

30

Julio 2012

30

Revista Pendl

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista

Pendl

Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal

Pablo Galain Palermo

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

Ficha técnica

Autor: Pablo Galain Palermo

Adscripción institucional: Doctor Europeo en Derecho. Investigador del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg i.Br, Alemania.

Sumario: A. Introducción. B. Alternativas al sistema penal y/o a sus consecuencias. C. Función y fin de la pena. D. La privación de la libertad y sus alternativas. El control de las fuentes de peligro como elemento diferenciador. E. Alternatividad Penal: entre la abolición y las formas de consenso F. Alternativas a la pena según la política criminal, la criminología y la doctrina penal funcional más radical. G. Sanciones alternativas en el sistema penal alemán. H. Conclusión.

Abstract: The German criminal policy offers alternatives to the deprivation of liberty in order to react against some criminal offenses. These alternatives take place in case of criminal offenses which are not the most serious and in the case of perpetrators who are not considered dangerous and who do not need to be under permanent control through monitoring or deprivation of liberty. This article suggests a reflection on alternatives to punishment and alternatives to criminal law. The reflection is based upon the functions and goals of the criminal sanction. The article advocates for a reactive criminal law submitted to the proportionality principle instead of a purely preventive one. It shows some criminal political problems, which emerge out of the current emphasis on security that characterizes many criminal law systems

Key Words: goals of the criminal sanction, alternatives, prevention, criminal system, security.

Resumen: La política criminal alemana admite alternativas a la pena de privación de libertad para determinados delitos que no revisten mayor gravedad y cuando se trata de autores que no son considerados como una fuente de peligro que debe de ser controlada por medio de la vigilancia constante o el encierro. Sobre estas alternativas y sobre la alternatividad penal reflexiona este artículo, que toma como punto de referencia la función y los fines de la sanción penal. En el artículo se defiende un derecho penal de reacción sometido al principio de proporcionalidad y con esa concepción se explicitan algunos inconvenientes político-criminales que se pueden apreciar en un sistema penal preventivo que se orienta según un propósito de seguridad.

Palabras clave: finalidad de la pena, alternativas, prevención, alternatividad, sistema penal, seguridad.

Recepción del artículo: 15-12-2011.

Evaluación favorable: 20-03-2012.

A. Introducción

1. El objeto de este artículo es reflexionar sobre la orientación político criminal actual¹ del ordenamiento

jurídico penal alemán, que se presenta como un arma poderosa y omnipresente de combate contra determinada forma de criminalidad y de criminales. Al mismo tiempo esta política criminal retrae la intervención

¹ Política criminal entendida como ciencia que reúne la voluntad política para prevenir y reaccionar al delito y los límites que le impone el derecho y que debería plantearse como una teoría de la legislación (*Gesetzgebungslehre*) una «parte general» que se brinda al

penal frente a otras formas delictivas para dejar lugar a la participación de los implicados por el delito, y permite que se pueda encontrar una solución negociada al conflicto². Por un lado, la política criminal de combate contra determinados autores y contra determinadas formas de delinquir ha llevado a un aumento del arsenal de herramientas penales en manos del Estado³, que como contrapartida, conllevan a una disminución de las garantías procesales y de las cargas probatorias que repercuten en las formas de imputación⁴ y obligan a un exhaustivo control de su aplicación, según el marco del Estado democrático de derecho⁵. Por otro lado, se ofrece la posibilidad de formas alternativas de resolución de los conflictos que permitiría vislumbrar un sistema penal que admite el diálogo y la participación activa de los individuos involucrados por el delito⁶. Esta política criminal bipolar previene y reacciona contra una determinada franja delictiva según las coordenadas delito-conflicto jurídico y para otra gama de delitos se

presenta con el binomio delito-conflicto social. En la primera modalidad se reacciona al delito con las tradicionales consecuencias penales: penas y medidas de seguridad; y en la segunda, por medio de alternativas al sistema dual o vicarial que permiten teorizar sobre nuevas vías punitivas o, incluso, un nuevo paradigma de justicia⁷. El criterio que en la praxis delimita una y otra forma de reacción al delito también es bipolar porque, en principio, se orienta por la gravedad del delito, pero también, en algunas modalidades delictivas, parecería que la política criminal se orienta al control y vigilancia de determinados criminales considerados peligrosos. Como consecuencia de toda esta bipolaridad no todos los cambios normativos han sido represivos para aumentar las herramientas de control y vigilancia, sino que también han operado en el ámbito de la búsqueda de alternativas a la pena y/o al sistema penal formal para los delitos de menor gravedad y los delincuentes que no son considerados peligrosos⁸. En

legislador al momento de la creación de la norma y que considera aspectos criminológicos y dogmáticos materiales y formales en cuanto a los efectos teóricos y prácticos que determinadas decisiones normativas pueden provocar en el sistema jurídico de una sociedad determinada. Para ello, también habría que considerar aspectos provenientes de la sociología y del derecho comparado para fijar los límites dentro de los cuales el legislador se puede mover al momento de la creación de la norma penal. Vide ZIPF, Heinz, *Kriminalpolitik*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg/Karlsruhe, 1980, pp. 2 y ss.

2 Sobre las distintas formas de negociación, GALAIN PALERMO, Pablo, «Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal», *Revista do Ministério Público*, Abr-Jun 2006, 106, Lisboa, pp. 43 y ss.

3 Un aumento intervencionista del derecho penal frente al que la dogmática no puede ser complaciente ni acrítica, porque como sugiere SILVA SÁNCHEZ: «se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante ella», vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal», Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, p. 25.

4 Vide MUÑOZ CONDE, Francisco, «El Derecho penal en tiempos de cólera», Muñoz Conde/Lorenzo Salgado/Ferré Olivé/Cortés Bechiarelli/Núñez Paz (Drs.), *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 852 y ss.

5 Desde un punto de vista de la criminología sociológica en relación a la utilización de la violencia institucional para reaccionar contra determinados autores peligrosos, RUGGIERO, Vincenzo, *La violencia política*, Laterza, Bari, 2006.

6 En la doctrina penal alemana, ROXIN y el grupo de profesores alternativos de derecho penal han sido decisivos para instalar la discusión sobre las formas alternativas de resolución de los conflictos penales en el ámbito académico y legislativo. Vide por todos, ROXIN, Claus, «Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem» Artz et al (Hrsgs.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag* 22. Juni 1992, Bielefeld, 1992, pp. 244 y ss.; en castellano, GALAIN PALERMO, Pablo, «¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin», Ontiveros/Peláez (Coords.), *Libro Homenaje a Claus Roxin, La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo I, INACIPE, México, 2003, pp. 493 y ss. Críticamente, HIRSCH, Hans-Joachim, «La reparación del daño en el marco del Derecho penal material», en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 53 y ss. La doctrina penal española mayoritaria se muestra escéptica ante lo que considera una amenaza privatizadora del sistema penal, vide CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Alternativas al derecho penal», Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, cit., p. 216; GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?», *Ibidem*, pp. 191 y ss.; «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», Muñoz Conde/Lorenzo Salgado/Ferré Olivé/Cortés Bechiarelli/Núñez Paz (Drs.), *Un derecho penal comprometido*, cit., pp. 449 y ss.; ALASTUEY, M. Carmen, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

7 Sobre el tema, por todos, REGGIO, Federico, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano, 2010; WALTHER, Susanne, «Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation», Eser/Rabenstein (Hrsgs.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker&Humblot, Berlin, 2004, pp. 367 y ss.

8 En perspectiva del derecho penal europeo, ALBRECHT, Hans-Jörg, «Sistema de sanciones penales: presente y futuro», Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación legislativa en México y en el mundo, INACIPE/Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, México, 2006, pp. 822 y ss.

esta contribución me gustaría reflexionar sobre algunas alternativas a la pena con el objeto de determinar el papel que ellas juegan actualmente en el sistema penal alemán, gobernado por una política criminal bipolar o, incluso, esquizofrénica⁹. Ahora bien, esta política criminal que en su modalidad más represiva puede llegar a limitar en demasía las libertades individuales no parece ser considerada por la ciudadanía de forma negativa. Como indica HASSEMER, si bien la política criminal alemana «ha conllevado agravaciones...de ninguna manera, han sido implementadas contra la voluntad de la población, sino que por el contrario han contado con esperanzas positivas y la aprobación de los ciudadanos y ciudadanas»¹⁰.

2. El punto de partida de estas reflexiones es la existencia previa de un conflicto público provocado por una violación del ordenamiento jurídico penal cuya solución proviene de la imputación de responsabilidad al infractor. El problema central consiste en determinar qué consecuencia jurídica distinta a la pena (pero que cumpla con las funciones de la pena y sirva para solucionar el conflicto jurídico) se puede imputar a ese infractor. Este problema obliga a decidir político criminalmente cómo se puede imputar el hecho a este infractor sin tener que recurrir a una pena y qué consecuencias ello puede traer aparejado para el sistema penal, entendido como un ordenamiento construido para la protección última de un sistema de valores que permite la vida en común. O también, cuando se habla de alternatividad penal, el problema central consiste en determinar cómo se puede sustituir la imputación judicial por un equivalente funcional que ponga fin al conflicto de modo que esa solución con fuerza de definitiva sea aceptada por todos los involucrados en el delito. El análisis parte de la consideración de la norma de prohibición como una pauta de conducta que por medio de la motivación ofrece reglas de interacción entre los individuos en el seno de una sociedad determinada. En este marco de análisis el objeto de este artículo se centra en reflexionar sobre la política criminal actual y

su reflejo normativo en el sistema penal alemán para reaccionar a los delitos. De esto se deduce que la imputación de responsabilidad y/o su equivalente funcional parecen componer el principal problema de política criminal a resolver en relación a la cuestión penal y sus alternativas. El núcleo del problema, que este artículo no resuelve, residiría en la determinación de cuándo corresponde imputar una pena y cuándo se puede resolver el conflicto mediante una solución distinta que cumpla con los fines de la pena.

B. Alternativas al sistema penal y/o a sus consecuencias

3. Cuando se habla de alternativas, desde un punto de vista jurídico-penal, hay que determinar en forma previa si nos referimos a las alternativas a la pena o a las alternativas al Derecho penal, cuya consecuencia natural es la pena. En el caso de concentrar nuestra atención únicamente en el concepto de **alternativa** a la pena, habrá que determinar si este incluye a las penas alternativas a las tradicionales o si, además, incluimos dentro de ese concepto a los equivalentes funcionales a la pena (como puede ser hoy en día la reparación, la mediación u otras formas de acuerdo o consenso entre las partes del delito o del proceso)¹¹.

4. Hablar sobre alternativas a la pena es una tarea que no está exenta de riesgos y que, por otra parte, acarrea algunas dificultades. La primera dificultad con la que nos encontramos es con la determinación del alcance del concepto de **alternativa**, en tanto se trata de encontrar una figura material y/o formal que cumpla con la misma función que en una sociedad cumplen tanto el Derecho penal como su consecuencia natural, la pena. Para tratar este tema habría que determinar previamente el alcance del concepto de alternativa en un determinado contexto, es decir, si hablamos de alternativas habrá que decidir primero qué es lo que se pretende sustituir y, luego, qué opción se pretende y para qué y con qué alcance se pretende encontrar una alternativa. Esto es, si se trata de alternativas al sistema penal,

9 En otro trabajo me referí a un fenómeno esquizofrénico que se observa en la legislación penal que, por un lado, acepta la expansión constante del derecho penal y, por otro, procura soluciones más eficaces y rápidas (desformalizadas) al momento de reaccionar frente al delito. Tanto una como otra orientación marcan una tendencia hacia un retraimiento del derecho penal liberal y garantista, vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal», trad. Sabadell e Elias, Ferreira Monte/Calheiros/Conde Monteiro/Novessa Loureiro (Coords.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 614.

10 Vide HASSEMER, Winfried, «El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad», trad. Alfredo Chirino, en Albrecht/Sieber/Simon/Schwarz (Comp.) *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*. Simposio Argentino-Alemán, Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 15.

11 Vide MARSHALL, Tony, *Alternatives to Criminal Courts. The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement*, Gower, Great Britain, 1985.

hay que determinar con claridad y de forma previa: si tenemos que hablar de alternativas al propio derecho penal cuya consecuencia natural es la pena; o si nos referimos a un nuevo modelo de hacer justicia, que parte de premisas distintas a las que asume el derecho penal (justicia restauradora). Ahora bien, si se trata de la búsqueda de alternativas a la pena, hay que precisar: a) si el concepto alternativo se limita a ocupar el lugar de la pena tradicional de privación de la libertad, como si se tratara de penas alternativas (por ejemplo, de multa o trabajo en beneficio de la comunidad); b) si se refiere a sanciones distintas a las penas que cumplan con una función punitiva aunque no sigan el procedimiento tradicional para imponer una pena, sino que se afilien a la lógica procesal del principio de oportunidad condicionado o del consenso entre las partes del proceso (fiscal y autor)¹²; o c) si se trata de otras instituciones que no son penas pero que pueden cumplir con los fines de las penas, siguiendo la lógica del consenso o acuerdo de partes del delito (autor y víctima)¹³. Estas reflexiones dejan fuera a la pena de multa y el trabajo en beneficio de la comunidad y parten de un concepto amplio de alternativa a la pena que permite incluir a los equivalentes funcionales a la pena (por ejemplo, reparación, mediación, conciliación).

