

Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad

(Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias
y de contenido comunitario) (*)

Dra. Barbara Huber

Wissenschaftl. Referent del Instituto Max-Planck
Friburgo-Alemania

1. INTRODUCCIÓN

Cuando recibí la invitación para referirme en España a algún aspecto relacionado con el sistema de sanciones penales, comencé por indagar en la literatura española vinculada al tema y de este breve repaso surgió mi decisión de centrarme en ciertas alternativas de la pena que hasta el momento prácticamente no han sido introducidas en la discusión de este país. Para mi gran sorpresa, da la impresión, en efecto, que el tema de la pena no es objeto de polémica en la ciencia y la práctica de este país, aun cuando en otros lugares (como Inglaterra, Alemania, Estados Unidos o Escandinavia) la limitación de la pena privativa de libertad y su sustitución por otras alternativas ocupa, desde hace decenios, el centro de la discusión. Aunque ningún Código europeo contiene una lista tan extensa de sanciones como el art. 27 del Código penal español y el art. 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, lo cierto es que no se encuentra allí una amplia gama de sanciones adecuadas a los muy diversos tipos de autor y de hechos, sino una única pena descrita de

(*) Traducción de *Patricia Laurenzo Copello*. Texto de la conferencia pronunciada por la autora en las Facultades de Derecho de Huelva, Jerez de la Frontera y Málaga en noviembre de 1993.

modos diferentes: la pena privativa de libertad en sus diversos grados de duración y ejecución. De este modo, y a pesar de la reforma de 1973, el Código penal vigente parece anclado todavía, por lo que al sistema de sanciones (1) se refiere, en la primera mitad del último siglo. Las propuestas de reforma de 1980 (2) y 1983 (3) no ofrecieron novedades decisivas que pudieran acercar el sistema de sanciones al nivel internacional. Y el Proyecto de 1992 (4) no hace más que repetir los postulados de aquéllos, contemplando como única novedad, al igual que sus predecesores, el arresto de fin de semana y el sistema de días multa para la escala penal inferior. Con ello se pretende que la privación de libertad —aunque sólo durante los fines de semana— sustituya las penas cortas de prisión no superiores a seis meses (5). La alternativa consiste, entonces, en lo mismo, sólo que con una ejecución distinta.

Este sistema de sanciones tradicional, con predominio de la pena privativa de libertad, se aleja notablemente del proceso mundial que tiende a restringir esta pena y a sustituirla por otras sanciones sin privación de libertad, dirigidas a mantener al condenado en su propio entorno, a preservar sus contactos sociales y a fortalecer su responsabilidad de cara a su vida futura.

2. TENDENCIAS INTERNACIONALES A LA RESTRICCIÓN DE LAS PENAS (CORTAS) PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Desde hace más de un siglo nuestro pensamiento penológico ha estado dominado por las penas privativas de libertad. Cualquier pena que no sea de inmediato cumplimiento es catalogada como sanción leve, cuando no como «ausencia de pena». Incluso la suspensión de

(1) QUERALT, J. J., «Spainsch-deutsches Seminar über die Reform des Strafrechts», *ZStW* 92 (1980), p. 845; MIR PUIG, S., «Alternativen zur Freiheitsstrafe im spanischen Strafrecht», en J. VAN DIJK (ed.), *Criminal Law in Action*, Arnhem, 1986, p. 341. Sobre el sistema de sanciones *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., «Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform», en H. J. HIRSCH (ed.), *Deutsch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1986*, Baden-Baden, 1987, p. 107. Sobre el sistema de alternativas *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., «Alternatives to imprisonment in the Spanish criminal justice system: The current situation and outlook for the future», *Papers on crime policy* 2, Heuni publication series núm. 10, Helsinki 1986, pp. 179 y ss.

(2) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 1980, núm. 108-1.

(3) Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2.ª ed., Madrid, 1984.

(4) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

(5) Algo más avanzado parece, en cambio, el Proyecto de 1994, en el que se introduce el trabajo en beneficio de la comunidad como sustitutivo del arresto de fin de semana y donde se menciona, además la idea de reparación del daño.

la pena privativa de libertad, detrás de la cual pende siempre la amenaza de ejecución, es frecuentemente considerada por la opinión pública como una «vía de escape» para el condenado.

Sorprendentemente esto es así aun cuando desde hace más de cien años se duda sobre la utilidad de la pena privativa de libertad, en particular, de las de corta duración (6). De hecho, desde época muy temprana, y sobre todo bajo la influencia de v. Liszt y la AIDP (7), se discutieron e incluso se introdujeron en el Derecho positivo, alternativas a las penas cortas privativas de libertad, como sucedió en España con la condena condicional, incorporada a la legislación en 1908 o aun antes —en 1907— con la *probation* en Inglaterra (8). Una institución, esta última, por la que el condenado era puesto bajo la vigilancia de un asistente que le apoyaba amigablemente para mantenerse en el camino de la licitud. Por otra parte, los esfuerzos por quitar protagonismo a las penas cortas de prisión y por mantener la privación de libertad únicamente como *ultima ratio* se vieron fuertemente incrementados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, proceso que desembocó —sobre todo después del reconocimiento del dudoso efecto resocializador y rehabilitador de la prisión— en la búsqueda aún más imperiosa de alternativas no relacionadas con la privación de libertad. En los últimos dos decenios esta búsqueda de sanciones más humanas, menos lesivas y menos costosas ha vuelto a ocupar el centro de la atención política y social en los ámbitos internos e internacionales, una reacción explicable si se tiene en cuenta que, desde principios de los años setenta y en conexión con la crisis económica y otras causas (fuerte crecimiento de la criminalidad, desmitificación de la ideología del tratamiento), se observó una utilización excesiva de las penas cortas privativas de libertad.

Pero, en contraste con lo sucedido en la primera mitad del siglo, actualmente la búsqueda de alternativas se ha convertido en tarea de las más importantes organizaciones internacionales que fomentan grandes investigaciones y plasman sus resultados en valiosos programas políticos y político-criminales. En este proceso desempeñan un rol importante, al menos desde 1980, los argumentos pragmáticos y económicos.

(6) Un panorama histórico al respecto puede verse en JESCHECK, H.-H., «Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung», en H.-H. JESCHECK (ed.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1989, pp. 1939 y ss.

(7) *Vid.* al respecto JESCHECK, H.-H., «Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik», *ZStW* 92 (1980), pp. 997 y ss.

(8) Cfr. HUBER, B., *Die Freiheitsstrafe in England und Wales*, Colonia, 1983, pp. 108 y ss.

