

CAPÍTULO SEGUNDO. De un sistema de doble vía a otro sistema de triple vía	51
I. El sistema de doble vía	51
II. El sistema de triple vía	55
III. Propuesta de articulado	57

CAPÍTULO SEGUNDO

DE UN SISTEMA DE DOBLE VÍA A OTRO SISTEMA DE TRIPLE VÍA

I. EL SISTEMA DE DOBLE VÍA

Hace ya tiempo (finales del siglo XIX) que el derecho penal amplió su sistema de consecuencias. Frente al monismo (sistema monista) de las viejas teorías absolutas de la pena, teorías puramente retributivas, que sólo requerían la pena, como retribución por la comisión de un delito (*punitur quia peccatum est*; se impone la pena porque se ha cometido un delito), surgió un sistema de doble vía o dualista, en el marco de las teorías relativas de la pena, que pusieron de manifiesto la insuficiencia de la pena para llevar a cabo la idea de prevención especial que en aquéllas fue adquiriendo cada vez más importancia.

El *sistema dualista o de doble vía*, en el que se basan actualmente los derechos penales continentales europeos, e iberoamericanos, procedentes de la misma tradición jurídica, pretende reprimir el hecho

punible cometido y evitar su repetición. Para ello se prevén dos tipos de consecuencias o reacciones: la pena y la medida de seguridad. Con ellas se sanciona la culpabilidad y se previene la reincidencia cuando el autor no es culpable, o cuando aun siéndolo la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia. La pena ha de tener como base la culpabilidad y el límite de la gravedad de la culpabilidad por el hecho sólo se podría superar en el marco de un derecho de autor, nunca en el marco de un derecho basado en aquella culpabilidad por el hecho, es decir, en la responsabilidad del autor por el acto concreto cometido.

El sistema de doble vía, que se reguló por primera vez en el proyecto suizo de Carl Stooss (1893-1894), ofreció aquellas dos consecuencias como respuestas básicas en la lucha contra el delito. Consecuencias que aunque inicialmente surgieron perfectamente diferenciadas, han ido aproximándose gradualmente en el tiempo, pues tanto la pena como la medida de seguridad están orientadas hoy en día a la prevención especial, aunque aquélla persiga también otros fines, como los preventivos generales, y la medida de seguridad, actualmente, también deba cumplir, para su legitimidad, las mismas garantías que son exigibles a la pena, esto es, las que derivan del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad. En realidad, la diferencia ha que-

dado reducida al fundamento de una y otra consecuencia: la culpabilidad en la pena y la peligrosidad en la medida de seguridad. Precisamente por esta razón, no tiene ninguna justificación trasladar los límites temporales que operan en las penas a las medidas de seguridad, e incluso la indeterminación de éstas en los casos de enfermos mentales cuyo internamiento está basado exclusivamente en su alta peligrosidad, puede resultar absolutamente inevitable, por más que entonces entrañen cierta inseguridad, aunque los necesarios controles judiciales periódicos en tales supuestos deben ser suficiente garantía para evitar posibles excesos. Podría argüirse en contra que estos casos deberían quedar fuera del derecho penal y que la adopción de una medida de internamiento debería tener lugar en el proceso civil.³¹ Pero, desde un punto de vista garantista, creo que es mejor solución la de mantener la competencia en el ámbito penal, pues éste, como es sabido, ofrece mayores garantías, tanto en su dimensión procesal como en la sustantiva. Además, no hay que olvidar que para la aplicación de la medida de seguridad, igual que para la aplicación de la pena, es preciso que concurren los presupuestos que todo

31 Véase artículos 199 y ss. del Código Civil español sobre incapacitación, especialmente el artículo 211, referido a los casos de internamiento por razón de trastorno psíquico.

delito exige, salvo la capacidad de culpabilidad; presupuestos, como la acción u omisión; la causalidad e imputación objetiva, en su caso, dolo o, en su caso, imprudencia; ausencia de causas de justificación, de algún error relevante, etcétera, que difícilmente podrán verificarse en el ámbito civil. Sin la concurrencia de tales presupuestos no puede imponerse ni pena ni medida de seguridad, pues aunque ésta se base en la peligrosidad, la medida, insisto, requiere que el sujeto realice un hecho delictivo; de lo contrario, sólo puede proceder la absolución, aunque aquél sea un enfermo mental. Lo mismo ha de ocurrir en el ámbito del derecho penal de menores, en el que ha de ser requisito indispensable para su aplicación la realización previa de un hecho delictivo, lo que supone la concurrencia de los presupuestos que configuran el delito, salvo el de la edad que determine en cada legislación la capacidad de culpabilidad, por lo general los dieciocho años. Así, la nueva Ley Orgánica 5/2000, del 12 enero, que acaba de entrar en vigor en España, establece que “los menores serán responsables con arreglo a esta ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1o. y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal”, es decir, a *contrario sensu*, deben concurrir aquellos presupuestos que permiten afirmar la exis-

tencia del delito, salvo el atinente al de la edad, o el de la capacidad psíquica en el supuesto anterior.

