las garantías de los justiciables (desigualdad de armas, autodeclaración de la culpabilidad, prescindencia del diligenciamiento de la prueba, renuncia expresa a la revisión de la causa en apelación o casación) sino también para el Derecho penal material y el Derecho constitucional. En ese sentido, se ven afectados los principios fundamentales de *ultima ratio*, fragmentariedad, de tutela de los bienes jurídicos como fin del Derecho penal y legitimidad de la creación de tipos penales y de culpabilidad, así como el principio constitucional de presunción de inocencia.

1.3. La búsqueda de consenso entre fiscal e indagado dentro del procedimiento penal, como forma de solucionar el conflicto (abreviadamente, con o sin pena), obliga a preguntarnos, si la abreviación de etapas procesales y la negociación sobre la consecuencia jurídica que ponga fin al conflicto sin la consiguiente declaración de culpabilidad, que parecen encontrar legitimidad formal, gozan también de una justificación material⁷.

1.4. De todas estas cuestiones problemáticas que he someramente enunciado, dentro de lo que podría llamarse «soluciones de consenso», centraré mi atención en la figura de la reparación considerada como una obligación o condición que una vez cumplida por el imputado sirve para decretar el sobreseimiento y extinguir la punibilidad⁸.

nal y Criminología como fundamentos de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 837 y ss. A nivel comparado vide PERRON, «Rechtsvergleichender Querschnitt», en PERRON (Hrsg.) *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Freiburg/Br., 1995, pág. 559 y ss. También en la doctrina portuguesa hay quien hace referencia a este problema. Vide por todos FERREIRA MONTE, «Da reparacão penal como consequência jurídica autónoma do crime», en DA COSTA ANDRADE/DE FARIA COSTA/MIRANDA RODRIGUES/JOÃO ANTUNES (Organizadores), *Liber Discipulorum para Jorge De Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pág. 132.

2. En defensa de estos principios, vide HASSEMER, «Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, Heft 10, 1992, págs. 379 y ss.

3. Vide ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Ta*, Verlag Anton Pustet, Salzburg/München, 1975, págs. 14 y ss.

4. Vide SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, tecnos, 2002; «Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die «Bananenrepublik»?», *Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. am 20 Oktober 2004*, Roderer, Regensburg, 2005.

5. Vide KUNZ, *Das strafrechtliche «Bagatellprinzip». Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Duncker&Humblot, Berlin, 1984, págs. 34 y ss.

6. Vide WEIGEND, «Abgesprochene Gerechtigkeit», *JZ*, 1990, págs. 744 y ss.; HASSEMER, «Pacta sunt servanda –auch im Strafprozeß –BGH, *NJW* 1989, 2270», *JuS* 1989, Heft 11, págs. 892 y ss.

7. El legislador alemán, en los últimos años, ha concentrado su atención en la posibilidad de renunciar a la pena en aquellos supuestos que revistan poca importancia, sea por el escaso contenido del injusto o de la culpabilidad y por falta de interés público en la persecución. Sucesivas reformas del derecho material (cfr. parágrafos 46a, 56, 59 y 60 del StGB) y del formal (cfr. §§ 153 y ss. del StPO) así lo demuestran. Vide GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, Tesis de Doctorado Europeo, Universidad de Salamanca, 2006, págs. 216 y ss. En vías de publicación.

8. § 153a (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional) (1) «Con el consentimiento del inculpado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al inculpado 1. aducir una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y si no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía da al inculpado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1.º, núm. 4. La fis-

Concretamente, me interesa demostrar cómo en determinadas ocasiones la reparación puede llegar a ocupar el lugar de la pena, constituyendo un equivalente funcional de la misma, y cuando esto sucede, indicar que características debería adoptar dicha reparación para no violentar los principios materiales y constitucionales arriba mencionados.

2. Desarrollo de la cuestión

2.1. En el ordenamiento penal de Alemania la reparación cumple distintas funciones: 1) como atenuante o eximente de pena (cfr. §§ 46 y 46 a StGB); 2) como condición u obligación impuesta al condenado (cfr. §§ 56 b y 59 a StGB y § 153 a StPO); 3) como sustitutivo de la sanción penal (§§ 153a StPO; 4 AE-WGM); 4) como consecuencia jurídica autónoma en el Derecho penal de menores (cfr. §§ 10 y 15 JGG).

Aquí me interesa únicamente la reparación como **Auflage (condición u obligación)** o **Weisung (instrucción)** impuesta al condenado contenida en el § 153a StPO que la convierte en **sustitutivo de la sanción penal**.

2.2. Para que la reparación tenga naturaleza de condición, obligación o instrucción que permita la discrecionalidad del fiscal o el sobreseimiento condicionado de la causa, se requiere que la gravedad de la culpabilidad y el interés general no se opongan.

Estas figuras, que permiten la prescindencia del proceso y de la pena cuando no exista un interés público en la persecución y cuando la medida de la culpabilidad no lo impida, obedecen a los criterios de merecimiento y de necesidad de pena, que de la forma en que son utilizados por el

legislador e interpretados por la doctrina, no representan otra cosa que meros principios de economía procesal⁹.

En efecto, la facultad que tiene el Ministerio Público de no ejercer la acción pública es una clara manifestación del principio de oportunidad (cfr. §153 a.1 StPO) y la potestad que tiene el juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. §153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las «condiciones» u «obligaciones» o de las «instrucciones» de reparar material o simbólicamente el daño causado, no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la pena.

2.3. Esta discrecionalidad condicionada sólo tiene lugar en materia de mediana y pequeña criminalidad, con un ámbito de actuación que se limita a delitos conminados con penas de hasta un año de prisión o 180 días multa. El fiscal dispondrá de este beneficio procesal (con el consentimiento del presunto autor y del juez) toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente; pero una vez ejercida la acusación es el juez de la causa (con el consentimiento del presunto autor y del fiscal) quien puede disponer de este instituto¹⁰. Por tanto, se trata de una *forma del tipo consensual* que puede darse bajo una estructura triangular: fiscal-juez-acusado. Sin lugar a dudas, disposiciones como ésta permiten el desarrollo de elementos propios de una *negociación* en un proceso marcado por la legalidad, con indicios de oportunidad como los presentes parágrafos 153a y ss StPO. De todas formas conviene aclarar que este parágrafo no indica que el fiscal pueda ejercer un poder discrecional sobre la acción penal, sino que va mucho más allá, al permitir la imposición de una condición u obligación (mandato) a cambio del no ejercicio de la acción penal¹¹. Las posibilidades que otorga la norma en cuestión y el poder de disposición que ha obtenido el representante del Ministerio Público respecto

calía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del inculcado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el inculcado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el inculcado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2.º...».

9. De la misma opinión PALIERO, *Minima non curat praetor*. *Hipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, pág. 337.

10. Dice el § 153a (2) «Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculcado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobados por última vez, y al mismo tiempo puede otorgar al inculcado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1.º, inciso 1.º. Se aplican análogamente apartado 1.º incisos 2.º hasta 5.º. La solución según el inciso 1.º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4.º también es válido para una constatación que, según el inciso 1.º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas. (3) Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones».

11. La doctrina reconoce este amplio poder de discrecionalidad del fiscal y explica esta posibilidad dentro de las formas de *diversion* que tienen el objetivo de descongestionar los tribunales de causas penales que revisten poca importancia. Vide JEHL, «The Function of Public Prosecutor within the Criminal Justice System. Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study», JEHL/WADE (Eds.) *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, pág. 22.

al procedimiento, han llevado a algún autor a preguntarse si en Alemania el fiscal no se ha convertido en un **juez que actúa delante del juez** ¹².

Como ya fuera dicho, esta disposición se aplica sólo a delitos (*Vergehen*) —quedan excluidos los crímenes (*Verbrechen*)— y el plazo que se otorga para efectivizar la reparación no puede superar los 6 meses¹³. Cumplida esta obligación en tiempo, el sobreseimiento se torna definitivo (cfr. § 467.5 StPO).

Se debe destacar que la resolución del Ministerio Público de archivar el procedimiento basada en este supuesto no puede ser recurrida, así como tampoco puede ser incoada por la víctima la acción para compeler el ejercicio de la acción penal (cfr. § 172 StPO)¹⁴. Excepcionalmente, la norma permite al fiscal prescindir de la conformidad del juez (y del imputado) en aquellos casos en que se ha producido un delito menor y la pena del mismo no se encuentra elevada o alzada en el mínimo y, además, siempre que las consecuencias ocasionadas sean mínimas o insignificantes. Estos supuestos, en los cuales el fiscal puede no iniciar el caso sin requerir la confirmación judicial, han sido duramente criticados por la doctrina, en el entendido que podrían poner en duda la constitucionalidad de los mismos, en cuanto se conceden al fiscal facultades de juzgar que le son ajenas a sus funciones y atentan contra la separación de poderes¹⁵.

3. Importancia práctica y peligro teórico del parágrafo 153a StPO

3.1. La importancia de una norma como el parágrafo 153a StPO radica en que es la disposición procesal que

permite, en la praxis, la más rápida posibilidad de acceder a la reparación del daño ocasionado. Sin embargo, su dificultad reside —desde el punto de vista de las garantías— en que su naturaleza jurídica no puede ser entendida como una sanción formal, sino como una forma de desviar el cauce normal de un proceso¹⁶.

