

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y REPARACIÓN. ¿PUEDE LA REPARACIÓN SER UN ARMA POLÍTICO-CRIMINAL EFECTIVA EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA?

*Pablo Galain Palermo** (Uruguay)
*Angélica Romero Sánchez*** (Colombia)

La presente contribución está dirigida a dar respuesta a la pregunta que da título a la misma. Para ello, en primer lugar consideramos necesario hacer una breve reflexión acerca de la delincuencia organizada, para luego en igual forma hacer mención al instituto de la reparación, y finalmente considerar la viabilidad del interrogante. Nuestro marco de referencia será el sistema penal alemán teniendo en cuenta el amplio desarrollo de su doctrina, con algunas referencias al sistema penal español.

* Profesor Adscripto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Penal de la Universidad de la República. Doctorando en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

** Doctorando en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

I. ACERCA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

A EL DELITO ES TAN ANTIGUO COMO EL HOMBRE; PERO EL DELITO GLOBAL, LA INTERCONEXIÓN DE PODEROSAS ORGANIZACIONES EN ACTIVIDADES CRIMINALES CONJUNTAS POR TODO EL PLANETA, ES UN FENÓMENO NUEVO, QUE AFECTA PROFUNDAMENTE LA ESTRUCTURA DE LAS SOCIEDADES

Los avances científicos, tecnológicos, comerciales, económicos, la enorme apertura de fronteras, el librecambio y el rápido desplazamiento mundial de lo nuevo, se constituyen en condiciones que al converger en el desarrollo de la sociedad postindustrial¹ y en fenómenos como la globalización², la denominada sociedad del riesgo³, sociedad informacional⁴ y la generación de nuevas formas de conflicto⁵, facilitan e incentivan nuevas formas de criminalidad. Entre éstas, la que se refiere a la criminalidad organizada⁶.

Es así como ante este nuevo e incomprensible dimensionamiento del espacio universal, el delito llevado a cabo por organizaciones, asociaciones o grupos criminales, a pesar de ser un fenómeno con bastantes antecedentes a través de la historia⁷, no se ha

-
1. Cfr. DANIEL BELL. *El advenimiento de la sociedad postindustrial. Un intento de prognosis social*, Madrid, Alianza, 1976, GARCÍA RAÚL y GALLEGU EUGENIO (trads.).
 2. Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos ILSA, 1999. También ULRICH BECK. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, MORENO BERNARDO y BORRÁS MARÍA ROSA (trads.).
 3. Cfr. ULRICH BECK. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1986, JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ y MARÍA ROSA BORRÁS (trads.). También PRITTWITZ CORNELIUS. "Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft", 1993.
 4. Cfr. ARMAND MATTELART. *Historia de la sociedad de la información*, Barcelona, Paidós, 2002. También MANUEL CASTELLS. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 1 *La Sociedad Red*, vol. 2, *El poder de la identidad*, vol. 3, *Fin del milenio*, Alianza, 2001.
 5. Cfr. MARY KALDOR. *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, Tusquest, 2001. M. L. RODRÍGUEZ TAPIA (trad.).
 6. SEGÚN SILVA SÁNCHEZ, los fenómenos postindustriales de la globalización y la integración económica "[...] dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto –criminalidad arancelaria– fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización". Cfr. SILVA SÁNCHEZ. "La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, Civitas, 2.ª ed., 2001, pp. 86 y ss.
 7. Un estudio detallado acerca de la historia de la criminalidad organizada en ALEO SALVATORE. *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milán, Giuffrè, 1999.

quedado atrás y evoluciona con la sociedad, viniendo a adquirir una nueva dimensión y en consecuencia una nueva reinterpretación. Hoy nos referimos, entonces, a ese tipo de delincuencia que actúa realizando acciones de amplio espectro, donde los sujetos activos resultan ser grupos de individuos organizados, los bienes jurídicos plurales y difusos, y las víctimas prácticamente indeterminadas.

La expansión internacional de la actividad económica, la apertura y/o globalización de los mercados, se ve acompañada de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad que frecuentemente presenta un carácter transnacional. De esta forma, el crimen organizado se une a ello buscando el máximo beneficio y el mínimo riesgo, así como las formas más lucrativas de actividad ilegal. Opera en varios países y se aprovecha de las facilidades que la expansión del liberalismo económico ha provocado en el mundo de hoy, para sortear los controles legales y judiciales⁸. Como acertadamente lo resalta ANTHONY GIDDENS: “La delincuencia organizada ha logrado sacarle partido a la globalización”⁹.

1. En este mismo orden de ideas, como fenómeno global, la delincuencia organizada amenaza el desarrollo y la estabilidad económica y financiera de las naciones¹⁰. Sus

-
8. Sobre la internacionalización del crimen organizado, cfr. MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS DEL RÍO. “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en *El nuevo derecho penal. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, QUINTERO OLIVARES Y MORALES PRATS (COORDS.), Aranzadi, 2001. También ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado” Publicado en homenaje al doctor MARINO BARBERO SANTOS, Universidad Castilla La Mancha/Universidad de Salamanca, vol. II, 2001.
 9. Cfr. ANTHONY GIDDENS. *Sociología*, 4.ª ed., Madrid, Alianza, 2001, p. 305. Donde el autor se refiere a los medios y tecnologías de avanzada utilizados por los traficantes de droga con el objetivo de eludir los controles de los estados. A esto se le debe sumar la infraestructura del sector financiero utilizada para movilizar y en últimas blanquear grandes cantidades de dinero a través de medios electrónicos. Sumando a lo anterior el resiente cambio en las políticas de los gobiernos, que permiten la libre circulación de personas y bienes en la unión de estados sin fronteras, como sucede en la Unión Europea.
 10. Refiere MANUEL CASTELLS que la repercusión de estas tendencias en los estados nacionales se produce a lo largo de tres líneas principales: 1. A menudo las esferas más altas de la estructura estatal están penetradas por vínculos criminales, ya sea mediante corrupción, amenazas o financiamiento político ilegal, con lo que se causan estragos en la gestión de asuntos públicos. 2. Por otra parte, las relaciones internacionales entre los estados empiezan a depender de los índices de colaboración en la lucha contra la economía criminal. El caso típico hasta ahora ha sido el de las relaciones entre Estados Unidos y algunos países latinoamericanos (Colombia, Bolivia, México, Paraguay, Panamá), pero se está convirtiendo en un fenómeno más amplio, a medida que la economía criminal se diversifica (por ejemplo, la preocupación alemana con el tráfico de materiales radioactivos organizado por la mafia rusa; o la inquietud del gobierno ruso sobre la participación creciente de la mafia siciliana y los cárteles de Colombia en la mafia rusa). 3. Y por último, encontramos el carácter imprescindible en el que poco a poco se va convirtiendo el tener en cuenta este tipo de economía subterránea, en la fijación de políticas económicas de los países. Los flujos financieros de origen criminal, cada vez más importantes, son elementos clave para estimular o desestabilizar economías nacionales enteras, de tal modo que la política económica ya no puede gestionarse en muchos países y zonas del mundo sin incluir en escena este factor altamente impredecible. Por nuestra parte también incluiríamos dentro del punto 2

enormes tentáculos poco a poco se introducen en las estructuras socio-económicas, produciendo un efecto corruptor de carácter multiplicador que perturba, entre otras cosas, el correcto funcionamiento del tráfico mercantil. Esta repercusión se debe, en parte, a la lucha entre las mismas organizaciones criminales por alcanzar el monopolio de sus actividades ilegales a través de cualquier medio, llámese violencia o corrupción. Esto, sumado al hecho de comerciar con productos o modos generalmente prohibidos, altera de forma desorbitada el sistema de precios, empeora la calidad de los servicios, afecta las condiciones del mercado creando monopolios u oligopolios, desaparecen principios de transparencia y moralidad económica¹¹, la igualdad de oportunidades se ve afectada, y provoca fallidas expectativas de inversiones nacionales y extranjeras, entre otras consecuencias, lo cual, y en últimas, impide el desarrollo natural y armónico de las relaciones entre las instancias económico-legales y sociales¹².

que menciona CASTELLS la ingerencia de Estados Unidos y su política exterior en materia económica y en la lucha contra el lavado de dinero en los regímenes de Argentina, Chile y Uruguay. Cfr. MANUEL CASTELLS. *La era de la información. Economía sociedad y cultura*, vol. 2, “El poder de la identidad”, cap. 5 “¿El estado impotente?”, Madrid, Alianza, 1997, pp. 271 a 339.