5. Como se puede apreciar el tema en general acarrea algunas dificultades debido a su amplitud y porque presenta una doble complejidad. Por un lado, se requiere explicar la función actual de la pena en relación con todo el sistema penal y por otro, analizar la posibilidad de encontrar alternativas a la pena que cumplan con esa función. En realidad y por razones de tiempo y espacio, me limitaré a hacer algunas reflexiones en relación a qué debemos referirnos cuando hablamos de la posibilidad de resolver un conflicto penal con una sanción distinta de la pena o con una consecuencia o una intervención distinta a la pena, que permita solucionar el conflicto jurídico causado por el delito (función de la pena). Las teorías de la pena no pretenden solucionar el conflicto social que subyace al delito y ésta ha sido una de las principales críticas realizadas a la justicia penal

por parte de los defensores de las teorías alternativas a la pena y al derecho penal. Ahora bien, para tener posibilidad de éxito las alternativas tienen que cumplir con las funciones asignadas al derecho penal dentro del ordenamiento jurídico en relación con el mantenimiento del orden social. De modo que si la alternativa a la pena propuesta no pudiera dar satisfacción a esa función mínima de permitir la solución jurídica del conflicto causado por el delito, estaríamos en un campo distinto al que tiene asignado el sistema penal como medio de control social.

6. En la gran mayoría de los casos, el derecho penal administra castigos por medio de la imputación de responsabilidades. Como ya he manifestado, cuando se trata de infligir un castigo el punto de partida es la existencia previa de un conflicto provocado por una violación del ordenamiento jurídico penal que puede ser imputada al infractor. En el ámbito de las alternativas a un determinado tipo de castigo el problema a resolver es cómo se puede solucionar ese conflicto sin tener que recurrir a una pena. Pero además, qué consecuencias ello puede traer aparejado para el sistema penal, en el sentido que sus consecuencias no permitan que decaiga o disminuya la confianza de los ciudadanos en el modo de reacción a la violación de la norma que regula en última instancia la vida comunitaria. Una de las primeras decisiones político criminales a tomar en el campo de las alternativas a la pena, tiene que ver con la forma de solucionar el conflicto por medio de una imputación del hecho a su autor que conlleve la imposición de una consecuencia jurídica determinada, o si en el caso concreto se pueden admitir formas autónomas de reconocimiento voluntario del delito y reparación de sus consecuencias por parte del autor. Esta es una decisión de política criminal que debe tomar el legislador, que refiere a la aceptación de formas de resolución del conflicto diversas a la tradicional que permitan poner fin al conflicto penal. La decisión puede ir incluso más allá de la situación individual del autor e incluir también a la víctima, de modo que se admitan formas de resolución del conflicto jurídico (paz jurídica) que tam-

12 Vide ROXIN, Claus, «Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão», trad. Fernandes Godinho, Ferreira Monte/Calheiros/Conde Monteiro/Novessa Loureiro (Coords.), *Que futuro para o direito processual penal?*, cit., pp. 37 y ss.; GALAIN PALERMO, Pablo, «Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal», trad. Sabadell e Elias, *Ibidem*, pp. 613 y ss.; «Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal», cit., 43 y ss.

13 Como acontece con la reparación de la víctima del delito o la mediación, que permiten poner fin al conflicto. Sobre estos temas me he referido en GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica/Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009; *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; «Mediação penal: Hacia uma justiça penal sem juízes», Da Costa Andrade/Aires/João Antunes (Eds.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra ed., Coimbra, 2010, pp. 821-858.

bién podrían brindar solución al conflicto social (paz social).

7. El tema escogido permite comenzar la reflexión por las funciones y fines que tiene asignada la pena dentro del sistema penal, para luego buscar un catálogo de alternativas que permitan cumplir con esos fines y funciones, sin que ello resienta la función o finalidad que el Derecho penal pretende realizar. La determinación de la finalidad y función de la pena no proviene únicamente de la teoría de la pena, como si fuera una discusión meramente dogmática o filosófica, sino que se trata de una decisión eminentemente político criminal¹⁴. Por eso, la reflexión sobre las alternativas a la pena no se puede desconectar de la discusión sobre el derecho penal en sí mismo, según el contexto político en el que este se determina y aplica. El punto de partida entonces es el límite normativo y fáctico que un sistema democrático se autoimpone, circunscribiendo su función y finalidad a la resolución de los conflictos sociales más graves, aquellos que no se pueden resolver por una vía menos lesiva que el derecho penal, para los intereses de los sujetos involucrados¹⁵. Para entender cuál es la función y finalidad del derecho penal, si partimos de la consideración de éste como un sistema de normas constituido por preceptos y sanciones, entonces, primero tenemos que definir políticamente su alcance.

8. El derecho penal, como ordenamiento normativo respetuoso del Estado de Derecho, tiene que cumplir con una función doble: por un lado, tiene que proteger bienes jurídicos mediante la amenaza de una pena, de un modo tal, que su sistema de prohibición y aplicación tenga la

capacidad de motivar a todos los individuos, y por otro, su sistema de prohibición y aplicación no puede lesionar los derechos y garantías de esos individuos. La función penal en un sistema democrático está sujeta a límites: desde un punto de vista sistémico, cabe recordar la función de barrera que von Liszt otorgaba a la dogmática penal en relación a los intereses de la política criminal¹⁶, y desde un punto de vista político, el derecho penal tiene que estar limitado en su área de intervención y ese límite primero viene dado por el respeto de la dignidad humana¹⁷. Esta primera reflexión que parece evidente en el contexto del Estado de Derecho, indica que el campo de acción del derecho penal no puede sobrepasar el marco de acción que le permite la Constitución como carta magna en la que se reúne la gran mayoría de los derechos de los individuos y se exige el respeto de la dignidad humana. De este modo la unión de las normas de la Constitución y los principios fundamentales del Estado de Derecho (¡no la dogmática!) es la barrera infranqueable de la política criminal.

9. En lo que refiere a las penas, la doctrina penal mayoritaria en Alemania se afilia a una concepción funcional del derecho penal asentada en juicios racionales, que viene justamente determinada por la forma de reacción al delito, según coordinadas político-criminales, como propone su máximo exponente Claus Roxin¹⁸. En ese sentido, salvo excepciones, se dice que el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos en última instancia, es decir, que debe cumplir con una función preventiva cuando han fracasado otras instancias de protección (principio de *ultima ratio*). Téngase en cuenta, sin embargo, que aunque parte de la doctrina solo legiti-

14 El derecho penal no es orden de normas neutro, es político. Y tan es así que la dogmática no es mas que la muleta que utiliza el juez para fundamentar una decisión político-criminal. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 47 y s. De alguna forma la política criminal esta en sintonía con la concepción política del Estado, con la constitución y su interpretación. Y como dice MUÑOZ CONDE, en un estado de derecho la dogmática está ligada a un principio político criminal ineludible: el principio de legalidad de los delitos y de las penas que vincula a todos los poderes del Estado. *Ibidem*, p. 58.

15 Vide PRITTWITZ, Cornelius, «El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal», trad. Castiñeira Palou, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 427 y ss.

16 MUÑOZ CONDE, sin embargo, sostiene que la concepción de VON LISZT debe de entenderse en un doble sentido, como «un Derecho penal con todas sus garantías derivadas del Estado de Derecho, válido como «Derecho penal del ciudadano» que alguna vez en su vida u ocasionalmente comete un delito o que, en su calidad de sospechoso por la comisión de uno, aparece como acusado en un proceso penal» y al mismo tiempo como «Otro Derecho penal que, por contraste, debe concebirse como un Derecho penal «de otro tipo», para delinquentes reincidentes e «incorregibles», que deben ser condenados con la mayor dureza a una pena de aseguramiento perpetua a fin de hacerlos «inofensivos». Un Derecho penal, pues, que ya no es una «barrera insuperable» de la Política criminal, sino un mero instrumento para su realización». Vide MUÑOZ CONDE, Francisco, «La herencia de Franz von Liszt», RP, 27, 2011, p. 161.

17 Aquí está la primera y más relevante relación entre la función del Derecho penal y la protección de los Derechos Humanos. Para el caso alemán, este principio está contenido en el Art. 1 de la Ley Fundamental Alemana (Grundgesetz).

18 Vide por todos, ROXIN, Claus, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», JuS 6, 1966, pp. 377 y ss.; «Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen», JA 12, 1980, pp. 545 y ss.

me y exija una función preventiva al derecho penal, este no puede ser concebido en su esencia como un medio eficaz de prevención del delito sino únicamente como un medio de reacción al delito¹⁹. El objetivo del Derecho penal no es la evitación de las lesiones (o de la puesta en peligro) de los bienes jurídicos que protege por medio de la anticipación de sus mecanismos y órganos de contralor, sino que solo puede servir de instrumento (jurídico) para el mantenimiento de un sistema de normas básicas y elementales que permita el libre desarrollo individual y que, en última instancia, posibilite la vida en sociedad castigando a quien hace un mal uso de su libertad en contra de bienes jurídicamente tutelados²⁰. Y como ciencia jurídica que es, puede admitir sin hesitaciones un concepto jurídico de libertad de actuación de un sujeto con capacidad de actuar responsablemente, basada en la libertad de elección del individuo en una situación concreta, que puede ser reprochada cuando la lesión al bien jurídico protegido sea considerada producto de una decisión libre o voluntaria del individuo²¹. El peso del injusto reside en la mala elección cuando otras hubieren sido posibles. De allí la exigencia de haber obrado de otra manera en el caso concreto, exigencia normativa en la que luego se fundamentará la culpabilidad²². Los inconvenientes prácticos comienzan porque esta posibilidad de elegir —que fundamenta la capacidad de responder penalmente— tiene que ser comprobada en el caso concreto por medio de los mecanismos de imputación objetiva y subjetiva desarrollados por la dogmática. Por ello, los operadores del sistema penal tienen que demos-

trar formalmente y de un modo fáctico la relación entre el autor y su hecho, así como desde un punto de vista normativo la culpabilidad del autor, como único medio de legitimación material de la función de reproche o desaprobación de la conducta por medio de una pena²³. En caso de que la culpabilidad no fuera comprobada y declarada, al sistema penal le estaría vedada cualquier función de reprobación jurídica al sujeto que ha lesionado dolosa o culposamente un bien jurídico protegido por una norma penal²⁴. Incluso le estaría vedado el reproche penal del sujeto que ha violado un deber especial. Un Estado Democrático de Derecho se apoya en la premisa que ante la carencia de declaración de culpabilidad debe imperar la libertad y el principio de inocencia²⁵, de modo que el sistema penal no podría exigir de aquel autor ninguna forma de responsabilidad o de reparación del daño causado (equivalente funcional de la pena). Para ser más claro: la falta de declaración de culpabilidad impide cualquier tipo de compensación del injusto por parte del autor, ya sea consecuencia de una imposición o de su voluntad²⁶. Es decir, la compensación del injusto —para que cumpla con la función y los fines de la pena— tiene que tener como correlato la declaración de culpabilidad del autor, para que tal compensación o reparación del daño social tenga una naturaleza jurídica penal y, de ese modo, se diferencie de una «liberalidad» del autor o de la mera «compra de la libertad».

10. Estas prerrogativas dogmáticas que parecen básicas en un sistema penal liberal garantista, aun dentro de un Estado Democrático de Derecho, hoy sufren el

19 Vide HASSEMER, Winfried, *Strafen im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 277; «Perspectivas de una nueva política criminal», trad. Guardia, REVDP, 1, Buenos Aires, 2002, p. 485.

20 Libertad en sentido jurídico o normativo, ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4 Auflage, Beck, München, 2006, pp. 868 y ss.

21 Vide ROXIN, Claus, «Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip», MschrKrim, 1973, pp. 316 y ss.; KAUFMANN, Arthur, «Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht», JZ, 1967, pp. 555 y ss.; PASTOR, Daniel, «La discusión actual en torno a la culpabilidad», Urquiza (Dr.) *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007, p. 780.

22 Vide HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 111 y ss.

23 Vide WOLTER, Jünger, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem*, Duncker&Humblot, Berlin, 1981.

24 Por eso las formas alternativas de solucionar el conflicto penal como la suspensión condicional del proceso a cambio de condiciones o instrucciones (§ 153 a Código del Proceso Penal alemán) si bien son consideradas por la doctrina como medidas cuasi penales (DENCKER, Friedrich, «Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB», JZ, 5-6, 1973, p. 144) o sustitutos de la pena encubiertos (SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?», JZ, 28, 1973, pp. 529 y ss.) no conllevan una declaración de culpabilidad. Fácticamente, sin embargo, estas condiciones o instrucciones cumplen con los mismos fines y funciones que las penas, a tal punto que pueden ser considerados equivalentes funcionales de las penas. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 250 y ss.