Ya en 1976 las exigencias de humanización y desinstitucionalización, por una parte, y la necesidad de reducir los costos en el sistema de aplicación del Derecho penal, por otra, condujeron a la elaboración de algunas propuestas en el *Consejo de Europa*. En la resolución «Sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad» de 1976 los legisladores nacionales fueron exhortados no sólo a profundizar en el desarrollo de las medidas ya existentes —como la *probation* o la multa—, sino también a encontrar nuevas alternativas, por ejemplo, a introducir la declaración de culpabilidad sin imposición de pena, a probar la eficacia del aplazamiento del fallo, a atender a las ventajas de la pena de prestación de servicios (reparación a través del trabajo en favor de la comunidad, contribución de la sociedad en la rehabilitación del condenado) o a reflexionar sobre los beneficios de la semidetención (9). Poco después, el *Sexto Congreso de la ONU* sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Caracas en 1980, se ocupó monográficamente del tema de la desinstitucionalización de las penas y de su efecto sobre los reclusos (10). La asamblea parlamentaria del *Consejo de Europa* formuló recomendaciones en 1981 que proponían, como principio rector de la política criminal de los países miembros, la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración por otras medidas con iguales efectos pero sin sus desventajas (11). Por su parte, el informe del *Consejo de Europa* sobre «medidas alternativas a la pena de privación de libertad», atendiendo al alto coste económico de esta sanción y a la frecuente superpoblación carcelaria, reforzó los argumentos criminológicos (reincidencia, carácter afflictivo) con criterios socioeconómicos (costos financieros y sociales de las sanciones, su efecto en la sociedad) que, en tiempos de recesión, resultan de aplicación generalizada (12).

(9) La Resolución (76) 10 «On some Alternative Penal Measures to Imprisonment» fue adoptada por el Consejo de Ministros el 9 de marzo de 1976. Recomendaciones similares formuló también el *Economic and Social Council de la ONU*; *vid.* Ecosoc Resolution 1984/46 «Alternatives to Imprisonment» de 25 de mayo de 1984 y Ecosoc Resolution 1986/10 (XI) «Alternatives to Imprisonment» de 21 de mayo de 1986.

(10) United Nations Secretariat, «Alternatives to Imprisonment», *International Review of Criminal Policy*, núm. 36, 1980, New York, 1983: «Junto a los tradicionales argumentos relativos a las contradicciones inherentes a la función de custodia y rehabilitación de la prisión, otros factores —tales como los aspectos de deshumanización del encarcelamiento, el impacto debilitador de la total institucionalización sobre la personalidad humana, la creciente toma de conciencia de que la prisión es (un medio) impropio para favorecer las posibilidades del delincuente de llevar una vida respetuosa de la legalidad o para reducir el número de delitos— han dado un nuevo ímpetu al movimiento dirigido al tratamiento del delincuente “fuera” de la prisión o “sin” la prisión» (p. 3). *Vid.* igualmente las Resoluciones 6 y 8 de este Congreso, así como la Resolución 16 del 7.º Congreso de la ONU, Mailand, 1985.

(11) Recommendation 914 (1981), *On the Social Situation of Principles*. La resolución fue adoptada por la Asamblea parlamentaria el 29 de enero de 1981.

(12) RENTZMANN, W./ROBERT, J. P., «Alternative Measures to Imprisonment»,

Las recopilaciones de la ONU de 1985 y del Consejo de Europa de 1986 sobre las propuestas llevadas a efecto hasta ese momento para evitar o reducir la prisión durante la instrucción, el proceso y la ejecución de la pena, mostró una destacable actividad reformista por lo que a su cantidad se refiere: se presentaron veinte sanciones alternativas. En su mayoría no se trataba, sin embargo, de auténticos *sustitutivos* de la pena privativa de libertad, sino de variaciones de esa misma pena: detención periódica, semidetención, semilibertad, cumplimiento durante el fin de semana, libertad diurna para la realización de actividades laborales fuera del centro penitenciario, suspensión de la pena con sometimiento a prueba. Sí constituían, en cambio, *auténticas alternativas* a la prisión: la privación de derechos —introducida en el Code pénal francés en 1975 como alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración—, la reprensión, el aplazamiento del fallo (*deferment of sentence*) (13), la dispensa absoluta o condicionada de la pena (*discharge*) (14), la pena de prestación de servicios (15) y la reparación.

Los países de la Unión Europea han recogido con distinta intensidad las propuestas de diversificación de sus sistemas de sanciones. *Inglaterra* constituye un ejemplo típico de legislación con una amplia gama de posibilidades: ya en los años setenta se introdujeron aquí, junto a las tradicionales pena de multa, suspensión de la pena privativa de libertad y sistemas de prueba, muchas otras consecuencias jurídicas no vinculadas a la privación de libertad (aplazamiento de la sentencia, dispensa de pena absoluta y condicional, orden de compensación, servicio en favor de la comunidad, suspensión parcial de la sentencia). Desde entonces la gama se ha visto aún más enriquecida por nuevas variaciones, tales como la prohibición de salida (*curfew order*) (16) —inicialmente prevista para jóvenes y a partir de 1991 también para adultos—, la consideración de la *probation* como una auténtica pena (17), o la posibilidad de combinar diversas penas no privativas de libertad [por ejemplo, sometimiento a prueba

Report of the 7th Conference of Directors of Prison Administration. Council of Europe, Estrasburgo, 1986.

(13) Aplazamiento del fallo con el fin de observar el comportamiento del condenado durante el período intermedio (Powers of Criminal Courts Act 1972 ap. 1); sobre esta sanción del Derecho penal inglés *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 115 y s.

(14) Dispensa de pena con o sin condiciones (Power of Criminal Courts Act 1972 ap. 7); sobre esta sanción del Derecho penal inglés *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 116 y ss, 125.

(15) Por ejemplo, trabajo en favor de la comunidad, pena de prestación de servicios o de trabajo. Powers of Criminal Courts Act 1973, ap. 14, *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 126 y ss; HUBER, B., «Community Service Order» como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra, *ADPCP*, 1983, pp. 35-48.

(16) Criminal Justice Act 1982 y 1991, ap. 12; sobre esta sanción *vid.* ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Londres, 1992, pp. 265 y s.

(17) Criminal Justice Act 1991; *cf.* ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 259 y ss.

con pena de multa o con prohibición de salida (18)]. Así, los jueces ingleses tienen a su disposición una amplia gama de sanciones de contenido comunitario, severas y cargadas de exigencias en sus requisitos y suficientes, por su variedad, para satisfacer los fines de rehabilitación individual y retribución de la pena.

En el otro extremo se encuentra *Alemania*, donde el sistema de sanciones no ha sufrido ampliaciones esenciales desde las dos leyes de reforma del Derecho penal de 1969 (19). Por entonces se introdujo la pena privativa de libertad unitaria y el sistema de días multa, se fijó con fuerza de ley la primacía de la pena de multa sobre las penas cortas privativas de libertad, se reestructuró el sistema de medidas de protección y seguridad y se introdujo la amonestación con reserva de pena. Hoy encontramos aquí, como principales (20) sanciones alternativas, la suspensión de la pena (parág. 56 StGB), la multa —que es la sanción aplicada con mayor frecuencia— (parágs. 40 y ss.), la amonestación con reserva de pena vinculada a la suspensión de la multa (parágs. 59 y ss.) y la dispensa de pena (parágs. 60 y ss.). Junto a ellas, existen también la prohibición de conducir como pena accesoria (parág. 44), así como la privación del permiso de conducir, la vigilancia de la conducta y la inhabilitación profesional como medidas (parágs. 69 y ss.; 68 y ss.; 70 y ss.). El Código penal recoge igualmente la pérdida de derechos, la confiscación y el comiso (parágs. 73 y ss.), medidas que, por cierto, también se encuentran en el derecho inglés. La reducción del número de penas privativas de libertad efectivamente ejecutadas y el correlativo aumento de sanciones ambulatorias impuestas, permite concluir que la jurisprudencia alemana hizo suyo el nuevo programa sancionatorio (21).