11. Todo lo cual en última instancia provoca un daño en la población que –de una u otra forma– es víctima mediata de este hacer delictivo.
12. Es muy difícil, por no decir imposible, determinar con exactitud cuantitativamente los perjuicios económicos que causa la criminalidad organizada y menos aún la repercusión de los daños que la economía ilícita ha conseguido introducir en los circuitos económicos legales. Las cifras divergen considerablemente y nos movemos con datos solo muy especulativos en cuanto a su verdadero alcance pero, en todo caso, elevadísimos. Las valoraciones del Fondo de Garantía Internacional en 1997, aluden a que la criminalidad organizada maneja una economía anual entre 450 y 750 miles de millones de dólares “que deben ser lavados” (cfr. THAMM B.G. y K. FREIBER. *Mafia global*, Berlín, 1998. p. 281). El capital ilegal que circula en los mercados financieros se estima entre medio y un trillón de dólares; de ellos, unos 300 billones anuales proceden del tráfico de drogas, de los que blanquean unos 85 billones, aunque otros elevan a la cantidad entre 122 y 250 billones anuales (cfr. Perl. “United States Foreign Narcopolicy: Shifting Focus to International Crime and Money Laundering Overview”, *Trends in Organized Crime*, vol. 2, n.º 3, 1997, p. 5). Desde Alemania, ROHE da cuenta de que los procesos judiciales en marcha afectaban un monto de 3.500 miles de millones de dólares al mes (cfr. *Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse der polizeilichen Abhörbefugnisse in den USA*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 17 y ss.); Colombia gasta anualmente unos 1.000 millones de dólares en la lucha contra la droga (cfr. D. SANCAN. *I narcos e politica in America Latina: i caso della Colombia, mafia e antimafia. Rapporto '96*, al cuidado de LUCIANO VIOLANTE, Laterza, 1996, p. 38). En España, no conocemos estadísticas globales, pero las cifras pueden llegar a ser igualmente alarmantes; basta pensar que en el mes de abril de 1999, la policía desarticulaba una sencilla sucursal en Burgos del Banco del Espíritu Santo, con sede central en Portugal, que blanqueaba unos 1.500 millones de pesetas al mes, esto es más de 9 millones de euros. El problema del blanqueo de dinero adquiere inusitada relevancia en el sistema económico uruguayo, aunque no parece inquietar demasiado al gobierno nacional que mantiene una legislación laxa y algunas instituciones (secreto bancario, empresas de capital *off shore*, legislación penal de las sociedades anónimas del siglo XIX, etc.) que favorecen este tipo de delitos. Cfr. PABLO GALAIN. “Los delitos económicos: algunos aspectos dogmáticos comunes. La problemática imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Una visión político criminal del sistema uruguayo”, de próxima aparición en *Estudios de la Parte Especial del derecho penal uruguayo*, t. III, Ed. B de f. Montevideo-Buenos Aires.

2. Pero a lo anterior habría que añadir el ataque directo que también se realiza a los sistemas de libertad y democracia de las naciones. La delincuencia organizada subvierte el estado-nación, transforma en algunas ocasiones los procesos de gobierno y paraliza en muchos casos su propia estructura, pasando por una profunda penetración y eventual desestabilización del mismo, en una variedad de contextos (locales, regionales, nacionales y transnacionales) que quedan a la orden del crimen, lesionando la autonomía y el poder de tomar decisiones de la administración¹³.

3. El tráfico de estupefacientes es el delito que con mayor frecuencia se relaciona con la criminalidad organizada transnacional y quizás el que más se comete; sus grandes operaciones están manejadas por organizaciones criminales como los carteles latinoamericanos de la droga, que no sólo son poderosas, sino que tienen una clarísima estructura supranacional que logra una operatividad eficaz en distintos niveles y ámbitos delictivos. Pero en igual forma el tráfico de armas, el contrabando, el tráfico de órganos humanos para trasplantes ilegales, la explotación económica de inmigrantes irregulares, la prostitución y/o explotación sexual de mujeres y menores, el juego ilegal, la usura, el secuestro, el fraude y la extorsión; la falsificación de objetos, moneda, documentos financieros, tarjetas de crédito y documentos de identidad; asesinatos por contrato; tráfico de información privada, tecnología e incluso objetos de arte; ventas internacionales de bienes robados; vertidos de basura ilegales que pasan de un país a otro o la venta de animales exóticos, entre otros muchos, constituyen también un claro ejemplo de este tipo de la delincuencia que hoy tiene en constante atención a la sociedad civil debido a los grandes perjuicios que ella provoca.

B. ¿QUÉ ES LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA?

1. Para un mejor entendimiento del tema que venimos desarrollando, en este punto conviene aclarar lo que se entiende por criminalidad organizada.

Aunque existen diversas definiciones, elaboradas tanto por comisiones encargadas de combatirlo, como por estudiosos del tema, aún no prevalece un concepto claro y consensuado de dicha figura¹⁴.

13. Colombia y México son los mejores ejemplos para demostrar la intromisión de los carteles de la droga en la esfera política y en consecuencia en los ámbitos de decisión gubernamental. Esta capacidad de penetración en las instituciones democráticas de algunos países se está demostrando especialmente en el ámbito de las administraciones locales que, atraídas por el enorme volumen de capital que las organizaciones criminales pueden poner en circulación, encuentran en dichas organizaciones una fuente rápida e ilimitada para realizar cuantiosas inversiones en el ámbito local, pervirtiendo poco a poco el sistema político democrático-representativo.

14. Una amplia gama de definiciones de criminalidad organizada, en *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, al cuidado de FRANCO FERRACUTI, t. IX, "Forme di organizzazioni criminali e terrorismo", Milán, Guiffirè, 1988, p. 66. También en L. BLAKESLEY. "El sistema penal frente al reto del crimen organizado", publicado en *Revue Internationale de Droit Penal*, "Les Systèmes Pénaux à L'èpreuve du crime organisé". Section II Droit Penal Spécial, Colloque Préparatoire Alexandrie

De las diferentes nociones doctrinales y legales que se han dado, podríamos destacar en primer término, las desarrolladas en ámbitos nacionales, como por ejemplo las adoptadas por la legislación española y la doctrina alemana.

La primera de ellas, perteneciente al ámbito legislativo, aparece en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 13 de enero de 1999. Así hoy, el artículo 282 bis LECrim considera como tal, “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer algunos de los delitos siguientes: a. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del CPE; b. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del CPE; c. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del CPE; d. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 CPE; e. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 CPE; f. Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 del CPE; g. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del CPE; h. Delito de falsificación de moneda; i. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del CPE; j. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del CPE; k. Delitos contra el patrimonio histórico previsto en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 12/ 1995, de 12 de diciembre, de represión de contrabando”.

Sin embargo, vale la pena aclarar que ésta cláusula conceptual está orientada a una finalidad muy determinada, a saber, el régimen procesal, policial y penal del agente encubierto. Por ello, sólo podría considerarse como una posibilidad interpretativa, añadiendo a esta circunstancia otras críticas que se le han hecho a la definición, como es la orientación a delimitarla a una lista cerrada de determinados delitos, que incluye algunos considerados como no graves y excluye otros de gran importancia.

En el ámbito alemán, ha encontrado gran aceptación la definición aportada en 1990 por el “Grupo de trabajo común de la Justicia y la policía para la persecución penal de la criminalidad organizada”, conforme a la cual la “criminalidad organizada es la comisión planificada de delitos llevados por la aspiración de ganancias o poder, que de modo particular o en su totalidad son de un significado importante cuando son cometidos por más de dos participantes que trabajan en común por un periodo de tiempo largo o indeterminado y dividiéndose el trabajo a. bajo el empleo de estructuras profesionales/industriales o similares a las comerciales, b. bajo el uso de violencia o de otro medio idóneo para la intimidación, y c. bajo la influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, justicia o economía”¹⁵.

8.12 noviembre de 1997. Association Internationale de Droit Penal, 69e année-nouvelle série, 1e et 2e trimestres 1998, pp. 100 y ss.

15. Citado por FOFFANI LUIGI. “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, Publicado en *Revista Penal*, n.º 7, Cisspraxis, en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olavide Sevilla, 2001, p. 56.

2. En segundo lugar, tenemos las definiciones ofrecidas en el ámbito internacional, como son las adoptadas por la Organización de Naciones Unidas y la Unión Europea.

Respecto de la primera, en el Proyecto de Convención de Naciones Unidas Contra la Criminalidad Transnacional Organizada, cuyo último texto revisado es de marzo de 1999, encontramos el término “grupo criminal organizado” como expresión que designa a “un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace más de un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”. Entendiéndose por infracción grave aquel comportamiento punible con una pena privativa de la libertad superior a una determinada cuantía sobre la cual aún no hay acuerdo (art. 2.º bis b), y que a la vez debe englobar, de acuerdo con el mismo, los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, blanqueo de dinero, trata de seres humanos, falsificación de moneda, tráfico ilícito y robo de objetos culturales, determinados comportamientos relativos a materias nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico ilícito de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción, de conformidad con la definición que de la mayoría de estos crímenes se proporciona en diferentes convenciones de la ONU¹⁶.