25 Vide CHAVES, Gastón, «El Derecho Constitucional y el Derecho Penal», Preza, *Estudios de la parte especial del derecho penal uruguayo*, Tomo II, Ingranussi, Montevideo, 2000, pp. 127 y ss.

26 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 438 y s.

embate de una política criminal que requiere de una administración de justicia eficaz. La eficacia exigida se mide en términos económicos y significa el recurso indistinto de procedimientos formales o informales que ofrezcan una solución rápida y que disminuya los costes empleados para la resolución del conflicto. Ello requiere disminuir las exigencias probatorias para lograr una imputación o prescindir incluso del procedimiento formal y de la declaración de la culpabilidad, a cambio de la compensación del injusto. En algunos ordenamientos jurídicos los equivalentes funcionales de la pena no cumplen con estas prerrogativas dogmáticas, como puede suceder en el sistema penal alemán con la figura procesal de la reparación como obligación o condición para la suspensión condicional del proceso de los §§ 153a y siguientes del Código de Proceso Penal alemán o con los acuerdos en el seno del proceso²⁷.

C. Función y fin de la pena

11. Para determinar si las alternativas a la pena pueden cumplir con las funciones y fines que la pena tiene asignadas en el sistema penal, primero hay que determinar cuáles son estas funciones y fines. La discusión sobre el fundamento, la función y los fines de la pena

viene de larga data, pero podría decirse que comienza a ser apasionante con la Ilustración y el enfrentamiento entre las teorías absolutas y las teorías relativas o utilitaristas²⁸. Esta discusión ha derivado en la más importante explicación de la esencia del Derecho penal²⁹, porque la doctrina ya no se afana en responder ¿qué es la pena? sino ¿en qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? De modo que la pregunta sobre ¿por qué castigar? ha derivado en la pregunta ¿cuánto castigar?³⁰

12. El funcionalismo racional o moderado exige al Derecho penal determinadas funciones que pasan por la protección de bienes jurídicos, la motivación de conductas por medio de la norma, la prevención general y especial por medio de la pena, sin poner el acento exclusivamente en la reafirmación de la norma como pauta de conducta³¹. Hoy en día la discusión se nutre de principios político criminales y abarca no sólo la exigencia de una reacción penal merecida sino también la necesidad de la pena, que sugiere que se trata definitivamente de una combinación entre utilidad y proporcionalidad del castigo³². De este modo, se podría decir que desde una posición funcional-político-criminal-racional, la discusión sobre el merecimiento y la necesidad de la pena incluye el ámbito de protección, es decir,

27 Vide JOSTES, Kerstin, *Leistungsstörungen und Fehlverhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung von Strafverfahren gem. § 153a StPO*, Lang, Frankfurt, 2004; SALDITT, Franz, «§ 153a StPO und die Unschuldvermutung», Festschrift für Egon Müller, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 611 y ss.; BEULKE, Werner, «Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO», Festschrift für Hans Dahs, Schmidt, Köln, 2005, pp. 209 y ss.; MURMANN, Uwe, «Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren», Heinrich et al (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis, De Gruyter, 2011, pp. 1385 y ss.; MOMSEN, Carsten, «Zur Beweiskraft des Sitzungsprotokolls bei Verfahrensabsprachen», *Ibidem*, pp. 1403 y ss.; ROSENAU, Henning, «Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet», Paefgen et al (Hrsgs.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Duncker&Humblot, Berlin, 2011, pp. 1597 y ss.; JAHN, Matthias, «Zurück in die Zukunft -Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens», GA, 2004, pp. 272 y ss.; SALDITT, Franz, «Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht», ZStW, 115, 2003, 3, pp. 570 y ss.; DIPPEL, Karlhans, «Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens», Schöch et al (Hrsgs.), *Stratverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Heymanns, 2008, pp. 105 y ss.

28 Vide RADBRUCH, Gustav, *Filosofía do Direito*, Vol. II, 4ª ed., trad. Cabral de Moncada, Amado, Coimbra, 1961, pp. 83 y ss.; BERGALLI, Roberto, «Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas», Bergalli, Roberto (Coord. y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25 y ss.

29 Vide ROXIN, Claus, «Wandlungen der Strafzwecklehre», Britz et al (Hrsgs.) *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, pp. 701 y ss.

30 Vide BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, p. 12; GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit., pp. 317 y s.

31 Vide ROXIN, Claus, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?», trad. Ortiz de Urbina, en Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 445 y ss.; «El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual», trad. Manuel Abanto, *La Teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pp. 91 y ss. La concepción moderada del funcionalismo considera las finalidades político-criminales de un modo general, es decir, no reducido a los fines de la pena, mientras que la concepción radical vincula todo el análisis funcional a la finalidad preventivo general positiva de la pena. Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosh, Barcelona, 1992, pp. 434 y ss.

32 Vide HASSEMER, Winfried, «Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht», Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Müller, Heidelberg, 1983, p. 64.

todo aquello que el derecho penal protege y, al mismo tiempo, los medios procesales de que dispone para imponer sanciones y los medios administrativos para su ejecución. En lo que respecta al ámbito latinoamericano, Zaffaroni sugiere atenerse a las teorías realistas³³, de modo que la decisión sobre la imposición de la pena (su naturaleza, intensidad, etc.) no solo debería tener en cuenta el injusto penal y los aspectos personales del autor (merecimiento y necesidad de pena) desde un punto de vista ideal o normativo, sino que tendría que combinar la lesión del ámbito protegido penalmente (bien jurídico, lesión del deber, etc.) con cuestiones propias de la realidad social, relativas a la administración de justicia (relacionadas, por ejemplo, con su capacidad de investigación y de ejecución de las penas) y a la realidad social propiamente dicha. La prevención general basada en criterios de política criminal realista debería considerar los aspectos relativos a la ejecución de las penas, así como las desigualdades sociales³⁴ y no sólo legitimarse en la necesidad de reafirmación normativa penal al momento de la determinación de la pena³⁵, sino considerar principalmente la reafirmación de la normativa constitucional. El fin de la pena tampoco puede prescindir de las necesidades de las víctimas y los derechos de los autores en la resolución de su conflicto, y es allí por donde pueden hacer su ingreso las alternativas o equivalentes funcionales a la pena.

13. Podría decirse que la pena debe entenderse como *prevención por medio de la represión*, de modo que la alternativa de la pena, si pretende ser no solo una solución fáctica sino también normativa del conflicto, entonces, tiene que ser útil como pauta general para la orientación de futuras conductas en el seno social. Esto es, **la alternativa de la pena tiene que cumplir**

con la función y con los fines de la pena. Por ejemplo, si pensamos en la mediación como una alternativa a la pena, para que dicha sanción alternativa pueda cumplir con la finalidad preventiva del derecho penal, ella tiene que ser funcional a los intereses de quien ejerce la sanción, en este caso, de los actores directamente involucrados en el conflicto (autor y víctima) pero, además, tiene que ser funcional a los intereses de todos los miembros de la sociedad y no solo a los intereses de los que participan de la mediación³⁶. En el caso de la reparación del daño, como una alternativa a la pena, ella no puede ser considerada ni pensada como una cuestión civil o que en el ámbito penal pertenece a la responsabilidad ex delicto, sino como un equivalente funcional de la pena³⁷. Es decir, la reparación tiene que tener determinadas características (ser voluntaria, según las posibilidades del autor, material o simbólica, etc.) que le permitan cumplir en el caso concreto (según la gravedad del delito) con los fines y funciones del castigo para poder ocupar el lugar de la pena³⁸. De esto se deduce que, desde un punto de vista preventivo, la alternativa al igual que la pena tiene que servir para la conservación del orden social, y por ello tiene que ser una reacción eficaz para mantener las expectativas normativas de un modo general.

D. La privación de la libertad y sus alternativas. El control de las fuentes de peligro como elemento diferenciador

14. La búsqueda de alternativas a la pena parte de la base que el conflicto causado por el delito no se debe solucionar siempre con la mera y proporcional retribución de la culpabilidad, sino que —según pautas preventi-

33 De esta opinión ZAFFARONI, Eugenio, «La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina», Albrecht/Sieber/Simon/Schwarz (Comp.) *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad, Simposio Argentino-Alemán*, Del Puerto, 2009, pp. 6, 12. Como dice: «Lo que el derecho penal debe enfrentar es el impulso desenfrenado de nuestros Estados defectuosos —y sus sistemas penales perversos— hacia un ejercicio desmedido del poder punitivo...en nuestras circunstancias la culpabilidad tradicional es un concepto fundamental para acotar el poder punitivo y evitar penas crueles e inhumanas...con adecuada apertura datos sociales e individuales que señalen las fallas estatales y del propio sistema penal que redundan en reducción de la autodeterminación por privación de ciudadanía, en forma que permita orientar las decisiones judiciales hacia cierta compensación de la alta selectividad del poder punitivo y de la marcada estratificación social». *Ibidem*, p. 9.

34 Por poner un ejemplo, se dice que hay regiones de Brasil con el desarrollo de Bélgica y otras con el de India, vide BAER, Werner, *The Brazilian Economy. Growth and Development*, Westport-Connecticut, Greenwood Publishing Group, 2001, pp. 323 y s.

35 Críticamente sobre las teorías preventivas apoyadas en la negación del contrato social y a favor de una teoría de la pena con base en el individuo, HARZER, Regina, «La independencia y su significado para la teoría de la pena», trad. Castiñeira Palou/Robles Planas, *La insostenible situación*, cit., pp. 35 y ss.

36 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Mediación penal. ¿Un mecanismo alternativo de resolución de conflictos», Erik García-López, *Mediación. Perspectivas desde la Psicología Jurídica, Manual Moderno*, Bogotá, 2011, pp. 219 y ss.

37 Para una teoría penal basada en la restitución, ABEL, Charles/MARSH, Frank, *Punishment and Restitution. A Restitutionary Approach to Crime and the Criminal*, Greenwood Press, Connecticut/London, 1984.

38 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 364 y ss.

vas— pueden existir otro tipo de sanciones que también permitan un control racional sobre las conductas futuras de los individuos. Esta nueva política criminal se compagina con el instituto procesal de la oportunidad como opuesto a la exigencia de la obligatoria persecución penal de todas las infracciones normativas (principio de oficialidad u obligatoriedad). De algún modo, la búsqueda de alternativas hace renacer el debate teórico entre retribución y prevención, entre la tarea de hacer justicia como un valor absoluto y la oportunidad o utilidad de la sanción. A su vez, el debate conduce a la discusión sobre el papel que juega en la teoría del delito la categoría del merecimiento y de la necesidad de la pena³⁹. Las alternativas a la pena obligan a fusionar los discursos ideales legitimadores del castigo con los datos de la realidad⁴⁰, es decir, las alternativas llevan a integrar la teoría filosófica sobre la pena con las posibilidades de ejecución de los castigos, porque es a través de la praxis (no del discurso) que se demuestra la racionalidad de la pena⁴¹. En el caso de América Latina incluso se puede dar un paso más adelante hacia una política criminal realista e incluir al momento de determinar la naturaleza y medida de la pena los datos de la realidad social.

15. Ahora bien, independientemente de las discusiones teóricas sobre el ejercicio práctico de la justicia penal resumidas en la contradicción oficialidad-oportunidad, la cuestión sobre las alternativas a la pena podría concentrarse en dos preguntas relacionadas con la eficiencia o eficacia de la intervención penal para la resolución de los conflictos penales: ¿Qué alternativas a la pena permiten solucionar el conflicto penal desde un punto de vista fáctico y también normativo? Y, en segundo lugar, ¿Cuáles serían las alternativas a la pena más eficientes en el caso de sujetos con capacidad de

culpabilidad, que puedan cumplir con la función motivadora y de control social del sistema penal sin recurrir al encierro y segregación del infractor? Para responder a estas preguntas me tengo que referir a la teoría de la pena en el sistema penal actual que ha emprendido dos caminos diferentes en la búsqueda de alternativas a la pena. Una primera tendencia que se concentra en las alternativas a la prisión y otra más amplia, que pretende encontrar alternativas al sistema penal.

16. Históricamente la discusión sobre la necesidad de tener alternativas a la pena surge aproximadamente entre la década del 60 y 70 del siglo pasado, como una reacción a la pena privativa de libertad para contrarrestar mediante evidencias empíricas los efectos nocivos que ella causa en los individuos⁴². A este movimiento se puede decir que colaboró el declive de la resocialización como fin prioritario de la pena y la constatación criminológica de que analizando todos los métodos de rehabilitación empleados con fines de corrección: «nothing works»⁴³. Los estudios críticos sobre la prisión considerada como una «fábrica» que consume el tiempo de los presos⁴⁴ o como un instrumento inútil que no puede resocializar sino que solo sirve para vigilar y controlar⁴⁵, fueron también detonantes para la búsqueda de alternativas a la pena de prisión. La conclusión es que en la modernidad la prisión sólo sirve para segregar, quitando a las personas el valor máspreciado: su libertad, su tiempo, su fuerza de trabajo⁴⁶. En muchos sistemas penales las cárceles no funcionan como centros de reclusión que tienen una finalidad de resocialización de los reclusos para que internalicen una vida respetuosa de las normas de convivencia, sino que se convierten en «escuelas de delincuencia» o, incluso, en «campos de concentra-

39 Sobre este tema me he pronunciado, ubicando a la necesidad de pena en la teoría de la pena. Vide GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 158 y ss.