Por lo demás, en los últimos años se detecta en Alemania, tanto en el ámbito científico como desde los órganos políticos —por las iniciativas del SPD—, un serio interés por alcanzar una **ampliación del sistema sancionatorio**: en particular, es de destacar el lugar preponderante que ocupó este tema en el 59.º «Deutsche Juristentag» celebrado en 1992 (22).

(18) Criminal Justice Act 1991; cfr. ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 271 y s.

(19) StrRG de 26-6-1969 y StrRG de 4-7-1969; los fines fundamentales de la reforma consistieron en ese momento en la restricción de las penas cortas de prisión (parág. 47), estructuración de la suspensión condicional de la pena (parágs. 56 y ss.), limitación de las medidas privativas de libertad y nueva configuración de la pena de multa siguiendo el sistema de días multa (parágs. 40 y ss.).

(20) Vid. KAISER, G., *Kriminologie -Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1988, parág. 115, Rn. 10 y 24.

(21) KAISER (nota núm. 20), pp. 909 y s.

(22) Cfr. SCHÖCH, H., «Gutachten», en *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, Munich, 1992, t. 1, C 1-C 138.

3. LAS SANCIONES ALTERNATIVAS

Expondré a continuación las más relevantes sanciones no privativas de libertad, partiendo para ello de las iniciativas de reforma presentes en la discusión alemana, pero sin dejar de prestar atención a instituciones paralelas existentes en otros sistemas penales, en particular, en el sistema inglés.

Pero antes, una breve referencia a la *terminología* que en los últimos años viene utilizándose en el ámbito internacional. Dado que la pena privativa de libertad sigue ocupando el papel central en nuestras ideas sobre la pena —y ello a pesar de que sólo una fracción de los procesados son condenados a esta pena y todavía menos son los que efectivamente deben cumplirla (23)—, se explica que las otras sanciones se describan con frecuencia como *penas no privativas de libertad*. Junto a éste existe, sin embargo, el concepto más específico de *penas alternativas*, con el que generalmente se quiere hacer referencia a alternativas a la prisión (aun cuando en verdad se trata de penas autónomas y no de sustitutivos de aquélla). Ultimamente es usual también el concepto de *penas vinculadas a la comunidad* (community sanctions) (24), explicable porque el autor del delito permanece, durante el cumplimiento de la condena, en su propio entorno social y, a lo sumo, sufre un recorte en sus derechos o en su libertad de movimiento. Por último, se habla también de las llamadas *penas intermedias* (intermediate sanctions), término con el cual se engloban todas las sanciones intermedias entre las consecuencias jurídicas más leves y la pena privativa de libertad (25). En la literatura alemana se distingue además entre consecuencias jurídicas de internamiento y ambulatorias.

3.1. La eficacia de las sanciones privativas de libertad y ambulatorias

¿Qué argumentos existen para distanciarse del dominio de las penas privativas de libertad y para transferir sus funciones a otras consecuencias jurídicas? ¿Podemos permitirnos renunciar a esa pena

(23) En la práctica sancionatoria alemana la porción de condenados al cumplimiento inmediato de la pena privativa de libertad impuesta sólo alcanza el 5,6 por 100; cfr. SCHÖCH (nota núm. 22), p. C 21 y Tab. 1. Distinto es el caso de Inglaterra y Gales, donde en el mismo año todavía fueron condenados a cumplimiento inmediato el 16 por 100, *vid.* Home Office, «A Digest of Information about the Criminal Justice System», HMSO, Londres, 1991, p. 44.

(24) El Canadian Sentencing Commission Report de 1987 introdujo expresamente este concepto, cfr. MORRIS, N./TONRY, M., *Betwe en Prison and Probation*, New York, 1990, p. 4.

(25) MORRIS/TONRY (nota núm. 24), p. 4.

en un amplio espectro precisamente en una época de aumento de la criminalidad? Estas preguntas se plantearon hace ya mucho tiempo y han sido objeto de discusión en las investigaciones y propuestas internacionales. Las dudas sobre el sentido y función de la pena estatal se ven alimentadas desde diversas fuentes: así, los presupuestos metafísicos que antes eran aceptados como fundamento de la *idea de retribución*, han desaparecido en un mundo orientado a la funcionalidad inmanente. La *idea de tratamiento*, de otra parte, perdió vigencia en el momento que no pudieron constatarse resultados positivos de carácter general derivados del cumplimiento de la pena en un centro de detención (26).

Frente a ello, la idea de respeto de la autonomía personal del delincuente, así como la necesidad de mantener vigente el principio de igualdad de oportunidades en la superación de dificultades sociales —propio de un Estado social y democrático de Derecho—, se convierten en criterios esenciales en el fomento de las modernas sanciones ambulatorias orientadas a la personalidad del autor (27). Además, desde puntos de vista preventivo-generales y atendiendo a los resultados de la investigación en el ámbito sancionatorio, parece deducirse el carácter intercambiable de las reacciones penales por lo que a su efectividad se refiere (28). Existen, por otra parte, suficientes apoyos en las estadísticas criminales para afirmar que la atenuación de las sanciones por regla general no influye negativamente sobre la evolución de la criminalidad. Presupuesto de todo ello es, sin embargo, que el sistema jurídico-penal de control social, esto es, la persecución y castigo de los delitos, funcione adecuadamente (29).

Las condiciones inhumanas de cumplimiento de condenas por el envejecimiento y superpoblación de los establecimientos penitenciarios, los mayores costos de esta forma de ejecución penal frente a otras sanciones, las dudas en cuanto a su eficacia rehabilitadora y resocializadora, son, pues, las principales razones que llevan a buscar otras formas de reacción frente al comportamiento merecedor de pena.

(26) Por lo demás, la orientación del Derecho penal a la prevención especial es discutida de modo general, *vid.* ALBRECHT, P. A., «Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen», en *ZStW* 97 (1985), p. 831.

(27) *Vid.* en detalle SCHÖCH (nota núm. 22), C 40.

(28) KAISER (nota núm. 20), pp. 224 y ss. Sobre los resultados empíricos de la amplia intercambiabilidad de las sanciones en el ámbito de la pena de multa *vid.* HEINZ, W., «Neue Formen der Beisälerung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland», en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Berlin, 1985, pp. 957, 974; DÖLLING, D., «Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutschen Strafrecht», en *ZStW* 104 (1992), pp. 259 y ss.

(29) KAISER (nota núm. 21), parágs. 35 y s.; con más detalles, SCHÖCH (nota núm. 22), C 37.

3.2. Consecuencias jurídicas que no implican privación de libertad

De la amplia gama de consecuencias jurídicas que ofrecen los ordenamientos europeos como respuesta a las distintas formas de criminalidad, en particular las menos graves, quiero referirme aquí a dos de ellas, concretamente a aquellas en las que adquieren preponderancia la idea de reparación y los intereses de la víctima. Se trata de la pena de prestación de servicios o trabajo en favor de la comunidad, cuyo destinatario es la comunidad jurídica idealmente lesionada y la reparación en sentido estricto, que concierne a la víctima individual (30).