Por otra parte, el Consejo de la Unión Europea adoptó el término “Organización delictiva” definida como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionados con una pena privativa de la libertad o de una medida de seguridad privativa de la libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”¹⁷.

3. Con base en las anteriores descripciones del fenómeno, para efectos de la presente contribución nos decantaremos por conceptualizar la criminalidad organizada como el número plural de personas establecidas en el tiempo con carácter organizado, dedicadas a la comisión de delitos graves, con el fin de obtener beneficios ya sean de carácter económico, político y/o social.

16. Cfr. I. BLANCO CORDERO, M. I SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Revista Penal*, n.º 6, julio de 2000, Cisspraxis, en Colaboración con las Universidades de Huelva Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olavide Sevilla, p. 5.

17. Acción Común sobre la base del artículo K. 3 del Tratado Constitucional de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 1998. Cfr. *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, n.º L 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

Así las cosas, podríamos resaltar como características más importantes de la criminalidad organizada:

a. Pluralidad de personas. Es esta unión de voluntades individuales lo que constituye la base de la peligrosidad que se le endilga a la delincuencia organizada. En efecto, la multiplicidad de sujetos activos agrupados con el objeto de cometer delitos, no sólo les otorga una mayor capacidad potencial de daño sino que les favorece la impunidad. Es así como estos grupos llegan a integrar en sus filas desde altos empresarios u hombres de negocios, políticos, servidores públicos, hasta sujetos provenientes de los estratos sociales más bajos que creen ver en la pertenencia a la organización criminal una rápida solución de sus problemas económicos.

b. Organización y estabilidad en el tiempo. La organización se refiere básicamente a la existencia de una estructura ordenada, que resulte adecuada para la realización de los objetivos criminales perseguidos. A su vez, la estabilidad o permanencia en el tiempo les permite fijar y afianzar un proyecto delictivo consolidado, el cual constituye –además– un elemento fundamental para distinguirla de otro tipo de figuras criminales, también realizadas por colectivos como son los clásicos casos de acuerdo previo para cometer un delito determinado, trátase de complicidad o conspiración, entre otras.

c. Propósito delictivo dirigido a la consecución de ganancias. Este propósito delictivo se dirige a la consecución de ganancias de todo tipo, a través de la comisión de las diferentes formas delictivas (llámese tráfico de estupefacientes, inmigrantes, obras de arte, etc.) o cualquier otra de las conductas de carácter grave, como las mencionadas en el numeral anterior.

C. ¿QUÉ ES LA REPARACIÓN?

1. La reparación en sentido penal debemos enmarcarla dentro de las medidas alternativas que el legislador ha venido construyendo con el fin de poder sustituir –en la lucha contra cierto tipo de criminalidad– la privación de la libertad. Pero también debe ser entendida como una posibilidad cierta de conciliar a las partes sociales enfrentadas por el delito, siempre que la misma provenga del ánimo del autor respecto de su hecho (sumado al verdadero esfuerzo personal en dicha tarea) y la aceptación de la víctima. Es fundamental la voluntariedad (*freiwilligkeit*) que acerca a las partes a cualquier instancia de diálogo (*Ausgleich*)¹⁸ o que domine todo intento de disminu-

18. Han sido el legislador y la doctrina alemana quienes con más ahínco han considerado la posibilidad de una conciliación entre autor y víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), ya sea a través de reformas efectivas del Código Penal (§ 46a StGB), el Código Procesal Penal (§ 153a StPO, y demás exigencias de la necesidad de una conciliación en el ejercicio de la *Privatklage*, parágrafos 374 a 394 StPO) o desde la propuesta académica transformada en proyecto de ley (AE-WGM, Proyecto Alternativo sobre Repa-

ción o reparación total del daño sufrido por la víctima en un comportamiento positivo posterior. En este sentido podríamos intentar definir la reparación en sentido penal (*Wiedergutmachung*) como el esfuerzo personal y voluntario del autor en intentar la restauración o disminución del daño o los efectos nocivos derivados del delito, sea a través de prestaciones económicas o de prestaciones simbólicas¹⁹.

2. Es de suma importancia el hecho de que el ofensor haya tomado la iniciativa de compensar el daño o disminuir sus efectos, puesto que la voluntariedad de la reparación es la nota característica que diferencia a la reparación penal de la indemnización civil²⁰.

ración de 1992). Se recomienda al respecto la lectura de DETLEV FREHSEE. "Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle", Berlín, 1987; CLAUS ROXIN. "Fines de la pena y reparación del daño", JULIO MAIER y ELENA CARRANZA (trads.), "De los delitos y de las víctimas", Ad-Hoc, 1992; HEINZ SCHÖCH. "Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. mayo de 2001*, de Gruyter, 2001; "Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung", *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge*. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. abril de 1992, Bonn, 1993; JÜRGEN BAUMANN. "Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer", MÜNCHEN BECK, 1992; J. J. Queralt. "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", en *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN; J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed.), Barcelona, Bosch, 1997; KLAUS SESSAR. "Wiedergutmachen oder Strafen", *Pfaffenwieler*, 1992; JOSEP TAMARIT SUMALLA. *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, EVA MALDONADO/CAROLINA VILLACAMPA (trad. del catalán), Barcelona, Fundació Jaime Callís; GONZALO QUINTERO OLIVARES. "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989; *La justicia penal en España*, Aranzadi, 1998; "Dos problemas pendientes de la justicia penal", en *Estudios penales y criminológicos xviii*, 1994; M. CARMEN ALASTUEY. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Tirant monografías 165, 2000; H. J. ALBRECHT. "Kriminologische Perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde", en ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990.

19. En estas se puede incluir como aconseja el AE-WGM en su párrafo 2, trabajos en beneficios de la comunidad o de la víctima, el pago de sumas de dinero a una caja de compensación para las víctimas, etc. Véase al respecto, CHRISTIAN LAUE. *Symbolische Wiedergutmachung*, Heidelberg, Duncker und Humblot, 1999; JIN-KUK LEE. "Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. Auf der Suche nach der Möglichkeit einer weiteren konstruktiven Tatverarbeitung und Entkriminalisierung durch symbolische Wiedergutmachung", Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.
20. La reparación penal que es obligada en la sentencia por parte del juez no es ajena al ordenamiento penal; en ese sentido encontramos a las *compensation orders* del derecho inglés y algunos países de la Europa continental (por ejemplo, Holanda, cfr. GROENHUIJSEN, ESER/KAISER/MADLENER, cit., p. 257, 266). En éstas el juez conmina al culpable a la reparación del daño con un sentido muy próximo a la indemnización civil. Cfr. al respecto HEIKE JUNG. "Die compensation order in Grossbritannien", en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1992; "Compensation order-Ein Modell der Schadenswiedergutmachung?", *ZStW*, 99, 1987, Heft, 3; SUSANNE WALTHER. "Reparation in the German Criminal Justice System: what is, and what remains to be done", en *International Review of Victimology*, 2000, vol. 7, pp. 265 y ss.; THOMAS WEIGEND. "Restitution in den USA", ESER/KAISER/MADLENER, cit. p. 116 y ss.; EMILY SILVERMAN. "Reparation in Criminal Law. International Perspectives", Albin Eser Hrsg., Band/Volume 2, iuscrim, 1997, pp. 1 y ss.

El hecho de que el culpable haya reparado el daño causado a la víctima o —al menos— disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento (pero antes del juicio oral) es considerado por el derecho penal español como un elemento atenuador de la responsabilidad (art. 21.5 CPE), que por significar un menor índice de culpabilidad permite al juez decidirse por una pena reducida. Por su parte, el parágrafo 46 del *Strafgesetzbuch* (§ 46 StGB) alemán considera el comportamiento posterior al hecho punible, en particular el esfuerzo del autor por reparar el daño o alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima, como una circunstancia favorable para éste al momento de fijar la pena según el § 49 StGB. Es de tal importancia que autor y víctima lleguen a un acuerdo, que según el § 46 a StGB puede permitir al juez prescindir de la pena.