40 Vide HASSEMER, Winfried, «Prevención en el Derecho Penal», trad. Bustos Ramírez, *Poder y Control Social, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social, Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, PPU, Barcelona, 1986, p. 102.

41 Vide WOLF, Paul, «Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena», *Prevención y Teoría de la Pena*, Bustos Ramírez (Dir), Ed. Conosur, Chile, 1995, pp. 62 y ss.

42 Vide GARLAND, David, «Contemporary developments in the evolution of punishment: the common law jurisdictions», *Transactions of the Jean Bodin Society for comparative institutional history, La peine/Punishment*, De Boeck Université, Belgium, 1989, p. 446.

43 Vide LIPTON, Douglas/MARTINSON, Robert/WOKS, Judith, *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies*, Praeger, New York, 1975. La famosa frase pertenece a Robert, Martinson, quien analizó cerca de 231 casos de personas en programas de rehabilitación en los Estados Unidos de Norte América.

44 Vide MELOSSI, Dario/PAVARINI, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, il Mulino, Bologna, 1977, pp. 201 y ss.; MATTHEWS, Roger, *Doing Time. An introduction to the sociology of imprisonment*, 2a ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009.

45 Vide FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón, 17ª ed., Siglo Veintiuno, Argentina, 1989.

46 Vide MORRISON, Wayne, «Modernity, Imprisonment, and Social Solidarity», Matthews, Roger/Francis, Peter (Eds.), *Prisons 2000. An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*, Macmillan Press, UK, 1996, pp. 94 y ss.

ción» en los que los reclusos quedan al margen del sistema normativo⁴⁷. La pena de prisión, sin embargo, sigue liderando el catálogo de consecuencias jurídico penales para los delitos graves, para los que —desde un punto de vista preventivo— no se ha encontrado una alternativa válida. En ese ámbito el sistema de doble vía también deriva en la reclusión del condenado. En el sistema penal alemán existe una medida de seguridad que permite al juez aumentar el tiempo de reclusión de un sujeto que tiempo después de la sentencia de condena todavía considera peligroso (§ 66b StGB)⁴⁸. En otros sistemas penales —como el de Uruguay— existe una medida de seguridad denominada eliminativa (Art. 92 CP) que el juez puede imponer en la sentencia de condena a los autores que considera peligrosos. Cualquiera de estas medidas de seguridad dejan serias dudas en relación con el principio *ne bis in idem*, porque en sustancia solo sirven para aumentar el tiempo de reclusión y exclusión de determinados autores, más allá de los límites de la proporcionalidad entre culpabilidad y castigo. En otras áreas jurídicas, como acontece con el derecho penal internacional o con la justicia de transición, la pena de prisión tiene una finalidad retributiva e, incluso, aflictiva, como parecería que acontece en los países del cono sur con los ex

terroristas de Estado que asolaron con regímenes dictatoriales el continente sudamericano entre el comienzo de las décadas del 60 y del 80 del siglo pasado⁴⁹. Hoy en día estos otrora peligrosos criminales se encuentran cumpliendo largas penas de prisión por crímenes cometidos muchos años atrás⁵⁰. La política criminal actual basada en el discurso de los derechos humanos y en la función histórica del proceso penal como fuente de la búsqueda de la verdad⁵¹, sugiere una persecución sin límite temporal (imprescriptibilidad, retroactividad de la ley penal, etc.) ni mitigación de la pena (prohibición de amnistía o cualquier instituto de gracia) que no permite aplicar alternativas a la prisión ni siquiera por causa de la avanzada edad o enfermedad del autor. Y esta política criminal se apoya no solo en una finalidad retributiva o aflictiva de la pena, sino que se legitima por medio del fin preventivo general positivo que se adjudica hoy mayoritariamente a la pena⁵².

17. En el ámbito de los delitos comunes, la realidad carcelaria mundial demuestra un aumento de la población reclusa⁵³. En algunos sistemas, incluso, la prisión es prácticamente la única sanción aplicada para el castigo de los delitos de mediana y mayor gravedad⁵⁴. La realidad de las cárceles en América Latina demuestra una violación constante de los derechos humanos de

47 SYKES, Gresham, *The society of captives. A study of a maximum security prison*, Princenton University Press, Princenton, 2007; DAVIS, Angela, *Are prisons obsolete?*, Seven Stories, New York, 2003; HIRSCH, Adam, *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishment in Early America*, Yale University Press, New Haven, 1992, pp. 71 y ss.

48 Vide ALEX, Michael, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel* Felix-Verlag, Holzkirchen, 2010; FLAIG, Annika, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Lang, Frankfurt, 2009.

49 En Paraguay la dictadura de Stroessner comenzó a mediados de la década del 50 y se extendió durante más de tres décadas (1954-1989). Stroessner —al igual que el dictador chileno Pinochet— no fue condenado por la justicia penal y recibió un reconfortante asilo político en Brasil, país que negó la solicitud de extradición por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Paraguay (paradójamente los restos del ex dictador se encuentran en Brasilia en el cementerio denominado: «campamento de la paz»). Sobre el tema abarcando la mayoría de Estados latinoamericanos y algunos países de europeos, AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela, (Eds.), *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2009.

50 Sobre el tema, AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel (Eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer Stiftung/Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo, 2003; AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2008; FORNASARI, Gabriele/FRONZA, Emanuela, (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Università degli Studi di Trento, 2011; GALAIN PALERMO, Pablo, «The Prosecution of International Crimes in Uruguay», ICLR, 10, 2010, pp. 601 y ss.; «Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay», ZStW, en prensa.

51 Críticamente, GALAIN PALERMO, Pablo, «Relaciones entre el «derecho a la verdad» y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela, (Eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2011, pp. 249-282.

52 Críticamente la escuela penal de Frankfurt, NAUCKE, Wolfgang/HASSEMER, Winfried/LÜDERSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general*, trad. Aboso, Gustavo/Löw, Tea, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004; PRITTWITZ, Cornelius, «Notwendige Ambivalenzen. Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk», StV 11, 2010, p. 654.

53 Vide http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wpp1-8th_41.pdf, http://www.nccd-crc.org/nccd/pubs/2006nov_factsheet_incarceration.pdf.

54 Vide <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>.

los privados de libertad⁵⁵, que dio origen a fenómenos tan particulares como el Primer Comando de la Capital en Brasil, que naciera dentro de la prisión como un grupo activista defensor de los derechos de los reclusos que luego se convirtió en un grupo criminal que emplea métodos de terror para conseguir sus fines y se dedica, también, a cometer delitos dentro y fuera de la prisión⁵⁶. Todo indica que en muchos sistemas penales para algunos delincuentes la prisión es la única opción válida, en la práctica, con una finalidad preventivo especial negativa (inocuidad), y ello, porque la criminología ha reconocido que los fines preventivo especiales positivos han fracasado⁵⁷. Admitido el fracaso de la resocialización, la tarea de quienes pretenden encontrar alternativas a esta pena se concentra en aquellos delincuentes que por la naturaleza del delito cometido y por sus características personales no revisten mayor peligrosidad. A estos delincuentes puede imponerse una pena de multa, que en sistemas penales como el alemán, constituyen una auténtica alternativa a la pena de privación de libertad⁵⁸. Las alternativas a la pena de prisión que hoy se discuten parecen concentrarse en una ampliación de la actividad de control y vigilancia del delincuente que no reviste mayor peligrosidad, que sería la única forma de admitir la finalidad preventiva del castigo⁵⁹. Estas alternativas se orientan también hacia una política criminal de disciplina que no se concentra tanto en el reproche moral, como se apreciaba en la separación entre derecho penal y contravenciones (*Ordnungswidri-*

gkeiten)⁶⁰ y, a esa política criminal de *Straf-Disziplin* podría sumarse también las obligaciones (*Auflagen*) y condiciones (*Weisungen*) que se exigen a cambio de suspender condicionalmente el proceso penal⁶¹. El derecho penal juvenil puede catalogarse como el laboratorio y el campo fértil para todas estas alternativas a la privación de libertad que pretenden disciplinar y educar por medio de la sanción penal. Son excepcionales figuras como la suspensión condicional de la pena (§ 56 StGB) o la dispensa de la pena (§ 59 StGB), como alternativas a la privación de libertad que no persiguen ese fin de disciplinamiento⁶². Aunque todas estas alternativas están en consonancia con el fin de prevención de la pena, ellas no pueden desconocer los límites de la culpabilidad y el principio de proporcionalidad entre el hecho y la reacción penal.

E. Alternatividad Penal: entre la abolición y las formas de consenso

18. Una contemporánea segunda tendencia en materia de alternativas a la pena ya no se concentra solamente en la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad sino del propio derecho penal⁶³. Esta tendencia que proviene del sistema anglosajón ha sido denominada justicia restaurativa, cuando ella pretende sustituir a la justicia retributiva o tradicional⁶⁴, y recibe la denominación de *procesos de diversion*, cuando las alternativas se han focalizado en la desformalización del procedimiento penal. Con una posición más radical están aquellos que pregonan la abolición del sistema

55 DURÁ, Mauricio, *Análisis de la situación penitenciaria y de las penas alternativas en Iberoamérica, Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

56 Sobre el tema MACHADO DE ASSIS, Marta/ROCHA, Maira/ MATSUDA, Fernanda, «Estrategias de enfrentamiento de las causas de conflictos violentos: estudio de caso sobre el Primeiro Comando da Capital», Simon, Jan-Michael/Galain Palermo, Pablo, *Conflicto y Sanción en América Latina. Retaliación, Mediación y Punición (REMPEP)*, en vías de publicación.

57 Se debe realizar el esfuerzo, sin embargo, para refundar utilitariamente el sistema jurídico-penal. El fin preventivo especial no debería ser analizado según su efectividad sino en el plano simbólico, «con relación a la capacidad de crear un sistema penal-carcelario otra vez orientado hacia una función unitaria». Vide PAVARINI, Massimo, «Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional», Poder y Control Social, cit., pp. 163 y s.

58 Vide KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen*, cit., pp. 338, 270 y ss.

59 Vide NELLIS, Mike, «Electronic monitoring and the community supervision of offenders», Bottoms/Rex/Robinson (Eds.), *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*, Willan Publishing, UK, 2004, pp. 224 y ss.

60 Vide KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen*, cit., pp. 396 y ss.

61 Sobre este tema me he pronunciado en, Vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal», Mário Ferreira Monte et al (Coord), *Que futuro para o direito processual penal?*, cit., pp. 613 y ss.

62 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 357, 432 y ss.

63 Según DIGNAN: «The key attributes of restorative justice are the principle of "inclusivity", the balancing of interests, non-coercive practice and a problem-solving orientation». Vide MC IVOR, Gill, «Reparative and restorative approaches», Bottoms/Rex/Robinson (Eds.), *Alternatives to Prison*, cit., p. 166.

64 Vide WALGRAVE, Lode, «Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflection on the Judicial Reaction to Crime», Von Hirsch/Roberts/Bottoms/Roach/Schiff (Eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oregon, 2003, pp. 61 y ss.

penal y su sustitución por un sistema que se concentre en la reparación del daño, en el que la reconciliación del autor con la víctima y la sociedad ocupa el lugar del castigo⁶⁵. Esta segunda tendencia crítica con el sistema penal se presenta, de algún modo, como un nuevo paradigma de justicia porque considera que «a reparacão do dano social é levada a cabo unicamente por meio da individualizaçao e do cumprimento de uma pena, enquanto a justiça restaurativa deseja romper com esse paradigma de forma absoluta, para aceitar instâncias de diálogo e acordos de reparacão»⁶⁶. A esta segunda tendencia en la búsqueda de alternativas, pero con una posición más moderada, se han plegado penalistas que sugieren una orientación del sistema penal hacia la víctima y sus necesidades, sin desconocer que «restoration is not only compatible with retribution: it requires retribution»⁶⁷. Cualquiera de estas propuestas admite formas de consenso dentro del sistema penal, que podrían ser consideradas como alternativas a la pena. El elemento común de toda esta segunda tendencia de búsqueda de alternativas a la pena (justicia restauradora, proceso de diversion, formas de consenso, abolicionismo, etc.) es la denuncia de la estigmatización que tanto la pena privativa de libertad como el propio derecho penal provocan en los individuos involucrados por el delito (autor y víctima). La justicia restaurativa se legitima en tanto pretende la composición del conflicto de un modo social y no solo jurídico⁶⁸. Con ello hay quienes entienden que con estas propuestas el conflicto expropiado por el Estado es devuelto a las partes para que encuentren una

solución de consenso basada en la reparación voluntaria del daño a la víctima. En la posibilidad de encontrar soluciones de consenso reside la legitimación de quienes proponen un «redescubrimiento de la posición de la víctima»⁶⁹ y de quienes admiten el consenso en el sistema penal⁷⁰. Algunas de estas alternativas abogan por una resolución de los conflictos sin tener que recurrir a la jurisdicción penal o por medio de una desviación del sistema penal hacia instancias más informales⁷¹. Así ganan terreno la mediación, la conciliación, la reparación y otros métodos basados en la autonomía de las partes del delito. Ahora bien, estas alternativas no escapan definitivamente del sistema penal porque necesitan de la hegemónica valoración judicial de homologación para gozar de reconocimiento y de validez universal, de modo que puedan solucionar el conflicto desde un punto de vista fáctico (paz social) y también desde un punto de vista normativo (paz jurídica). Además, las formas de consenso pueden ser útiles para la extensión de puentes entre los diversos modelos de hacer justicia (tradicional y/o restaurativo) en la medida en que ellas sirven para poner fin al conflicto sin menoscabo de los fines del derecho penal. Esto significa que no se puede hablar de dos modelos alternativos de hacer justicia sino complementarios⁷².