3.2.2. LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La pena de prestación de servicios o de trabajo en favor de la comunidad parece haberse impuesto en la práctica, entre todas las sanciones que no implican privación de libertad, como el auténtico sustitutivo de las penas cortas de prisión (31). En los años sesenta, diversas propuestas de reforma en Alemania, Holanda e Inglaterra recogieron la idea de convertir el trabajo en favor de la comunidad en sanción aplicable al ilícito penal (32). También los órganos europeos asumieron la idea y recomendaron a los legisladores de los países miembros que incorporaran esta sanción como alternativa a la pena de prisión (33). La mayoría de los Estados han seguido esta recomendación después de realizar profundas investigaciones político-criminales y, en muchos casos, de someterla a una fase de prueba. Sin embargo, por lo que se refiere a su configuración concreta, existen particularidades prácticamente en cada uno de los Estados.

En Inglaterra, esta sanción se configura en la actualidad como pena autónoma, aunque inicialmente se incorporó a la legislación

(30) Vid. BRUGHELLI, R., «Alternativen zur Freiheitsstrafe: Gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung», en K. L. KUNZ, *Die Zukunft der Freiheitsstrafe*, Berna, 1989, pp. 5 y s.

(31) VAN KALMTHOUT, A. M./TAK, P. J. P., *Sanctions-Systems in the Member States of the Council of Europe*, Part 1, Arnhem, 1988, p. 10. Sobre el desarrollo histórico de las penas de prestación de servicios pp. 10 y ss.

(32) BAUMANN, J., y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs*, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1966; *De Vrijheidsstraf, rapport van de Wiardi Beckman Stichting*, Amsterdam, 1969; *Non-custodial and semicustodial penalties. Report of the Advisory Council on the Penal System*, Wootton Report, HMSO, Londres, 1970; sobre el desarrollo y configuración del modelo inglés vid. también HUBER (nota núm. 8).

(33) European Committee on Crime Problems, Report on alternative penal measures to imprisonment, Estrasburgo, 1976; Resolución (76) 10 of the Committee of Ministers of the Council of Europa (nota núm. 9).

(en 1972, como *community service order*) como alternativa a la pena corta de prisión (34). Consiste en que el autor es condenado a la prestación de determinados servicios durante un período que oscila entre cuarenta y doscientas cuarenta horas, siendo necesario su consentimiento. Esta última exigencia se explica, entre otros motivos, porque la imposición de un trabajo contra la voluntad del condenado se considera poco adecuada desde un punto de vista resocializador (35). El mal de la pena reside en la privación del tiempo libre del delincuente. Junto a ello se llama la atención, también, sobre el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad. Por otra parte, se entiende que esta pena facilita la resocialización en la medida que el delincuente permanece en su entorno social, fomentándose un comportamiento favorable al trabajo mediante la realización de una actividad habitual. Además, se espera que por esta vía el condenado consiga una mayor confianza en sí mismo y desarrolle el sentido de la responsabilidad social.

Pero a pesar de estos ideales, especialmente en Inglaterra, los argumentos que sirven de sustento a esta sanción han sufrido un cambio importante en los últimos tiempos. Se ha tomado distancia, en efecto, de los ambivalentes fines de retribución, reparación simbólica y rehabilitación. En la actualidad el servicio en favor de la comunidad se impone, sin ambigüedades, como una reacción punitiva, lo que se demuestra tanto porque la cantidad de horas de trabajo depende de la gravedad del hecho cometido, como porque el incumplimiento de las condiciones del trabajo conduce, consecuentemente, a la imposición de otras penas. Cerca de un tercio de las órdenes no cumplidas acaban en una pena privativa de libertad (36). Se la considera una pena vinculada a la comunidad relativamente severa, aplicable a delitos de mediana gravedad, es decir, aquellos en los que la multa aparece como una consecuencia jurídica demasiado leve y la pena privativa de libertad como demasiado grave (37). Los tribunales la utilizan como la más grave de las sanciones no privativas de libertad, aplicándola, por ejemplo, en casos donde se han visto implicadas grandes cantidades de dinero, en aquellos en que se han utilizado armas o en los que la consecuencia del hecho reside en una grave lesión corporal (38). Con especial frecuencia se aplica a jóvenes entre 17 y 21 años (39), incluso reincidentes.

(34) Sobre los requisitos legales y su configuración *vid.* Powers of Criminal Courts Act 1973; ap. 14. *Vid.* también HUBER (nota núm. 8).

(35) El art. 4 IIIª de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos prohíbe los trabajos forzados.

(36) ASHWORTH (nota núm. 16), p. 267.

(37) ASHWORTH (nota núm. 16), p. 269; Criminal Justice Act 1991.

(38) MOXON, D., *Sentencing Practice in the Crown Court*. Home Office Research Study núm. 103, HMSO, Londres, 1988, p. 45.

(39) *Vid.*, por ejemplo, el Caso Mole (1991), CrimLR 220.

Por otra parte, Bélgica, Dinamarca, Holanda y Noruega también han introducido recientemente la prestación de servicios como pena principal autónoma y como alternativa a las penas cortas de prisión. Esta sanción igualmente se prevé en el Anteproyecto suizo (40), cuya legislación penal vigente ya la hace aplicable a los jóvenes. Tanto el nuevo Código penal portugués (1982) como el Code pénal francés (1993) la transformaron de sustitutivo por incumplimiento de la pena de multa en pena principal, seguramente con el fin de aumentar su importancia y fomentar su uso más frecuente (41).

En otros casos se la utiliza como *condición* (en relación a la suspensión de la pena), lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho penal juvenil alemán y también en el austriaco (42). Con relativo éxito (43) se contempla asimismo esta sanción en los dos países indicados para *evitar la ejecución del arresto sustitutorio* en caso de impago de la pena de multa (44). En efecto, especialmente en Alemania, donde se hace amplia utilización de la multa, últimamente se viene imponiendo con fuerza la idea de que es preciso buscar alternativas a la ejecución del arresto sustitutorio. Así, sobre todo en una época de creciente empobrecimiento de amplios sectores de la población (criminal), se piensa que el servicio en favor de la comunidad podría jugar un rol importante y reducir el excesivo número de reclusos que hoy ocupan casi todos los centros penitenciarios. En Portugal se la utiliza con este fin desde 1929 (45). Incluso en Suecia, donde esta sanción se contemplaba hasta hace poco con escepticismo, se ha introducido últimamente a modo de prueba. Si se tiene en cuenta que esta pena también forma parte del catálogo de sanciones en Italia, Luxemburgo e Irlanda, da la impresión que el ordenamiento jurídico-penal español (junto con Grecia) es el único que no se ocupa del trabajo en favor de la comunidad como sanción propia del Derecho penal de adultos.

Es preciso añadir, de todos modos, que para el buen funcionamiento de esta sanción, cualquiera sea la forma en que se la contemple, se hace indispensable contar con una infraestructura adecuada. Así, debe existir una oferta suficiente de puestos de trabajo; los jueces deben estar informados sobre la disponibilidad y las relaciones

(40) Como pena principal en el art. 40, como alternativa de cumplimiento en el art. 34.

(41) Para más detalles *vid.* los correspondientes informes en ESER, A./HUBER, B. (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa (2)*, Friburgo, 1988; *Strafrechtsentwicklung in Europa (3)*, Friburgo, 1990; *Strafrechtsentwicklung in Europa (4)*, Friburgo, 1993. También los informes nacionales en KALMTHOUT/TAK (nota núm. 31), t. 1 y 2.

(42) Parág. 10 I 3 núm. 4 JGG; MELNITZKY, en «Verhandlungen des 10». ÖJT, Viena, 1988.