El legislador ha pretendido mediante esta norma solucionar problemas de la pequeña criminalidad, aquella en la que acciones reparadoras del daño social causado, junto a la escasa culpabilidad del autor, permiten —siempre que no se pongan motivos de prevención general— evitar el proceso (o suspenderlo provisionalmente) en cuestiones de mínima cuantía. Estos casos son los que generalmente el juez resuelve con una pena de multa, por lo que, en ese sentido, de imponerse (y ser aceptada) una orden de reparación (cfr. § 153 a.1 StPO) o de pagar una suma a una institución de interés público (cfr. § 153 a.2 StPO) se estará dando un mejor destino al dinero que el que recibe con la pena de multa ¹⁷.

Entiendo que otorgar la facultad al fiscal de no interponer la acción pública en ejercicio del principio de oportunidad (cfr. 153 a.1 StPO) o al juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. 153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las *obligaciones, condiciones (Auflagen) o instrucciones (Weisungen)* no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la pena. Es decir, el problema central no radica en que pueda simplificarse una causa penal con el consentimiento de los implicados, sino que a esta «negociación» entre la Administración de Justicia y el presunto culpable, no se le reconozca su verdadera naturaleza jurídica.

12. Vide KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Duncker&Humblot, Berlin, 1980, págs. 61 y ss. Es así que el fiscal puede suspender provisionalmente la iniciación del proceso, siempre que el presunto delincuente —entre otras posibles obligaciones— se decida a reparar el daño causado a la víctima. Esta opción no ha estado libre de críticas, principalmente, de algunos penalistas que se oponen a las soluciones formales para los problemas del Derecho penal material. Vide NAUCKE, *Gutachten 51. DJT*, 1976; págs. 24 y ss; KUBINK *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002, pág. 465. Incluso se ha dicho que podríamos estar frente a una disposición normativa que beneficia sólo a los autores con poder adquisitivo. Vide TIEDEMANN, *ZStW*, 86, 1974, pág. 302; WALTER, *ZStW*, 95, 1983, pág. 32, cit. por KUBINK, *Strafen und ihre Alternativen*, cit, pág. 466. Por todo ello, además, existe un peligro de comercialización del Derecho penal, donde se ofrece la posibilidad de «comprar la libertad». Vide SCHMIDHÄUSER, «Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?», *JZ*, 28. Jg., 17, 1973, págs. 529 y 532.

13. Según el parágrafo 12.2 StGB: «*Delitos son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad inferior o con multa*». La pena inferior a la que hace referencia es de un año. La limitación a los *Vergehen* indica que quedan excluidos de esta disposición los crímenes (*Verbrechen*). Según el parágrafo 12.1 StGB: «*Crímenes son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad, cuyo mínimo es de un año o más*».

14. Vide en castellano ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 47; AA.VV. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), Dirección de Mireille Delmas-Marty, trad. De Pablo Morenilla, Edijus, 2000, pág. 91

15. Vide HIRSCH, «Zur Behandlung der Bagatelkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. —Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft—», *ZStW*, 1980, págs. 230 y ss; SALIGER, «Grenzen der Opportunität: § 153a stop und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001», *GA*, 3/2005, pág. 160.

16. En todo caso, se trataría de sanciones informales en el sentido del movimiento de *diversion*, cuya finalidad político criminal es la evitación del proceso penal y las sanciones tradicionales. Vide TAMARIT, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa, Fundació Jaime Callís, Barcelona, pág. 43.

17. No puedo decir lo mismo de la disposición del § 153 a.2 StPO que refiere a pagar un importe a favor del Tesoro público.

3.2. Conceptual y técnicamente no estamos frente a un castigo en sentido jurídico, sin embargo, desde un punto de vista fáctico, tras el acto de reparación el autor es eximido de una acusación formal, de un debido proceso y de un antecedente penal¹⁸.

En los hechos, la imposición de la condición, la obligación o la instrucción de reparar permitirá —en un determinado plazo de tiempo que puede ir de 6 meses a 1 año—¹⁹ la discrecionalidad fiscal o el archivo de la causa penal, en ambos casos, como si el delito no se hubiera cometido.

3.3. En la praxis, en cuanto refiere a los delitos cometidos por mayores de edad, tanto el Ministerio Público como el Juez no solicitan con frecuencia la reparación o la conciliación entre autor y víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), cuando tienen la posibilidad de hacerlo²⁰. Asimismo cuando éstos se deciden por la reparación se limitan a la solitud de la reparación del daño material.

El sobreseimiento condicionado es bastante utilizado por los operadores penales alemanes²¹ sin embargo, éstos

no recurren a la reparación del daño como condición u obligación a imponer al autor²² sino que se inclinan, generalmente, por el pago de una suma de dinero a una entidad de beneficencia pública, puesto que se entiende que con mayor facilidad determinados delincuentes podrán hacer frente a pagos cuasi simbólicos que a la reparación del daño causado a la víctima. En realidad se pretende no exigir al autor con condiciones, obligaciones o instrucciones que sean de difícil realización, porque la finalidad político-criminal de esta figura es el descongestionamiento de la Administración de Justicia. Es decir, la condición u obligación de reparar debe permitir que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo²³.

Como surge de las estadísticas que abarcan desde 1993 al 2002 (cfr. nota de pie 19), en todos estos años, la condición u obligación (*Auflage*) impuesta al inculcado en casi el 90% de los casos fue la de pagar una cantidad de dinero a una entidad estatal, como si se tratara de una pena de multa.

3.4. Así las cosas, esta figura que a pesar de las críticas de la doctrina²⁴ es tan utilizada por la praxis alemana en beneficio de la celeridad de la Administración de Justicia y de las arcas estatales tiene una consecuencia muy nega-

18. En palabras de WALTHER: «Technically, none of these orders constitute «punishment» in the legal sense. Hence, the accused will be spared not only a formal accusation and trial but also a criminal record; he or she continues to enjoy the legal benefits of the presumption of innocence». Vide S WALTHER, «Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation», en *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, ESER/RABENSTEIN (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pág. 371.

19. No obstante, según el § 153a StPO, la reparación como condición, obligación o instrucción puede ser realizada en un plazo que varía entre seis y nueve meses. Vide SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pág. 119.

20. En cifras que provienen de la StBA Staatsanwaltschaften (*Arbeitsunterlage*) 1993 bis 2001 (ab 1995 mit NBL), jew. Tab. 2.2; Prozentuierungen nach eigener Berechnung, podemos indicar que los Fiscales alemanes en 1999 instauraron 4.495.556 procesos de investigación (*Ermittlungsverfahren insgesamt*), de los cuales acusaron (*Anklagen*) en 547.564, sobreseyeron en 241.296 (*Einstellungen § 153a StPO*), aplicaron penas de multas (*Geldbetrag*) en el 85,1% de los casos (205.366), trabajos en beneficio de la comunidad (*Sonstige gemeinn. Leistungen*) en el 1,4% (3.319) y reparación (*Wiedergutmachung*) en el 4,7% (18.147). En el año 2000 las cifras decrecieron, respecto a la *Wiedergutmachung* a un 6,5% (16.451) de 4.447.024 procesos de investigación y 545.274 acusaciones. En lo que respecta al sobreseimiento del § 153a StPO se aplicó en 252.274 casos. La pena de multa se aplicó en el 86,2% (217.323) y el trabajo en beneficio de la comunidad tan solo en el 1,3% (3.181). Ese año comenzó a regir la posibilidad de la *Täter-Opfer-Ausgleich* (T-O-A) del § 153a Nr. 5 como una orden o instrucción (*Weisung*), aplicándose en el 0,9% de los casos (2.269). En el año 2001 de 4.555.675 procesos investigados, se acusó en 561.314, habiendo sido sobreseídos 258.797, aplicadas multas en el 80,5% (208.379), trabajos en beneficios de la comunidad en el 1,1% (2.797), *Wiedergutmachung* en el 6,3% (16.246) y T-O-A en el 1,0% (2.548). Por su parte, según datos que surgen de la práctica de los Tribunales StBA-Strafgerichte (*Arbeitsunterlage*) 1989-2001 (ab 1993 mit NBL), jew. Tab. 2.3; 4.3, 5.3, 7.3. Additionen und Prozentuierungen nach eigener Berechnung, que en 1999, 2000 y 2001 se tramitaron respectivamente 1.038.887, 1.032.664 y 1.019.554 procesos; de los cuales fueron sobreseídos en aplicación del § 153 StPO 81.459, 77.453 y 76.009 casos; mientras se aplicaron penas de multa en el 81,1% (66.065), 79,9% (61.885) y 77,9% (59.238); habiéndose producido reparación o *Wiedergutmachung* en el 9,0% (7.347), 10,1% (7.848) y 11,5% (8.707). En lo que respecta a la T-O-A, comenzó a aplicarse en el 2001 habiéndose solucionado por esta vía un 0,5% (372) de los procesos instaurados. Agradezco a MICHAEL KILCHLING del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional la aportación de material estadístico.

21. En particular, en delitos económicos y criminalidad de cuello blanco, como forma de evitar el juicio en aras de mayor eficacia y celeridad. Una norma que resulta ya imprescindible en el ordenamiento alemán. Vide WEHNERT, «Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachepraxis in staatsanwaltshaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht», en StV, 4, April 2002, págs. 221 y s.

22. Vide KEUDEL, «Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleich. Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein», Weisser Ring, 2000, págs. 63 y ss, pág. 219.