19. Las alternativas que pregonan soluciones de consenso por medio de una mejora de la situación de las partes del delito en el seno del procedimiento, retrayendo aparentemente la intervención estatal en el conflicto, no siempre constituyen «algo mejor» que el derecho

65 Vide por todos BIANCHI, Herman, «Abolition: assensus and sanctuary», Bianchi/Van Swaaningen (Eds.), *Abolitionism towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, Amsterdam, 1986, pp. 117 y ss. En tanto estas posturas abolicionistas no ofrecen alternativas a la pena no las considero en estas reflexiones.

66 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Mediação penal: Hacia uma justiça penal sem jueces», cit., p. 839; WALGRAVE, Lode, «Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative», Cradford/Goodey (Eds.), *Integrating a victim perspective within criminal justice: International debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253 y ss.; SCHWEIGERT, Francis, «Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice», Perry (Ed.), *Repairing communities through restorative justice*, American Correctional Association, Lanham, Maryland, 2002, p. 34.

67 Vide DUFF, Antony, «Restoration and Retribution», *Restorative Justice and Criminal Justice*, cit., p. 43.

68 Vide BAUMANN, Jürgen, «Some Sociological Reflections on Restorative Justice», *Restorative Justice and Criminal Justice*, cit., pp. 79 y ss.

69 Vide SCHÖCH, Heinz, «Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren», *NStZ*, 9, 1984, pp. 385 y ss.; SEELMANN, Kurt, «Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht», *JZ*, 1989, p. 670; ESER, Albin, «Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen», *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 105.

70 Vide RICE, Paul, «Mediation and arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System - An overview and legal analysis», *Festschrift für Walther Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 44; WALTHER, Susanne, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 279 y ss.; FREHSEE, Detlev, *Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

71 Vide RICE, Paul, «Mediation and arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System - An overview and legal analysis», *AULR*, 1979, 29, pp. 17 y ss.; Dispute Resolution Resource Directory, National Institute for Dispute Resolution, Washington, 1984, p. ii.

72 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Mediação penal: Hacia uma justiça penal sem jueces», cit., pp. 835 y ss.

penal, porque en la práctica pueden resultar incluso desventajosas para el autor y la víctima. El hecho de devolver el conflicto penal a las partes o, para expresarlo en mejores términos, el hecho de permitir espacios de consenso para resolver cuestiones penales puede resultar lesivo para determinados principios y garantías básicas relacionadas en el ámbito macro con el Estado de derecho y, en un ámbito micro, con el debido proceso. La componenda que se busca como objetivo principal de estos métodos alternativos no solo se basa en la libre voluntad de las partes de participar en el acuerdo sino en la necesidad de que el autor asuma la responsabilidad por la comisión del hecho. Esta exigencia no está exenta de problemas desde un punto de vista penal cuando colida con principios fundamentales del sistema penal liberal como el principio de inocencia, el *nemo tenetur* o el principio de igualdad, entre otras garantías constitucionales y procesales. La idea que subyace a estos procesos de «diversion» no guarda relación con el objetivo de brindar una mejor protección a los intereses individuales de las partes enfrentadas por el delito sino con el objetivo político criminal de disminuir la cantidad de «clientes» del sistema penal y de los medios invertidos en la averiguación y diligenciamiento de la prueba sin que ello signifique una merma de las instancias de control social. La única diferencia se puede encontrar en el sujeto que mantiene en sus manos las instancias de control social, que pasarían del Estado a algunos miembros de la sociedad⁷³. Como trasfondo de estos métodos alternativos englobados en el concepto de «diversion», hay una mezcla de objetivos económicos y administrativos que no siempre coinciden con el meta objetivo de lograr la «paz social» sino con la eficiencia y la disminución de costes al momento de lidiar con el delito. Esta disminución de costes conduce a la privatización del derecho penal y puede llegar a incluir la prescindencia del aparato estatal encargado de la administración de la justicia para la resolución de algunos delitos que no revisten mayor gravedad⁷⁴.

F. Alternativas a la pena según la política criminal, la criminología y la doctrina penal funcional más radical

20. En la actualidad, se puede decir que estas propuestas teóricas en relación a posibles alternativas para disminuir el recurso a la pena de prisión (limitada a la criminalidad grave), como incluso circunscribir la aplicación del sistema penal formal a la resolución de los conflictos sociales más graves, no han tenido demasiado éxito. La política criminal actual parece indicar incluso un camino inverso a las alternativas a la pena de privación de libertad y a la disminución de la intervención estatal como medio secundario o, incluso, de *ultima ratio* para el ejercicio del control social. El derecho penal se ha instrumentalizado como un derecho de lucha que pretende prever y prevenir riesgos para brindar una apariencia de seguridad que responde al contralor de la peligrosidad antes que a retribuir la culpabilidad.

21. Un primer camino emprendido por el legislador pone el acento en el derecho penal como medio de **intervención** para la prevención y el control de riesgos (no de bienes jurídicos), y tiene que ver también con las medidas de vigilancia ambulante o de vigilancia en el seno social en el que el infractor se desenvuelve, con la finalidad de prevenir el delito a través del control permanente del sujeto considerado como una «fuente de peligro». Esta concepción del derecho penal parte de la base de que estamos frente a un sujeto determinado a delinquir o a realizar acciones que se consideran en sí mismas peligrosas y obedece a una política criminal específica diseñada para determinados autores o grupos de autores. Ahora bien, véase que no estamos ante un nuevo paradigma, entre los siglos XIX y XX el positivismo, principalmente de cuño italiano, pretendió construir un sistema alternativo a la pena basado en medidas de seguridad y de corrección, como si todos los infractores de la norma fueran sujetos peligrosos o fuentes de peligro a controlar como mejor forma de defensa social⁷⁵. En la búsqueda de mayor efectividad el positivismo italiano

73 La doctrina filosófica discute sobre el concepto de comunidad y su delimitación a los efectos de determinar qué miembros de la sociedad pueden participar de los procedimientos y de los acuerdos de reparación en el marco de la justicia restauradora. Vide REGGIO, Federico, *Giustizia Dialogica*, cit., pp. 139 y ss.

74 Esta orientación pone al derecho penal en una encrucijada que lo obliga a replantear su concepción y fines en un mundo globalizado e integrado jurídicamente que exige, por ejemplo, un mayor protagonismo de la víctima. Como dice SIEBER: „Conjuntamente con otros factores no dependientes de la globalización (como la consideración fortalecida de la perspectiva de la víctima), esta evolución pone al Derecho Penal ante la pregunta acerca de si la desprivatización y nacionalización de la administración de justicia, ocurrida en la Edad Media, se ha puesto parcialmente en retroceso, de ahora en más». Vide SIEBER, Ulrich, «Rechtliche Ordnung in einen Globalen Welt», http://www.mpg.de/97975/HM01_Rechtliche_Ordnung-basetext.pdf, hay traducción al castellano de Chaves, Gastón/Cascales, Ester/Galain Palermo, Pablo, «Orden jurídico en un mundo global», de próxima publicación.

75 Vide GARÓFALO, Rafael, *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, trad. Borrajo, Ed. Jorro, Madrid, 1912, pp. 508 y ss. FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Tomo primero, trad. Soto y Hernández, Centro editorial de Góngora,

no solo pretendía un sistema de alternativas a la pena sino a todo el derecho penal, que debería ser entendido como una sociología criminal, un sistema a la carta que ofreciera una reacción personalizada a la medida de la necesidad preventiva de la sociedad del momento y según las características del delincuente. Esta propuesta de una política criminal como política social tampoco era ajena a la teoría alemana que plasmaba las ideas de von Liszt en el programa de Marburgo basado en la tesis: «la pena justa solo es la pena necesaria»⁷⁶. La diferencia principal con el positivismo italiano es que von Liszt subordinaba la finalidad preventiva general a la necesidad preventiva especial y determinaba el tipo de sanción penal incluyendo pautas de la política social (de la que formaba parte la política criminal y el derecho penitenciario)⁷⁷. La finalidad de la sanción (pena o medida de seguridad) se vinculaba a la protección de bienes jurídicos que debían considerarse desde un punto de vista material como condiciones a cuidar para posibilitar la vida en común⁷⁸. La necesidad de pena dependía de las características del delito y de la peligrosidad del autor, interpretadas en clave de defensa o seguridad de la sociedad para garantizar los intereses vitales y las condiciones de vida (*die Lebensbedingungen*)⁷⁹.

Pero no vaya a pensarse que estas ideas son propias de la sociedad industrial de siglos pasados⁸⁰, pues en la sociedad de riesgos del siglo XXI se persiguen fines muy similares. La diferencia es que actualmente los cálculos de peligrosidad se realizan en abstracto aplicando técnicas actuariales y tácticas de *risk management*, para construir o delinear aquellas figuras que estadísticamente representan un peligro para la seguridad. El *homo inseguritas* es el sujeto peligroso del pasado que hoy hay que combatir. Como dice Böhm, la forma difusa de acción propia de la calculación y gestión de riesgos, se fusiona con la lógica violenta y excluyente del combate al indeseado⁸¹. En nuestros tiempos, el delito se ha convertido en un elemento más de nuestras sociedades y se ha estandarizado de tal forma que ya comienza a perder su identidad distintiva como delito⁸². Hoy en día se entiende como una señal de progreso o modernidad de la política criminal que el Derecho penal cumpla con una finalidad meramente preventiva, concentrada en ofrecer un discurso basado en la protección de los buenos ciudadanos y en orientar la conducta de los malos ciudadanos corregibles a comportamientos estándar, de modo que estos no superen ciertos límites de tolerancia⁸³. Lo importante es demostrar que

Madrid, pp. 277, 234. El positivismo tardó más tiempo en desarrollarse en Alemania, todavía dominada por el pensamiento ideal, debido a «la spécifique situation économique-politique... (industrialisation tardive, stratification féodale, absence d'une révolution bourgeoise parlementaire)». Vide VERVAELE, John, «Les grandes théories de la peine aux XVIII et XIX siècles», *La peine/Punishment*, cit., p. 21.

76 Sobre la relación entre el positivismo criminológico italiano y las ideas de VON LISZT sobre el fin preventivo de la pena, vide HOLZHAUER, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1970, pp. 178 y ss.; también, MUÑOZ CONDE, Francisco, «La herencia de Franz von Liszt», cit., pp. 159 y ss.

77 Vide ROXIN, Claus, «Franz von Liszt und die kriminalpolitischer Konzeption des Alternativentwurfs», *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin, 1973, pp. 38 y ss.; VERVAELE, John, «Les grandes théories de la peine», cit., pp. 24 y ss.

78 La protección de los intereses de la vida es el único fin del derecho penal. Vide VON LISZT, Franz, «Rechtsgut und Handlungsbe-griff im Bindingschen Handbuche», *ZStW* 6, 1886, p. 673.

79 Sobre el tema, AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1992, pp. 82 y ss. Como contrapartida el positivismo que conectaba teleológicamente la finalidad de la pena con la protección de bienes jurídicos admitía alternativas a la pena cuando se tratara de criminalidad leve. Vide ROXIN, Claus, «Franz von Liszt und die kriminalpolitischer Konzeption des Alternativentwurfs», cit., p. 42 (nota 41). El positivismo italiano ponía el acento en la reparación de la víctima como una obligación del delincuente. Vide GARÓFALO, Rafael, *La indemnización a las víctimas del delito*, trad. Dorado Montero, Madrid, Analecta ed., 2000, pp. 124 y ss.; también Art. 90 Proyecto Ferri de 1921.

80 Sobre el tema del delincuente peligroso, desde un punto de vista dogmático penal, HILFIKER, Emil, *Gefährdungshaftung im Strafrecht*, Recht- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zurich, Zurich, 1920, pp. 31 y ss.