Esto nos indica que el legislador alemán ha relacionado definitivamente al instituto de la reparación con los fines de la pena, ya que de otra forma no cabría explicación lógica a la posibilidad de prescindir de la misma por el sólo hecho de que se haya llegado a un acuerdo reparatorio (*Täter-Opfer-Ausgleich*), a pesar de que la doctrina mayoritaria continúe aferrada a la interpretación tradicional (Binding) y lo siga entendiendo como un efecto civil derivado del delito²¹. Sin embargo, nos atrevemos a afirmar que ambas ramas de la ciencia jurídica persiguen distintas finalidades; así al derecho civil le interesa la indemnización integral del daño (material y/o moral) de la víctima que plantea su reclamo ante los tribunales (o incluso en sede penal), mientras que el derecho penal se contenta con la resolución del conflicto y el retorno de la paz pública (ROXIN).

Solamente si se considera que la reparación realiza una función dentro de los fines de la pena, se puede otorgar al juez la posibilidad de prescindir de la misma, ya que de lo contrario ésta devendría necesaria²².

Así las cosas, el legislador ha entendido que el esfuerzo realizado por el autor en reparar el daño o en alcanzar un acuerdo reparatorio con la víctima (*Täter-Opfer-*

21. La doctrina tradicional (H. JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición completamente corregida y ampliada, JOSÉ LUIS MANZANARES (trad.), Granada, Comares, 1993; ZIPF. “Introducción a la política criminal”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 175; H. HIRSCH. “La reparación del daño en el marco del derecho penal material”, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, primera reimpresión, agosto de 2001, pp. 53 y ss.; JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*; LUIS GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Valencia, 1996; MARIO ROMANO. “Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 613 y ss., considera que la reparación no tiene un sentido penal sino que integra el derecho de daños pues tiene naturaleza indemnizatoria.

22. Este tema nos conduce a analizar los supuestos de necesidad de pena, lo cual escapa al objeto de nuestro trabajo. Al respecto remitimos al trabajo de PABLO GALAIN. “¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, en *Libro Homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, t. I, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 493 y ss.; en especial ver nota de pie número 69 en la p. 515.

Ausgleich) significa la realización de los efectos preventivos especiales y generales (especialmente positivos o integradores) en un sujeto que da muestras de su intención de retornar a la legalidad y a una vida normal en sociedad, así como de su menor peligrosidad (si se quiere), lo cual puede ser interpretado positivamente por la generalidad, en el entendido que asume la vigencia de las normas de convivencia y pretende el retorno de la paz social a través de la reconciliación con su víctima.

Demás está decir que esta posibilidad que ofrece el sistema penal alemán se condice sin mayores inconvenientes dogmáticos con una concepción preventiva de la pena.

Pero también los ordenamientos penales a los que nos venimos refiriendo otorgan relevancia a la reparación como sustitutivo a la pena de privación de libertad al momento de la ejecución de la sentencia²³.

D. LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

1. Normalmente el derecho penal continental, influenciado en gran medida por el derecho penal alemán, ha considerado la reparación como un problema civil. Sin embargo, sistemas procesales como el francés –del cual deriva el español– han hecho que esta distinción y/o separación no sea tan nítida como parece. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no tiene bien delineados los contornos que separan la responsabilidad penal de la civil; es más: arrastra históricos desajustes entre ambas ramas del derecho que tampoco el Código Penal de 1995 ha podido solucionar²⁴.

23. Art. 81.3 CPE (aunque aquí se refiere a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*) y el § 56 StGB. El § 56 se aplica a delitos cuya pena no sobrepasa el año de privación de libertad, y para el caso de que el autor se hubiera esforzado por reparar los perjuicios causados por el hecho, se podrá suspender condicionalmente la ejecución de la pena. Durante el período de prueba el juez puede imponer al condenado determinadas obligaciones tendentes a la reparación del injusto cometido (§ 56b StGB); en ese sentido puede ser compelido a reparar según sus posibilidades los daños causados por el hecho (§ 56b.1). Lamentablemente en la práctica los jueces no se decantan por esta obligación sino por las restantes que dicho artículo ofrece, generalmente pagar una suma de dinero a una entidad de beneficencia o de utilidad pública. Cfr. BRITTA BANNENBERG. “Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis”, Forum-Verl. Godesberg, Göttingen, 1993; KURT MADLENER. “La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, t. II, en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989; BERND-DIETER MEIER. “Die Stellung des Opfers im Strafproze. Versuch einer Standortbestimmung fünf Jahre nach dem Opferschutzgesetz”, en *Kriminalpolitik. Forum für Praxis, Politik und Wissenschaft*, Heft 4, noviembre de 1991; HEINZ SCHÖCH. “Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung”, *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung* vom 10. bis 12. April de 1992, Bonn, 1993.

24. El error histórico parte del fracaso del Código Civil isabelino de GARCÍA GOYENA (1851), por lo que la responsabilidad civil pasó a regularse por el Código Penal que ya estaba vigente, dictándose luego de LECrim que autorizó el ejercicio conjunto de la acción penal y civil derivada del delito. Ver MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN. *Parte General*, cit., pp. 613 y ss.

Ahora bien, pese a esa difusa frontera entre lo penal y lo civil, se puede decir que el Código Penal español admite la reparación como una consecuencia civil derivada del delito²⁵.

La reparación para el legislador español parecería consistir en la aplicación de una pena (reparación en sentido penal) y una condena civil (reparación en sentido civil). La primera como “ajuste de cuentas” entre el delincuente y la sociedad, y la segunda entre el delincuente y la víctima. El derecho penal español no permite a las partes involucradas en el conflicto resolver el problema causado por el delito (o falta) por cuenta propia; sin embargo, no olvida definitivamente a la víctima ni la segrega en ninguna de las etapas del proceso, especialmente al momento de la sentencia. Esto último en el sentido de que la víctima puede actuar en cualquier instancia como acusador privado, sumado a la obligación que tiene el juez de pronunciarse en la sentencia de condena respecto al monto debido en materia de indemnización civil.

4.2. Si bien el sistema penal español no cuenta con la posibilidad de que la reparación tenga naturaleza de pena, si le otorga relevancia como: a. una alternativa a la pena cuando ella proviene de la voluntariedad del autor²⁶; b. una obligación impuesta por el juez a efectos de otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena²⁷; y c. obligación de reparar el daño causado en determinados delitos contra el patrimonio histórico o el medio ambiente, dictaminada al momento de la sentencia²⁸.

E. LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ALEMÁN

1. En el *Strafgesetzbuch* (StGB) podemos encontrar varias disposiciones relacionadas con la figura de la reparación. La intención del legislador alemán no ha sido tanto la de beneficiar a la víctima como sí motivar al delincuente a la reparación voluntaria del daño causado a cambio de incentivos procesales o bien de rebajas punitivas.

En ese sentido podemos diferenciar la reparación como: a. atenuante; b. condición impuesta al condenado y c. sustitutivo de la sanción penal.

La reparación como atenuante es el más común de los incentivos ofrecidos por el legislador y opera a través de la recompensa al momento de delimitar la pena. En el

25. Título V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas de las costas procesales. Capítulo I. De la responsabilidad civil y su extensión, artículo 109. 1. “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”. Art. 110: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.”

26. El artículo 88 CPE considera el esfuerzo por reparar el daño como una de las condiciones que permiten sustituir la pena privativa de libertad por otro tipo de penas o alternativas.

27. Artículos 81.3 CPE en el sentido de satisfacción de las responsabilidades civiles que se hubieren originado. También como condición en el caso de los drogodependientes (art. 87 CPE).

28. Artículos 321, 323 y 339 CPE.

parágrafo 46.2 StGB se encuentra una disposición de estas características donde dispone una sustitución de parte de la pena por la reparación del daño²⁹. La norma no exige al autor que repare en su totalidad el daño causado sino que se esfuerce en conseguirlo (*sein Bemühen*). Teniendo en cuenta este aspecto sustancial, se puede expresar con mayor seguridad que el legislador alemán no contempla tanto los intereses de la víctima como los indicios sobre la personalidad del infractor que pueden ser relacionados con los fines preventivos de la pena antes que con una decisión política criminal de amparo al damnificado por el delito.

Con posterioridad se introdujo el § 46a StGB resaltando la importancia de que autor y víctima pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio (*Ausgleich*), adicionando a la circunstancia de la atenuante la posibilidad de prescindir de la pena cuando no se haya incurrido en delito grave como puede ser el conminado con privación de libertad de hasta un año o multa de hasta 360 días-multa³⁰.

Si bien en el sistema penal alemán existe una nítida separación entre las sedes penal y civil, el legislador ha recurrido a determinadas reformas procesales a efectos de revertir esta situación, entre una de las más representativas, la del parágrafo 153 del *Strafprozessordnung* (StPO). Por este artículo no se intenta conceder al condenado un determinado beneficio (atenuación de la pena, suspensión condicional de la condena, amonestación con reserva de pena) sino que se le brinda la posibilidad de evitar la condena y el archivo de los procedimientos en caso de que voluntariamente acepte reparar el daño causado³¹.