II. EL SISTEMA DE TRIPLE VÍA

Pero hoy en día el derecho penal va más lejos aún, propugnando un *sistema de triple vía*, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se añade la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como indemnización de daños al lesionado o trabajos comunitarios, por ejemplo.

Esta institución de la reparación, la llamada comúnmente “tercera vía”, tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito, o a la propia colectividad cuando la reparación tiene lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad, en aquellos casos, por ejemplo, en los que no hay una víctima individual. Aparte de la ventaja que tiene esta figura de lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social, la reparación permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesi-

dad de que se celebre el juicio oral. Es decir, tan pronto se produzca aquella conciliación, el proceso puede concluir mediante sobreseimiento de la causa.

Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos que no sean graves, sin la concurrencia de violencia, y muy particularmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima y del autor, así como, en el ámbito procesal, cierta concesión al principio de oportunidad respecto a los delitos para los que se prevea la reparación, aunque para evitar posibles presiones sobre personas inocentes debería exigirse siempre un reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado, así como la concurrencia de pruebas con indicios suficientes como para iniciar una persecución penal.³²

32 Un interesante sistema se prevé en el proyecto de *Corpus Juris Europeo*, en cuyo artículo 19.4 se distingue entre el archivo y la transacción. El “archivo” permite que se puedan concluir las investigaciones, cuando el acusado “habiendo reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y restituido, en su caso, los fondos irregularmente percibidos” y la “transacción” tiene un alcance más amplio, pues el Ministerio Público europeo no sólo puede concluir las investigaciones, sino también detener la persecución, si ya se hubiera iniciado, e imponer, además de la restitución, el pago de una cantidad de dinero, de acuerdo con las condiciones previstas en el artículo 22.2.b), que dice lo siguiente: “En cuanto a la transacción, se excluirá en los casos de reincidencia, tenencia de armas, utilización de documentos falsos o si

III. PROPUESTA DE ARTICULADO

La Comisión, en su I Encuentro (Santa Fe de Bogotá, 1995), acordó que el nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano se orientara en este sentido, en el de un sistema de triple vía, entendiendo que con la reparación se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima. En realidad, la reparación es un caso claro de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, frente a los de compensación destructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad (como es el caso de la pena).

Por supuesto, como ha dicho Albin Eser, coautor del “Proyecto alternativo sobre reparación”, la re-

la cantidad del fraude es superior o igual a 50.000 euros. En los demás casos podrá ser propuesta por las autoridades nacionales al Ministerio Público europeo, tanto para los asuntos que dependan de la competencia nacional... como para los asuntos de competencia europea, bajo las condiciones siguientes: cuando el demandado reconozca libremente su culpabilidad, cuando las autoridades dispongan de indicios suficientes de culpabilidad para justificar el envío a juicio de la causa, cuando la decisión de la transacción deba darse públicamente o cuando el acuerdo acordado respete el principio de proporcionalidad. En caso de rechazo el Ministerio Público europeo debe, si ha lugar, avocarse a la causa”.

paración no es la “piedra filosofal” del derecho penal,³³ pero es un instrumento más, que a mi juicio tendrá cada vez más importancia en el sistema penal de consecuencias jurídicas.

En Alemania hace ya varios años (1994) que se introdujo el §46 a), relativo a la reparación,³⁴ en el StGB. En este Código, la reparación no sólo puede operar como circunstancia atenuante, sino también como verdadera causa de exclusión de la responsabilidad penal. En España, por el contrario, la reparación sólo opera como circunstancia atenuante (artículo 21.5a. del Código Penal), aunque, excepcionalmente, en los delitos contra la Hacienda Pública, bajo el nombre de regularización tributaria o reintegro de cantidades (en la hipótesis de fraude de subvenciones) opera como causa de extinción total de la responsabilidad penal, a pesar de estar castigados estos delitos

33 *Cfr. Proyecto alternativo sobre reparación penal*, Proyecto de un grupo de trabajo de profesores de derecho penal alemanes, austríacos y suizos, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Buenos Aires, 1998, trad. de Beatriz de la Gándara Vallejo, p. 10.