81 Vide BÖHM, Maria Laura, *Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘. Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2011, pp. 44 y ss.

82 Vide LEA, John, *Delito y Modernidad. Nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda*, trad. Piombo, Coyoacán, México, 2006, p. 74. Según LEA: «El delito, en su forma social, como comprador y vendedor de drogas, como lavador de dinero, se vuelve parte del modo de trabajo del sistema económico, en lugar de constituir su fractura o disrupción». Ibidem, p. 299.

83 Desde un punto de vista penal, AMBOS, Kai, «Feindstrafrecht», *ZStrR*, 124, 2006, p. 23; desde un punto de vista criminológico, vide ALBRECHT, Hans-Jörg, «Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz», Walter, Michael/Kania, Harald/Albrecht, Hans-Jörg, *Alltagsvorstellungen von Kriminalität. Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbildern für die Lebensgestaltung*, LIT, Münster, 2004, pp. 504 y ss.

existe un control de los riesgos para brindar un mensaje (político) de seguridad a la población que es aparente y que tiene también una finalidad electoral⁸⁴. El mensaje varía en intensidad según el nivel de vida de los ciudadanos que perciben las amenazas, en tanto la criminología ha demostrado que a mayor nivel de vida aumenta el sentimiento de inseguridad⁸⁵. Esa apariencia de seguridad, por un lado, cuestiona el monopolio estatal en la tarea de brindar seguridad y, por otro, se produce una tendencia hacia la privatización de la seguridad, como explica la sociología⁸⁶. La sociedad de riesgos se apoya en la selectividad, porque el progreso y la modernidad no reside en el castigo de todos los criminales y la persecución de todos los delitos, sino que el progreso reside en la existencia de una normativa que permite concentrar la atención y los recursos en la persecución de los delitos más graves y los criminales más peligrosos, así como la modernidad se caracteriza por la posibilidad de escoger entre muchas opciones posibles. El progreso radica en la función preventiva de la amenaza de un castigo y en la finalidad de estabilización de expectativas de seguridad en la población, funciones ligadas a la prevención general positiva, que en realidad es una característica de la norma jurídica en general, independientemente que esta sea penal, administrativa o civil, cuyo objetivo es contribuir al mantenimiento del orden social⁸⁷. El inconveniente de un Derecho penal exclusivamente preventivo es, desde un punto de vista práctico, que paulatinamente se convierte en un Derecho administrativo o de Policía que imputa penas aunque no es capaz de prevenir eficientemente los hechos más graves si bien extiende su red de control

limitando las libertades individuales a etapas anteriores a la lesión de un bien jurídico⁸⁸. Y desde un punto de vista teórico, la finalidad preventiva general positiva del funcionalismo radical hace resurgir la postura retribucionista como fin de la pena, porque centra la cuestión del castigo en la justicia abstracta y la necesidad simbólica de pena⁸⁹. Esta necesidad de pena interpretada en clave de prevención general positiva, también incluye a la política criminal de defensa social, porque exige que la pena siempre sea necesaria para contrarrestar los riesgos que ocasionan aquellos autores que no saben «organizarse» en la toma de decisiones y que, por eso, constituyen un auténtico peligro para los demás. De este modo el derecho penal se tiene que adelantar a las lesiones de bienes jurídicos y proteger a la sociedad de aquellos que no quieren organizarse y comportarse según las pautas de conducta establecidas⁹⁰. Como bien indica Donini, el hecho de hacer depender el riesgo de la «organización» de cada individuo hace desaparecer el papel jugado por el caso fortuito en los resultados, en tanto casi todo es prevenible o previsible cuando se trata de reprochar una mala organización o un comportamiento descuidado⁹¹. La consecuencia de la aplicación del Derecho penal y de la pena como negación hegeliana del delito, que en el discurso político criminal se dice tiene que reservarse para los casos más graves (es decir, aquellos que superan el test de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y subsidiariedad), es que la pena se vuelve exigible como reacción para todos los delitos. Para evitar este resurgimiento del principio de oficialidad, la única solución posible es construir un derecho penal de

84 Vide HASSEMER, Winfried, «Sicherheit durch Strafrecht», *hrr-Strafrecht*, 4, 2006, pp. 130 y ss.; GARLAND, David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press Chicago, 2003, pp. 170 y ss.

85 Sobre la delicada relación entre seguridad (objetiva) y sentimiento de seguridad (subjetiva), así como sobre los cambios en el concepto de seguridad, ALBRECHT, Hans-Jörg, «Neue Bedrohungen? Wandel von Sicherheit und Sicherheitserwartungen», Zoche, Peter/Kaufmann, Stefan, Haverkamp, Rita (HG.), *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken*, transcript, Bielefeld, 2011, pp. 111 y ss.

86 Vide KREISSL, Reinhard, «Privatisierung von Sicherheit», Zoche, Peter/Kaufmann, Stefan, Haverkamp, Rita (HG.), *Zivile Sicherheit*, cit., pp. 267 y ss.

87 Vide PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», Gómez-Jara Díez (Ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 223 y ss.

88 Consecuencia de la estandarización y normalización del delito que denuncia Lea, el delito se expande y el control del delito se debilita. Vide LEA, John, *Delito y Modernidad*, cit., pp. 300 y ss.

89 Como, por ejemplo, considerar que la finalidad del castigo es el mantenimiento de la confianza general en la norma. Vide JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976, pp. 32 y ss.; «La pena como reparación del daño», trad. Cancio Meliá, *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2008, p. 32.

90 Vide JAKOBS, Günther, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M 1985)», *ZStW* 97, 1985, pp. 753 y ss.

91 Vide DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara, Lima 2010.

al menos dos vías: una para solucionar el conflicto causado por los delitos más graves por medio de una imputación al autor y otra para solucionar los casos menos graves, que admiten alternativas a la imputación del autor y por consiguiente, también a la pena. Un derecho penal de dos vías que no prescinda de su función declarativa (que no deje lugar a la incertidumbre jurídica, es decir, que no renuncie a la imputación o al reconocimiento de la responsabilidad) y cuyo punto en común sea la proporcionalidad entre el delito y la reacción al mismo. Así me he pronunciado, negando la legitimación de la voluntaria reparación del daño a la víctima solamente en principios de política criminal que constituyen una «tercera vía»⁹², para reconducirla a las vías penales tradicionales como un equivalente funcional de la pena que no prescinda de la declaración de culpabilidad, pero que sí pueda prescindir de la pena⁹³. Cabe aclarar que de ningún modo se puede aceptar un derecho de guerra contra determinados enemigos, sino un derecho penal para ciudadanos que admite más o menos espacios de libertad. De no realizar esta diferenciación en delitos graves y menos graves, tanto al momento de aplicar la selectividad (principio de oportunidad, desformalización, etc.) como de determinar la medida de reacción al delito según pautas de proporcionalidad, el Derecho penal deambulará sin rumbo fijo entre la simbología y la insatisfacción. Es decir, el derecho penal solo cumplirá una función simbólica, brindando una apariencia de seguridad por medio del discurso de la prevención de los delitos y del castigo de los delitos más graves y de los criminales más peligrosos, que desde un punto de vista racional —tanto en lo preventivo como en lo retributivo— es totalmente insatisfactoria. La realidad indica que determinados delitos se pueden solucionar por medios menos lesivos que la pena y que

otros, lamentablemente, debido a su gravedad requieren de un mayor control que favorezca una finalidad preventiva y de defensa social. En esta línea de pensamiento, gran parte de la doctrina exige al derecho penal únicamente reacciones funcionales al tipo de criminalidad de que se trate, según a «problematicidade própria de cada «caso» que tem de partir-se para a determinação da totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável»⁹⁴. Sin embargo, un sector de la dogmática penal, se limita a describir —sin tomar una posición determinada a favor o en contrario— un derecho penal de guerra o de lucha contra determinados enemigos de la sociedad, por el mero hecho de tratarse de sujetos que no brindan expectativas cognitivas de comportarse según el mandato de la norma⁹⁵. Ahora bien, téngase en cuenta que este discurso punitivo es compartido por algunos sectores de la «gesamte Strafrechtswissenschaft», porque tampoco le es ajeno a la Criminología⁹⁶. De este modo, la política criminal bipolar admite discursivamente que el sistema penal se retraiga ante el ejercicio responsable de la libertad por parte de algunos autores que no cometen delitos graves y ofrece alternativas a la pena de privación de libertad (espacios de libertad), y a quienes no brindan garantías desde un punto de vista de la prevención general solo les ofrece alternativas dentro de la prevención. Esto significa que la peligrosidad determina la necesidad de castigo mediante penas o medidas de seguridad y control que tengan que ver con el aseguramiento o la vigilancia permanente de meras fuentes de peligro. En ese sentido se aplica la vigilancia electrónica con el firme propósito de prevenir riesgos por medio del control del peligro⁹⁷. Está claro que el derecho penal para cumplir con esta función ya no tiene que ser pensado como un medio de **reacción** y castigo según la culpabilidad sino

92 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 453. De otra opinión, por todos, ROXIN, Claus, «Zur Wiedergutmachung als einer» dritten Spur «im Sanktionensystem», Artz et al (Hrsgs.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22 Juni 1992*, Giesecking, Bielefeld, 1992, pp. 244 y ss.

93 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 455 y ss.

94 Vide por todos FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 33.

95 Vide JAKOBS, Günther, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)», Eser/Haase/Burkhardt (Hrsgs.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 51 y ss.

96 Véase la propuesta de GARLAND en relación a la *criminología del otro*, vide BÖHM, María Laura, «Políticas criminales complementarias. Una perspectiva biopolítica», Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Criminología, 4, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 87 y ss.

97 Vide ALBRECHT, Hans-Jörg, «Electronic Monitoring in Europe. A Summary and Assessment of Recent Developments in the Legal Framework and Implementation of Electronic Monitoring», <http://www.mpicc.de/intranet/bib/2010/02/00304.pdf>; US Department of Justice, A Quantitative and Qualitative Assessment of Electronic Monitoring, 2010, <http://www.mpicc.de/intranet/bib/2011/10/01711.pdf>; HA-VERKAMP, Rita, *Implementing Electronic Monitoring*, Iuscrim, Freiburg i.Br, 2002. LYON, David, *Surveillance society. Monitoring everyday life*, Open University Press, Buckingham, 2001; ROGALL, Klaus, «A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha», Palma et al (Coords), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 117 y ss.

de **intervención** y prevención, esto es, un derecho penal preventivo orientado hacia la seguridad⁹⁸. En el marco de esta política criminal preventiva el sistema penal alemán nos brinda un ejemplo reciente de un delito que conlleva todas estas características preventivas y que significa un adelantamiento considerable del campo de intervención penal a una etapa anterior al comienzo de ejecución de un delito en particular. El § 89a StGB (*Vorbereitung einen schweren staatsgefährdenden Gewalttat*) para proteger al ciudadano y/o al Estado y/o a organización internacionales de la posibilidad de sufrir un acto violento permite castigar con una pena de entre 6 meses a 10 años la preparación de un delito grave⁹⁹. La justificación de un delito como éste proviene de la función preventiva basada en la mera sospecha de que conductas totalmente legales o neutras (como el acopio o la utilización de combustibles, reactivos químicos, fertilizantes, material nuclear, explosivos, sustancias que sirven para fabricar venenos, etc.), puedan ser consideradas actos preparatorios de conductas relacionadas con el terrorismo. Por eso, se castiga el mero hecho de instruir o recibir instrucción sobre la producción y utilización de estas sustancias o materiales que pueden llegar a ser utilizados como armas con capacidad destructiva (§ 89a.2.1), así como guardar o producir armas (§ 89a.2.2) guardar o producir productos que puedan servir para crear armas (§ 89a.2.3) o conseguir fondos para financiar la preparación de esos delitos (§ 89a.2.4). La prohibición se basa en la sospecha y la interpretación de que determinadas actividades puedan constituir nuevos y complejos riesgos que hay que prevenir en la moderna *sociedad de riesgos*, en esta nueva versión más amplia de la *Defensa Social*¹⁰⁰. En estos casos la frontera entre lo permitido y lo punible se difumina en perjuicio de la libertad¹⁰¹. Las restricciones mayores a la libertad se producen en sujetos que a criterio de las autoridades (en los hechos, policiales y ser-

vicios de inteligencia) no brindan expectativas cognitivas de hacer un buen uso de los medios y materiales de los que disponen y que *a priori* pueden ser «identificados» como sospechosos en clave de peligrosidad futura en relación a la posible comisión de un delito. En un tipo penal como éste la pena tiene la finalidad de inculcar a determinados autores. De algún modo esta política criminal sugiere aceptar el fracaso resocializador de la pena frente a un sujeto que está determinado a delinquir porque no ofrece expectativas cognitivas de comportamiento futuro conforme a la norma a un punto tal de convertirse en una constante amenaza contra la seguridad individual y estatal. Por eso el mensaje de la norma y de la intervención punitiva sólo se dirige a los ciudadanos fieles al derecho, que son los únicos que pueden ser abordables y actuar motivados por el mismo¹⁰². Esta situación en la que se encuentra el sistema penal de hoy en día sugiere que si no se lo divide en delitos graves y menos graves según pautas de proporcionalidad en un derecho penal del acto (que hagan depender la imputación de la lesión de los bienes jurídicos según las categorías conocidas de delitos de lesión, de peligro o de infracción de un deber, en lugar de basarse en índices de mayor o menor peligrosidad), el sistema penal oscilará entre el simbolismo de la pena y la actuación cada vez más temprana de los órganos de contralor para brindar un mensaje aparente de seguridad, en detrimento de las libertades individuales de todos los ciudadanos, adoptando las características esenciales de un derecho penal de autor¹⁰³.

