

Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito¹

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra

I. Introducción

“La historia de la pena es la de su continua agonía”, escribió Ihering.² Y añadió: “Cuando crece la idea de Derecho, van muriendo las penas, pues la aplicación de medios punitivos se halla en relación inversa con la plenitud del ordenamiento jurídico y la madurez de los pueblos”.³ Ciertamente de modo periódico surgen movimientos que proponen una solución no jurídico-penal a los conflictos que llamamos delitos. En general, tales movimientos están regidos por criterios humanistas. Sus impulsores consideran, con razón, que el Derecho penal estatal genera una despersonalización del conflicto e incluso incrementa el resentimiento y el enfrentamiento interpersonal entre autor y víctima. Por ello, concluyen que lo razonable sería renunciar al Derecho penal público y proceder a una devolución del conflicto a la víctima y al autor –o a la sociedad– para que éstos alcancen un acuerdo entre sí: ésta es la tesis básica del abolicionismo o de las doctrinas de sustitución de la pena por una composición entre autor y víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), etcétera.

1 Título original: *Wiederherstellung des Rechts und Bewältigung des interpersonalen Konflikts nach einer Straftat*, en prensa en el *Festschrift für Ulfrid Neumann* (2017)

2 *Ihering*, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, p. 4.

3 *Ihering* (nota 1), pp. 67-68, desde la perspectiva de un iusprivatista, remitiendo a los penalistas la determinación de si también sería válida esa consideración para el ámbito del Derecho penal.

En los últimos años, tales movimientos han adquirido la denominación internacional de *Restorative Justice*⁴, como forma de resolución de conflictos alternativa al Derecho penal y al proceso penal estatal. Incluso algunos autores aluden a una *Therapeutic Jurisprudence* que, según entiendo, profundizaría en las raíces del conflicto produciendo un efecto sanatorio.⁵ Este texto no pretende, sin embargo, analizar las ventajas e inconvenientes de la justicia restaurativa como alternativa al Derecho penal público. *Prima facie*, y salvo para delitos de menor gravedad,⁶ tal alternativa no se considera viable. En cambio, estas páginas pretenden considerar la capacidad de rendimiento de una justicia restaurativa complementaria de la intervención del Derecho penal público y que, en la medida de lo posible, no resulte obstaculizada por éste.⁷ La necesidad de una justicia restaurativa complementaria puede advertirse en los casos ordinarios de condena del autor.⁸ Pero también cuando este es absuelto por razones que excluyen la necesidad jurídica de pena⁹ pese a concurrir en su conducta un injusto culpable merecedor de pena. Con mayor motivo, en los casos en los que tiene lugar la exclusión de la pena en virtud del indulto del autor por el Estado es necesario seguramente un complemento restaurativo.¹⁰

La primera premisa de las consideraciones que siguen es un determinado concepto de delito. A los efectos que aquí interesan, puede tomarse como punto de partida la idea de que el delito surge por “la grave lesión con menosprecio de un ser humano por un ser humano, lo que jurídicamente se conforma como injusto criminal. Es una unidad comprensiva de diversos aspectos fácticos y

4 En español, ya Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, 1999, *passim*; véase también Perlín, *Can Restorative Justice Be of Value in Forensic Cases? Perspectives of a Lawyer and a Psychologist*, 2014, accessible en <http://ssrn.com/abstract=2512890>

5 Stehr, *Vom sozialen Frieden zur individuellen Schuld (und zurück)*, en: Ochmann/Schmidt-Semisch/Temme (Hrsg.), *Healthy Justice. Überlegungen zu einem gesundheitsförderlichen Rechtswesen*, 2016, pp. 11 y ss.

6 Esto es, ciertos delitos patrimoniales o delitos imprudentes, para los cuales ya existen en muchos países mecanismos intra- o extraprocerales para establecer acuerdos reparatorios que dan lugar al sobreseimiento condicionado del procedimiento.

7 En esta medida, entiendo que mi pretensión no se ve afectada por la crítica de *Noltenius*, *Kritische Anmerkungen zum Täter-Opfer-Ausgleich*, GA 2007, pp. 518 y ss. a los procedimientos de conciliación entre autor y víctima.

8 Sobre la compatibilidad del perdón con la pretensión de que el autor sufra el castigo, *Murphy*, *Forgiveness and Resentment*, en: Murphy/Hampton, *Forgiveness and Mercy*, 1988, p. 33.