(43) *Vid.* al respecto SCHÖCH (nota núm. 22) C 28, con más detalles.

(44) Art. 293 EGSiGB.

(45) Parág. 47 PC.

personales del inculpado para tomar una decisión que resulte exitosa; y la normativa debe prever una conveniente estructuración de los órganos del trabajo social y su correspondiente apoyo a través de instituciones de carácter socio-pedagógico y psicológico.

3.2.3. LA REPARACIÓN Y LA COMPOSICIÓN AUTOR-VÍCTIMA

La reparación en la discusión político-criminal

En la actual discusión político-criminal ocupa un papel preponderante la idea de la reparación (46) como sanción no custodiada. Este movimiento internacional en torno a la reparación es considerado como una de las más importantes iniciativas político-criminales de nuestro tiempo (47). Su punto en común con la pena de prestación de servicios, también vinculada a la comunidad, reside en el intento de alcanzar una ampliación en la concepción de las sanciones penales capaz de incluir la perspectiva de los intereses de la víctima. En ambos casos el delincuente es orientado a una actividad constructiva y llena de sentido en lugar de verse obligado a soportar la represión.

El «Renacimiento de la víctima» lleva ya una larga andadura. Comenzó en los países anglosajones con la creación de los *fondos estatales de compensación a la víctima*, a través de los cuales quienes han sido objeto de delitos violentos obtienen una indemnización financiada con fondos públicos. Con el tiempo, numerosos Estados de la Unión Europea han desarrollado instituciones semejantes (48). También en los ordenamientos procesales de los distintos países, la víctima ha adquirido mayor atención y significación. Entre ellos cabe destacar la ley alemana de protección de la víctima de 1986, que concede al ofendido el carácter de parte procesal autónoma, algo similar a lo que sucede en Holanda. En la normativa procesal inglesa existen, por su parte, medidas de protección a las víctimas que deben declarar en juicio como testigo, algo frecuente, en particular, en los procesos relativos a delitos sexuales (49). También en Suiza ha entrado en vigor en 1993 una ley de tutela de la víctima. En Dinamarca y Suecia se ha elaborado un sistema de apoyo procesal a las víctimas

(46) Denominada también compensación, restitución o mediación.

(47) Así ROXIN, C., «Grundzüge des Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitären zum rechtsstaatlichem Strafrecht*, Friburgo, 1993, p. 389.

(48) Por ejemplo, Gran Bretaña (Criminal Injuries Compensation Scheme), Alemania (Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten 1985), Francia (art. 706 CPP), Bélgica (Loi de 1.8.1985), Suecia (Deliktsschadensgesetz). Sobre las particularidades *vid.* los informes nacionales en ESER/HUBER (nota núm. 41).

(49) *Vid.* también la «Victim's Charter», con las pautas generales para el tratamiento de las víctimas y la proclamación de sus derechos.

mediante asesoramiento jurídico. Todas estas iniciativas han abierto camino a un *movimiento general en favor de la restitución*, a partir del cual el Derecho penal —hasta ahora orientado al hecho y al autor— se ha visto ampliado por perspectivas victimológicas (50). Entretanto, se considera ya aceptada la idea de que la víctima de un delito poco grave no experimenta la necesidad de una pena como castigo, pero le interesa, en cambio, la reparación del daño (51).

Modelos vigentes en los diferentes ordenamientos jurídicos

La compensación del daño en el ámbito del proceso penal puede tener lugar de diversas formas. Así, desde un punto de vista material, la composición autor-víctima puede obtenerse mediante una *pena autónoma* si la sanción se paga a la víctima como compensación del daño en lugar de pagarse al Estado (52). Esto es lo que prevé la «compensation order» inglesa incluida en el catálogo de sanciones desde 1972 y que, gracias a una serie de modificaciones, ha mejorado su estructura y ha aumentado su importancia (53). En todos los casos vinculados con una muerte, una lesión o daños, el tribunal debe comprobar, ante todo, si es posible dictar una orden de reparación; si el juez opta por otra pena, debe fundamentar su decisión. Incluso los tribunales de menor jerarquía pueden dictar una orden de restitución de hasta 5.000 libras y ésta es siempre de cumplimiento preferente a la pena de multa. En caso de no aplicarse como pena principal, es posible utilizarla como sanción accesoria con el fin de complementar la pena adecuada a la culpabilidad con un elemento de reparación (54).

La reparación del daño también puede contemplarse como *condición (Auflage)*. El catálogo alemán de sanciones la prevé como condición no autónoma en relación a la suspensión condicional de

(50) Vid. al respecto JUNG, H., «Viktimologie», en KAISER y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3.ª ed., Heidelberg, 1993.

(51) Desde un punto de vista empírico vid. en Inglaterra, SHAPLAND, J./WILMORE, J./DUFF, P., *Victims in the Criminal Justice System. Aldershot*, 1985. Respecto a la situación alemana, SESSAR, K., *Wiedergutmachen oder strafen?*, Pfaffenweiler, 1992.

(52) Vid., al respecto, la crítica de HISCHE, H. J., «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», en *ZStW 102* (1990), pp. 534 y ss., con más datos.

(53) Criminal Justice Acts 1972, 1982, 1988, 1991. Sobre sus particularidades ASHWORTH (nota núm. 16), p. 249.

(54) La frecuencia de aplicación de una «compensation order» ha aumentado notablemente desde la Criminal Justice Act de 1988. Los tribunales inferiores (magistrates' courts) la utilizaron en el 66 por 100 de las causas por daños, en el 55 por 100 de los casos en los que la violencia había constituido un elemento del hecho y en el 53 por 100 de las causas por estafa y falsedades; vid. ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 251 y s.

la pena, la libertad condicional y la amonestación con reserva de pena (55). En el ámbito procesal, establecida como obligación de reparar, también puede permitir la suspensión del proceso (56). El Derecho penal de menores prevé disposiciones similares (57) y recoge expresamente la llamada composición autor-víctima como sanción autónoma (58).

También en el Derecho penal de adultos ha ganado terreno últimamente la *idea de la composición autor-víctima*. El Derecho alemán prevé expresamente que en la medición de la pena se tome en consideración la conducta del autor posterior al hecho, en particular, sus esfuerzos por compensar los daños causados o por alcanzar un compromiso con el ofendido (59). El resarcimiento del daño y los intentos personales de composición son expresamente reconocidos, en consecuencia, como méritos jurídico-penalmente relevantes (60).

En el curso de los últimos diez años también se ha hecho habitual tanto en la práctica como en la teoría la elaboración de programas y modelos de reparación y composición autor-víctima (61). Así, en 1987, Austria extendió la aplicación de la excusa absolutoria posterior de *arrepentimiento* a un amplia gama de delitos patrimoniales siempre que el autor proceda a la restitución voluntaria del daño antes del comienzo del proceso. Reglas similares fueron introducidas en otros ámbitos, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente (62). Además, en este país se amplió la institución jurídica de «falta de merecimiento de pena del hecho» (63) a todos los delitos amenazados con penas de hasta tres años de privación de libertad, con la consecuencia de que se alcanza la libertad cuando se repara el daño, para lo cual es preciso que el autor haya realizado un es-

(55) Parágs. 56 II núm. 1, 75 III, 59a II StGB.

(56) Parág. 153a I núm. 1 StPO.

(57) Parágs. 23 I, 45 II 2 JGG.