23. Vide RIEÄ, «Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO», ZRP, 1983, págs. 93 y ss. Se habla de cifras que superan el 90% para la obligación de pagar una suma de dinero a instituciones de beneficencia y de poco más del 0,5% para la reparación del daño. Entre otros KAUSCH, «Der Staatsanwalt», cit, págs. 115 y ss.

24. Especialmente, por el hecho de haber legalizado la posibilidad de imponer sanciones penales, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser cali-

tiva para las garantías y principios liberales del sistema, pues, por medio de la reparación efectivamente cumplida se habrá compensado el injusto y sin embargo, **el acto de reparación que compensa el injusto se realiza bajo el amparo constitucional de la presunción de inocencia.**

Por tanto, el cumplimiento de esa condición, obligación o instrucción habrá cumplido con los fines de la pena en casos de escasa culpabilidad y que no requieran de un castigo por motivos de prevención general, pues de otra forma, no se entiende cómo podría verse un presunto autor liberado de una pena (o medida de seguridad) tras la realización de un «mandato» fiscal o judicial (dependiendo de las circunstancias) consentido por el indagado.

Quiero expresar con esto que no se puede dejar de reconocer que estas «medidas coercitivas» con las que el supuesto autor concuerda o consciente tendrían naturaleza jurídica punitiva, convirtiendo la reparación en una figura que permite prescindir de la pena. A su vez, estas «medidas coercitivas» prescinden de la carga de la prueba de la culpabilidad, perjudicando la situación del presunto reo²⁵. Sólo en algunas situaciones, la no incoación del proceso

—potestad del Ministerio Público—²⁶ o la suspensión del proceso y su desviación hacia otras instancias —potestad del juez— beneficiaría a sujetos cuya culpabilidad hubiera sido fehacientemente probada y, posiblemente, merecedora de castigo²⁷.

4. Naturaleza jurídica de las condiciones, obligaciones o instrucciones

4.1. La naturaleza de las condiciones, obligaciones o instrucciones es controvertida, así se habla de *medidas cuasi penales* («*strafähnliche Maßnahmen*»)²⁸ o de *sustitutos de la pena encubiertos* («*verkappte Ersatzstrafen*»)²⁹ que en definitiva permiten una compensación del injusto. Por tanto, no se puede negar que las mismas contienen un carácter normativo sancionador (retributivo y/o preventivo).

Las condiciones u obligaciones (*Auflagen*) exigen la obligación de reparar el daño, de pagar una suma de dine-

brada según dispone el § 46.2 StGB, sino que lo criticado, es que no haya una declaración previa de la misma antes de imponer obligaciones al inculcado. Además, se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en vista de las extraordinarias facultades que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico. Vide PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 111. De otra opinión, HÜNERFELD, entre otras razones, por motivos de economía procesal, pero además, porque abre el camino a la posibilidad de encontrar una reacción penal menos estigmatizante para la pequeña criminalidad y los autores no peligrosos. Vide HÜNERFELD, «A pequeña criminalidade e o processo penal», *RDE*, IV, n° 1, Janeiro-Junho 1978, pág. 38.

25. No se olvide que la desviación a instancias informales puede traer a colación una mayor y continua represión (o vigilancia) que con el proceso tradicional y con las sanciones formales. El peligro, del que ya se ha percatado parte de la doctrina alemana, radica en que este desvío de la condena formal hacia un modo informal de sanción puede crear el llamado *net widening* o extensión del castigo informal hasta personas que en un juicio formal hubieran obtenido un archivo del proceso sin ulteriores consecuencias (cfr. § 153 StPO) o la absolución. Vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, renovada y ampliada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, pág. 807. Pero el mayor perjuicio se causa cuando el presunto autor repara el daño sin haber sido culpable del mismo.

26. Tan amplia potestad de decisión y ejecución, en algunos casos notorios y comprometidos, puede llegar a ser inconveniente pues, en definitiva, se está otorgando a un funcionario administrativo generalmente vinculado al gobierno la opción de decidir el futuro de tales procesos penales; circunstancia que puede denunciarse como una ingerencia de lo político respecto de la acción penal y la materia judicial. Máxime si consideramos que en Alemania no hay una Policía Judicial que dependa directamente del juez de instrucción (como sucede en España), sino que también, la policía alemana depende directamente del Poder Ejecutivo y es la encargada de la fase de investigación. Al menos, en Alemania la Policía no tiene la facultad de la policía norteamericana de decidir por sí misma qué autores pasan a la justicia ordinaria y cuáles a procesos de *Diversion*. Sobre el tema, ELSNER/PETERS, «The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System», en JEHLE, JÖRG-MARTIN/WADE, MARIANNE (Eds), *Coping*, cit, págs. 207 y ss; 224 y s.

27. Uno de los casos más notorios resueltos según el § 153 a StPO por el StA de Bonn relacionó al ex Canciller alemán Helmut Kohl con una presunta malversación de fondos, llevada a cabo mediante la tergiversación de la contabilidad oficial, mediante la cual el partido del canciller, la Unión Cristiana Democrática (CDU) se benefició ilícitamente de subvenciones públicas. Esta solución dejó serias dudas en el *Landgericht* de Bonn acerca de la culpabilidad del ex Canciller, quien en todo momento se negó a mencionar los nombres de los donantes de su partido, aduciendo razones políticas como excusa para no colaborar con la justicia, lo que de por sí hubiera ameritado la interposición de la acusación formal. Este caso cuestiona el respeto del principio de igualdad al momento de proponer soluciones distintas al proceso penal, considerando la posición social o política del presunto autor. Vide LG Bonn, *Beschluss vom 28.2.2001*— 27 AR 2/01, *NSiZ*, 2001, págs. 375 a 379. Con mayor extensión, vide HAMM, «Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert», *NJW*, 2001, Heft 23, págs. 1695 y s. Sobre el caso en particular, vide VELTEN, «Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung», *NJW* 2000, Heft 39, págs. 2852 a 2857. Recientemente SALIGER, «Grenzen der Opportunität», cit, págs. 155 y ss.

28. Vide en referencia a dichas medidas (*Auflagen* und *Weisungen*) en relación al parágrafo 56b StGB, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25 Auflage, Beck, München, 2004, pág. 343.

29. Según SCHMIDHÄUSER, cfe. H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Duncker&Humblot, Berlin, 1994, pág. 451.

ro a instituciones de utilidad pública o a la Hacienda estatal o, finalmente, la de realizar tareas de utilidad pública, sin respetar los principios sancionadores del Derecho penal material.³⁰ La única condición exigida por el legislador es que las mismas no conlleven *exigencias desalentadoras para el autor*. Por su parte las instrucciones (*Weisungen*) generalmente obedecen a una política de rehabilitación y se utilizan con una finalidad preventiva en casos de personas que no llegan a los 30 años de edad (*Jungerwachsenen*)³¹.

4.2. El sistema penal portugués ha admitido en el art. 281 CPPP una norma procesal penal muy similar al parágrafo 153a StPO. En la doctrina portuguesa DA COSTA ANDRADE considera a las *injunções e regras de conducta* contenidas en el art. 281 CPPP como «*equivalentes funcionales de una sanción penal*», pero, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo «*trata-se aqui de uma sanção no penal a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena nem a correspondente comprovação da culpa*»³². Siguiendo la línea de pensamiento propuesta por ROXIN, este autor se basa en la voluntariedad de la aceptación del imputado respecto a la realización de determinadas obligaciones o tareas que pueden llegar a limitar sus derechos sin que dicha aceptación conlleve una asunción de responsabilidad.

Para ser consecuente con su posición DA COSTA ANDRADE explica con buen criterio que la realización de dichas obligaciones o tareas dejan intacto el principio de presunción de inocencia, lo que le obliga a consentir que «*as injunções e regras de conduta têm de se orientar privilegiada ou exclusivamente para fins de prevenção*. A ideia de retribuição está, além do mais, excluída, por carência dos respectivos pressupostos de legitimação material»³³.

4.3. Considero que difícilmente pueda tratarse de equivalentes funcionales de una sanción jurídico-penal si las mismas se sustentan en un fundamento dogmático que no guarda relación con las penas o las medidas de seguridad. Justamente, por tratarse de equivalentes funcionales de la sanción jurídico-penal deberían someterse a un juicio de equivalencia judicial con las primeras, y para ello, debido a una exigencia del principio de legalidad, tales equivalentes deberían estar previamente delimitados en el catálogo respectivo de consecuencias jurídico-penales.

Al no figurar estos supuestos *equivalentes funcionales* de una *sanción penal* ni en el Código Penal alemán ni en el portugués, no se podrían denominar de esta forma sino —como aquí se sostiene— estaríamos frente a meras *liberalidades* del presunto autor.

Así las cosas, en mi opinión, el problema debería centrarse en una cuestión de coherencia sistémica que puede resumirse en unas pocas preguntas: ¿cómo puede aceptarse la realización de determinados actos, por ejemplo, de reparación en beneficio de la víctima o de la sociedad que significarán limitación de derechos y que permitirán suspender y/o archivar la causa penal, prescindiendo —incluso— de una pena, sin que ello guarde relación con la culpabilidad por el hecho realizado? Pero, además, ¿cómo puede el sistema penal aceptar que dichos actos de reparación puedan cumplir con los fines de la pena y prescindir de la pena, sin que figuren entre las consecuencias jurídicas del delito? Y ¿cómo pueden cumplirse los fines de la pena si la persona que realiza los actos de reparación no asume la responsabilidad por el hecho (no reconoce su culpabilidad) y dicha culpabilidad no es comprobada o reconocida judicialmente? Es decir, este tipo de soluciones procesales basadas en el principio de oportunidad y que tienen el objetivo de descongestionar el aparato administrativo de justicia, no pueden ser consideradas *equivalentes funcionales de la pena* si no constan en el catálogo jurídico de sanciones o de alternativas a la punición, y si no solucionan los problemas de merecimiento de pena.