29. § 46.2 StGB: “En la fijación de la pena el tribunal evalúa las circunstancias favorables y desfavorables al autor. Entre éstas deben tomarse en consideración de manera particular: –los móviles y objetivos del autor–, la actitud que se desprende del hecho punible y la voluntad empleada en el hecho –el grado de la infracción al deber– el modo de ejecución y los efectos atribuibles del hecho –los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su comportamiento posterior al hecho punible, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor para lograr un acuerdo indemnizatorio con la víctima” (la cursiva es nuestra).

30. § 46a StGB. Acuerdo indemnizatorio entre autor y víctima, reparación del daño. “Si el autor: 1. en su empeño para lograr un acuerdo indemnizatorio con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o esté aspirando seriamente a su reparación; o 2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 párrafo primero o puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios”.

31. Este archivo de los procedimientos no es provisorio, y depende que adquiera la calidad de definitivo del cumplimiento de determinadas obligaciones que el juez puede imponer al condenado. Se debe dejar en claro que será la Fiscalía la que dispondrá de este beneficio procesal toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente. Luego de instaurada la acusación será el juez de la causa quien pueda disponer de este instituto. Por tanto, el fiscal puede proceder a sobreseer provisionalmente el proceso siempre que el delincuente –entre otras posibles obligaciones– proceda a reparar el daño causado a la víctima. Esta disposición se aplica sólo a delitos (*Vergehen*) por lo que quedan excluidos los crímenes (*Verbrechen*) y el plazo que se otorga para efectivizar la reparación no puede superar los 6 meses. Cumplida en tiempo esta obligación, el sobreseimiento se torna definitivo (§ 467.5 StPO).

Esta disposición del 153 StPO es bastante utilizada por los operadores penales alemanes; sin embargo, no recurren a la reparación del daño como obligación a imponer al autor, sino que se decantan 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, todo lo que podría dejar sin efecto el cumplimiento de una obligación que no permitirá que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo³².

F. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA

CLAUS ROXIN ha venido sosteniendo que la reparación no es una cuestión estrictamente civil, ya que debería ser integrada al catálogo punitivo –como surge del Proyecto Alternativo de 1992– por sus efectos resocializadores³³, que van más allá del derecho civil y atañen a la teoría de la pena. Si consideramos que en el derecho penal moderno el principal fin posible de la punición es el de evitar (preventivamente) el delito, no podría la reparación llegar a ser un fin de la pena. Como bien explica ROXIN, no se necesita un nuevo fin de la pena, siempre que la reparación, conforme al principio de subsidiariedad³⁴, cumpla con los fines preventivos especiales y generales³⁵.

La propuesta del Profesor de Munich de una tercera vía punitiva debe considerarse como un complemento a las vías existentes, no como una sustitución de alguna de ellas, sino como ampliación de las mismas. La razón fundamental para ello radica en la inclusión de la víctima como destinatario de las consecuencias de la sanción jurídico penal y la consideración de un autor desde una perspectiva más humanitaria y condescendiente con el principio de dignidad humana y humanización de la penas.

32. Ver PETER RIE. “Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, pp. 93 y ss.

33. “Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (1992) legt einen ausformulierten Gesetzesvorschlag vor, durch den die Wiedergutmachung in das strafrechtliche Sanktionensystem integriert werden könnte. Die Wiedergutmachung ist nach dieser Konzeption nicht mehr eine rein zivilrechtliche Frage, sondern trägt Wesentliches auch zur Erreichung der Strafzwecke bei. Sie hat resozialisierende Wirkung.” “Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre”, 2. Auflage, C.H.Beck Verlagsbuchhandlung, Manchen, 1994, pp. 64 y 65.

34. En opinión de TAMARIT 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. Detrás de esta tercera vía punitiva, lo que hay es un principio de “mínima aflicción” o de la “sanción mínima”, idea que también subyace al principio de humanidad o de benignidad de las sanciones. Cfr. “La reparación...”, cit, p. 185.

35. “Die rechtspolitische Legitimation der Wiedergutmachung als einer “dritten Spur” unseres Sanktionensystems liefert das Subsidiaritätsprinzip...Außerdem ist die Wiedergutmachung der Integrationsprävention sehr dienlich, indem sie einen bedeutenden Beitrag zur Wiedergutmachung des Rechtsfriedens leistet”, *ibid.*, p. 65. También en *Neue Wege*, cit., p. 374.

Por tanto la reparación no es una pena ni busca cumplir algún fin penal autónomo. Ésta se encuentra al servicio de la prevención especial y general en un tercer nivel punitivo junto a las penas y medidas de seguridad, sanciones éstas que pueden llegar a moderar –aunque también sustituir–.

La subsidiariedad indica que la pena privativa de libertad como instrumento de extrema gravedad, sólo podrá aplicarse cuando sea indispensable para lograr los fines preventivos por los que vela el derecho penal.

G. LA REPARACIÓN COMO UNA PENA AUTÓNOMA

La escuela positivista fue la primera en considerar la reparación como una pena que debía ser impuesta en forma coercitiva por el juez, trascendiendo la mera restitución del daño a la víctima. RAFAEL GARÓFALO en su *Criminología* anunció que una forma de represión contra determinados delincuentes era la de constreñirlos a la reparación del daño causado a las víctimas³⁶; luego lo sostuvo en el Congreso de Antropología Criminal y Penitenciario de Roma de noviembre de 1885³⁷ y lo explicó extensamente en su *Riparazione alle vittime del delitto* de 1887. Esta sanción consistía en la obligación de dar una reparación pecuniaria (a modo de multa), que en lugar de tener como destinatario el erario, iba a parar en manos de la víctima; consecuencia jurídica a la cual podía sumarse una multa a favor del Estado³⁸.

36. Se refería a aquellos que cometen delitos menos graves (los que se encuentran en el límite entre el delito natural y la infracción a reglas de conducta), autores que no demuestran una naturaleza cruel o violenta sino que son toscos y carentes de educación. Cfr. *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, PEDRO BORRAJO (trad.), Madrid, Daniel Jorro, 1912, p. 507.

37. En esta ocasión proponiendo una multa en beneficio de una caja que haría donaciones a los que hayan sufrido a causa del delito y lo solicitasen de modo expreso. “Satisfecha la parte ofendida, podría prescindirse de toda restricción de la libertad cuando se trata aquellos culpables que, por su género de vida, por la naturaleza y las circunstancias de su delito, no ofrecen peligro para sociedad. He aquí por qué podría ser reemplazada por esta especie de multa la pena de cárcel en todos los delitos de golpes y heridas leves, los delitos contra el honor y los delitos contra la propiedad que se castiguen con una pena inferior a cuatro meses de prisión, cuando el culpable no es reincidente, ni vagabundo y además tiene un domicilio fijo y ejerce un oficio honrado”. Ver “La indemnización a las víctimas del delito”, en *La España moderna*, PEDRO DORADO MONTERO (trad. y estudio crítico), Madrid, Analecta, 2000, pp. 124 y ss. “Una vez que hemos visto las diferentes clases o los diferentes tipos de criminales, es preciso que las penas, para ser útiles, consistan en remedios de diferente naturaleza, adecua a cada clase o a cada tipo. Nosotros hemos distinguido estos medios en medios de eliminación y medios de reparación”. *Ibíd.*, p. 128.

38. Cfr. *La criminología...*, cit., p. 506. De esta forma en los delitos menos graves se sustituía cualquier medio represivo por esta pena pecuniaria; puesto que “nada es más inútil que la condena a pocos días de cárcel y a los daños y perjuicios que deben liquidarse y exigirse por los medios del procedimiento civil”. *Ibíd.*, p. 507. Se debe indicar –por cierto– que la multa a favor del Estado sería secundaria y menos onerosa que la multa a favor de la víctima. Según “Indemnización...”, cit. p. 96. Atendiendo a los dos fines que motivaban al Estado: a. la Defensa de la sociedad; y b. la reparación del daño, para los positivistas debía preferirse la reparación a la pena de multa, puesto que consideraban inmoral que el Estado pudiera coaccionar el pago de sumas de dinero generadas por los delitos que él mismo tenía la obligación de impedir, que irían directa o indirectamente a parar al fisco, mientras que se dejaba abandonada a la víctima a su buena suerte. Cfr. “Indemnización...”, cit., pp. 68 y ss.

Si bien un tiempo corto en la cárcel no producía efectos útiles como pena, lo entendían necesario como medio coactivo para obligar al delincuente a la reparación, debiendo durar la privación de la libertad, hasta tanto la “deuda” fuera satisfecha.

En su concepción de la reparación, ésta adquiere naturaleza penal transformándose en un castigo, en un medio punitivo-represivo³⁹.