(58) La reparación y las disculpas están contenidas como medios de corrección en el parág. 15 I 1,2; desde 1990 el parág. 10 I 3 núm. 7 JGG prevé la orden de «procurar alcanzar un compromiso con el ofendido».

(59) Parág. 46 II StGB.

(60) Vid. DÜNKEL, F./RÖSSNER, D., «Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz», *ZStW* 99 (1987), pp. 847 y ss.

(61) Sobre las particularidades vid. SCHRECKLING, J. y otros, *Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 1991. Vid. también, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (en adelante AE-WG), Munich, 1992, pp. 15 y ss, con más información.

(62) Parágs. 167 y 183 CP austriaco; para mayores detalles vid. también el informe de Austria elaborado por HÖPFEL F., «Die strafbefreiende tätige Reue und verwandte Einrichtungen des österreichischen Rechts», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Friburgo, 1990, pp. 171 y ss.; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Anexo D II.

(63) Parág. 42 CP austriaco.

fuerzo serio (64). La reparación se concibe aquí, por lo tanto, como instrumento de sustitución de la pena.

Otra posibilidad de reparación del daño en el ámbito procesal es la anexión de procesos. En el Derecho alemán (65) esta posibilidad no fue aceptada en la práctica (66). En Francia, en cambio, esta institución, en la forma de *acción civil*, es popular y exitosa (67).

Crterios de reforma

Nuevas sendas en la integración de la reparación en el Derecho penal material y procesal ha abierto el proyecto alternativo en materia de reparación (Alternativ-Entwurf WG) del grupo de profesores alternativos alemanes, quienes presentaron su novedosa concepción en 1992. Junto a la pena —a través de la cual se impone al delincuente su responsabilidad por el hecho cometido— y las medidas —que sirven como prevención frente a conductas peligrosas—, la reparación aparece aquí como una *tercera vía* (68), destinada a cumplir un rol autónomo en el conjunto de las consecuencias jurídico-penales en la medida que implica la asunción voluntaria de la responsabilidad por el hecho. En este línea, la reparación puede aparecer de tres formas diferentes: como sustitución, como base de una suspensión o como atenuación de la pena. Veamos las particularidades del Proyecto Alternativo.

En primer lugar, la reparación entra en consideración como posible *sustitutivo de la pena*, siempre y cuando ésta —como dice el parág. 4 I PA— no aparezca como necesaria, sea de cara al autor o a la comunidad. Si la personalidad del autor o la gravedad del hecho hacen necesaria la pena, no es posible aplicar la reparación como única consecuencia jurídica. Sin embargo, sólo cabrá afirmar dicha necesidad en el caso de que el autor, haciendo abstracción de la

(64) Se dice textualmente que cabrá la impunidad cuando las consecuencias del hecho sean en esencia evitadas, reparadas o compensadas de otro modo, para lo cual el autor debe haber realizado un esfuerzo serio (parág. 167 CP austriaco).

(65) Parágs. 403-406c StPO.

(66) *Vid.*, con más detalles, SCHÖCH (nota núm. 22), C 62.

(67) Sobre sus particularidades cfr. MERIGEAU, M. «Landesbericht Frankreich», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.) (nota núm. 62), p. 325; más información en Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (nota núm. 61), Anexo D IV.

(68) Su descripción como «tercera vía» se explica por motivos históricos: El Código penal de 1871 sólo contemplaba en un principio la pena; en 1933 se introdujeron como segunda vía las medidas de seguridad y corrección de contenido puramente preventivo; ahora la reparación vendría a constituirse en el tercer elemento de las consecuencias jurídicas del delito. *Vid.*, al respecto, FREHSEE, D., *Schadenswiedergutmachung als Element strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Berlín, 1987, p. 119; ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Munich, 1987, p. 52.

reparación, se hubiera hecho merecedor de una pena privativa de libertad de más de un año. De este modo es posible partir de que el ámbito de aplicación de la reparación estará en el contexto de la criminalidad de bagatela y de los delitos menos graves —esto es, en el sector de los delitos de mayor frecuencia comisiva.

Ahora bien, en el caso en que sea precisa la condena a pena de prisión por razones de prevención general o especial, la reparación realizada puede, de todos modos, entrar en consideración en el contexto de la *suspensión condicional de la pena* (parág. 56d StGB). Ella fundamentará siempre el pronóstico favorable que abre la posibilidad de suspender una pena de privación de libertad de hasta dos años (en lugar del límite general de un año —parág. 56—). Asimismo se le concede un rol esencial en la decisión sobre la puesta en libertad anticipada (69).

Al mismo tiempo, el Proyecto atribuye a la reparación total o parcial —si puede entenderse importante— el carácter de causa de *atenuación obligatoria* de cualquier pena (70). Si la reparación no ha contribuido de modo *relevante* a la eliminación de las consecuencias del delito, entra todavía en consideración una atenuación facultativa adecuada a la situación.

¿En qué consiste la reparación? No es sólo una compensación económica del daño y no constituye un privilegio para los ricos. Al contrario, tanto la determinación jurídico-penal del concepto como la naturaleza de las prestaciones posibles y la característica de voluntariedad, ponen de manifiesto que estamos ante algo más que el mero pago de una deuda civil. Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica (71). Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios (72). También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación (73).

Una característica destacable del modelo alemán es la naturaleza *voluntaria* de la prestación. Ello significa que no cabe pensar en una condena a reparar el daño. A diferencia del derecho inglés, donde el Tribunal impone autoritariamente la compensación como pena, de acuerdo al Proyecto Alternativo, el procesado asume voluntariamente la responsabilidad por su hecho y realiza un aporte autónomo para la restitución de la paz jurídica.

(69) Parág. 9 AE-WG (nota núm. 61).

(70) Parág. 5 AE-WG (nota núm. 61).

(71) Sobre el concepto de paz jurídica *vid.* JUNG, H., *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Berna, 1992, pp. 150 y ss.

(72) Una enumeración ejemplificativa en parág. 2 I 1 AE-WGM (nota núm. 61).

(73) Al respecto *vid.* también SCHÖCH (nota núm. 22), C 66 y ss.

Por otra parte, es importante la aplicabilidad general de esta construcción, que permite una solución individualizada y constructiva desde la perspectiva social. Así, pueden considerarse como prestaciones de reparación tanto la realización de trabajos (reparación del vehículo de la víctima, tareas de jardinería) como las disculpas por el hecho cometido. Además, también entran en consideración las contribuciones dinerarias a fondos de compensación de víctimas o a fondos para las víctimas de accidentes, una fórmula especialmente aplicable cuando el hecho ha quedado en grado de tentativa y no se han producido daños. Igualmente estarían comprendidos los servicios en centros hospitalarios o asilos. Así concebida, la amplia idea de reparación permite su utilización con respecto a todos los delitos y cualquiera sean las características del autor.

Los efectos positivos de la reparación, por otra parte, sólo benefician al autor si éste efectivamente satisface la reparación y siempre que lo haga antes de la apertura del proceso principal (garantía de cumplimiento). La ventaja práctica de esta regulación reside en que se facilita notablemente el proceso tanto para la víctima como para la administración de justicia. En efecto, por esta vía se alcanza un acuerdo entre aquélla y el autor del delito con cuyo cumplimiento el ofendido obtiene su compensación y el infractor se hace merecedor de las ventajas legales. Las meras promesas o las prestaciones tardías carecen de valor. Desde un punto de vista preventivo-especial, por otra parte, se estimula al autor a enfrentarse con el hecho realizado y con sus consecuencias, a realizar conductas con contenido social y, bajo determinadas circunstancias, a reconciliarse con la víctima.