Se puede concluir, entonces, que las condiciones, obligaciones o instrucciones son meras *liberalidades* del presunto culpable que tienen el claro objetivo de desvincularse del problema penal y que no pueden guardar ninguna relación o referencia con la culpabilidad de un sujeto amparado en la presunción de inocencia.

5. Reparación y sobreseimiento

5.1. De todo lo dicho hasta el momento, debe quedar en claro que la figura del sobreseimiento a cambio de la realización de medidas (por motivos de falta de interés en la punición, cfr. § 153a StPO) no sería la opción más indicada para ubicar a la reparación en el sistema penal, entre otras cosas, porque violenta una serie de principios fundamentales del Derecho penal material y porque, además, políticamente forma parte de una *contraditio in terminis*, pues, si falta el interés general en la persecución o en

30. Vide SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1982, pág. 450.

31. Vide H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit, pág. 455.

32. Vide DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», en *Jornadas de Directo Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 353.

33. *Ibidem*, pág. 354.

el castigo, entonces, no puede aplicarse ningún tipo de medida que guarde relación con el hecho cometido.

El sobreseimiento parte de la idea rectora de que el sujeto no merece ser penado, sea por falta de elementos de convicción de la comisión del delito, por existir causas que eliminan o justifican el injusto (atipicidad, justificación), que excluyen la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, miedo insuperable) o por falta de pruebas. Y por ello, entiendo que debería diferenciarse la posibilidad de sobreseer por falta de merecimiento de pena de la posibilidad de archivo del proceso por falta de interés general en la persecución o en el castigo, puesto que el primer tipo de sobreseimiento guarda relación con el merecimiento de pena y el segundo, está vinculado con la necesidad de pena.

5.2. La reparación impuesta como condición, obligación o instrucción cumple con la función de compensar el injusto y realizar los fines de la pena, sin una previa declaración de culpabilidad. Por tanto, corresponde ahora determinar qué condiciones debería reunir la reparación para compensar el injusto sin violar el principio constitucional de inocencia. Esta explicación me conducirá a la tesis planteada al comienzo de que la reparación se convierte en un *equivalente funcional de la pena*.

6. Reparación como equivalente funcional de la pena

6.1. El sistema penal orientado a la prevención tiene el límite de la «gravedad del hecho», que tiene que diferenciarse del «perjuicio» sufrido por la víctima u otros perjudicados por el delito³⁴. En sentido penal la reparación no pierde vinculación con la entidad del daño, sin embargo, ella se relaciona con la gravedad de la infracción desde la perspectiva de la dañosidad social, atendiendo para ello a la función del Derecho penal y a los criterios de merecimiento y necesidad de la pena³⁵.

Si la prevención es el fin a perseguir con la imposición y ejecución de la pena y la función principal del Derecho penal se limita a la solución del conflicto (del modo menos violento), la reparación, entonces, debe servir a finalidades de naturaleza social (víctima potencial)³⁶ que, generalmente, trascienden de la indemnización o del resarcimiento del daño (víctima directa)³⁷. De esta forma, si se amplía el concepto de reparación más allá del concepto material de daño y de la indemnización del ofendido, para que abarque los criterios y principios de la justicia penal material, se puede aceptar sin inconvenientes a la reparación como una forma de intervención penal incluso para **delitos que no han tenido como consecuencia un daño concreto, una víctima directa o que han quedado en la fase de tentativa**³⁸.

34. Vide GARCÍA ARÁN, «Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?», en *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO (Coords.), Castilla-La Mancha, 2003, pág. 191. Sobre la cuantificación del daño en materia de compensación o indemnización vide AUDET/KATZ, *Précis de victimologie générale*, Dunod, Paris, 1999, págs. 475 y ss; SÁINZ-CANTERO, *El ilícito civil en el Código Penal*, Comares, Granada, 1997; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, especialmente, págs. 107 y ss.

35. En ese sentido, el Código del Proceso Penal de Portugal de 1929 establecía un criterio específico de determinación cuantitativa de reparación, con un evidente fundamento jurídico penal. Según el art. 34.2 CPPP de 1929, la reparación debe atender en primer lugar a la gravedad de la infracción y a la culpa del delincuente antes que al daño civil (sea material o moral). Vide FIGUEIREDO DIAZ, «Sobre a Reparação de Perdas e Danos arbitrada em Processo Penal», en *Estudios «in Memoriam» do Prof. Doctor José Beleza dos Santos*, Coimbra, 1966, págs. 113 y ss; de otra opinión, RIBEIRO DE FARIA, quien recoge las críticas que los autores alemanes en la década del 60 hacían al proceso de adhesión, considerando la reparación del daño una «perturbación» del proceso penal, que tenía que resolverse por el CC. Vide J RIBEIRO DE FARIA, «Da reparacão do prejuizo causado ao ofendido. Reflexões à luz do novo Código Penal», *Para uma nova justiça penal*, Almedina, Coimbra, 1983, págs. 157 y ss. El mismo autor, no muchos años después, considerando una vez más el avance de la doctrina alemana y la reforma total del sistema penal portugués, reconoce los aspectos penales y civiles de la reparación. Vide J RIBEIRO DE FARIA, «Ainda a indemnização do lesado por crime», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 414 y ss. La reforma procesal que dejó sin efecto dicha norma —que otorgaba a la reparación una naturaleza sancionadora delimitada por el juez, según criterios de naturaleza penal que permitían cumplir con los fines de la pena—, fue criticada por FIGUEIREDO DIAZ, pues, en atención al rumbo que ha tomado la doctrina alemana —respecto a la consideración de la reparación como una *tercera vía*—, la misma hubiera servido de precedente. Vide FIGUEIREDO DIAZ, *Direito Penal português. Parte Geral II –As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, 1993, pág. 78.

36. Vide sentencias del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 20, pág. 323 (331); 45, pág. 187 (259, 260); FRÜHAUF, *Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis*, Verlag Dr. Mannhold Gelsenkirchen, Juristische Schriften, t. 42, 1988, pág. 259.

37. Vide FIGUEIREDO DIAZ, «Sobre a Reparação de Perdas e Danos», cit. pág. 117. De similar opinión SCHMITZ-GARDE, JULIA, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006, págs. 9 y s.

38. Vide FREHSEE, „*Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*“, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, pág. 169; MEIER, „Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im allgemeinen Strafrecht“, JuS 1996, Heft 5 págs. 439 y ss.

Por todo ello, la naturaleza de la reparación debe ser diferenciada de la naturaleza de la indemnización y, según entiendo, sus conceptos no deberían utilizarse como sinónimos³⁹.

6.2. Un concepto normativo-penal de reparación se relaciona con la búsqueda de la paz jurídica por medio de la asunción voluntaria de la responsabilidad y del consenso. Al considerar la reparación a partir de la norma penal, ésta debe de ser entendida como una meta racional y verificable del Derecho penal, debiendo ponderarse que su inclusión como medio de intervención penal en el conflicto no resienta los fines de la pena y que se admita la posibilidad de que las partes involucradas puedan tener mayor participación al momento de la solución del conflicto. De esta forma la reparación a través del consenso permite no sólo la consecución de la paz jurídica sino también de la paz social. Esta circunstancia puede luego ser interpretada por la doctrina como un derecho de la víctima a la obtención de una solución integral del conflicto o como un derecho del supuesto autor a realizar

un *comportamiento positivo posterior* que le reporte algún beneficio material o procesal⁴⁰

6.3. El *comportamiento positivo posterior* no puede consistir en la satisfacción de una deuda patrimonial por parte de un tercero (como puede suceder en la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*), sino que tiene que provenir de la voluntariedad del autor, quien asume la responsabilidad de sus actos demostrando un positivo efecto resocializador y preventivo general de reconocimiento del valor de la norma como pauta de comportamiento⁴¹. La reparación en sentido penal va más allá del daño patrimonial, abarca el daño social e influye en la cuantificación o la exoneración de la pena⁴².

Esto significa, por lo menos, que la reparación tiene una naturaleza mixta, que incluye tanto la reparación del ofendido como la reparación de la colectividad; esto es, se trata de un instituto con características preventivo-sancionatorias que sirve para reparar en todos los casos el daño social⁴³.

39. De otra opinión FONDAROLI, „Die Wiedergutmachung: Strafausschließungsgrund oder neue „Strafobligation“?«, en *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden*. MOMSEM/BLOY/RACKOW (Hrsgs), Lang, 2003, págs. 29, 30, 35.