La reparación se convierte en una verdadera pena para ser aplicada en determinadas situaciones, a tal punto, que se propone una autorización al juez penal para el empleo de medios coercitivos para ser empleados con aquellos autores insolventes o reacios al pago.

Ahora bien, cuando sostiene la acumulación de la reparación como una pena (multa) en beneficio de la víctima con la multa a favor del Estado, además de acercarse peligrosamente a la prisión por deudas, GARÓFALO parecería no advertir que su propuesta sería violatoria del principio de *non bis in idem*.

No obstante las críticas que pueda recibir esta propuesta, existen opiniones a favor en la dogmática alemana⁴⁰.

Los sistemas que consideran que la reparación debe de ser una sanción jurídico-penal a imponer al autor del delito parten de la consideración de que se trata de una clase de pena autónoma que amplía el catálogo convencional de consecuencias jurídicas. En este sentido existen las *compensation* y *restitution order* de los países anglosajones⁴¹, las cuales cumplen con los fines de prevención general y son consideradas por el autor como una verdadera pena, como un mal que debe asumir por su mala conducta.

H. CRÍTICAS A LA REPARACIÓN CUMPLIENDO FUNCIONES EN EL DERECHO PENAL

Se dice por la mayoría de la doctrina que la reparación al confundir las consecuencias jurídicas del delito con la obligación de restituir, propia del derecho civil, no realiza el fin de prevención general negativa correspondiente al derecho penal⁴². Además se señala que ésta no intimida a posibles delincuentes y hasta podría ser disfuncional,

39. Por su parte DORADO MONTERO prefiere interpretar que acudiendo a la diferenciación de grado entre delitos graves y leves y de los delincuentes (naturales o mixtos, etc.), GARÓFALO acude al criterio de la peligrosidad escasa en ciertos delitos y delincuentes, que no amerita un medio preventivo superior a la indemnización civil; mientras que en los casos graves se hace necesaria la aplicación de medios punitivos (además de los reparatorios). Cfr. “Estudio crítico”, en “Indemnización...”, cit., p. 48.

40. SESSAR, en *Festschrift für Leferenz*, 1983, pp. 145 a 152; RÖSSNER/WULF. “Opferbezogene Strafrechtspflege”, 1984, p. 82; Jung ZStW, 99, 1987, p. 518.

41. Ver HEIKE JUNG. “Die compensation order in Grossbritannien”, en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1992, pp. 93 y ss. EMILY SILVERMAN. “United States of America”, en *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, ALBIN ESSER/SUSANNE WALTHER (Hrsg.), vol. 2, pp. 1 y ss.

pudiendo llevar a una desatención de la víctima potencial en aras de solucionar el problema de la víctima actual⁴³.

HANS HIRSCH sostiene que incluso puede alentar a la comisión de delitos, ya que el derecho penal ofrecería la posibilidad de renunciar a la pena siempre que se procediera a la reparación del daño⁴⁴. En su opinión, si se prescindiera de la pena, el derecho penal podría lesionar el principio de igualdad al reaccionar en forma desigual ante la comisión de un delito de la misma naturaleza. Para este autor, en los delitos sin víctima habría que recurrir necesariamente a una pena, mientras que en delitos con una víctima específica podría solucionarse el conflicto mediante reparación⁴⁵.

Los opositores a la *Wiedergutmachung* como una sanción jurídico-penal, sostienen además que la prevención general no puede ser sustituida por una invitación general a delinquir⁴⁶.

I. ¿PODRÍA SER UTILIZADA LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA?

1. Evidentemente, la delincuencia organizada pertenece al grupo de delitos que mayor alarma social produce en la sociedad hoy en día y sobre el cual tanto la clase política como la política criminal han cargado con más fuerza sus tintas; he aquí el primer gran escollo a una respuesta positiva al interrogante planteado. Como mencionamos al inicio de la presente contribución, la criminalidad organizada se ha convertido en un fenómeno que afecta tanto el desarrollo económico como el social e incluso algunas veces hasta el político, especialmente en los estados latinoamericanos.

Considerando los ordenamientos jurídicos alemán y español, vemos que la reparación ha prosperado en la mayoría de los casos para ser aplicada con base en efectos preventivo-positivos especiales y generales, mientras que por el contrario, para la delincuencia organizada (aun en sus estratos más bajos) se están aplicando criterios de prevención general negativa, que incluso rebasan aquellos fines retributivos.

42. HIRSCH. "La reparación...", cit., p. 58.

43. Ver SEELMANN. "Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht", en *JZ*, 1989, p. 671; en posición similar en la doctrina española ver SILVA SÁNCHEZ. "Sobre la relevancia", cit. p. 192 y "La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal", *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal* 1, Grijley, p. 444.

44. Ver HIRSCH. "La reparación...", cit. pp. 69 y ss.

45. *Ibíd.*, p. 59.

46. "Eine überzogene Wiedergutmachungsregelung falle somit der Generalprävention in den Rücken und komme einer Generalinvitation gleich.", según NISTERS THOMAS, en "Neue Wege", cit., p. 251; también HIRSCH, *ob. cit.* p. 153; FRITZ LOOS. "Zur Kritik des Alternativentwurfs Wiedergutmachung", *ZRP*, 1993, Heft 2, pp. 51 y ss.; JOACHIM LAMPE. "Wiedergutmachung als, dritte Spur des Strafrechts?", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, Heidelberg, pp. 493 y ss.

Se suma a lo anterior el hecho de que la reparación, en cierta medida, consiste en un retroceso o alejamiento del control social, que realiza el Estado a través del ejercicio del monopolio de la fuerza, por tratarse de una especie de “devolución del conflicto” a los protagonistas del delito; en tanto que la lucha contra la criminalidad organizada se caracteriza por una fuerte presencia del aparato represor, donde la intervención del *ius puniendi* llega a su máxima expresión tal como ocurre con las propuestas dogmáticas de un derecho penal de tercera velocidad e incluso del enemigo⁴⁷.

2. Hemos destacado que el legislador responde a la criminalidad organizada persiguiendo —preponderantemente— metas preventivo-general-negativas, aplicando penas —muchas veces— desmedidas o desproporcionadas, violatorias de la finalidad retributiva en la necesaria función de límite que cumple el principio de culpabilidad, así como eliminando garantías básicas del derecho procesal con el único objetivo de destruir el aparato criminal⁴⁸.

47. El *Feindstrafrecht* (Derecho penal del enemigo) en terminología de JAKOBS (aparecido en 1985 en el Congreso de penalistas alemanes de Frankfurt como “Kriminalisierung im Vorfeld einer rechtsgutverletzung”, en *ZStW*, 97, pp. 751 a 785, artículo con traducción castellana de PEÑARANDA RAMOS como “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”) se opone al *Bürgerstrafrecht* (Derecho penal del ciudadano), puesto que el enemigo, a través de su comportamiento, ocupación profesional o su vinculación a una organización criminal, ha abandonado voluntariamente y en forma permanente (no accidental, por ejemplo, por la comisión de un delito aislado) el mundo del derecho. Por este motivo, el derecho penal debe anticipar su esfera de ingerencia adelantándose a la comisión de nuevos hechos ilícitos, todo lo que justifica la disminución de garantías materiales y formales, teniendo en cuenta que la sociedad está en lucha contra un enemigo del sistema. Entendemos que se trata de otra forma de volver al derecho penal de autor (viejo parágrafo 20 del StGB), de un derecho que castiga a través del encierro bajo la apariencia de una medida de seguridad al sujeto peligroso, todo lo que consideramos una vuelta atrás, un retroceso a posturas propias de la criminología positivista del siglo XIX. Es así, que tanto el reincidente, el habitual, el miembro de una organización criminal o el terrorista, entre los más destacados y variopintos enemigos del sistema, abandonan voluntariamente el estatus de ciudadano (*Bürger*) para convertirse en “enemigo” (*Feind*) de un sistema determinado; y sólo este hecho amerita que el Estado proteja al resto de ciudadanos de aquellos otros que han vulnerado las expectativas y pautas de conducta “compartidas por la comunidad”, justificándose de este modo una actuación penal mucho antes de que lleguen a realizar conducta criminal específica, en vista de que se trata de “sujetos peligrosos”. El Estado se autojustifica en el combate a estos sujetos indeseables para la comunidad y se permite aplicar medidas de seguridad anticipadas, muchas de ellas bajo la apariencia formal de penas. Se trata de un derecho penal netamente preventivo —como planteaba la Escuela Positiva Italiana— aplicable para con determinados “autores potenciales” para los que se reserva “tolerancia cero” (cfr. el tema de la *Zero tolerance* y los *life styles crimes* que tan famoso hicieron en la década de los 90 al alcalde de Nueva York, RUDOLPH GIULIANI, en *Introducción a la criminología*, HASSEMER y MUÑOZ CONDE (trads.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 328 y ss.). Claro está, como si se invirtiera la carga de la prueba, lo autoritario se justifica por la propia decisión de actuación errónea del individuo, facilitándose desde las probanzas de la relación de causalidad hasta cualquier otra prueba incriminatoria. Cfr. la traducción castellana en *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, Palestra, 2000, pp. 246 y ss. En relación con el derecho penal de tercera velocidad, cfr. SILVA SÁNCHEZ. “La expansión...”, cit. pp. 163 y ss.

