

Pena y reparación

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Munich (*)

SUMARIO: I. La idea de la reparación en el más reciente Derecho penal alemán.—II. Las ventajas prácticas de la inclusión de la reparación en el Derecho penal. 1. Las ventajas para la víctima. 2. Las ventajas para el autor. 3. Las ventajas para la Administración de Justicia.—III. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima a la luz de los fines de la pena. 1. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la compensación de la culpabilidad. 2. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial. 3. La importancia preventivo-general de la reparación y de la reconciliación.—IV. La importancia de la reparación y del acuerdo de compensación autor-víctima para la estructura del Derecho penal y del proceso penal. 1. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como «tercera vía» del sistema sancionador. 2. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como medio de solución social de conflictos. 3. La víctima como partícipe independiente en el proceso penal. 4. La reaproximación del Derecho penal y el Derecho civil. 5. Proceso penal contradictorio y consensuado.—V. Conclusión.

I. LA IDEA DE LA REPARACIÓN EN EL MÁS RECIENTE DERECHO PENAL ALEMÁN

Si el Derecho penal debe tener una configuración más liberal o más represiva, más benévola o más estricta, es una cuestión a la que,

(*) Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000, dentro de los actos celebrados con motivo de la investidura como doctores «honoris causa» por la Universidad Juárez Autónoma de México del autor y del traductor del presente artículo.

en tiempos cambiantes y en numerosos países, se responde de diferente manera, y sobre la que, probablemente, nunca se alcanzará un consenso mundial. En cambio, en los últimos veinte años ha surgido una nueva corriente politicocriminal que en casi todos los países ha encontrado interés y un amplio acuerdo: la inclusión de la reparación en el sistema penal de sanciones. En la mayoría de los casos ello va vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir: una reconciliación entre el autor y la víctima.

Las propuestas que se hacen para alcanzar un acuerdo de compensación así entre autor y víctima son muy diversas en los detalles. Pero la idea fundamental es la misma: Se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima. Me voy a referir al Código Penal alemán, pero sólo como a un ejemplo que puede ser perfectamente mejorado, y que dispone en su § 46 a, introducido en 1994, que el tribunal puede atenuar la pena, o, incluso, en penas privativas de libertad de hasta un año de extensión, prescindir de ella, si el autor, en su esfuerzo por llegar a un acuerdo de compensación con la víctima, repara completamente o en su mayor parte el hecho cometido, o, al menos, procura hacerlo seriamente, o si –aunque sea sin un acuerdo de compensación autor-víctima– aporta una reparación del daño que exige de él esfuerzos personales importantes. También para la suspensión condicional a prueba de la pena encontramos un precepto (el § 56, párrafo segundo, inciso segundo), en el que se dice: «Para llegar a una resolución hay que tener en cuenta también, sobre todo, el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho».

Además, el legislador alemán ha intentado, a finales de 1999, facilitar el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima con preceptos de Derecho procesal penal. En el nuevo § 155 a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (StPO) se dice: «El Ministerio Fiscal y el tribunal, en cualquier estadio del procedimiento, deben examinar las posibilidades de alcanzar un acuerdo de compensación entre el imputado y el lesionado». Según el § 155 b StPO, que asimismo ha sido introducido en el último año, el Ministerio Fiscal y el tribunal pueden hacer, incluso, que se ocupen del hecho instancias de arbitraje –de carácter público y, también, privadas– «con la finalidad de alcanzar un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima o la reparación del daño». Estas instancias deberían llegar a una solución amistosa del conflicto surgido por el hecho punible, solución que las

partes implicadas, por sí solas, a menudo no están en situación de conseguir.

Un modelo así, tal como el que ha introducido el legislador alemán, escalonadamente, en los últimos tiempos, había sido preparado mediante un Proyecto Alternativo mucho más detallado de 1992, que comprendía 25 párrafos, y en el que yo intervine como coautor, y que asume y desarrolla, en una Exposición de Motivos de más de 100 páginas, toda la discusión alemana e internacional sobre el tema. Frente a ese Proyecto, la legislación alemana se encuentra todavía en un estadio experimental. Pero en ella se puede reconocer claramente la idea fundamental de un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima dirigido a la reparación.