22. En la actualidad, incluso en un derecho penal de prevención, no todas las alternativas a la pena tienen la misma naturaleza ni persiguen los mismos objetivos preventivos. Algunas pretenden cumplir con una finalidad preventivo especial positiva educativa y tienen un preciso destinatario, pues ellas se han pensado para el control de un tipo de autor pasible de ser reeducado

98 Vide HASSEMER, Winfried, «Seguridad por intermedio del derecho penal», trad. Córdoba Gabriela/Maier, Julio (Comp.), ¿Tiene un futuro el derecho penal?, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 25.

99 A la sanción de esta norma se había opuesto el Prof. Sieber denunciando los peligros que podría acarrear para el Estado de Derecho, vide SIEBER, Ulrich, «Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt-Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten», NSTZ, 7, 2009, pp. 353 y ss.

100 Después del atentado del 11.09 en New York la lista de actividades peligrosas a ser castigadas en clave preventiva podría abarcar incluso el aprendizaje para pilotar aviones o actividades similares.

101 Ibídem, p. 353.

102 En tanto la pena sirve para autoconfirmar la identidad de la sociedad, es decir, desgajando cualquier finalidad preventiva de la pena. Vide JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Dritte, erheblich veränderte Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, pp. 108 y ss.

103 Sobre el tema, SIEBER, Ulrich, «Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt», cit., pp. 353 y ss.

o corregido, como por ejemplo, los infractores juveniles o los delincuentes ocasionales no peligrosos, y otras han sido pensadas con una finalidad preventiva y de contralor para determinados autores que pueden ser corregibles pero son considerados un peligro social que deben ser vigilados y controlados, como por ejemplo, algunos miembros del «crimen organizado». Para integrantes de grupos terroristas o aquellos «monstruos» que cometen delitos sexuales no parece haber otra alternativa que la prevención especial negativa¹⁰⁴. Las medidas preventivas positivas si bien pueden ser consideradas como alternativas a la pena privativa de libertad, no cumplen con la finalidad de terminar con la estigmatización de la pena. En la doctrina alemana ya se habla de un «neo Foucaultismus» en cuanto al renacimiento de las técnicas de vigilancia y control para lograr un disciplinamiento de los infractores¹⁰⁵. Es claro que la sociedad se encuentra en lucha contra determinadas formas de criminalidad, como lo indican expresamente las leyes especiales que con ese fin se sancionan¹⁰⁶, pero también, no se puede desconocer que esto significa que hay una lucha subliminal contra determinados autores. De este modo, en la práctica la política criminal preventiva moderna asume que el derecho penal tiene que prevenir y controlar el delito adelantando la intervención penal a fases anteriores a la lesión del bien jurídico y cuando se trata de delincuentes peligrosos el fin preventivo de la pena exige la inocuización¹⁰⁷. Por su parte la teoría funcional radical sostiene que ante el fracaso de la pena frente a sujetos que están determinados a delinquir solo cabe entender la finalidad del castigo de un modo preventivo general

y centrarlo en la reafirmación de la norma como pauta de conducta para aquellos que todavía puedan ser abordables por criterios normativos. El derecho penal preventivo, al igual que las teorías del contrato social, no incluye a todos los miembros de la sociedad y se erige como un derecho de exclusión basado en la aporía de la protección de la sociedad contra los sujetos peligrosos e incorregibles. Está claro que con la política criminal preventiva actual y con la teoría de la finalidad preventiva general positiva poco lugar queda para hablar de alternativas a la pena que sean funcionales a todos los individuos que integran una sociedad determinada. Se trata de una nueva ola de moralización y disciplina para controlar a una determinada franja de la sociedad, de la que provienen la gran mayoría de estos autores que no brindan expectativas cognitivas de buen comportamiento¹⁰⁸. En definitiva asistimos a una finalidad excluyente de la pena y de sus alternativas¹⁰⁹, que no pueden ofrecer ámbitos de libertad sino de ampliación del control social y de exclusión por medio del derecho penal, que nos obliga seriamente a preguntarnos ya no solo por las alternativas sino en particular: ¿qué sistema de Derecho penal queremos y bajo qué condiciones (políticas) estamos dispuestos a aceptar o tolerar a ese sistema penal?

G. Sanciones alternativas en el sistema penal alemán

23. La época actual también trae aparejado un desdibujamiento de las fronteras entre el derecho penal y el derecho procesal penal, en tanto ambos han sido instrumentalizados para cumplir con esa función preventiva

104 Vide WALTER, Michael/KANIA, Harald/ALBRECHT, Hans-Jörg, *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, cit., pp. 117 y ss. Sobre la monstruosidad del delincuente sexual, vide FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, 1, La voluntad de saber, Siglo XXI, México, p. 167.

105 Vide KUBINCK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 710.

106 A modo de ejemplo: Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen (2009), http://www.bundesrat.de/cln_090/SharedDocs/Drucksachen/2009/0601-700/604-09.templateId=raw,property=publicationFile.pdf/604-09.pdf; Gesetz zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung (2009), http://www.bundesfinanzministerium.de/nrnn_55168/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetze_Verordnungen/040_SteuerhinterziehungsbekG.html?__nnn=true; Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (2007), http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&bk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%5B@attr_id=%27bgbl107s0002.pdf%27%5D; Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (1992), <http://www.ramthun.net/aufsatz/aufsatz.html>, visitados el 04.05.2012.

107 Como se deduce del Programa de Marburgo de von Liszt para los delincuentes que consideraba incapaces de recuperación (incorregibles) o del Proyecto Ferri de 1921 para los delincuentes habituales.

108 En ese sentido, también se podría hablar de un resurgimiento de una política criminal moralizante o moralizadora al estilo de Durkheim. Vide KUBINCK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen*, cit., pp. 721 y ss.; también OSTENDORF, Heribert, *Wieviele Strafe braucht die Gesellschaft? Plädoyer für eine soziale Strafrechtspflege*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 20.

109 Por eso he propuesto una finalidad inclusiva de la pena por medio de un equivalente funcional: «Relacionando a la reparación con los fines de la pena se aboga por una teoría de la pena inclusiva, una reacción jurídica y social frente al delito, una solución del conflicto causado por el delito, que tiene en cuenta los intereses de los protagonistas y los intereses de la comunidad». Ibidem. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 164.

de la que el derecho penal alemán no es ajeno. De todas las sanciones alternativas a la privación de libertad que contiene el derecho penal alemán, encontramos aquellas que dentro del Código Penal permiten prescindir de la ejecución del castigo sin renunciar a la declaración de la culpabilidad y al reproche, así como aquellas que dentro del Código del Proceso Penal siguen la lógica de la negociación y permiten prescindir del castigo y de la declaración de la culpabilidad.

24. En el ordenamiento penal alemán hay algunas sanciones criminales autónomas, que permiten diferenciar entre el reproche penal (declaración de culpabilidad) y la ejecución de la pena. En ese sentido el Código penal cuenta con la amonestación con reserva de pena en el parágrafo 59 StGB que conecta elementos del castigo retributivo con finalidades preventivo especiales siguiendo la lógica de la suspensión condicional de la pena, cuando sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena. Para eximir de la ejecución de la pena se lleva a cabo una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor que tiene que arrojar especiales circunstancias favorables al otorgamiento de este beneficio, en particular que la defensa del ordenamiento jurídico no exija la pena. Este tipo de reacción penal al delito que renuncia a la ejecución de la pena sin renunciar a la declaración de culpabilidad no sirve para todos los delitos porque se aplica en el reducido ámbito de la pena de multa. La política criminal favorable a las alternativas penales debería sugerir una ampliación de la competencia del § 59 StGB porque es una norma que bien podría considerarse como una positiva alternativa a la pena en sentido general.

25. El otro tipo de sanciones alternativas a la pena que se encuentra en la sociedad de riesgos actual sigue la lógica de la negociación y se trata de intervenciones penales que pretenden la autoinculpación o el reconocimiento de la culpabilidad por el daño causado a la víctima, a cambio de la declaración formal de la culpabilidad. Para

que esto sea posible se necesita que no exista una necesidad de prevención general que exija una pena. Estas alternativas procuran que no haya proceso penal ni una estigmatización penal, por medio de la búsqueda de la autorresponsabilidad del infractor, con el objetivo que éste repare «voluntariamente» las consecuencias dañosas de su conducta (esto es: la necesidad preventiva de pena puede llegar a admitir que la asunción de responsabilidad sustituya al procedimiento formal y al reproche penal). En efecto, detrás de todo el arsenal de alternativas que pretenden el reconocimiento de culpabilidad sin declaración formal de culpabilidad se encuentra la finalidad de que el infractor asuma voluntariamente reparar el daño como una condición u obligación a cambio de la no declaración de la culpabilidad. La reparación, que sigue siendo la pena preferida en ordenamientos del medio oriente¹¹⁰ y en sistemas consuetudinarios indígenas de la propia latinoamérica¹¹¹, en el derecho penal alemán solo se la acepta como causa para disminuir la pena (§§ 46.2. 49 StGB) y en algunos casos para prescindir de ella (§ 46a StGB). De *lege ferenda* el proyecto alternativo sobre reparación de 1992 confeccionado por profesores penales de Alemania, Austria y Suiza, propuso convertir a la reparación en una **tercera vía punitiva**¹¹². Sin embargo, el legislador alemán ha preferido de *lege lata* (§ 46a StGB) darle cabida a la reparación en el código penal dentro de la mediación (según la lógica: los esfuerzos serios y denodados del autor de reparar el daño social mediante encuentros con la víctima o la reparación total o parcial del daño causado a la víctima compensan la disminución o la dispensa de la pena) y en el proceso penal (§ 153a StPO) como una obligación o condición para suspender el proceso penal y no aplicar una pena (según la lógica: el cumplimiento de la obligación o condición compensan la ausencia de pena). En el parágrafo 153a del código procesal alemán se permite la suspensión condicional del proceso cuando no se trata de crímenes (§ 12 Código penal alemán)¹¹³ y cuando el autor acepta compensar el injusto por medio de actos de

110 Vide ALBRECHT ET AL (Hrsgs.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies— Between Tradition and Modernity*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

111 Vide BORJA GIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; «El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en los pueblos originarios de Latinoamérica», SIMON, Jan-Michael/GALAIN PALERMO, Pablo, *Sanción y Control Social en América Latina*, cit., en vías de publicación.

112 Vide BAUMANN, Jürgen, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreicher und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992; SCHÖCH, Heinz, «Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht» Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, de Gruyter, 2001, pp. 1048 y ss.

113 Como la norma no es clara, según interpreta la doctrina esto puede suceder con delitos castigados hasta con un año de pena de prisión. Vide ROXIN, Claus, «Sobre o desenvolvimento do direito procesual penal alemão», Ferreira Monte/Calheiros/Conde Monteiro/No-versa Loureiro (Coords), *Que futuro para o direito processual penal?*, cit., p. 389; con más detalles GALAIN PALERMO, Pablo, «Mediação penal: Hacia uma justiça penal sem juízes», cit., pp. 843 y s (nota 92).

reparación. Como contrapartida el sujeto no es declarado culpable ni recibe una pena. La **suspensión condicional del proceso** o suspensión por allanamiento a cambio de reparación puede aplicarse incluso para la criminalidad media y permite la compensación del injusto sin una declaración de culpabilidad¹¹⁴. Esta solución puede plantear algunas dudas en cuanto al principio constitucional de inocencia¹¹⁵, pero esto es discutido por la doctrina y la jurisprudencia¹¹⁶. Como se ve la reparación se reconoce cada día más como una forma de compensar el injusto sin declaración de culpabilidad ni juicio oral, en lo que puede denominarse como una alternativa al propio procedimiento penal o una tercera vía, como propuso el Proyecto Alternativo sobre reparación. En la práctica una gran cantidad de casos penales se resuelven por esta vía rápida. Las estadísticas alemanas indican que casi en el 90% de los casos la condición u obligación impuesta al infractor para suspender el proceso no es la de reparar material o simbólicamente a la víctima, sino la de pagar una suma de dinero a una institución del Estado, como si se tratara de una multa¹¹⁷. Quien paga se exonera de un reproche, de una declaración de culpabilidad y de un antecedente penal. Lo más llamativo de esta vía alternativa a la pena para compensar el injusto sin comprobación de la culpabilidad es que ella no se aplica solo para la pequeña criminalidad (como exigía esta norma en un principio) sino que el legislador la ha extendido sin dar pautas fijas a toda la criminalidad media y ella ha beneficiado a poderosos banqueros, a políticos influyentes, o a personalidades públicas¹¹⁸. Como puede verse, esta alternativa a la pena y al derecho penal se aplica generalmente en beneficio de quien se encuentre en condiciones de «comprar su libertad» y mantener su reputación fuera de la mancha que significa un reproche penal¹¹⁹. Esta es una de las alternativas a la pena que no puede ser considerada beneficiosa para la sociedad en general, que frente a cada suspensión condicional del proceso seguida de un archivo definitivo del proceso a cambio de una reparación,

no sabe si realmente se ha tratado de un delito o si el hecho queda comprendido por el umbral de lo permitido¹²⁰. Lo cierto es que cuando se aplica esta alternativa a la pena a este tipo de autores que asume reparar materialmente a la víctima¹²¹, la política criminal decide que no estaríamos frente a un delincuente, o frente a alguien a quien considerar en el futuro una fuente de peligro que se tiene que controlar. Este tipo de alternativa a la pena, que se aplica a una determinada franja de autores, si bien atenta contra la seguridad jurídica sirve para cumplir con el fin de disminuir la estigmatización de los individuos. En realidad, aunque pueda dejar algunas dudas desde el punto de vista dogmático, ella es útil desde el punto de vista político criminal porque disminuye en millones la cantidad de casos que llegan a tramitarse como un procedimiento penal formal¹²².