40. Vide DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León Secretaría de Publicaciones, 1985. Dicho *comportamiento positivo posterior* (reparación) obtiene del legislador la posibilidad general de atenuar la pena y la especial de eximir de pena en determinadas figuras de la parte especial. Para un sector de la doctrina, se trata de una decisión de política criminal (como sostienen los partidarios de la teoría del estímulo), que inspirada en la propuesta de VON LISZT de tender «un puente de oro» hacia la impunidad para quien desiste de una ejecución, ofrecen determinadas formas de motivación para que no se consuma la tentativa. Vide FARALDO, «El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: Las causas del levantamiento de la pena», en *RPCP*, 10, 2000, págs. 134 y ss. Esta autora se encuentra en una posición crítica con esta teoría por entender que las promesas de impunidad son ignoradas por la población y, sostiene, que el mismo efecto que podría obtener la impunidad lo ofrece una simple atenuación. Vide FARALDO, *Ibidem*, pág. 143. No comparto esta opinión, porque no se condice con la propia naturaleza de las cosas, pues, no representa el mismo estímulo en un potencial autor una promesa de atenuar un castigo que una promesa de no imponer un castigo. Las críticas deberían orientarse en otra dirección, por ejemplo, que los fundamentos del desistimiento se basen en los fines de la pena, es decir, en la no necesidad preventiva de pena y no en meras decisiones de oportunidad política que se pretenden disfrazar como una racional orientación político-criminal. En mi opinión, nada obsta a que se adopte una orientación racional que unifique aspectos de la teoría de los fines de la pena con aspectos político-criminales, mientras que estos no constituyan el fundamento del *comportamiento positivo posterior*. Vide sobre el tema GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 153 y ss.

41. El mero temor al proceso penal como motor de la conducta positiva posterior puede justificar una exención de pena por motivos de política criminal, pero no puede ser reconducido a los fines de la pena, en especial al fin preventivo especial-resocializador. De modo que para que un *comportamiento positivo posterior* que permita una atenuación o exención de pena pueda conectarse con los fines de la pena, se requiere de una *aceptación de responsabilidad* que será ponderada por el legislador (previamente) y el juez (*a posteriori*) a modo de *incentivo político criminal*, a través de la consideración de su comportamiento a la luz de la teoría de los fines de la pena. Para ello, el *comportamiento positivo posterior* debe haber sido realizado *voluntariamente*, pues, sólo de esta forma puede ser vinculado con los fines de la pena y la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos.

42. Según WALTER la reparación, sería entonces, la única consecuencia con capacidad para sustituir a la pena ya que las restantes no representan una verdadera alternativa a la pena que pretenden sustituir. Vide WALTER, „Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität. Zur kriminologischen, kriminalpolitischen und insbesondere dogmatischen Bedeutung von Diversion«, *ZStW*, 95, 1983, pág. 55.

43. El daño social causado por el delito, puede afectar a una persona en particular, la cual tiene la posibilidad de intervenir en el proceso penal en defensa de su interés o sus derechos, pero además, atenta contra la generalidad al lesionar el ordenamiento jurídico. Es decir, el daño social es aquel que deriva del bien jurídico afectado (desvalor de resultado) y del modo en que se ha producido la conducta delictiva (desvalor de resultado). Este daño que interesa al Derecho penal es aquel que atañe a la generalidad y que no puede ser solucionado de forma privada por un acuerdo de restitución o compensatorio entre el autor y la víctima. La reparación en sentido penal no sólo repara a la víctima directa sino que lo hace también respecto a las víctimas potenciales. Vide por todos AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1972, págs. 368 y s.

Por ello es que la reparación puede compensar el injusto, permitir la discrecionalidad fiscal o la extinción de la punibilidad por medio del sobreseimiento y en definitiva cumplir la misma función que la pena⁴⁴.

6.4. Si consideramos, como FIGUEIREDO DIAS, en relación con la categoría de la punibilidad que «qualquer que seja o nome que ao conceito se confira, é atinente já não à doutrina do facto ou do crime, mas à da consequência jurídica ou da pena»⁴⁵ entonces, si la verificación de la punibilidad depende en definitiva de la efectiva aplicación de una pena, la figura de la reparación, entendida de esa forma, **sólo puede encontrar su lugar sistemático en la punibilidad y relacionarse con los fines de la pena**⁴⁶.

6.5. Así las cosas, si asumimos que la reparación puede cumplir con los fines de la pena, hay que definir si ella tiene naturaleza punitiva, si constituye un nuevo fin de la pena, si debe ser reconducida a las penas o las medidas de seguridad, o sí, por el contrario, constituye una nueva vía sancionadora.

Para responder a esta pregunta hay que hacer referencia a la dogmática alemana contemporánea, pues, a nivel de

doctrina, viene ganando adeptos la propuesta de convertir a la reparación en una *tercera vía* punitiva entre las penas y las medidas de seguridad⁴⁷.

De las cuestiones aquí indicadas sólo haré referencia a la reparación como una *tercera vía* punitiva, especialmente, en relación a su repercusión en la categoría de la culpabilidad.

7. ¿Es la reparación una tercera vía?

7.1. En opinión de ROXIN, la reparación tiene naturaleza punitiva pero no constituye un nuevo fin de la pena sino que colabora con el restablecimiento de la paz jurídica a favor de la finalidad preventiva general integradora⁴⁸ y su fundamento dogmático residiría en el principio de subsidiariedad⁴⁹.

Atento a su naturaleza punitiva, la *tercera vía* dice entrar su lugar en el sistema penal dentro del catálogo de sanciones, pero no se funda ni en la culpabilidad ni en la peligrosidad del autor, sino en principios de política criminal⁵⁰. Por ello, se considera que la reparación no puede ser reconducida ni a las penas ni a las medidas porque ésta no es ni una pena ni una medida de seguridad, sino una medi-

44. Considero que la reparación debe ser justipreciada por el juez al momento de individualizar la pena, de modo que la circunstancia modificativa de la pena se relaciona con el hecho (aunque perfecto) y con el autor (quien da muestras de una menor peligrosidad e indicios de resocialización). Entonces, el juez al momento de la elección de la clase y la cantidad de pena, dentro del «espacio de juego» (*Spielraumtheorie*) deberá valorar tal circunstancia considerando los fines preventivos que informan al Derecho Penal, sin descuidar el límite de proporcionalidad que surge del principio de culpabilidad. Serán, por ello, razones de política criminal las que indiquen esa menor carga de pena, valorada desde la proporcionalidad (aquí su relación con el hecho), los fines preventivos de la pena (aquí su relación con el autor y con la sociedad), pero, también, desde el principio de necesidad. Así las cosas, cabe precisar que es en la punibilidad donde debe ubicarse a los comportamientos posteriores al hecho delictivo, pues ellos escapan a los elementos constitutivos del delito y se relacionan con los fines de la pena.

45. Vide DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2004, págs. 626 y s.

46. Vide FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, cit, págs. 46 y s; SEELMANN, «Strafzwecke und Wiedergutmachung», en *Straffälligkeit und Wiedergutmachung*, Katholische Akademie Trier, Trier, 1981, pág. 150; S WALTHER, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000. De otra opinión ALASTUEY, «La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales», Tirant monografías 165, Valencia, 2000, págs. 247 y s; GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tirant, Valencia, 1998, págs. 40 y ss.

47. Vide BAUMAN, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992; ROXIN, «Fines de la pena y reparación del daño», SCHÖCH, «Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter, 2001; SEELMANN, «Strafzwecke», cit, págs. 154 y ss. En España SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», *PJ*, n° 45, 1997, págs. 197 y ss. En Portugal FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. As consequências jurídicas do crime*, cit, pág. 78; M RIBEIRO DE FARIA, «A reparação punitiva – uma «tercera via» na efectivação da responsabilidade penal?», en DA COSTA ANDRADE/DE FARIA COSTA/MIRANDA RODRIGUES/JOÃO ANTUNES (Orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias Liber Discipulorum*, pág. 263; FERREIRA MONTE, «Da reparação penal», cit, págs. 140, 154 y s.

48. Vide ROXIN, «Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem», en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. BADURA/SCHOLZ (Hrsg), München, 1993, pág. 48

49. Vide ROXIN, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 19 y ss; «Fines de la pena y reparación del daño», trad. Julio Maier y Elena Carranza, De los delitos y las víctimas, ad-hoc, 1992, pág. 146.

50. Vide GALAIN PALERMO, «¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin», ONTIVEROS/PELAEZ (Coords), Libro Homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, Tomo I, INACIPE, México, 2003, págs. 493 y ss.

da penal independiente que contiene elementos del Derecho civil y cumple con los ya conocidos fines de la pena⁵¹.

7.2. La reparación como *tercera vía* punitiva trae consecuencias no sólo para la teoría de la pena sino también para la teoría del delito. De la propuesta dogmática de ROXIN sobre la teoría del delito⁵², hay que destacar que la categoría *culpabilidad* no es más que un mero antecedente de la categoría *responsabilidad*, pues no importa tanto el reproche del mal acto como que el problema jurídico se solucione a través de una imputación individual. La culpabilidad se convierte —junto a otros elementos— en un fundamento de la responsabilidad y una condición de la punibilidad, y en particular, la responsabilidad vendría a ser la última de las condiciones que tiene que reunir la conducta típicamente antijurídica y culpable para ser punible, o dicho de otra forma, será la «responsabilidad» finalmente la categoría que permita «responsabilizar» al sujeto y aplicarle una pena. De esta forma, la responsabilidad deberá cumplir una función que en la teoría del delito estaba reservada a la culpabilidad, esto es, la de comprobar si el autor es merecedor de la pena⁵³. Entiende ROXIN que la función de la culpabilidad debe centrarse en la limitación de la intervención estatal al momento de determinar la pena y con ello, se niega a la misma su condición fundamentadora del castigo⁵⁴.