El modelo que acabo de describir se diferencia de las viejas formas de vinculación entre el Derecho penal y el Derecho civil, tal como las que representan la *action civile* francesa y la *compensation order* inglesa, en dos nuevas ideas básicas. En primer lugar, en que no es el perjudicado el que reclama, como en la *action civile* francesa, su indemnización de daños en el proceso penal, y en que tampoco es el juez, como en la *compensation order*, el que condena al autor en el proceso penal al pago de la indemnización. Por el contrario, es el autor mismo quien, sin reclamación y sin condena, aporta una prestación reparadora dirigida a la reconciliación. Y, en segundo lugar, en que esas aportaciones repercuten eficazmente sobre la pena, atenuándola o sustituyéndola. La reconciliación y la reparación, por consiguiente, se convierten en elementos esenciales del sistema de sanciones.

II. LAS VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA INCLUSIÓN DE LA REPARACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Si la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima han encontrado una aceptación tan amplia en la más reciente discusión politicocriminal, ello se debe, en primer lugar, a las ventajas prácticas que esta novedad trae consigo para todos los afectados por el hecho punible: para la víctima, para el autor y, también, para la Administración de Justicia.

1. Las ventajas para la víctima

Las más evidentes son las ventajas para la víctima. Resulta indemnizada rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propios, mientras que

el sistema penal anterior, que remitía al Derecho civil para la indemnización de daños, casi siempre perjudicaba adicionalmente a la víctima. Pues la víctima no sólo tenía que invertir mucho tiempo y dinero para reclamar ante un tribunal civil, sino que el proceso penal impedía, también casi siempre, que el perjudicado pudiera obtener alguna vez su indemnización. Pues si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco, por consiguiente, y en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima. Y aunque el autor sólo hubiera sido condenado a una pena de multa, esta obligación disminuye su capacidad y, casi siempre, también su voluntad de tener que pagar algo, adicionalmente, a la víctima. Por consiguiente, la punición del autor no reportaba a la víctima ventaja alguna, sino, más bien, ulteriores perjuicios. La vinculación que ahora se propone entre sanción y reparación ofrece, en cambio, la mejor posibilidad de ayudar a la víctima a obtener rápidamente sus derechos. Por ello no puede sorprender que la marcha triunfal de la idea de la reparación en el Derecho penal se haya visto esencialmente promocionada por la teoría de la víctima, por la victimología, que en las últimas décadas ha ascendido hasta convertirse en una ciencia independiente.

2. Las ventajas para el autor

Pero la inclusión de la reparación y del acuerdo de compensación autor-víctima en el Derecho penal favorece tanto al autor como a la víctima. Pues aquél tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Estamos aquí, por consiguiente, ante la situación poco común en la que convergen los intereses de la víctima y del autor, y precisamente ahí reside la gran fuerza de fascinación de este modelo y la perspectiva de que supere la prueba de la práctica.

3. Las ventajas para la Administración de Justicia

En tercer lugar, también la Administración de Justicia obtiene grandes ventajas de esta regulación. Para empezar, se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Pues la *action civile* o la *compensation order*, a las que me he referido al principio, sólo proporcionan a la víctima un título ejecutivo

que carece de cualquier valor cuando el autor, como suele suceder, o bien no posee nada o bien se sustrae a la ejecución. Este gasto inútil de energía en el proceso y en la ejecución desaparece, en cambio, cuando el autor, tal como prevé el modelo propuesto, presta por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, la Administración de Justicia penal se evita practicar pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la Administración de Justicia.