26. Todavía dentro de este segundo grupo de alternativas que persigue la asunción de responsabilidad por parte del infractor, se puede incluir a todas aquellas alternativas que permiten la negociación entre los involucrados por el delito siguiendo la lógica de la mediación. El Código Penal alemán en el parágrafo 46a ha introducido la conciliación entre el autor y la víctima que permite al juez atenuar o prescindir de la pena en caso de una reparación total o parcial del daño, si el autor se ha esforzado seriamente para ello¹²³. En la mediación o conciliación alemana el legislador sigue la lógica de la compensación de la víctima dentro de un plano de valoración civil y además, sigue la lógica punitiva en cuanto a la valoración del esfuerzo del autor en compensar a la víctima, dentro de un plano de valoración preventivo general o especial. Véase que para solucionar el conflicto según la lógica de la mediación o conciliación hay que desviarse del proceso formal hacia una instancia menos formal en tanto en Alemania estos procesos son dirigidos por trabajadores sociales o pedagogos. Sin embargo, el sistema penal no renuncia

114 En profundidad, GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 261 y ss.

115 Vide JUNG, Cornelia, *Der Täter -Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153 a Abs. 1 StPO*, Dr. Kovac, Hamburg, 2008, p. 270; KONDIZIELA, Andreas, «Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung», *MschKrim*, 1989, pp. 187 y ss. Sobre el tema, KÜHL, Kristian, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983.

116 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 270 (nota 92).

117 *Ibidem*, pp. 422 y s.

118 *Ibidem*, pp. 390 y s.

119 Vide SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Freiverkaufen mit Strafcharakter im Strafprozeß?», cit., pp. 529 y ss.

120 Vide ROXIN, Claus, «Sobre o desenvolvimento do direito procesual penal alemão», Ferreira Monte/Calheiros/Conde Monteiro/Noviera Loureiro (Coords), *Que futuro para o direito processual penal?*, cit., pp. 387 y ss.

121 Véase que las estadísticas así lo demuestran, si bien nada impide podría aceptarse la reparación simbólica.

122 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., pp. 425 y s.

123 *Ibidem*, pp. 248 y ss.

a la función de control social porque es el juez quien tiene que homologar los acuerdos alcanzados¹²⁴.

27. También se podría entender como una posible alternativa a la pena la reparación voluntaria del autor del daño causado a la víctima considerada como un equivalente funcional de la pena. Este comportamiento positivo posterior en algunas circunstancias puede ser suficiente para cumplir con los fines de la pena y con la función del derecho penal.

H. Conclusión

28. La política criminal bipolar que se describe en este artículo ofrece, por un lado, la clásica reacción privativa de la libertad para la lucha contra determinadas formas de criminalidad, que se refuerza en casos de delincuentes peligrosos (independientemente de la gravedad del delito) con medidas de seguridad que aumentan el período de reclusión, con medidas de vigilancia y control y con normas que permiten adelantar la intervención del Derecho penal a etapas previas al comienzo de ejecución. Por otro lado, la política criminal bipolar admite acuerdos de reparación, negociación y diálogo en casos de criminalidad media y leve, que tienen como objetivo principal descongestionar el sistema de administración de justicia. De esta forma, el sistema penal queda conformado por dos vías paralelas que pretenden objetivos político-criminales muy diversos. Por una senda viaja el derecho penal de contralor y vigilancia que pretende prevenir la comisión de delitos por parte de determinados autores, que no renuncia a la pena pero que la extiende más allá de la culpabilidad. Por la otra senda, transita un derecho penal pragmático que actúa reactivamente y se concentra en la administración de los conflictos penales y que permite renunciar a los procedimientos formales y a las penas (pero que no por eso renuncia a mantener el control social). Entre ambas vías, que construyen este sistema penal bipolar —e incluso esquizofrénico—, no hay puntos en común, con la excepción de la peligrosidad que —en definitiva— se convierte en el único punto de contacto. Por eso, la posibilidad de lograr uniformidad de criterio en la cuestión penal y construirlo como un derecho reactivo debe de tomarse en serio. Para eso, la vía eminentemente preventiva debería ubicarse fuera

del derecho penal y encontrar su lugar en un «Derecho de Policía» o un «Derecho de Intervención» que no renuncie al principio de proporcionalidad¹²⁵.

29. El sistema penal pretende dar una imagen de seguridad y control, y por eso sigue considerando a la pena de privación de libertad como la única solución para los delincuentes peligrosos y para los delitos considerados más graves, a los que no ofrece alternativas o espacios de libertad porque los considera fuentes de peligro a los que hay que controlar en sociedad o segregar directamente del ámbito social. El fin preventivo de la pena orientado hacia la seguridad que domina la política criminal, por un lado, ha provocado que el derecho penal adelante y amplíe sus áreas de intervención, y por otro, ha difuminado las fronteras entre el derecho penal material y formal. La finalidad del castigo —desde un punto de vista teórico y discursivo— se ha concentrado en la prevención general positiva, por eso, desde un punto de vista preventivo la pena —al igual que sus alternativas— tiene que servir para la conservación del orden social y, por ello, tiene que ser una reacción eficaz para mantener las expectativas normativas de un modo general. Cuando la necesidad de castigo según parámetros preventivos de seguridad y peligrosidad —ya no de merecimiento de pena y de proporcionalidad— permite formas alternativas de resolución del conflicto, éstas tienen lugar según el modelo de negociación entre la administración de justicia y el presunto autor por el que se prescinde de la declaración de la culpabilidad y de todo reproche penal a cambio de la compensación del injusto penal.

30. Todo lo dicho hasta ahora sobre la pena y sus posibles alternativas tiene poco que ver con una política criminal funcional a los individuos y mucho con la búsqueda de una administración de justicia funcional a los intereses de quien ejerce la sanción. El Estado no pretende renunciar al control social de los individuos y plantea una finalidad preventiva a la intervención penal orientada hacia la seguridad, en detrimento de su función clásica de derecho de reacción en *ultima ratio*. Las alternativas a la pena analizadas, en algunas circunstancias permiten llegar a renunciar a la pena e incluso a la declaración de la culpabilidad, sin embargo, exigen a cambio la compensación voluntaria del injusto a un

124 Otros sistemas penales muy cercanos al alemán —como es el caso de Portugal— aceptan a la mediación como alternativa de la pena. El sistema penal portugués también admite la desviación del proceso, pero —a diferencia del sistema alemán— quien decide la desviación y posteriormente homologa el acuerdo de reparación que surge de la mediación no es el juez, sino el ministerio público. De esta forma, el sistema penal portugués deja en manos del fiscal toda la política criminal futura de delitos castigados hasta con penas de hasta 5 años, en lo que he denominado como el camino hacia una *justicia penal sin jueces*. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, «Mediação penal: Hacia uma justiça penal sem juízes», cit., pp. 851 y ss.

125 Vide HASSEMER, Winfried, «Sicherheit durch Strafrecht», cit., pp. 130 y ss.

sujeto sobre el que apenas existe una sospecha firme de autoría. Esto significa que desde un punto de vista de los principios constitucionales que informan y limitan al derecho penal, la política criminal adquiere en la actualidad mayor importancia que los principios dogmáticos, de modo que la función de barrera exigida por von Liszt podría verse erosionada¹²⁶. De esta forma, cuando algunos principios constitucionales pueden estar en peligro de lesión (por ejemplo, cuando el principio de culpabilidad aparece como mera «moneda de cambio» dentro del procedimiento escogido para dar solución al problema penal) la barrera infranqueable de la política criminal queda constituida en última instancia por los principios fundamentales del Estado de Derecho que no pueden ser ultrapasados.

31. Es rescatable, según el prisma de una política criminal racional y respetuosa de los individuos, la revaloración de la posición de la víctima y la posibilidad de que ella obtenga la reparación del daño sufrido como consecuencia del delito. Ello, sin embargo, no significa que el Estado esté dispuesto a devolver a los particulares la resolución del conflicto, o que acepte una resolución horizontal del conflicto. Véase que en la mediación o conciliación entre autor y víctima hay una actuación previa y posterior de control y homologación por parte del juez, y por otra parte, si se considera la suspensión condicional del proceso aquí la víctima ni siquiera participa de un acuerdo entre el ministerio público y el defensor. Esto indica que aun en el grupo de alternativas a la pena que siguen la lógica de la negociación el Estado no cede ni delega funciones sino que permanece con la concentración del poder y que continúa ejerciendo las sanciones en un contexto vertical. Cuando analizamos las alternativas que siguen la lógica de la negociación (por ejemplo, la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso a cambio de la reparación del § 153a StPO), mis discrepancias tienen que ver con la renuncia a la declaración de culpabilidad de quien ha compensado el injusto penal, porque aunque la compensación del daño social sea voluntaria, ella obedece a una situación de negociación en la que la reparación es la moneda de cambio utilizada como «salida de urgencia» del sistema penal. En esta negociación la víctima está irradiada y es el Estado el beneficiario de la reparación del daño, que

generalmente consiste en el pago de una cantidad de dinero a una entidad estatal o de interés público¹²⁷. En mi opinión, las alternativas a la pena tienen que estar contenidas en la parte general del Código penal; por eso, parecería una mejor solución una norma similar al § 59 StGB que permitiera —para una franja mayor de delitos— que una vez operada la reparación el juez pueda declarar la culpabilidad del autor y prescindir de una pena (y de sus efectos estigmatizantes). De esta forma, la compensación del injusto se correspondería proporcionalmente con la culpabilidad y con los fines de la pena, permitiendo que la reparación se convierta en un equivalente funcional de la pena.

32. Para terminar estas reflexiones quisiera decir que si se pretende tener un derecho penal netamente preventivo y además, renunciar a las penas para resolver el conflicto mediante alternativas a la punición, entonces tenemos que empezar a pensar en algo distinto al derecho penal como instrumento para la manutención del orden social construido como un ordenamiento que ofrece pautas de conducta a los ciudadanos. Quizás haya llegado la hora de buscar ese «algo mejor que el derecho penal» que pregona Radbruch¹²⁸, pero en esta búsqueda se tiene que tener en cuenta que un sistema de alternativas a la pena (o al derecho penal) si no considera los intereses generales dentro del marco de los principios del Estado de Derecho solo puede funcionar como un sistema fáctico de resolución de los conflictos y no puede ser justipreciado según parámetros normativos de justicia. Si consideramos que la política criminal actual busca la expansión del derecho penal y la simplificación de los modos de imputación para la aplicación de penas que persiguen una finalidad preventiva general positiva que reafirma la concentración vertical del poder, y cuando comprobamos que incluso en el ámbito de las alternativas a la pena (que están acotadas a la falta de necesidad preventiva de pena) la política criminal ultrapasa las barreras dogmáticas hasta poner en peligro los principios constitucionales, entonces muchas dificultades tendremos para contar con un sistema de alternativas que adquiera universalidad en forma de ley para la resolución de los más graves conflictos sociales. El riesgo que corremos en la búsqueda de «algo mejor» es el de sustituir al derecho penal por «algo peor que el derecho penal»¹²⁹.

126 Ver infra el numeral 8.

127 Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *Reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 422. En este trabajo se sugiere que para sistemas penales como el español, la reparación puede abarcar en su seno también a la responsabilidad civil ex delicto, constituyéndose en una solución global del conflicto ocasionado por el delito. Ibidem, pp. 437.

128 Vide RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 8. Auflage, Stuttgart. 1973, p. 265.

129 Vide HASSEMER, Winfried, «Seguridad por intermedio del derecho penal», cit., p. 39.