Los efectos preventivo-integradores de esta solución también resultan evidentes y el Proyecto Alternativo los refuerza mediante la introducción de disposiciones procesales dirigidas a dar cabida a la reparación en todas las fases del proceso. Así, se contempla que ya en la primera toma de declaraciones el inculcado sea informado de las ventajas que para él puede representar la reparación y sobre el papel de ésta en el proceso penal. Cuanto antes se lleve a efecto la reparación, mayor facilidad tendrá aquél para acceder a los beneficios que ésta implica. Si concurren los presupuestos para una dispensa de pena (de acuerdo al parág. 4 AE-WG) y se ha efectuado la prestación compensatoria, el fiscal puede sobreseer la causa con el acuerdo del tribunal, el inculcado y la víctima. En este caso, pues, no se llega al proceso judicial propiamente dicho. Si, por el contrario, el autor y la víctima necesitan tiempo para alcanzar un acuerdo sobre la reparación (74), la fase de instrucción sigue su curso, pero una vez finalizada, el fiscal puede posponer hasta tres meses su decisión

(74) El acuerdo de reparación frecuentemente requiere tiempo y apoyo, que el fiscal puede ofrecer a través de instancias arbitrales ajenas a la judicatura. La participación en el proceso arbitral es voluntaria y sus resultados deben informarse al fiscal.

sobre la formalización de la acusación (parág. 13 AE-WG) siempre que existan razones para prever que se alcanzará un acuerdo entre aquéllos. Este plazo es susceptible de una prórroga aún mayor en el caso de que se haya dado intervención a un tribunal arbitral encargado de colaborar con los implicados en la búsqueda de una solución.

Si el Ministerio fiscal formaliza la acusación —sea porque la prestación reparatoria no fue suficiente; porque la personalidad del autor o la gravedad del hecho hacen necesario el juicio y la condena; o por imposibilidad de sobreseer ante la falta de los requisitos establecidos en el parág. 11—, en el escrito correspondiente deberá hacer mención de la reparación efectuada y, en caso de existir perspectivas favorables, propondrá la apertura de un *proceso judicial de reparación* (parág. 14 AE-WG). Esta iniciativa también puede tomarla el inculpado (parág. 15 AE-WG).

Ello supone, en consecuencia, que entre la formalización de la acusación y la apertura del proceso principal se introduce un paso intermedio: *el proceso judicial de reparación*. Para ello, el tribunal está facultado para aplazar hasta tres meses la apertura del proceso principal y prolongar dicho aplazamiento por otro período igual con el fin de que un tribunal de conciliación o él mismo puedan llevar a efecto dicho proceso de reparación (75). Si de este modo se llega a una composición y concurren los presupuestos para la dispensa de pena (parág. 4 AE-WG), el tribunal dictará el fallo de culpabilidad y prescindirá de la pena, salvo que el inculpado exija la celebración del proceso principal.

Ahora bien, si no concurren los requisitos para la renuncia de pena —sea por la insuficiencia de las prestaciones compensatorias; por la propia gravedad del hecho; o por falta de consentimiento del inculpado—, se procede a la apertura del proceso. En este caso, las prestaciones de reparación pueden todavía tenerse en cuenta en la concreta determinación de la pena.

Significación y perspectivas de la reparación

Mucho se está escribiendo actualmente en Alemania sobre el tema de la reparación (76), por lo que resulta imposible reproducir aquí la discusión en toda su complejidad. En cualquier caso, su importancia reside en que, como instrumento de «diversificación» (*Diversión*), se presenta como un medio apto para atenuar, modificar o sustituir la pena. De hecho, la reparación del daño podría representar ya un adelanto significativo si mediante su utilización se consiguiera

(75) Sus particularidades se encuentran reguladas en el parág. 16 AE-WG (nota núm. 61). Sobre la estructura del procedimiento *vid.*, parág. 18 AE-WG (nota núm. 61).

(76) *Vid.* la relación bibliográfica en AE-WG (nota núm. 61), pp. 135 y ss.

dar una nueva forma a la gran cantidad de procesos que hoy se sobreseen en el ámbito de la criminalidad leve (77) o que concluyen con la imposición de una pena de multa (78), puesto que de este modo se conseguirían resultados más útiles para el propio autor, la víctima y la sociedad en este amplio campo de la delincuencia. Además, si se tiene en cuenta que ni siquiera existen razones definitivas para asegurar los resultados resocializadores de la pena (79), al menos esta vía garantizaría una auténtica ayuda a la víctima.

4. LÍMITES A LAS SANCIONES AMBULATORIAS DE ACUERDO A LOS CRITERIOS INTERNACIONALES

Para concluir, permítaseme una referencia a los principios rectores en materia de sanciones no privativas de libertad. A diferencia de lo que sucede con la pena de muerte o las penas corporales, respecto de las cuales existen hoy límites claros en cuanto a su aplicación o prohibición, las sanciones ambulatorias contienen numerosas restricciones y elementos coactivos, sobre cuya utilización no se ha alcanzado un acuerdo. También aquí, en consecuencia, es preciso establecer ciertos principios rectores (80).

Como punto de partida —en especial en el pensamiento alemán— se consideran plenamente aplicables a estas sanciones todos los principios político-criminales de un Estado de Derecho —humanidad, libertad, presunción de inocencia, igualdad—, así como los derivados del Estado Social. A ellos se debe añadir la idea de funcionalidad del proceso, propia de Estado de Derecho (81). Como consecuencia de todo ello, es posible concluir que las sanciones ambulatorias, al

(77) Los sobreseimientos basados en los párgs. 153 y ss. del StPO representan el 42 por 100 del total de las decisiones, cfr. SCHÖCH (nota núm. 22), cuadro 11, C 127; el mismo, *Rechtsstaatliche und kriminologische Grundlagen der strafrechtlichen Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland*, en ESER/KAISER/WEIGEND (nota núm. 47), cuadro 5, p. 386.

(78) *Vid.* SCHÖCH (nota núm. 22), cuadro 1, C 121; el mismo, *Rechtsstaatliche und kriminologische Grundlagen der strafrechtlichen Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland* (nota núm. 47), cuadro 1, p. 383.

(79) En España, la función resocializadora de la pena privativa de libertad expresamente establecida en la Constitución hace tiempo que se viene poniendo en duda, cfr. CÓRDOBA RODA, J., «Die Freiheitsstrafe im spanischen Recht», en *ZStW* 92 (1980), p. 773, en especial nota núm. 3. Sin duda, en los últimos años estas consideraciones críticas se habrán visto aumentadas.

(80) Sobre el problema de los límites de las sanciones ambulatorias *vid.*, VON HIRSCH, A., «The Ethics of Community-Based Sanctions», *36 Crime and Delinquency* (1990), pp. 163 y ss.