III. REPARACIÓN Y ACUERDO DE COMPENSACIÓN AUTOR-VÍCTIMA A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA

Hasta ahora hemos enjuiciado y contemplado, sólo desde el punto de vista de los intereses personales, que la inclusión de la reconciliación y de la compensación de daños en el Derecho penal aporta ventajas para todos los afectados. Pero el resultado positivo también se confirma si se enjuicia el modelo propuesto desde el punto de vista supraindividual de los fines de la pena, para lo cual, y dentro de esta conexión, voy a dejar a un lado la discutida cuestión de cuál es la teoría correcta de los fines de la pena. Pues independientemente de donde se quiera ver el fin determinante de la pena: en la justa retribución, en la prevención general, en la prevención especial, o en una combinación de todas estas metas, en cualquier caso la reconciliación y la reparación del daño pueden ser útiles por igual para todos estos fines de la pena.

1. **La importancia de la reparación y de la reconciliación para la compensación de la culpabilidad**

Ello rige, en primer lugar, para la idea de que lo injusto acontecido debe ser retribuido justamente, compensado y, con ello, anulado. La pena puede cumplir esa tarea sólo de una forma simbólica y no especialmente convincente, porque es difícil de comprender cómo puede ser compensado y eliminado del mundo un hurto, por ejemplo, encerrando al ladrón durante seis meses. Y con ello tampoco se cambia en nada, en la realidad, el perjuicio de la víctima. Una auténtica compensación del hecho, un restablecimiento de la situación originaria, sólo se puede conseguir cuando el daño haya sido remediado y los efectos

inmateriales del hecho hayan sido eliminados mediante una reconciliación.

2. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial

Pero también un acuerdo de compensación reparador entre autor y víctima puede contribuir en mucho para el cumplimiento del fin preventivo especial de la pena. Es sabido que es muy difícil, y, a menudo, imposible, resocializar a un autor en un establecimiento penitenciario. Porque no es fácil corregir actitudes psicosociales deficientes, y porque es doblemente difícil preparar a un delincuente para una vida legal en libertad bajo las condiciones de ausencia de libertad. La pena de multa tampoco puede apenas contribuir a un comportamiento futuro irreprochable del autor.

La obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, en cambio, puede influir mucho mejor de manera positiva en la actitud social del autor. Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido –tanto si éste afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal–, se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social. El autor puede comprender también, fácilmente, que es justo y socialmente conveniente tener que indemnizar a la víctima y buscar un acuerdo de compensación personal con ella. Esta comprensión de tener que hacer algo socialmente constructivo y de remediar las consecuencias de una mala acción mediante buenas acciones, puede ayudarle, en mucho, a llevar en el futuro una vida conforme a la legalidad. Además, no hay que pasar por alto que al no incurrir en una pena de prisión, tal como sucede con una renuncia a la pena o con una suspensión condicional a prueba, se le evitan al autor tanto los efectos desocializadores que suponen arrancarle de su profesión y de sus vínculos sociales como los peligros de infección criminal en el establecimiento penitenciario.

3. La importancia preventivo general de la reparación y de la reconciliación

A favor de una función reparadora del Derecho penal hablan también, finalmente, razones de prevención general. Ciertamente que ha de ser considerado escaso el efecto intimidatorio de la reparación sobre la generalidad de los ciudadanos. Pero es que el efecto intimita-

torio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado. Por lo general, lo único que tiene efectos intimidatorios es el peligro real de ser descubierto, esto es: el control preventivo. Pero es que la prevención general no se agota en la intimidación, sino que es entendida por la política criminal moderna, más bien, como la llamada prevención general positiva. De acuerdo con ella, el efecto socialmente útil del Derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse.

Para alcanzar este efecto de confianza son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima. Pues la generalidad de los ciudadanos no considera que la fractura del Derecho haya sido ya curada con un castigo del autor, en tanto en cuanto el daño que ha sufrido la víctima no haya sido remediado y la paz jurídica perturbada no haya sido restablecida mediante un acuerdo entre el autor y la víctima.