9 Incluso desde perspectivas de psicología social.

10 Por su dimensión política, o politizada, así como por su complejidad intrínseca, quedan fuera del alcance de este texto los casos de amnistías, así como los de la genéricamente denominada “superación del pasado” y justicia transicional, supuestos paradigmáticos de la justicia restaurativa. Sobre ello, por muchos, *Neumann/Prittitz/Abrão* (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013.

normativos, que se hallan por completo entrelazados los unos con los otros”.¹¹ Así pues, el delito no constituye sólo un problema para el (Derecho penal del) Estado. Ello se debe a que (i) no produce únicamente una “lesión del Derecho en su vigencia especial y como ley general”, ni tampoco la suma de ésta y una adicional (ii) “lesión de la víctima como sujeto jurídico autónomo” (plano vertical).¹² Es, asimismo, un grave conflicto para las relaciones interpersonales y sociales en el mundo de la vida (plano horizontal).¹³ En efecto, se parte aquí de la premisa antropológica realista de que somos “seres humanos plenos en un mundo complejo, en el que los hechos punibles nos afectan –como autores y víctimas– también en un plano inmediato-personal”.¹⁴ En el plano horizontal de la relación interpersonal y social concreta el delito constituye una agresión, un acto de guerra que supone la ruptura de la relación de reconocimiento recíproco como seres humanos. En efecto, el delito, incluso el menos grave, niega el ser personal de la víctima.¹⁵ Esta deviene cosificada, incluso existencialmente destruida, convertida en medio para la consecución de los fines propios del autor.¹⁶ En el plano interpersonal, el delito es el hecho de un enemigo, al igual que la guerra de agresión lo es en la relación interestatal. Por eso en ambos casos el agredido dispone de la posibilidad de reaccionar en legítima defensa.

El enjuiciamiento, la condena y la pena expresan el éxito final del Derecho penal estatal,¹⁷ restablecen la relación vertical. Resuelven el conflicto jurídico-público. Pero no necesariamente restauran la dimensión horizontal (interpersonal y/o social) afectada. En efecto, sin la intervención del Derecho penal estatal no hay solución razonable al conflicto global generado por el delito. Ahora bien, con la sola intervención del Derecho penal estatal tampoco se alcanza la plena solución del conflicto. El delito, como acto de guerra en el plano horizontal, no se zanja con una “victoria” de la víctima (aunque tal cosa fuera posible) sino que solo se supera realmente mediante la consecución de la paz interpersonal (esto es, de la reconciliación). La consecución de la paz en el

11 *Schmidt*, Strafe und Versöhnung, 2012, p. 133.

12 *Köhler*, Strafrecht, AT, 1997, pp. 22-23; *Schmidt*(nota 10), pp. 105-106.

13 También *Renzikowski*, Dimensionen der Straftat: Täter – Opfer – Gesellschaft, en: Kohte/Absenger (Hrsg.), Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höhland, 2015, pp. 210 y ss., 212 y ss.

14 *Schmidt* (nota 10), p. 106.

15 *Schmidt* (nota 10), p. 115: “El desprecio del otro como existencia verdaderamente igual en lo fundamental es un elemento esencial del hecho punible”.

16 *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 47: “El uno es degradado a la condición de objeto (medio) del esquema de fines del otro, quien así se arroga una esfera de libertad desigual-privilegiada, una suprapersonalidad”.

17 Obviamente, también la absolución, en su caso.

plano interpersonal ciertamente no es misión del Derecho penal del Estado.¹⁸ Sin embargo, el Estado punitivo debe hacer todo lo posible para restablecer el Derecho sin impedir la superación existencial del delito. Y el Estado social de Derecho debe promover tal superación existencial, aunque su ejecución tenga lugar en el marco de las instituciones intermedias¹⁹ mediante una especie de “autorregulación regulada” (principio de subsidiariedad del Estado).²⁰

II. La herida producida por el delito y su curación

Al hecho delictivo cabe asociarle múltiples dimensiones²¹ de daño, de las cuales sólo una afecta a la relación vertical: la negación de la norma y, asociada a ésta, la lesión de la condición de la víctima como persona en Derecho. Por ello, cuando la doctrina dominante habla de los fines de la pena parece no tomar en cuenta sólo este daño (neutralizable mediante la retribución comunicativa, esto es, a través de una contracomunicación), sino también otros a los que se hace alusión a continuación. Las restantes dimensiones de daño se proyectan sobre la víctima, sobre el conjunto de la sociedad y sobre el propio autor.²²

La víctima, en efecto, experimenta un daño material (la lesión o pérdida de sus bienes), que normalmente da lugar a una pretensión jurídico-civil de resarcimiento (idealmente, de una compensación integral). Sin embargo, la víctima sufre además otras dimensiones de daño existencial, que impiden de forma prolongada su libertad real tras la consumación del delito. Por un lado,

18 *Renzikowski* (nota 12), 214.

19 *Minow*, Forgiveness, Justice, and the Law, California L. Rev. (2015), S. 1620, 1626.

20 Aquí no se comparte el escepticismo de *Köhler*, AT, S. 670, acerca de la “representación de una reconciliación organizada a través de instituciones públicas, que mezclaría el Derecho penal y la moral”. Un Estado que no sólo se preocupa por las condiciones de la libertad abstracta, sino también por la libertad real de los ciudadanos, tiene que promover las vías para el restablecimiento de la libertad real de la víctima, del autor y del resto de la sociedad tras la producción y castigo del delito. Y ello no lo puede conseguir sólo mediante la dimensión punitiva. Cuestión distinta es que deba organizar la reconciliación. En este texto sólo se sostiene que lo que debe hacer es no obstaculizarla, si es que ello es posible.