En mi opinión, sin embargo, no sólo la culpabilidad juega un papel más importante que el que le asigna ROXIN (siguiendo un razonamiento lógico, ella tiene que servir de fundamento para luego poder actuar como límite de la pena) sino que la punibilidad no es un requisito general de cuya verificación dependa la aplicación de una pena⁵⁵. La punibilidad, o mejor dicho, las condiciones que por razones de política criminal impiden la aplicación de una pena son excepcionales y están especificadas en el Código Penal; pero, además, ellas no guardan relación con la teoría del delito sino con la teoría de la pena⁵⁶. El hecho de que en la teoría del delito y de la pena (o de las consecuencias jurídicas), en una visión funcional del sistema penal, determinados principios político criminales (vgr. dignidad humana, *ultima ratio*, necesidad, etc.) coactúen, se influyan mutuamente o sirvan uno al otro de referencia y complementación, no justifica que tengan que reagruparse en nuevas categorías dogmáticas. Quiero decir, una transformación tan profunda de la dogmática del delito no se justifica, si a las mismas consecuencias puede arribarse con las categorías existentes. Y en ese sentido, no se evidencia la transformación de la culpabilidad, puesto que no todo hecho que reúne las categorías de la teoría del delito tiene que ser necesariamente punido, pues, generalmente los códigos penales han contado con determinadas excepciones a la punibilidad, que son independientes de la comprobación de las categorías del delito que impiden el castigo⁵⁷.

51. «...Wiedergutmachung keine Strafe ist...sie ist erst Recht. Keine Maßnahme...ich halte sie für eine eigenständige Sanktion, d.h. für eine strafrechtliche Reaktion mit teilweise zivilrechtlichen Elementen, die keinen neuen Strafzweck ergibt, sondern den herkömmlichen Strafzwecken der Integrationsprävention und der Spezialprävention dient.«. Vide ROXIN, „Schlußbericht«, en ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990, pág. 370. Es clara la opinión de ROXIN en el sentido que la reparación no constituye un nuevo fin de la pena. Vide ROXIN, «Fines de la pena«, cit, págs. 146 y 154. La reparación como *tercera vía* (sanción autónoma) debe tener lugar dentro del juicio penal bajo la supervisión del fiscal, implicando la renuncia a la pena. Esto sucedería cuando se arribara a un acuerdo de reparación mediante una conciliación entre autor y víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), que en caso de ser incumplido tendría como consecuencia la apertura del juicio oral. Vide ROXIN, «La reparación«, cit, pág. 17. El ingreso de la reparación y los intentos de conciliación (o reconciliación) se han convertido en elementos esenciales del sistema de sanciones, a tal punto que conformarían una «*dritte Spur*» o «*tercera vía*» punitiva. Vide ROXIN, «Pena y reparación«, trad. de Gimbernat Ordeig, en *ADPCP*, Tomo LII MCMZCIX, Madrid, 2002, pág. 7.

52. Del mismo modo el Proyecto Alternativo de Reparación Penal de 1992, especialmente, el § 4 AE-WGM.

53. Vide ROXIN, „Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip«, MschrKrim, 1973, pág. 320.

54. Vide ROXIN, „Kritische Überlegungen«, cit, 316. Los problemas se evidencian, en mi opinión, con las concepciones funcionales que apoyándose en criterios preventivo generales neutralizan (o minimizan) los criterios individuales del reproche, agravan la situación de encontrar un contenido material a la categoría de la culpabilidad o llegan incluso a prescindir de ella. De esta forma, se alejan de la ligazón entre el sujeto y su responsabilidad por la mala elección, para recurrir a criterios ajenos al sujeto, meros criterios preventivo-generales de imputación, ajenos, por cierto, a una concepción liberal y garantista del Derecho penal. La culpabilidad deja de ser el acto de comunicación personal que puede ser éticamente reprochado. Vide ARTH. KAUFMANN, „Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz«, *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin/New Cork, 1976, pág. 37.

55. Opina en forma similar FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Ed, 2001, pág. 253.

56. Como dice FIGUEIREDO: «...o conceito não deve ser conexionado como o «facto punível», mas como a **punição** como tal; em vez de carência de tutela penal melhor se falará então de **carência punitiva**, carência de punição ou de pena». Vide FIGUEIREDO DIAS, *Ibidem*, pág. 254.

57. Un hurto entre hermanos es un delito que reúne todas las mismas condiciones que cualquier otro hurto, es decir, dadas las exigencias de la teoría del delito se trata de una conducta merecida de pena. No obstante, el legislador por exclusivas razones de política criminal prescinde del castigo porque entiende que no existe en esa situación una necesidad de pena. Esta circunstancia que muchos códigos penales consideran como una causa de no punibilidad no se resuelve como una cuestión de responsabilidad y merecimiento de pena que atañe a la teoría del delito sino como una cuestión de punibilidad, que guarda relación con la necesidad de pena en el caso concreto. Como ha sostenido FERRAJOLI, la responsabilidad es distinta a la culpabilidad y se trata, únicamente, de

Si se parte de una concepción no determinista, como lo hacen la mayoría de los Códigos Penales, que considera de suma importancia la libertad de decisión, tanto la libertad como la voluntad juegan un papel relevante en todas las categorías del delito (vgr. causas de justificación, causas de exculpación, elementos de la culpabilidad, *vis compulsiva*, delitos de omisión, delitos imprudentes), muchas de ellas, construidas sobre una base que posibilita diferenciar comportamientos no culpables y no punibles, de otros culpables y punibles o de comportamientos culpables no punibles. De forma que, aceptando, como hasta ahora, dicha diferenciación entre los comportamientos reprochables y los no reprochables, por ejemplo, aquellos culpables pero no punibles por razones preventivas y de política criminal, no habría motivo para reunir en una última categoría dogmática a la culpabilidad con la necesidad de pena, de forma que lo preventivo y los principios de política criminal se tornen decisivos para delimitar cuándo hay delito. La política criminal preventiva juega un papel decisivo para la determinación de cuándo es necesaria una pena, pero no para determinar (por sí sola) cuándo se ha cometido un delito. Obviamente, si adoptamos un punto de partida político criminal al que le es indiferente la libertad de actuación, la posibilidad de actuar de otra manera en el caso concreto (donde sólo interesa, cómo se puede solucionar dicho conflicto según parámetros preventivos), entonces, no sólo se pueden aceptar nuevas categorías que fusionen la culpabilidad con la prevención, sino que esto sería indispensable para determinar cuando se hará a un sujeto responsable por un delito al que, incluso, podría haber estado determinado por causas ajenas a su voluntad. Es decir, serán las necesidades de pena del momento las que determinen la existencia del delito, pues, la posibilidad de actuar de otra forma, la libertad de un sujeto con capacidad de culpabilidad de decidir sin errores o coacciones en una situación concreta, no son decisivas sino sólo una condición o presupuesto para un juicio de imputación que no responde a las necesidades del

individuo, sino del control social —en particular— de la prevención general⁵⁸.

Cuando ROXIN exige que la responsabilidad se constituya en una nueva categoría del delito, en definitiva propone que la prevención se constituya en un complemento de la culpabilidad, ahora, integrada con las necesidades preventivas al momento de fundamentar y limitar la pena⁵⁹. Y esta nueva construcción dogmática se consigue a través de la introducción del volátil concepto de *necesidad de pena* en los parámetros (un poco más determinados y precisos) de *merecimiento de pena*, es decir, interpretando la antijuridicidad y la culpabilidad con criterios de utilidad, control social o «necesidad de castigo»⁶⁰, todos ellos, motivos ajenos a la dañosidad social, la proporcionalidad entre el desvalor de acción y del resultado y, en definitiva, a la lesión del bien jurídico concreto. Es decir, los criterios materiales son invadidos con principios de política criminal, provocando mayor indefinición en los axiomas sobre los que se asienta la teoría del delito. Qué la pena sea necesaria atiende a las características objetivas del hecho y a las subjetivas del autor⁶¹ pero, introducir el criterio de «necesidad de pena» en la teoría del delito —que es tan «inmaterial» como el del «libre albedrío»— ninguna solución positiva acarrea a la dogmática del delito, sino que produce más incertidumbre e inseguridad jurídica⁶². La culpabilidad no sirve únicamente como límite máximo a la pena sino que informa a todas las categorías del delito y —aún— a las del proceso penal, por ello, no puede ser destinada a cumplir una mera función de fundamento de la responsabilidad. Además, y con esto vuelvo a justificar la importancia de la culpabilidad, si bien el reproche de culpabilidad no pueda basarse en la libertad de elegir en el caso concreto (ni servir de sustento material a la misma), pues, empíricamente es imposible su demostración procesal, no puede negarse, que en el proceso penal se puedan determinar limitaciones materiales de la libertad, es decir, ante la imposibilidad de demostrar el «libre albedrío» la prueba se podría dirigir a constatar los *déficit de libertad*⁶³

«la sujeción jurídica a la sanción como consecuencia del delito». Vide FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 490.

58. Vide JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá/Feijoo, Universidad de Externado, Bogotá, 1996, págs. 43 y ss.

59. De suyo, entonces, que de las conocidas funciones de la culpabilidad, entendida como exigencias de imputación subjetiva de un hecho a su responsable, sólo permanece «intacta» aquella que tiene el principio de culpabilidad, en cuanto legitimación de la imposición de una pena, el «nulla poena sine culpa».