Investigaciones empíricas llevadas a cabo en distintos países han puesto de manifiesto que, en delitos menos graves, la población está mayoritariamente dispuesta a considerar suficientes, como sanción única, las prestaciones compensatorias efectivas del autor que le cuesten un esfuerzo. Y también para la víctima es más importante, a menudo, una reparación rápida y plena que el castigo del autor. En cualquier caso se puede decir que la generalidad, cuyo representante destacado es la víctima, considera superada y liquidada la perturbación de la paz jurídica producida por el delito sólo cuando la situación generada por el hecho haya sido restablecida en la medida de lo posible.

Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en los delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes. Pero incluso en los delitos más graves los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien inflige a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual 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.

En la reacción social a la inclusión de la reconciliación y de la reparación en el proceso penal merecen también atención aquellos delitos que no han generado ningún daño susceptible de ser reparado, tal como sucede con la tentativa fracasada y, también, con los delitos de peligro abstracto (como la conducción en estado de embriaguez sin consecuencias lesivas). También en muchos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales (por ejemplo, el falso testimonio) falta frecuentemente un daño aprehensible (así, cuando el tribunal percibe, desde un principio, que la declaración del autor es mentirosa). ¿Qué sucede aquí con la idea de la reparación? Seguro que la generalidad de las personas encontraría inconveniente, y que dañaría la aceptación social de mis propuestas, que el autor pudiera alcanzar, mediante la reparación, atenuaciones de la pena en, por ejemplo, un delito consumado e, incluso, una renuncia a ésta, mientras que en la mera tentativa nunca podría conseguir tales beneficios.

El problema puede solucionarse permitiendo también una «reparación simbólica» en los casos en los que no se ha producido un daño. El autor podría pagar una suma a un fondo de compensación de víctimas que exigiera de él prestaciones personales o renunciaciones personales considerables. Con los recursos de este fondo podría ayudarse, entonces, a víctimas de delitos necesitadas, que no pudieran percibir otra indemnización, y al autor se le podrían otorgar los mismos beneficios previstos para la reparación de un daño real.

También debe ser mencionado el caso del autor que, a pesar de emplear su mejor voluntad, no está en situación de aportar una reparación en dinero. Pues sería difícilmente soportable, socialmente, y, por ello, estaría contraindicada desde la perspectiva de la prevención general, que únicamente los autores económicamente solventes pudieran disfrutar de los privilegios de la reparación, mientras que sólo se reaccionaría con la pena frente a autores indigentes. Pero en estos casos se puede prever una reparación mediante aportaciones de carácter laboral. Éstas podría prestarse bien directamente al perjudicado, por ejemplo: reparando las cosas que el autor le ha dañado, bien asumiendo el autor voluntariamente otros trabajos cuyo rendimiento se aplicaría al lesionado.

De esta manera puede aplicarse, ampliamente y sin injusticias sociales, la idea de la compensación voluntaria a delitos que no hayan producido daños y a autores que no disponen de medios económicos.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN Y DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN AUTOR-VÍCTIMA PARA LA ESTRUCTURA DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCESO PENAL

Si verdaderamente se quiere tomar en serio la idea de la reparación en el Derecho penal, en ese caso hay que tener en cuenta que ello tendría consecuencias de largo alcance para todo el sistema de la Administración de Justicia penal. Hasta ahora el legislador alemán trata la reparación en el Código Penal bajo el título de la «medición de la pena». Pero, en realidad, la integración de la reparación en el Derecho penal es un acontecimiento que nos obliga a revisar en muchos puntos las bases tradicionales del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Resumidamente, quiero mencionar brevemente cinco aspectos que me parecen especialmente importantes.

1. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como «tercera vía» del sistema sancionador

La reparación no sólo tiene importancia para la medición de la pena, sino que representa una novedosa forma de sanción que aparece, independientemente, al lado de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad conocidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Su autonomía reside en que no se le impone al autor de una manera que sólo le permite aceptarla y soportarla con resignación. Por el contrario: él mismo tiene que asumir la responsabilidad y tiene que colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada.

La importancia de esta sanción para el Derecho penal descansa en el principio de subsidiaridad, es decir: en el principio de que la pena, como la medida politicosocialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal.

2. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como medio de solución social de conflictos

La inclusión en el sistema penal sancionador de la indemnización material e inmaterial de la víctima significa que el Derecho penal se aparta de la idea abstracta y que hace un giro hacia la realidad social.

Cuando Hegel, el gran filósofo del idealismo alemán, enseñaba que lo injusto es «anulado» mediante la pena, esto no pasa de ser una anulación ideal, es decir: un acontecimiento que tiene lugar en un mundo normativo e, incluso, metafísico. La satisfacción de los daños y la reconciliación, en cambio, llevan a cabo en la realidad algo bueno, y caracterizan, así, la transición del Derecho penal desde la atribución de meros significados a la solución social de conflictos.

3. La víctima como partícipe independiente en el proceso penal

La reparación y el acuerdo de compensación autor-víctima transforman al proceso penal de una situación relacional bilateral en una trilateral. Anteriormente, el proceso penal era un procedimiento que sólo se desarrollaba entre el Estado y el imputado. El lesionado no tenía un papel procesal independiente y, como mucho, aparecía en él como testigo. En la nueva regulación propuesta, en cambio, la víctima aparece como partícipe coactuante de una solución social del problema.

4. La reaproximación del Derecho penal y el Derecho civil

La clara distinción conceptual entre los Derechos penal y civil es considerada uno de los grandes logros jurídicos del siglo XIX. Mientras que en las viejas épocas de la historia del Derecho una de las tareas esenciales del Derecho penal consistía en proporcionar al lesionado y a su grupo familiar una compensación por los daños sufridos, el moderno desarrollo del Derecho ha cortado el lazo entre autor y víctima. De acuerdo con ello, el Derecho penal, como disciplina del Derecho público, sólo se ocupa de la relación del Estado con el delincuente. Las pretensiones de la víctima sólo están sometidas al Derecho civil. Hoy tenemos que admitir que esta estricta separación era un camino equivocado y que, por los motivos que he expuesto, en el futuro será necesaria una reaproximación entre el Derecho penal y el Derecho civil.

5. Proceso penal contradictorio y consensuado

El proceso penal hasta ahora vigente es contradictorio: Ministerio Fiscal e imputado se enfrentan como adversarios. Este proceso contradictorio continuará conservando su importancia en el futuro. Pues siempre que el acusado afirme su inocencia, que discuta determinados puntos de la acusación, o que no muestre interés en la reparación y en el acuerdo de compensación autor-víctima, deben seguir mantenién-

dose todos sus derechos a un procedimiento contradictorio, y, especialmente, todos sus amplios derechos de defensa.

Pero junto al procedimiento contradictorio figurará, cada vez más, una segunda forma procedimental: la consensuada, diseñada para la reparación y el entendimiento. Y es que muchos inculpados no niegan el hecho que se les imputa, ni tampoco podrían hacerlo con posibilidades de éxito teniendo en cuenta las pruebas que les incriminan. Pero tienen un gran interés en llegar a un entendimiento con la víctima y en salir bien librados del proceso. Como ya he expuesto, en tales casos el lesionado, y también el Estado, tienen el mismo gran interés en un acuerdo de compensación autor-víctima. Y esto significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser completado con reglas independientes para un proceso consensuado, pues en un proceso así hay que llegar a acuerdos cuya conclusión, licitud, contenido y límites tienen que ser determinados legislativamente mediante un aparato especial de reglas.

V. CONCLUSIÓN

Cada una de las innovaciones estructurales que he esbozado presenta problemas que ponen en cuestión desarrollos jurídicos que durante mucho tiempo parecían seguros. Por ello no puede sorprender que aún hoy, y a menudo, sea muy fuerte la resistencia contra estas evoluciones jurídicas que, en parte, casi aparecen como revolucionarias. En cualquier caso, nuestra ciencia todavía tendrá que trabajar muchos años en las reestructuraciones de nuestro sistema sancionador y procesal introducidas por la victimología y por la idea de la reparación. Sería una alegría para mí que esta breve ponencia también pudiera contribuir algo a la discusión mexicana de estos problemas.