21 Desde una perspectiva algo distinta a la que se plantea aquí, *Renzikowski* (nota 12), pp. 210 y ss.

22 Sobre la perspectiva del interviniente, frente a la del observador, en la relación interpersonal, y la necesidad de que el autor se sitúe en la posición de la víctima y viceversa (es decir, que se mantenga una comunidad moral), *Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, pp. 205 y ss., 213-214.

un daño emocional (también denominado moral) que surge al experimentar la emoción (asténica) de humillación y exclusión derivada del delito;²³ la víctima pide, pues, ser levantada o reincluida.²⁴ Por otro lado, un daño emocional estético: la ira, el resentimiento o rencor que pide venganza.²⁵ En fin, la víctima experimenta un daño psicológico, que viene dado por la sensación de inseguridad, el miedo y la necesidad de modificar sus planes de vida.²⁶

El autor sufre también un daño moral y/o emocional. Por un lado, al negar la humanidad de la víctima, se la niega de modo reflejo a sí mismo: se embrutece. Pero, por otro lado, experimenta el remordimiento, la vergüenza y el aislamiento.²⁷ De modo paradójico, a ello se añade un embrutecimiento adicional derivado de las estrategias de neutralización del remordimiento mediante la autojustificación de su conducta. La superación de las secuelas del delito se convierte también en tarea para él.²⁸ El conjunto de la sociedad, en fin, experimenta el daño psicológico derivado de la sensación de inseguridad (el miedo de las víctimas potenciales). Pero también el daño manifestado en el resentimiento por el hecho de que otro “has taken an unfair advantage of one’s sacrifices by free riding on a mutually beneficial scheme of reciprocal cooperation”.²⁹ Este resentimiento que busca satisfacción en el dolor del autor fue explicado por las teorías freudianas mediante el recurso a la figura del chivo expiatorio.³⁰ En la actualidad, tanto las neurociencias como la psicología evolutiva aluden a la reacción cerebral frente el sujeto que no coopera (el *free rider*, *Brettfahrer*) y al mal ejemplo que genera. Dicha reacción conlleva la satisfacción por el hecho de que padezca el castigo, que evita que cunda el mal ejemplo y se resienta la cooperación social. Por eso, “el cerebro activa incluso

23 Schmidt (nota 10), pp. 112-113: “el hecho punible es así un desprecio o no aprecio de un ser humano, que sólo puede entenderse como una configuración autónoma del mundo en común por parte del autor”.

24 Murphy (nota 7), p. 25; Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, en: Festschrift für Lüderssen, 2002, pp. 205 y ss., 207 y ss.

25 Según Murphy (nota 7), p. 18, una ausencia de resentimiento constituiría una falta de preocupación por el propio valor moral y, por tanto, por las propias reglas de la moralidad. Vid. también Reemtsma, Im Keller, 1997; el mismo, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999; Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, pp. 112 y ss.

26 Schmidt (nota 10), p. 121.

27 Schmidt (nota 10), pp. 139-140.

28 Schmidt (nota 10), p. 117: “La superación del hecho como superación de la propia decisión errónea o de la propia culpabilidad tiene, pues, significado por sí misma”.

29 Murphy (nota 7), pp. 14 y ss., 16.

30 Por ejemplo, Streng, Psychoanalyse und Strafrecht, MschrKrim 59 (1976), p. 77 y ss.

nuestro centro de recompensa en el sistema mesolímbico cuando vemos cómo son castigados otros seres humanos por su falta de equidad”³¹

La imposición y la ejecución de la pena estatal pueden, ciertamente, contribuir en alguna medida a la neutralización de todas estas dimensiones de daño. En particular, obviamente, a la que afecta al restablecimiento de la subjetividad jurídica de la víctima. Pero sería ilusorio atribuirle el valor de producir una superación del delito como fenómeno existencial.³² Más aún, no es infrecuente que la ejecución de la pena agrave el conflicto interpersonal entre autor y víctima.³³ Pero es que, además, en lo que se refiere al autor, parece que éste –una vez cumplida la condena y cancelados los antecedentes penales– tendría el derecho a (o al menos la legítima pretensión de) ser tratado como un igual entre iguales, al restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco también en lo que a él respecta. Sin embargo, a la efectividad de ese derecho se opone con frecuencia no tanto la dimensión cognitiva, cuanto la dimensión emocional de la memoria individual y social. El Estado debería pues, por un lado, no retroalimentar la dimensión emocional del recuerdo de la víctima y de la sociedad. Eso sucede sin embargo, por ejemplo, mediante la proliferación de “*collateral consequences of conviction*”.³⁴ Por el otro, el Estado debería favorecer la adopción de mecanismos que ayuden a la superación de tal dimensión emocional que llamamos resentimiento (mediante una “ayuda a la autoayuda”).

En los casos en los que, por la razón que sea, a la comisión de un injusto culpable no se asocia la imposición de una pena: así, en la absolución individual por falta de necesidad de pena, o en la adopción de la medida de gracia de

31 *De Quervain/Fischbacher/Treyer/Schellhammer/Schnyder/Buck/Fehr*, The Neural Basis of Altruistic Punishment, *Science* 305, 2004, pp. 1254-1258. Sobre esto y lo anterior, recientemente, *Rodríguez Horcajo*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, 2017, *passim*.