60. La *necesidad de pena* se evalúa con posterioridad al delito, que como dice el § 60 StGB, por ejemplo, le pudo ocasionar al autor consecuencias tan desagradables (*poena naturalis*) que una pena sería totalmente injusta o fuera de toda proporcionalidad entre la conducta y el resultado. Otras veces, la insignificancia del delito o la escasa culpabilidad, tornan innecesaria a la persecución de la infracción (cfr. 153 StPO); pero esto no significa que el delito no se hubiere cometido o que la actuación no pudiera imputarse subjetivamente como «obra del autor» o como reproche por una «actuación descuidada».

61. Así parece en VOLK, «Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus», ZStW, 2, 1985, pág. 898.

62. Categórico DA COSTA ANDRADE, «Difícilmente, porém, conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desencontro de opiniões. Tudo é questionado e controvertido nesta Babel em que se tornou a doutrina da dignidade penal e da necessidade de tutela penal. E onde, falando todos do mesmo, raros são os que falaz da mesma coisa». Vide DA COSTA ANDRADE, «A dignidade penal e a carência de tutela penal», RPCC, 2, 1992, pág. 175.

63. Desde un punto de vista filosófico KANT sostiene que libre es aquello que por sí mismo comienza, y desde la psicología, WELLES dice que la voluntad depende de la fuerza de determinación del individuo y que la misma tiene una estructura determinada, por

(vgr., graves anomalías, error, inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho)⁶⁴.

Siempre que la conducta ha sido atrapada por el Derecho penal no se puede permitir que el reproche por la elección equivocada o contraria a derecho desaparezca del juicio de culpabilidad, por la sencilla razón, que si lo hiciera desaparecería con él la diferencia sobre la que se asienta el sistema político criminal binario o dual. Si esto llegara a suceder, también desaparecería la diferencia entre pena y medida de seguridad con la desventaja para la primera, que se difuminaría en la segunda (como pretendía el positivismo criminológico del siglo XIX).

En ese sentido, analizando la posición de ROXIN podría interpretarse que no sería necesaria la declaración de la culpabilidad que interrumpe el principio de inocencia sino la asunción voluntaria de la responsabilidad, prescindiendo paulatinamente del reproche para centrar su atención en la imputación de responsabilidades. Ahora bien, si el Derecho penal prescindiera del reproche y se limitara a realizar una función de imputación de responsabilidades o de mera prevención, además de aproximarse peligrosamente a los objetivos del Derecho civil y del peligro de convertirse en un sistema de medidas de seguridad, nada impediría que este modelo de intervención abandone paulatinamente los criterios subjetivos para aceptar gustoso, una vez más, aquellos criterios objetivos que tanto han sido combatidos por el garantismo.

7.3. No comparto totalmente la teoría de la *tercera vía* que se fundamenta como nuevo carril punitivo, exclusivamente, en principios de política-criminal⁶⁵. Considero que la reparación como *tercera vía* basada en el principio político criminal de subsidiariedad carece de un fundamento dogmático que le permita *terciar* dentro del catálogo punitivo⁶⁶.

En todo caso, asiste razón a TAMARIT, para quien correspondería hablar en lugar de **principio de subsidiariedad**, de «*principio de subsidiariedad de la pena*», ya que lo que interesa es reducir el grado de aflicción de la sanción pero no a la sanción en sí misma.

Si comparto plenamente la finalidad político-criminal de la reparación como nuevo modelo de intervención penal, pues, detrás de esta *tercera vía* punitiva anida el prin-

cipio de *mínima aflicción* o de la *sanción mínima*, idea que también subyace al principio de humanidad o de benignidad de las sanciones⁶⁷.

7.4. Por otra parte, creo que asiste razón a NAUCKE cuando dice que los principios de la política criminal como fundamento de la reparación convertida en *tercera vía* para combatir a la pequeña y mediana criminalidad, mañana pueden servir para legitimar una *cuarta vía* para combatir a la criminalidad organizada, una *quinta vía* para combatir el terrorismo, y así indefinidamente, siempre que se denominara como *tercera vía* a todo aquello que provenga del legislador y no encuentre fácil acomodo en el Derecho penal⁶⁸.

Por ello, el reto para los defensores de la *tercera vía* consiste en encontrar un fundamento dogmático adecuado a la reparación, de la misma forma que la culpabilidad fundamenta a la pena y la peligrosidad a la medida de seguridad⁶⁹. Mientras esto no suceda, en mi opinión, la reparación no constituirá una *tercera vía* punitiva, sino que deberá ser reconducida a alguna de las dos vías que reconoce el sistema penal.

8. Reparación como comportamiento positivo posterior

8.1. No me opongo a que la reparación pueda llegar en algunos casos a sustituir a la pena, siempre que no se opongan a la renuncia de pena ni la culpabilidad grave (merecimiento de pena) ni el interés general en la persecución (necesidad de pena). No obstante mi oposición aparece cuando la no persecución o el archivo de la causa ya iniciada se fundamentan en una contraprestación punitiva del beneficiario, porque entiendo que en estos casos se requiere de una sentencia judicial que declare y justifique la culpabilidad del sujeto que debe reparar.

En mi opinión, todo acuerdo de reparación requiere de la homologación judicial con forma de sentencia definitiva, pues, sólo la homologación judicial del acuerdo de reparación termina con la presunción constitucional de ino-

lo que no está determinada puesto que existe, al menos, un instante de autonomía de la voluntad. Vide DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, Beck'sche, München, 1987, págs. 4 y 7.

64. Vide HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 111 y 116.

65. En posición crítica, HIRSCH, «La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación», *CPC*, n.º 42, 1990, pág. 568; LOOS, «Zur Kritik des «Alternativentwurfs Wiedergutmachung», *ZRP*, 1993, Heft 2, p. 55; LAMPE, «Wiedergutmachung als «dritte Spur» des Strafrechts?», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, Heidelberg, págs. 487 y s.; WEIGEND, «Wiedergutmachung als, neben oder statt Strafe?», en Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsgs), *Grundfragen staatlichen Strafrechts. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, págs. 979 y s.

66. Con más detalles, GALAIN PALERMO, «La reparación a través del consenso», cit, págs. 607 y ss.

67. Vide TAMARIT, *La reparación*, cit, pág. 185.

68. Vide NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Zehnte neu bearbeitete Auflage, Luchterhand, 2002, págs. 108 y s.

cencia y cumple con el fin positivo de prevención general. De esta forma, el Derecho penal **no renuncia a la declaración de la culpabilidad, no violenta ningún principio constitucional, reconoce el derecho de la víctima a la sentencia, otorga validez a los comportamientos resocializadores del autor y acepta una renuncia de la pena sólo cuando se han cumplido por otra vía los fines del castigo.**

En ese sentido son dignas de elogio determinadas figuras penales como el parágrafo 59 StGB y el art. 74 del Código Penal de Portugal, que sin renunciar a la declaración de culpabilidad permiten una renuncia de la pena.

8.2. En mi opinión no podría archivar un procedimiento penal con la condición que el beneficiario de la medida repare el daño causado, sin una previa declaración de culpabilidad, pues, en principio la declaración de culpabilidad es incompatible con el sobreseimiento. Por ello, una propuesta de este tipo sólo podría ser ubicada en otra institución —reconocida por el sistema penal alemán y por el portugués— como es la **declaración de la culpabilidad con renuncia a la pena** (cfr. § 59 StGB, art. 74 CPPort), adaptando la *ratio* de dicha figura de modo que la renuncia a la pena exija como contrapartida la condición de la reparación del daño. En mi opinión, esta propuesta es más saludable que la aceptación del sobreseimiento del proceso a cambio de «medidas» de reparación, pues, como intento explicar, la reparación requiere de un fundamento dogmático distinto al de las medidas de seguridad y además, por más que se requiera de la conformidad del presunto autor (como también sucede en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad), en los hechos se «obliga» a reparar a quien no es declarado culpable. En dicho sentido, la reparación sólo encontraría un lugar adecuado en el sistema penal como un *equivalente funcional de la pena*, ya sea en el sentido consensual que aquí propongo como a través de una norma similar a la del § 59 StGB o el art. 74 del CPPort. De cualquiera de estas dos formas, esto es, sustituyendo el sobreseimiento por falta de necesidad de pena por la reparación que surge del consenso y que recibe homologación judicial (a modo de sentencia declaratoria de la culpabilidad), o, adoptando una figura similar a la declaración de culpabilidad con renuncia a la

pena (amonestación con reserva de pena), **no se violenta el principio de culpabilidad, se respeta la presunción de inocencia** (que es interrumpida por la declaración de culpabilidad) y se **vincula la solución del conflicto con el Derecho penal material**⁷⁰.

8.3. La reparación que permite la discrecionalidad o la exención de la punibilidad requiere de la aceptación del juez y del presunto autor, es decir, se trata de una solución de consenso. El § 153a StPO solicita de la conformidad del juez, salvo cuando se trate de delitos (*Vergehen*) que no estén amenazados con una pena de alzada en el mínimo (por ejemplo, cuando se trata de un delito simple, según el § 38 StGB, aquellos que no superen un mes de pena como mínimo) o que sus consecuencias sean mínimas (por ejemplo, se pretende excluir de la posibilidad del sobreseimiento puro o condicionado en aquellas ofensas patrimoniales que excedan un determinado monto⁷¹ así como en los casos de violencia doméstica)⁷².