(81) Sobre estos factores *vid.* SCHÖCH (nota núm. 22), C 41 con más información sobre la bibliografía alemana, en particular, SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Kriminalpolitik für Menschen*, Munich, 1991.

igual que las otras penas, también revisten un carácter subsidiario. Es decir que sólo resultarán aplicables cuando no sea posible esperar resultados positivos de otros medios menos severos. Además, dichas sanciones tampoco pueden imponer al delincuente requisitos que resulten claramente inexigibles (82), lo que significa que, en su concreta configuración, no deberán superar las fuerzas y posibilidades de aquél (83). Finalmente, también aquí juegan como límites generales los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Junto a estos principios derivados del Estado de Derecho que, en unión con otros establecidos por la ley o la jurisprudencia, conforman los límites de la posible injerencia estatal en los derechos fundamentales del delincuente, existen numerosas disposiciones internacionales dirigidas a restringir el ejercicio del poder estatal en el ámbito sancionatorio.

Las primeras disposiciones relativas a las condiciones básicas para las sanciones no privativas de libertad fueron las *Standard Minimum Rules for the Implementation of Non-Custodial Measures involving the Restriction of Liberty* (84). Su contenido era preparatorio para la elaboración de una reglamentación de la ONU que, en consonancia con las «Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners», debía establecer las pautas internacionales en la materia. Por recomendación del Consejo Económico-Social de Naciones Unidas, otros órganos (85) de esta organización elaboraron al mismo tiempo las *Tokyo Rules*, que fueron presentadas en septiembre de 1990 en el 8.º Congreso de la ONU celebrado en La Habana y asumidas por la Asamblea General en diciembre de ese mismo año como «United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures» (Tokyo Rules) (86).

(82) Así, por ejemplo, no se podría imponer al autor la condición, en caso de suspensión de la pena de prisión, de contraer matrimonio con la madre de su hijo, o de asistir regularmente a un servicio religioso, o de ingresar en una asociación. Todas estas exigencias entrarían en conflicto con derechos fundamentales.

(83) Esto ya se encuentra establecido en los parágs. 56b y c del StGB alemán.

(84) Estas medidas fueron establecidas por un grupo de expertos en una reunión que tuvo lugar en Groningen en el año 1988 bajo el amparo de la «Penal and Penitentiary Foundation». Sobre las particularidades del nacimiento y fines de dichas reglas *vid.*, RÖSTAD, H., en el prólogo a International and Penitentiary Foundation, *Standard Minimum Rules for the implementation of non-custodial measures involving restriction of liberty*, Bonn, 1989, p. 7.

(85) El proyecto fue elaborado por el United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders de Tokio.

(86) General Assembly Resolution 45/110. Sobre sus particularidades *vid.* United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Branch, *Commentary on the Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures*, Viena, 1993, pp. 3 y s.

Aunque estas reglas no tienen el carácter de Tratado internacional susceptible de vincular directamente a los firmantes, dado el consenso general que existió a la hora de su aprobación en La Habana y en la Asamblea General de la ONU, es posible concederles tanta importancia como para considerar que sientan las pautas internacionales a las que deben ajustarse los legisladores y la jurisprudencia de los Estados miembros (87).

También el Consejo de Europa se ha manifestado sobre el problema de las sanciones de carácter comunitario: en noviembre de 1992, después de largas consultas, aprobó las *European Rules on Community Sanctions and Measures* (88). Aunque, al igual que las «European Prison Rules» no constituyen un Tratado y, por tanto, carecen de fuerza vinculante, con ellas se pretende marcar las pautas jurídicas europeas para la elaboración de sanciones y penas vinculadas a la comunidad (89).

5. RECAPITULACIÓN Y OBSERVACIONES FINALES

Resumiendo:

En contraposición a lo que sucede en muchos otros países de Europa, con la remisión condicional para penas que no excedan de un año, España sólo cuenta con un modesto medio para evitar la pena de prisión, una sanción esta última que, sin embargo, se califica en el mundo entero de perjudicial e ineficaz desde perspectivas resocializadoras y de corrección. El legislador español no ha asumido, pues, hasta ahora, las propuestas internacionales orientadas al desarrollo de un sistema de sanciones restrictivo en materia de penas privativas de libertad y tendente a la introducción de otra clase de sanciones cuyo cumplimiento se produzca en el seno de la comunidad. A la vista del actual Proyecto resulta, por lo demás, dudoso, que se decida a dar este paso en el nuevo Código penal, optando por reducir de modo general el papel de la pena de prisión. En cualquier caso, conviene tener presente que un cambio en favor de la diversificación de las sanciones depende de la estructura de la criminalidad del país y de su análisis, lo que significa que, una decisión convenientemente fundada desde el punto de vista político-criminal en materia de sanciones ambulatorias, exigiría una previa investigación a fondo de la naturaleza y características de la criminalidad en España.

(87) *Vid.* al respecto, VAN ZYL SMIT, D., «Legal Standards and the Limits of Community Sanctions», *Eur. J. Crime Cr.L.Cr.J.*, 1994.

(88) Recommendation núm. R (92) 16, del Consejo de Europa, adoptada el 16 de noviembre de 1992.

(89) *Vid. Kommentar zu den Europäischen Regeln über gemeindebezogener Strafen und Massregeln*, p. 41.

Hay muchos modelos de sanciones no privativas de libertad. Algunas ponen el acento en la rehabilitación (v.g., el sometimiento a vigilancia con imposición de ciertas condiciones o las instrucciones en la *probation*); otras limitan la libertad de movimiento del delincuente (como el arresto domiciliario o la vigilancia electrónica); y también las hay que permiten al autor del delito evitar un pronunciamiento de culpabilidad y, en caso de buen comportamiento, salir airoso de un aplazamiento del fallo. Por lo demás, últimamente han ganado terreno en muchos países las reflexiones sobre la ayuda a la víctima, dirigidas especialmente a la superación de las consecuencias del delito mediante un hacer constructivo y responsable del propio autor. Los proyectos sobre composición autor-víctima que se desarrollan dentro y fuera del sistema penal, no persiguen con esta institución únicamente la reparación material del daño, sino, por encima de ello, la superación constructiva del conflicto y la restitución de la paz jurídica. Me he referido aquí a dos formas de reparación propias del Derecho penal. En muchos ordenamientos se aplica con éxito la pena de servicios en favor de la comunidad, una sanción que sin embargo en Inglaterra ya ha perdido su sobrevalorada función resocializadora y que lamentablemente no sólo se está aplicando como alternativa de la prisión, sino igualmente de otras sanciones ambulatorias. Como sucede con la mayoría de las penas no privativas de libertad, el éxito del trabajo en favor de la comunidad depende en no poca medida de la existencia de un servicio social adecuado y que funcione convenientemente. La otra institución de la que hemos hablado es la reparación del daño y la composición autor/víctima, una vía que de las formas más variadas adquiere relevancia en el proceso de determinación de la pena. El Proyecto que el grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos presentó en 1992, constituye el modelo hasta ahora más consecuente para la incorporación de la reparación voluntaria en la estructura de la aplicación y medición de la pena y ello sin perder de vista la idea de necesidad de pena. Su futuro se encuentra, sin embargo, minado por la Política criminal y por el aumento incesante de la criminalidad. Por eso tiene hoy pocas posibilidades. Pero quizás no esté lejano el momento en que la justicia criminal se derrumbe en algunos países —como el tráfico automovilístico— bajo el peso de la ineficacia y la saturación. Tal vez sea entonces la oportunidad para recobrar los modelos alternativos y, por qué no, el modelo de la reparación.