32 Similar, *Schmidt* (nota 10), p. 118.

33 Resulta dudoso que la ejecución penitenciaria constituya el mecanismo idóneo para una experiencia de arrepentimiento y expiación del autor, que muestre que “le es valiosa la reconciliación con el lesionado”. En este sentido, sin embargo, *Lampe*, Recht und Moral staatlichen Strafens, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, S. 305 ff., 310 f.

34 Que en los Estados Unidos se definen como “legal disabilities imposed by legislatures on the basis of past conviction, but not as part of a criminal sentence” y que comprenden un sinnúmero de variantes: desde la denegación de viviendas públicas o préstamos públicos pasando por las más diversas restricciones del *status civitatis*. Sobre ello, *Mayson*, Collateral Consequences and The Preventive State, 91 *Notre Dame Law Review* (2015), pp. 301 y ss., 302, 308. Estos efectos colaterales, jurídicos o sociales se dan, en una u otra medida, en todos los países.

indulto, la dimensión psicosocial o emocional del daño derivado del delito puede mantenerse aún más inalterada. Los mecanismos de reconciliación resultan, pues, mucho más necesarios.

III. Un Derecho penal que no obstaculice la reconciliación

El Derecho penal es “el fiel reflejo especular de la forma de pensar y de sentir del pueblo en el tiempo”, más aún, “es el pueblo mismo, la historia del Derecho penal de los pueblos es una parte de la psicología de la humanidad”.³⁵ Pues bien, al Derecho penal actual le sigue siendo inherente un exceso de sufrimiento para el condenado. La medida del sufrimiento de éste resulta superior a lo necesario para el restablecimiento del Derecho y de la subjetividad jurídica del lesionado. Al mismo tiempo, canaliza el conflicto entre el autor, por un lado, y la víctima, así como la sociedad, por el otro, de un modo que tiende a producir distancia. Esta distancia es justo lo contrario al acercamiento necesario para hacer posible la reconciliación.

Por tanto, es preciso proponer que la intervención del Derecho penal estatal se reduzca al mínimo imprescindible para el restablecimiento del Derecho y de la subjetividad jurídica de la víctima. De este modo, además, será inferior la distancia generada entre autor y víctima, obstaculizando lo menos posible la reconciliación. Esto requiere, al menos, algunas de las siguientes condiciones.

1. La reducción de la intervención penal, en la medida de lo posible, a la declaración comunicativa del injusto culpable

La reacción ordinaria al delito es la incoación del proceso penal. Pues bien, constituye prácticamente un lugar común la afirmación de que el proceso penal puede entenderse, en sí mismo, como una pena. Según la autorizada opinión de *von Bar*, se corresponde con la propia naturaleza de la pena como expresión de desaprobación el que en una cultura más desarrollada el proceso y el juicio penal constituyan ya una parte de aquélla, incluso en no pocas ocasiones la

³⁵ *Ihering* (nota 1), pp. 2-3.

parte más importante.³⁶ El proceso penal, desde su incoación, desempeña ciertamente –junto a sus funciones instrumentales de esclarecimiento y de aseguramiento– una importante función estabilizadora, que se mueve en la misma dimensión expresiva-comunicativa que la propia pena.³⁷

Por otro lado, el proceso penal aparece como procedimiento de determinación del injusto culpable atribuible al sujeto. Esta determinación constituye un fin en sí mismo, al que le corresponden diversas funciones comunicativas.³⁸ Para el autor imputado, este proceso contiene el mensaje de que su comportamiento desviado no es una desgracia ni producto del destino, sino que surge de un comportamiento autorresponsable, que es culpa suya. A la víctima se le comunica que ella no tiene responsabilidad alguna en lo sucedido.³⁹ Y otro tanto se le manifiesta a la sociedad. Todo ello, además, refuerza la vigencia de la norma.

2. La renuncia, en la medida de lo posible, al dolor penal

Para la estabilización de la norma, comunicando que ésta continúa siendo pauta de conducta vinculante, podría bastar, pues, con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo de la existencia de un injusto culpable atribuible al autor carente de otra dimensión aflictiva que la inherente a tal

36 *von Bar*, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1882 (reimpr. 1992), p. 320.

37 A mero título de ejemplo, *Schlüchter*, *Wert der Form im Strafprozeß*, en: Wolter (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995, pp. 205 y ss., 215; *Bottke*, *Assoziationsprävention*. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, 1995, pp. 193 y ss., 222, 327-328; *Schünemann*, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell*, en: Schünemann/ Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, 2000, pp. 1 y ss., 6 y ss..

38 *Schulz*, *Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral*, en: Schulz (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, ARSP-Beiheft 75, 2000, pp. 175 y ss., 200-201: "La determinación de responsabilidad es, por tanto, un fin en sí misma"; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, pp. 96, 98, 100: para quien el juicio de reproche de culpabilidad es una sanción en sí, un "medio autónomo de sanción"; *Appel*, *Verfassung und Strafe – zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, pp. 494-495, 502, quien también considera el "juicio de culpabilidad" como un medio propio de sanción; *Günther*, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", conferencia dictada en Frankfurt a.M. en julio de 1999, en donde se sostenía la tesis de que el proceso penal es un proceso de determinación de la culpabilidad (*Schuldfeststellung*); *Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat, 2005.