48. Llegando a ser necesario negociar la punibilidad o exculpación de aquellos miembros que aun culpables delatan a sus compañeros o colaboren de alguna forma con las autoridades de justicia, tal como sucede con la figura del *pentiti* en Italia (desarrollada por la *Legge sui pentiti*, n.º 304 del 29 de mayo de 1982) o a “filtrar” agentes de policía que provocan delitos a modo de señuelo. Así, la figura del Agente Encubierto en España, establecida por la L.O. 14/1999 y que agrega el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

De esta forma, a través de la privación de libertad de larga duración (inocuidación) se ha pretendido solucionar el grave problema que este tipo de delincuencia causa en la sociedad de nuestros días.

Sin embargo, a diario constatamos que los efectos que la criminalidad organizada causa en las víctimas (por cierto, generalmente difusas o difícilmente identificables) y en las estructuras de la sociedad, tal como quedó descrito al inicio de esta contribución, no son tenidas en cuenta por parte de una política criminal que se centra exclusivamente en la eliminación del foco peligroso.

En vista de este olvido injustificado de algo que consideramos primordial –y que una política criminal propia de un Estado democrático no debería ignorar– se debe instar a que una estrategia que pretende ser eficaz ante la función de defensa social, no descuide la situación de las víctimas, a pesar de su aparente carácter abstracto.

Nosotros en esta oportunidad nos referimos únicamente a los estratos más bajos de la organización dedicada a delinquir, puesto que el único miembro que consideramos que puede el legislador ofrecerle otros mecanismos que puedan beneficiar a la sociedad y al propio autor del delito (generalmente el más desvalido dentro del aparato criminal y sobre el cual se descarga todo el peso de la ley y la finalidad de la pena) sin descuidar la finalidad que debe cumplir la pena en la tarea de controlar los conflictos sociales.

Es en este sentido en el que se propone la consideración de la reparación penal como incentivo en la etapa de ejecución de la pena, a efectos de fomentar las finalidades preventivo –especial y general– positivas o integradoras, tan descuidadas hasta el momento en la lucha contra el crimen organizado. No podemos desconocer que tanto la teoría del delito como la teoría de la pena obedecen a una unidad (he aquí su conquista tras años de desarrollo) que no puede ser desgajada en aras de “derechos de guerra”, de “emergencia” o de “segundas o terceras velocidades”.

Además, en el mantenimiento de la coherencia de la finalidad de la pena para todos los delitos, se encuentra el sustento de las “reglas del juego” de una sociedad que trata a todos sus miembros como ciudadanos, sin dividirlos en *Bürger* y *Feinde*, aplicando para unos un *Bürgerstrafrecht* (con todas las garantías y persiguiendo determinados fines) y para los otros un *Feindstrafrecht* donde “el fin justifica los medios”, se persiguen otras finalidades de la pena y todos los principios liberales se difuminan como si se tratara de una nueva “isla de Guantánamo”.

De esta forma, creemos que se puede realizar en la práctica una política criminal más democrática, que dentro de los parámetros de la defensa social no descuide el cumplimiento de cuatro objetivos básicos del derecho penal: a. respuesta punitiva proporcional; b. resocialización del delincuente; c. reparación de la víctima; y d. resolución del conflicto.

3. Ahora bien, teniendo en cuenta que una organización criminal está integrada por varios sujetos ubicados en diferentes niveles de dirección y poder⁴⁹, en ocasiones, por no decir la mayoría de las veces, el integrante de abajo en la escala de la organización (quien paradójicamente es el que ejecuta materialmente la acción delictiva) es sobre quien recae el peso de la ley. Desde un punto de vista político-criminal y teniendo en cuenta los aportes de la criminología, es justamente a este “chivo expiatorio” al que el sistema de justicia debería tratar con mayor benevolencia, dada su condición de mero eslabón, de sujeto fungible o de simple engranaje, que es fácilmente sustituible en la organización⁵⁰. Mayor importancia sí se debe otorgar al hecho de poder dar alcance al “hombre de atrás” (*der Hintermann*), al autor detrás del autor o el autor de oficina, sobre quien sí debe centrarse la atención del sistema penal y el peso de la represión⁵¹. Por ello la pena establecida para este tipo de delitos debería quedar reservada para los sujetos que tienen el dominio funcional del hecho, mientras que para aquellos que cumplen funciones de ejecución de la conducta final, es decir, quienes menos poder de decisión tienen y más alejados están de la voluntad del grupo, pudieran acceder a la suspensión de la ejecución de la pena en casos de un cumplimiento efectivo de una propuesta judicial de realizar la reparación (simbólica) del daño⁵².

4. Partimos de la idea de diferenciar –con base en el principio de proporcionalidad y de igualdad (desde un punto de vista aristotélico) interpretado en clave de política criminal– la gravedad intrínseca del comportamiento de aquel que decide, en rela-

49. Debemos aclarar que no este el lugar indicado para ingresar en discusiones acerca de la autoría y participación que necesariamente también atañen a estas figuras, centrándonos en una cuestión de política criminal.

50. Llámese mula sudamericana, inmigrante africano que vende en las calles de las grandes ciudades el cd pirata o el inmigrante asiático que por poco dinero realiza las copias, por citar algunos de los muchos casos que se presentan en la actualidad.

51. Para el desarrollo de estas categorías, cfr. CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.). También al respecto SHÜNEMANN se refiere a una sensible disminución del efecto preventivo de la pena, en una doble dirección: hacia arriba, en el sentido de que quien toma la decisión no tiene ningún contacto con el que ejecuta la acción, y hacia abajo, en el sentido de que quien ejecuta el hecho viene a ser el sujeto menos informado de las consecuencias de su conducta aislada (producto de la división del trabajo). Además, por su posición inferior en una jerarquía del grupo, poca resistencia puede oponer a la actitud criminal. Cfr. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de criminalidad de empresa”, DANIELA BRÜCKNER y JUAN ANTONIO LASCURAIN (trads.), *ADPCP*, 1988, t. 41, p. 533.

52. Ya el Proyecto Alternativo de 1966 (*Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*) propuso la reparación como una prestación que el Tribunal podía imponer al condenado para concederle la suspensión. El §40 establecía: “1. El Tribunal dejará en suspenso la ejecución de la pena del delincuente condenado a privación de libertad de hasta dos años, siempre que su personalidad, conducta y circunstancias personales permitan esperar que será suficiente la imposición de obligaciones, instrucciones o la supervisión de un auxiliar de esta libertad condicional, sin necesitar la privación de libertad, para que éste preste una satisfacción por el injusto cometido y no vuelva a delinquir”. Cfr. MARGARITA ROIG TORRES. “La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales” Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 529.

ción con el que consuma el hecho en este tipo de criminalidad. Como bien dice MUÑOZ CONDE: “La necesidad de conseguir atribuir la principal responsabilidad a los que realmente deciden en ellas la realización de los hechos delictivos, aunque luego no intervengan en la ejecución de los mismos, no es sólo una cuestión puramente técnica o dogmática: es también una necesidad político-criminal generalmente sentida, que al mismo tiempo tiene también una función preventiva importante al dirigir la intervención del derecho penal a los centros en los que realmente se deciden la realización de delitos que tienen una enorme repercusión en la actual sociedad⁵³”.

Si bien es cierto que no podemos separar fáctica y dogmáticamente las distintas acciones cuando están todas ligadas a un mismo plan global al que todos han dado su conformidad, nada impide valorarlas desde un punto de vista que facilite poner en práctica el principio de proporcionalidad y justicia, máxime cuando el “jefe” de la organización generalmente queda impune o integra las cifras negras de la criminalidad.

5. En todo caso, la pena no perdería el simbolismo que la hace necesaria, manteniendo el mensaje preventivo frente al individuo y frente a la colectividad. Pero lo que sí puede no resultar necesario sería la ejecución efectiva de esa pena privativa de la libertad, cuando las características del hecho y fundamentalmente del autor no exigen pasar de la simbología a la práctica efectiva y mucho menos hacer uso del llamado “derecho penal del enemigo”. Esto no sería necesario, ya que el autor estaría demostrando a través de la reparación, que los fines de la pena que supuestamente se obtendrían con el tiempo de privación efectiva de la libertad, ya se han manifestado en el acto de la reparación. Y de ello no cabría duda alguna desde un punto de vista preventivo especial ni general positivo, pues el autor estaría demostrando con su comportamiento positivo posterior, su voluntad de respeto a las normas de convivencia social.