Si la finalidad que se pretende a través de la intervención del Derecho penal es la celeridad y eficacia de la Administración de Justicia, admitidas las soluciones de consenso en aquellos sistemas que todavía ofrecen a la víctima la indemnización del daño consecuencia del delito⁷³, debería permitirse —como bien hace el art. 281 del Código Procesal Penal de Portugal— la participación de la víctima que se ha constituido en el proceso, para que tenga la posibilidad de convenir con el imputado una solución de reparación que además de un *equivalente funcional de la pena* sirva para resolver la llamada responsabilidad civil *ex delicto*.

8.4. En mi propuesta, una vez operado el consenso, en la sentencia *el juez llevará a cabo un juicio de equivalencia entre el acuerdo reparatorio ejecutado y la pena que hubiera correspondido*, o mejor expresado, al momento de la sentencia el juez constatará la culpabilidad del autor y lo declarará culpable del delito; pero como dicho delito ha sido voluntariamente reparado y, como esa reparación ha contado con la aceptación de la víctima y del promotor de la acción penal pública, así como, además, no se oponen a dicha **«equivalencia»** motivos de prevención general, en-

69. De similar opinión LÖSCHNIG-GSPANDL, para quien la reparación como «tercera vía» sólo puede tener cabida en un sentido no dogmático. Vide LÖSCHNIG-GSPANDL, *Die Wiedergutmachung im Österreichischen Strafrecht*, Verlag Österreich, Wien, 1996, pág. 292.

70. Un sistema penal que procure alternativas a la pena tradicional no tiene por qué renunciar definitivamente a las sanciones retributivas o que tienen que ver con la compensación del daño, ni debe adoptar únicamente una finalidad preventiva, puesto que, aun dentro de las sanciones retributivas todavía puede diferenciarse entre aquéllas que tienen naturaleza penal y otras que atienden a «juicios de desvalor ético sociales». Vide NEUMANN, «Alternativas al Derecho penal», en *Crítica y Justificación*, cit. pág. 203.

71. Por ejemplo, en los estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen y Hessen. Por consiguiente, para que sea posible recurrir a los parágrafos 153 e 153a del StPO, el valor del daño ocasionado no puede superar los 25 Euros. Vide ELSNER/PETERS, «The Prosecution Service Function», cit. págs. 220 y 222.

72. En el Land de Niedersachsen, debido al interés público que existe en la persecución de este tipo de delitos. Vide ELSNER/PETERS, «The Prosecution Service», cit. pág. 221, nota 18.

73. En el caso español, cfr. arts. 111 y ss CP; en el caso portugués, cfr. art. 129 CP.

tonces, el juez puede considerar que los fines de la pena han sido cumplidos⁷⁴.

De este modo, la **autonomía de las partes** que concurren al acuerdo y el **reconocimiento voluntario de la culpabilidad**, que es a su vez **reconocido por el juez al momento de la homologación** (donde reside el reproche), constituyen en mi opinión el fundamento de la reparación.

La integración de la reparación surgida del consenso en el Derecho penal material (que sustituye a la pena y podría resolver la responsabilidad civil *ex delicto*), no violenta ningún presupuesto dogmático, puesto que sin renunciar al juicio de desvalor por el hecho cometido (merecimiento de pena) se puede prescindir de la ejecución de la pena (necesidad de pena) y, además, brindar una solución global al conflicto. En definitiva, la reparación surgida del consenso se convertiría en un *equivalente funcional de la pena* y permitiría resolver también la responsabilidad civil *ex delicto*.

8.5. De esta forma, la reparación producto del consenso podría llegar a sustituir tanto a la pena como a la condena civil reparatoria, siempre que el autor y la víctima así lo consientan, y el fiscal y el juez no se opongan, convirtiéndose la reparación en una respuesta global al problema del delito.

En caso de **incumplimiento del acuerdo de reparación, correspondería la continuación del juicio**; por ello, la homologación judicial del acuerdo que extinguiría la punibilidad debería producirse una vez que el mismo haya sido satisfecho.

Así las cosas, quisiera resaltar que en una propuesta de este tipo, en la que la reparación puede llegar a ser la única consecuencia jurídica del delito, la misma se ha convertido en un *equivalente funcional de la pena*.⁷⁵ En este

caso, en mi opinión, la reparación debe integrar el catálogo de consecuencias jurídicas en el Código Penal y además, por imperio del principio de fragmentariedad tener preferencia frente a la pena.

9. Conclusión

9.1. He comenzado mi exposición haciendo referencia a la esquizofrenia de una política criminal de expansión que quiere ser cada día más eficaz. En ese contexto se acepta gustosamente la inclusión de figuras del *common law* en el sistema continental, y en ese contexto el parágrafo 153a StPO es una institución funcional para obtener una administración de justicia más rápida.

Sin embargo, en mi opinión, ese fenómeno tan funcional para los intereses político-criminales no respeta determinados principios básicos del Derecho Penal. En ese sentido, debe hacerse una profunda crítica al parágrafo 153a StPO, pues no sólo desconoce el derecho de participación de la víctima en la solución consensuada del conflicto, sino que reduce el concepto de consenso a un mero acuerdo entre el fiscal y el presunto autor del delito, con el consentimiento del juez.

9.2. En definitiva, la reparación constituye un *comportamiento positivo posterior* del presunto autor que:

- compensa el injusto,
- repara el daño social,
- cumple con el fin preventivo especial de resocialización⁷⁶
- cumple con el fin preventivo general integrador⁷⁷, y
- sirve para el retorno de la paz jurídica;

74. Recuérdese que la reparación puede llegar en algunos casos a sustituir a la pena o, en otros, aun si ésta fuera necesaria no tendría por qué ser efectivamente cumplida, si del juicio de equivalencia surgiera que con el acto de reparación sus fines ya han sido realizados y no hay motivos de prevención que exijan su ejecución.

75. De similar opinión, FERREIRA MONTE, quien en un art. sobre la *tercera vía* en el Derecho Penal Portugués ha sostenido que el legislador puede «conceder a reparación penal un estatuto de verdadera consecuencia jurídica autónoma...». Vide FERREIRA MONTE, «Da reparacão penal», cit, pág. 154.

76. La prevención especial deja de considerarse desde la perspectiva del tratamiento, puesto que, la resocialización parte de la voluntad del delincuente, y, en todo caso, debería ser considerada desde la dialéctica que se produce con el acercamiento entre el delincuente y la víctima. Las partes cuentan con un espacio propio donde desarrollar *acciones comunicativas* y expresar razones, en dirección a la solución de un problema. La tendencia hacia el *acuerdo entre el delincuente y la víctima* motiva a las partes del delito; el autor, porque considera la reparación como una consecuencia jurídica más conveniente que la pena y de ahí, parte su motivación hacia la misma, encaminado a una prestación que la sociedad considerará constructiva; y la víctima, porque puede llegar a ser resarcida y considerada, nuevamente, sujeto de derechos. Este ideal comunicativo dentro del proceso penal, también es exigido por KÜHNE, *Strafverfahren als Kommunikationsproblem. Prolegomena einer strafrechtlichen Kommunikationstheorie*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1978, págs. 188 y ss; SCHREIBER, «Vefahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit», *ZstW*, 26 J, 1976, pág. 146; FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung*, cit, pág. 387. Sobre la teoría de la acción comunicativa, HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988.

77. El autor que reconoce voluntariamente su delito (y su víctima) y actúa en consecuencia en el sentido de *reparar* o minimizar los efectos del delito (cfr. § 46 StGB y art. 21.5 CP), o aun cuando reacciona favorablemente a la propuesta de reparación del fiscal o del juez, consigue, no sólo un saludable efecto preventivo especial sino también preventivo general, pues, su *comportamiento positivo posterior voluntario* se encamina, inequívocamente, no sólo hacia la reintegración social sino también preventivo general posi-

y, no obstante, jurídicamente se trata de una simple **liberalidad** de un sujeto que, amparado por la **presunción constitucional de inocencia**, pretende evitar las angustias del proceso y el reproche penal.

9.3. Es decir, a fin de cuentas, como ha denunciado un sector de la doctrina⁷⁸, se trata de la victoria de la celeridad y la eficacia de la Administración sobre los principios más elementales de la Justicia⁷⁹.

tiva, reconociendo la vigencia de la norma. En una línea similar de pensamiento, relacionando los beneficios de la reparación y la conciliación entre autor y víctima con los fines de la pena, vide SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, cit, pág. 359. Esta autora, además, sugiere que la conciliación entre el autor y la víctima pueda integrar el catálogo de disposiciones del § 153a StPO. Ibidem, págs. 355 y s.

78. Vide HASSEMER, „Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens», *KritV*, 1990, págs. 260 y ss; P.A ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insostenible situación*, cit, págs. 484 y s.

79. La orientación sociológica que hoy domina gran parte del pensamiento penal alemán y de su área de influencia (en particular España, Portugal y Latinoamérica), se ha erigido como una especie de negación de todo idealismo dentro de la cuestión penal. Al decantarse por una línea cercana a la realidad la orientación sociológica se aleja de posiciones idealistas, y se acerca a la búsqueda de celeridad —en lugar de justicia— como de eficiencia —en lugar racionalidad—. Vide una defensa de la búsqueda de justicia en NAUCKE, „Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Müller, Heidelberg, 1983, págs. 8 y s, 11.