39 *Hassemer/Reemtsma* (nota 24), p. 161.

declaración. En esa medida, debe intentarse que las formas de restablecimiento jurídico del reconocimiento recíproco no hagan necesaria la humillación: esto es, “una disminución del estatus jurídico del autor mediante una inflicción de dolor por parte del Estado a ese autor”.⁴⁰ Sin embargo, es común señalar que la aflicción efectiva, el sufrimiento o dolor del autor adicional a la declaración de culpabilidad son necesarios para la prevención del delito. Dicha fundamentación preventiva ha sido extensamente expuesta en algunos de los últimos trabajos de *Jakobs* sobre la teoría de la pena.⁴¹ También *von Hirsch* se ha dedicado a ella,⁴² asociando la dimensión de reproche a la visión retrospectiva de lo merecido; y la causación de daño (*hard treatment*) al delincuente a la visión prospectiva de lo necesario en términos preventivos.

Aquí no se trata de discutir estas opiniones. Simplemente, se pretende subrayar que la ejecución de la pena (en particular si es privativa de libertad) debe ser sometida, tanto en referencia a su procedencia o no, como en referencia a su duración, a un cuidadoso juicio político-criminal de legitimación. La premisa debe ser que no resulta obvio que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada. En efecto, una vez impuesta la pena privativa de libertad, su propia inejecución podría ser absolutamente indiferente en términos político-criminales. Excluido el riesgo de reincidencia, la finalidad de prevención especial inocuidadora no haría precisa la ejecución; no siendo preciso el tratamiento resocializador, la inejecución no sólo no aparece como una opción más, sino que se manifiesta como la única legítima ante el riesgo evidente de desocialización (enfrentamiento adicional con la víctima y la sociedad). Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el Derecho), su inejecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención de integración. Por fin, también cabría que la inejecución no obstara a los objetivos de la prevención general negativa (o disuasoria), en la medida en que, manteniéndose vigente tanto la norma de conducta como la norma de sanción, el potencial infractor no pudiera contar con su inejecución -lo que resulta evidente-.

40 Sobre ello, *Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, pp. 74 y ss..

41 *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

42 *von Hirsch*, *The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention*, en: *von Hirsch/ Ashworth, Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, 2005, pp. 13 y ss., 21 y ss; *el mismo*, *Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung*, en: *Neumann/ Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, pp. 57 y ss.

Así, las formas de ejecución más aflictivas deben sustituirse por otras menos aflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Por ello, debe sostenerse la vigencia de un principio de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de aflictividad mínima de aquéllas que deban ser finalmente ejecutadas.⁴³

3. La renuncia específica al dolor penal en caso de producción de equivalentes funcionales de la dimensión aflictiva de la pena

Así las cosas, parece claro que con mayor motivo debe renunciarse a la dimensión aflictiva de la pena, o minimizar su intensidad cuando el agente ha sufrido un equivalente funcional de la pena (un *malum passionis propter malum actionis*). Sin ánimo de exhaustividad, ello puede suceder en virtud de comportamientos del propio agente o de terceros. Así, por ejemplo, en el caso del denominado *comportamiento autopunitivo* de quien, tras lesionar gravemente a su esposa, se asesta a sí mismo varias puñaladas. En el plano simbólico, un acto así puede mostrar un claro reconocimiento de haber infringido la norma, a la vez que expresar el auto-reproche por la infracción cometida. En el plano aflictivo, la causación de un grave daño a sí mismo muestra asimismo una significativa intensidad.⁴⁴ Otro tanto sucede con el padecimiento de la legítima defensa del autor por parte del agredido. Evidentemente, la cuestión de si la legítima defensa constituye un equivalente funcional de la pena tiene que ver directamente con la naturaleza jurídica que se atribuya a aquélla. Si se le asignara la naturaleza de pena *stricto sensu* –algo que parece implícito en la idea, propia de las fundamentaciones supraindividuales o mixtas, de que reafirma el Derecho– entonces parece claro que no podría imponerse una pena estatal al agresor sin lesionar el principio *ne bis in idem*. Si, por el contrario, la calificación de la legítima defensa fuera distinta –acogiéndose en todo caso la, más moderna, fundamentación individualista o interpersonal– entonces

43 Se parte aquí de la “fragilidad fáctica del castigar” como “ocasión para un retorno al Derecho basado en la reflexión” y de los riesgos que conlleva de una “profundización de la resistencia interna contra las reglas de la convivencia”. El autor, por tanto, necesita ayuda (y no obstáculos) para la superación personal del hecho. Así, Schmidt (nota 10), p. 180.