34 “Compensación autor-víctima, reparación del daño”. Si el autor se esfuerza por conseguir la compensación de la víctima, repara en todo o en su mayor parte el daño causado o aspira seriamente a repararlo, o repara total o sustancialmente el daño causado a la víctima, habiendo requerido tal reparación un esfuerzo personal importante o renuncia personal de su parte, el tribunal podrá atenuar la pena según el §49, párrafo primero o, en aquellos casos en que se contempla como pena máxima un año de cárcel o una pena pecuniaria que no supere los trescientos sesenta días-multa, prescindir de la pena.

con penas graves y menos graves. Sin duda, ello es consecuencia de la intensa finalidad recaudatoria en la lucha contra el fraude fiscal.

A mi juicio, la regulación penal española debería contemplar la reparación con un carácter más amplio, aplicable como causa de extinción de la responsabilidad penal en delitos de poca gravedad, especialmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio. Además, la reforma penal sustantiva, debería de acompañarse también de una reforma procesal, que permitiera una rápida y eficaz resolución de estos supuestos, sin tener que esperar para ello a la celebración del juicio. En España rige, como principio general, la obligatoriedad de la persecución (principio de legalidad), al contrario de lo que ocurre en otros países, como Alemania, en donde la Ordenanza procesal (*Strafprozessordnung* —StPO—) prevé para los delitos menos graves (*vergehen*), no para los delitos graves o crímenes (*verbrechen*), la posibilidad de que el fiscal se abstenga de su persecución, así como que pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, imponiendo al mismo tiempo al inculpado, con la aprobación del tribunal competente y del propio inculpado, determinadas prestaciones, como la reparación —§§153 y 153 a) StPO—. De todos modos, aunque en España no existe aún una regulación similar, hay autores que ya se han pronunciado a favor de introducir en

la legislación española el principio de oportunidad, limitado a ciertos casos de reducida gravedad, a fin de aliviar la excesiva carga de la justicia. Con razón ha dicho Bacigalupo que

la reforma penal no se debe agotar en la reforma del Código penal,... que la reparación debe ser especialmente tenida en cuenta (y que) como cualquier reforma penal, ésta debe ir también acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad,... no resuelve el conflicto social que plantea el delito mejor que los sistemas más modernos.³⁵

Tampoco existe en el derecho español la transacción. En España existen los acuerdos de conformidad en los artículos 655 y 791.3 LECrim., con relación a delitos con penas de prisión de hasta nueve años, pero no tienen el alcance de una transacción, pues la conformidad se produce al inicio del juicio oral y tiene que referirse a la pena de mayor gravedad solicitada.³⁶

35 “Alternativas a la pena privativa de libertad”, *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, núm. 43 y 44, 1996, pp. 136 y 137.

36 La Ley 29/1998, de 13-7, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 77.1, abre una posibilidad de admitir la transacción, pues prevé que los procedimientos contencioso-administrativos en primera o única instancia puedan ser concluidos por un acuerdo con la administración.

El Código Penal Tipo Iberoamericano debería contener, junto con el artículo aprobado en el III Encuentro de Panamá sobre los Principios Orientadores de la Individualización, otro artículo que permitiera la extinción total de la responsabilidad penal en los casos de reparación del daño causado, tratándose de delitos de poca gravedad.

El texto del artículo podría ser el siguiente: “Artículo... *Reparación del daño*. El autor quedará exento de responsabilidad penal si ha reparado el daño causado o ha hecho serios esfuerzos para ello, siempre que la pena prevista para el hecho cometido no sea superior a...”.

No se trata, pues, de que el autor muestre arrepentimiento alguno, sino, sencillamente, de que repare o haga serios esfuerzos en ese sentido. Y, como se dijo, la regulación de un precepto de estas características debe ir acompañada también de las oportunas previsiones en la legislación procesal, que permitan la conclusión del proceso penal, tan pronto tenga lugar la conciliación entre la víctima y el autor, y, por tanto, la reparación del daño. Por encima del máximo de pena que se establezca en el artículo en cada regulación concreta, la reparación sólo podrá operar como un criterio más de individualización, que necesariamente habrá de traducirse en una atenuación de la pena.