Así, una vez dictada la sentencia condenatoria en contra de este tipo de autores, el juez podría proponer al sentenciado la posibilidad de sustituir la ejecución efectiva de la condena, a cambio de la reparación simbólica del daño o reparación frente a la colectividad. De ser aceptada voluntariamente la propuesta judicial, la reparación operaría como condición necesaria para la suspensión de la ejecución de la pena y evitaría todos los contratiempos y críticas que se le endilgan a la pena privativa de la libertad.

53. Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial”, *Revista Penal*, n.º 9, enero de 2002, La Ley S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide Sevilla, p. 96.

Dicha reparación simbólica o “frente a la colectividad” como indica el parágrafo 2 del Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal de 1992 (*AE-WGM, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), podría consistir en “Prestaciones materiales como pagos en dinero a instituciones de utilidad pública” o “Prestaciones laborales, en especial trabajos comunitarios”, ya que pueden ser efectuadas distintas formas de reparación al mismo tiempo. Estas prestaciones, con el fin de no lesionar el principio de proporcionalidad, no deberían gravar al autor en forma desproporcionada o inexigible⁵⁴.

6. Si bien de *lege lata* en distintos ordenamientos la reparación se circunscribe a la mediana y pequeña criminalidad, existen fundadas propuestas de *lege ferenda* que no la limitan sólo a estos ámbitos. En esta línea, el Proyecto Alternativo AE-WGM de 1992 propuso distintas soluciones de derecho penal material y formal en las cuales la reparación también es viable para aquellos delitos que no fueran leves, ni patrimoniales, ni tuvieran una víctima personal y compensable⁵⁵.

En esta línea de pensamiento, en la aceptación de que la reparación pudiera cumplir una finalidad dentro de la teoría de la pena también en aquellos delitos que se entienden como graves —a nuestro entender sólo en la etapa de ejecución de la pena— permitiendo la suspensión de la ejecución de la misma, debería plantearse una modificación en cuanto a los mínimos de pena que se exigen para el otorgamiento de este beneficio. En efecto, el §56 StGB exige para que el Tribunal suspenda la ejecución de la pena por libertad a prueba, entre otras circunstancias, que se trate de una pena privativa de la libertad no mayor a un año, reduciendo de esta forma la concesión de esta alternativa únicamente a la criminalidad de bagatela. En atención a este hecho, el AE-WGM propuso la modificación de este parágrafo elevando a dos años el límite establecido⁵⁶.

Si tenemos en cuenta que los mínimos de pena determinados para los delitos regularmente cometidos por la criminalidad organizada, la mayoría de las veces superan el límite cronológico de dos años, la propuesta de reforma del § 7 del AE-WGM continúa siendo insuficiente⁵⁷.

54. Como también indica el §2.2 del AE-WGM.

55. “Die Idee der WGM soll im gesamten Straf- und Strafproze_recht zur Geltung kommen, also ohne Beschränkung auf Bagatelldelikte, Vermögensdelikte oder auf Delikte mit einem persönlichen, ausgleichsbereiten Verletzten.” Según HANS SCHÖCH. “Vorläufige Ergebnisse der Diskussionen zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis Deutscher Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtlehrer”, en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), Freiburg i. Br. 1992, p. 78.

56. § 7 AE-WGM: “El § 56 del Código Penal será modificado de la siguiente forma: a. El apartado 2 recibe la siguiente redacción: ‘2. Bajo los presupuestos del apartado 1 el Tribunal también suspenderá condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad más grave, que no supere los dos años, cuando conforme a una valoración global del hecho y de la personalidad del condenado concurren circunstancias especiales que así lo aconsejen. Semejantes circunstancias siempre se darán cuando el autor haya reparado su hecho conforme a los §§ 1, 3, 6.’”.

57. Esto es así puesto que el legislador ha establecido penas demasiado altas desde un punto de vista

Por lo tanto, se debería plantear de *lege ferenda* un aumento del mínimo de pena requerido a efectos de albergar aquellos delitos que superan la franja media de la criminalidad, en ocasión de la posibilidad de suspender la ejecución condicional de la pena como consecuencia de una reparación frente a la colectividad, realizada por aquellos autores a quienes nos hemos referido en la contribución que se ofrece.

CONCLUSIÓN

1. Se trata de un desafío desde el punto de vista político criminal, en vista de que la tímida aceptación legislativa que ha tenido la reparación dentro del derecho penal, aceptada por el legislador germano para la criminalidad mediana y de bagatela, nos lleva a un planteamiento decisivo respecto de los pequeños delincuentes dentro de grandes y peligrosas asociaciones criminales.

2. Así las cosas, una de las primeras tomas de postura que se deben realizar sería aceptar que no es la privación de libertad la única consecuencia penal, ya que la renuncia de la misma o la adopción de una alternativa, no quiebran la “coherencia del sistema” (ni el sentido de la norma que amenaza con pena y luego no la impone, ni el de la función de la pena, que al fin y al cabo sería la restitución de la paz social a través de la solución menos aflictiva del conflicto), sino que se derivan del propio ordenamiento jurídico que pone tales alternativas a disposición del juez⁵⁸. Una de esas alternativas es la reparación del daño, la cual no tendría por qué ser limitada a la criminalidad mediana y la de bagatela. Nosotros entendemos –y he aquí nuestro aporte a la discusión– que la figura de la reparación también puede ser de gran utilidad dentro de la criminalidad grave en sus esferas inferiores, o sea en el escalafón bajo de ciertos delitos considerados de gravedad e incluso de extrema gravedad. Ante delitos como el tráfico de estupefacientes cometido por pequeños delincuentes (piénsese en las “mulas” que transportan en el interior de su organismo toda la droga que puedan “cargar”, pequeños *dealers*, el vendedor de la calle –generalmente inmigrante– de copias ilegales de CD, etc.) bien podría aceptarse la reparación del daño como una forma de suspensión condicional de la pena, en particular de la privativa de la libertad. Por lo que ofrecida por el juez la posibilidad de reparación, una vez aceptada y realizada, se procedería a la suspensión efectiva de la ejecución de la pena. Por supuesto que por tratarse de delitos donde se lesionan bienes jurídicos difusos o sin una víctima determinada, habría que decantarse por la reparación simbólica o reparación frente a la colectividad.

preventivo especial que contrarían la exigencia constitucional que indica que las penas sólo pueden ser aplicadas procurando la resocialización del penado. Como hemos expresado, el legislador se basa en una necesidad preventivo general de intimidación, que muchas veces responde a presiones de los organismos internacionales o inclusive a fines electorales.

58. En sentido similar QUINTERO OLIVARES. “La reparación...”, cit. p. 595.

3. Sin lugar a dudas, nuestra propuesta se condice con una mejor política-criminal-democrática que sin descuidar la defensa social considere al delincuente y la satisfacción de la víctima, a la vez que minimice las críticas dirigidas a la forma en que el Estado moderno ha encarado la lucha contra un “enemigo del sistema”, que muchas veces se limita a “dar caza” al eslabón más débil de la cadena para justificar el ejercicio del *ius puniendi*.

4. Por otra parte, no deberíamos descartar –sin una previa discusión dogmática y político-criminal– la posibilidad de aceptar para este tipo de criminalidad (en especial para los delincuentes más poderosos) que el juez de la causa recurra a exigir la reparación del daño conjuntamente con otras penas, tal como propuso en su momento la escuela positivista o indican hoy en día las penas combinadas, mixtas (*cocktails*) o las *compensation y restitutions orders* del derecho penal anglosajón. Así se tendrían en cuenta todas las finalidades de la pena conjuntamente con la reparación de un daño que en la práctica resulta millonario y ofende un gran número de víctimas. De esta forma se atacarían los beneficios por los cuales este tipo de organizaciones se conforman y actúan. Por supuesto que no desconocemos que de aceptar esta solución deberíamos ingresar en el debate respecto de la posibilidad de admitir la reparación como una pena autónoma, lo cual escapa al objeto de este trabajo.

Todo lo expresado hasta el momento, tiene la exclusiva intención de contribuir al debate acerca de una posibilidad que no encontramos alejada de los ideales de justicia y de los principios de proporcionalidad, última ratio, necesidad de pena o subsidiariedad, entre los más representativos de un derecho penal que en la búsqueda de eficacia no abandone su condición de “social y democrático de Derecho”.