44 El comportamiento autopunitivo pertenece a la clase de las “sanciones por parte del propio infractor de la norma”, tal como indica Popitz, *Die normative konstruktion von Gesellschaft*, 1980, pp. 55-56, mostrando ejemplos de las sociedades primitivas e indicando su significado como “condena aceptada por la opinión pública del grupo”. Aunque resulta claro que el comportamiento autolesivo tras la comisión del delito admite otras interpretaciones, además de la autopunitiva.

parece que el hecho de sufrir sus efectos lesivos conduciría a su consideración en el plano de la dimensión aflictiva de la pena.⁴⁵

En la misma línea de constituir factores que, si no plenamente, sí pueden constituir equivalentes funcionales de la pena, se hallan los efectos colaterales negativos del proceso. Por ejemplo, los denominados “juicios paralelos” llevados a cabo en los medios de comunicación (incluidas las redes sociales),⁴⁶ Asimismo, los comportamientos antijurídicos (violaciones procesales) de los órganos de la jurisdicción penal. Es lo que sucede cuando el proceso experimenta dilaciones indebidas o cuando tienen lugar en él actuaciones provocadoras u otras vulneraciones del derecho de defensa. Algunos autores subrayan la existencia de un “principio de compensación”, según el cual existiría la obligación de compensar fallos incorregibles del procedimiento penal que gravan al individuo. Dicho principio de compensación se derivaría de la regla general de *fairness* (equidad) en el procedimiento; pero también tendría que ver con la propia función estabilizadora del Derecho penal y de la pena. Esta función parte precisamente de que el procesado sea visto como autor y no como víctima. Algo que debería determinar que, en caso de haber sido victimizado, se le compense para devolverle la condición de autor.⁴⁷ Ciertamente, lo común en estos casos no será que se alcance la plena equivalencia con la pena pero sí, al menos, buenas razones para una importante disminución de ésta.

En este punto destaca la consecuencia aflictiva que es comúnmente conocida como *poena naturalis*, aunque en realidad tal denominación sea impropia, pues se trata de daños sufridos por el propio agente pero que le son imputables objetivamente (y asimismo subjetivamente, a título de imprudencia) a él mismo. El ejemplo más usado es el del fallecimiento de familiares como consecuencia de la conducción imprudente de un vehículo de motor por parte del agente. Como se observa, la dimensión aflictiva de la (mal) denominada *poena naturalis* –aunque ciertamente se trate de una *poena non forensis*– puede ser muy superior a la de cualquier *poena forensis*. La fundamentación de la

45 Lüderssen, *Notwehrelemente in der Strafe - Strafelemente in der Notwehr*, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, pp. 159 y ss., 161, en concreto 166.

46 Una visión general de Derecho comparado, comentando las regulaciones de diversos países, en Eser/Meyer (Hrsg.), *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren*, 1986.

47 Schroth, *Das Kompensationsprinzip als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs*, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 335 y ss., 337-338. En casos especialmente graves se postula directamente la anulación de la pretensión punitiva del Estado.

atenuación de la pena en estos casos no resulta especialmente compleja,⁴⁸ aunque tampoco se halle exenta de discusión.⁴⁹

El transcurso del tiempo constituye asimismo un equivalente funcional de la pena y un factor razonable para alcanzar la reconciliación. Al respecto, *Coleman/Sarch*⁵⁰ han puesto de relieve que, mientras que la culpabilidad en sí no es sensible al paso del tiempo, las “emociones reactivas” sí lo son. La culpabilidad es una cuestión de moralidad ideal; nuestras emociones reactivas sentidas como apropiadas, en cambio, están motivadas también por consideraciones de *fairness*. En el caso del paso del tiempo, se trata de la “*basic time-sensitivity of central parts of our moral lives*”. En todos los casos mencionados,⁵¹ y otros similares, la renuncia a la dimensión aflictiva de la pena o, en todo caso, una reducción radical de ésta no se opone a ninguno de los fines del Derecho penal. Y, por otro lado, reduce la distancia entre autor y víctima, haciendo posible la aproximación recíproca y la reconciliación.

4. Una tentación que debe ser evitada: la retribución satisfactiva

Como se ha indicado, resulta ilusorio pensar que la imposición y ejecución de la pena puedan resolver el conflicto existencial generado por el delito. Algunos, sin embargo, pretenden juridificar el problema, precisamente orientando el sí y el *quantum* del castigo a la satisfacción del sentimiento de venganza de la víctima.⁵² Esto es lo que se ha recibido, entre otras denominaciones (*vengeful desert*)⁵³, la de retribución satisfactiva. Un grupo de autores, en efecto, acepta que la punición estatal no basta para eliminar el trauma subjetivo de la víctima por el hecho sufrido. Pero, según su opinión, al menos impide la prosecución objetiva del daño inmaterial que se manifiesta en la persistencia de la dominación (*dominance*) del autor y el sometimiento doloroso de la víctima.⁵⁴ El castigo del autor comunicaría a la víctima “a concern for his or

48 Resulta conocido que en Derecho penal alemán se renuncia a la pena de duración inferior a un año (§ 60 StGB) cuando “las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la pena resultaría absolutamente errada”.

49 *von Bar* (nota 35), p. 321.

50 *Coleman/Sarch*, “Blameworthiness and Time”, Yale Law School, Research Paper 214, 2010, accessible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=1646949>.

51 Que –debe reiterarse– no se han expuesto ni exhaustiva ni sistemáticamente.

52 Críticamente, *Renzikowski* (nota 12), pp. 214 y ss.

53 Al respecto, críticamente, *Robinson*, *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*, *Cambridge Law Journal* 67 (2008), pp. 145 ff., 147, 150.

54 *Reemtsma* (nota 24), p. 27; *Hassemer/ Reemtsma* (nota 24), pp. 122 y ss., 131, 134; también *Jerouscheck*, *Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und*

her antecedent suffering”⁵⁵ y haría posible la resocialización de la víctima, ⁵⁶ al restablecer su igualdad con el autor, rota por el delito.⁵⁷

En este punto, sin embargo, la cuestión abierta es la de si tales resocialización, anulación de la dominación o compensación de la humillación sufrida por la víctima requieren precisamente la ejecución del castigo y no meramente la declaración pública del reproche.⁵⁸ Al respecto, no existe consenso. Unos resaltan la suficiencia compensatoria de la declaración de culpabilidad⁵⁹, con lo que naturalmente estoy de acuerdo, según se ha indicado antes. Otros, en cambio, requieren el “*Strafleid*” (castigo efectivo) del autor, por entender que en nuestro marco social sólo éste expresa materialmente la idea que se quiere transmitir.⁶⁰ Son estos quienes sostienen abiertamente la existencia de un “derecho de la víctima al castigo del autor”. A mi entender, sin embargo, un planteamiento de este género no hace sino alimentar el círculo vicioso de la venganza. Por eso, no es extraño que se haya visto como expresión de una venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad.⁶¹

Así, parece claro que una pena ejecutada con la pretension de satisfacer a la víctima dará lugar a que, tras el cumplimiento de la condena por el autor, la víctima continúe insatisfecha y el autor se encuentre abiertamente enfrentado a aquélla y resentido con la sociedad.⁶²

-
- Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive, JZ 2000, pp. 185 y ss., 193 y ss; Fletcher, The Place of Victims in the Theory of Retribution, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), p. 57. También, Malamud Goti, QLR 22 (2003-2004) pp. 54 y ss., para quien la pena cumple la función de poner fin al sentimiento de inferioridad, humillación o vergüenza de la víctima.
- 55 Críticamente, Robinson, Cambridge Law Journal 67 (2008), p. 150.
- 56 Reemtsma (nota 24), p. 24, 26-27; Prittwitz, The Resurrection of the Victim in Penal Theory, Buff. Crim L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 109 y ss., 125
- 57 Y si el Estado no lo hace, incumpliendo el deber de castigar que recae sobre él, permite la prosecución de la situación de dominio (impunidad) y se hace cómplice de ella: Fletcher, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 60 y ss.
- 58 Cfr. el análisis de Lüderssen, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, en: Prittwitz/ Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, pp. 63 y ss.
- 59 Especialmente claro Günther, FS f. Lüderssen, p. 219.
- 60 Hörnle, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, pp. 950 y ss., 956.
- 61 Así, Moore, Victims and Retribution: A Reply to Profesor Fletcher, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 65 y ss; Robinson, Cambridge Law Journal 67 (2008), S. 150: “institutionalization of victim revenge”.
- 62 Como señala Murphy (nota 7), pp. 21-22, el perdón es compatible con una demanda de castigo que refleje “una preocupación por la justicia legal” pero no un “duro tratamiento cuyo núcleo sería mostrarte cuánto te odio y cuánto resentimiento siento por ti”.

IV. Un deber positivo: la promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre autor y víctima

1. Fundamento primero: el reconocimiento de la (parcial) corresponsabilidad social por el hecho delictivo

“El vínculo entre la clemencia penal y el Estado del bienestar es casi conceptual. El Estado del bienestar es un Estado de solidaridad e igualdad social. Una sociedad de iguales, que muestra preocupación por el estar-bien de los otros, tiene menor voluntad de imponer penas graves a sus co-miembros, en comparación con una sociedad con grandes diferencias sociales, donde los castigos se imponen únicamente a los “otros” y a la clase baja”.⁶³

Si la sociedad en su conjunto (y el Estado) se sienten corresponsables, en mayor o menor medida, del estado de cosas generado por el delito, parece razonable que pongan los medios para su superación. Ello, obviamente, trasciende al ejercicio del *ius puniendi*. Una sociedad corresponsable no puede ser (sólo) una sociedad punitiva.

Las tesis de la corresponsabilidad social en el delito (muy características de cierta opinión que se extendió en los años sesenta y setenta del siglo XX⁶⁴) habían alcanzado ciertamente excesos reprobables, en la medida en que excluían prácticamente el elemento de responsabilidad personal. Ahora, aquellas parecen ceder el paso a otras centradas exclusivamente en la responsabilidad personal (que se van asentando desde los años ochenta y noventa de dicho siglo XX).⁶⁵

Pues bien, no puede negarse lo que hay de positivo en la clara recuperación de la idea de responsabilidad individual, única compatible con la consideración del individuo como sujeto libre (persona) y no como un objeto. Sin embargo, no cabe olvidar que, en muchos casos, la decisión (libre) de delinquir se halla

63 Lappi-Seppälä, citado por Herzog, Festschrift für Puppe, 2011, pp. 1647 y ss., 1652.

64 Cfr., por ejemplo, Lüderssen, Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht, 2, 1980, pp. 737 y ss., 740.

65 Cfr. las referencias en Garapon, Le gardien des promesses. Justice et démocratie, 1996; Hess, Die Zukunft des Verbrechens, Kritische Justiz 1998, pp. 145 y ss., 156.

condicionada, en diverso grado, por distintos factores naturales y sociales. Algunos de ellos pueden ser atribuidos a la configuración del Estado o de la sociedad. En ellos, parece especialmente obligada una posición del Estado favorecedora de la reconciliación entre el autor y la víctima.

2. Fundamento segundo: el Estado social como Estado orientado a la libertad real de los seres humanos

La reconciliación, obviamente, no se puede forzar.⁶⁶ Sin embargo, la creación de las condiciones que la hagan posible es manifestación del Derecho del Estado social, que va más allá de una libertad formal, aséptica, y se compromete con la libertad real de las personas. “El ser humano, que experimenta el dolor de la culpabilidad, necesita la expiación, necesita la reconciliación. Tiene que tener la posibilidad de hacer las paces consigo mismo y con la comunidad. Es inhumano vetarle tal posibilidad, dejarlo a solas con su culpabilidad”.⁶⁷ Un Estado social tiene, entonces, que favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor. Como se ha dicho, el Derecho no puede “regular de modo inmediato la relación interpersonal como comportamiento abocado a una comunicación auténtica y libre de violencia, así que, por ejemplo, no puede coaccionar al arrepentimiento real, la disculpa o el perdón. Aquí sólo puede, con medios jurídicos, crear y asegurar espacios de libertad, por ejemplo, no prohibiendo las correspondientes formas de superación, creando las condiciones marco para su salvaguarda y prohibiendo toda intervención coactiva”.⁶⁸

3. La finalidad: de la negación de la víctima como sujeto comunicativo a la restauración de la comunicación

Por la producción del delito “la víctima es empujada por el autor, por así decirlo, a un ‘vacío comunicativo’”.⁶⁹ El objetivo de las instituciones sociales que se orienten a la superación del delito como fenómeno interpersonal debe ser, pues, la restauración de la comunicación. Sólo así puede tener lugar la

66 *Renzikowski* (nota 12), p. 213, señala con razón que no puede ser objeto de coacción estatal, pues supone un cambio interior del autor frente a su hecho y a la víctima de éste.

67 *Arth. Kaufmann*, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, en: *el mismo*, *Strafrecht zwischen gestern und morgen*, 1983, p. 19.

68 *Schmidt* (nota 10), p. 129.

69 *Schmidt* (nota 10), p.118.

rehumanización de la víctima (superadora de su cosificación) y del autor (superadora de su embrutecimiento). Esta comunicación tiene que basarse en la verdad o, al menos, en la veracidad.⁷⁰ La “liberación de la culpabilidad no puede tener lugar marginándola, sino sólo de modo que el culpable se mantenga junto a su culpabilidad, la asuma de forma autorresponsable y así se libere de nuevo del reproche de haber fracasado. Esto es lo que se llama expiación –lo único que debería llamarse expiación. Expiación no es retribución, todo lo contrario”. Expiación es “una prestación moral activa del propio culpable y no constituye ningún mal, sino (...)reconciliación, esto es, reparación de un mal: mediante la expiación el que expía retorna a la pureza consigo mismo y con el prójimo”.⁷¹

Por tanto, la comunicación debe partir de un reconocimiento del hecho, pero no como hecho empírico, sino como “comportamiento responsable defectuoso-lesivo”.⁷² Sólo cuando se habla del hecho en estos términos y el autor solicita el perdón por él, cabe que continúe la vida, pese a que el hecho subsista: se abre la vía de la superación del hecho. Para conseguir esta superación, es necesario sin embargo que la víctima, a su vez, otorgue voluntariamente el perdón. Esto es, que intente superar el resentimiento.⁷³ De este modo, el hecho punible queda superado, no sólo en su dimensión jurídico-penal, sino también en la dimensión existencial. No es sólo la norma jurídico-penal la que queda re-estabilizada, sino la totalidad de la relación interpersonal y social. El autor, distanciado de su hecho y no reducido a él, es acogido por sus iguales en su humanidad doliente –que también es la de éstos-. La vida en común “en una comunidad de seres imperfectos, como son los seres humanos” (AE 1966) puede continuar. ■

70 *Werle*, *Ohne Wahrheit keine Versöhnung!*, Antrittsvorlesung, 1996, p. 20, si bien centrándose en contextos de justicia transicional, aquí dejados de lado.

71 *Arth. Kaufmann* (nota 67), pp. 18-19.

72 *Schmidt* (nota 10), p. 202.

73 *Murphy* (nota 7), p. 20 define el perdón precisamente como el “intento de superar el resentimiento”.