

## PENA Y REPARACIÓN EN LA NUEVA JUSTICIA PENAL DE AMÉRICA LATINA.

*Alberto M. Binder<sup>1</sup>*

Una de las características de lo que llamamos el proceso de reforma de la justicia penal en toda nuestra región - proceso en el que Daniel González cumplió un rol relevante, como asesor y como docente en muchos países- consiste en el diseño de un nuevo régimen de la acción penal, marcado no sólo por el abandono de toda idea de persecución obligatoria de todos los casos (el mal llamado “principio de legalidad”), y la introducción de criterios de “oportunidad”, sino por el reconocimiento del valor de la reparación civil, ya sea de un modo directo, o a través de procesos de conciliación que se llevan, antes que nada, durante la etapa preparatoria. Independientemente de las modalidades procesales que se han utilizado para incorporar este nuevo valor de la reparación, lo cierto es que todavía no se ha tomado suficiente nota que ello implica el abandono de un modelo de relacionamiento entre la pena y la reparación, que todavía solemos analizarla bajo los parámetros de las relaciones entre acciones y el modelo político criminal propio del sistema mixto francés. Ciertamente el mayor uso de estos instrumentos depende de muchos factores, pero también contribuye la utilización de viejos conceptos para explicar realidades nuevas y el poco impacto que tiene la nueva posición de la reparación civil en el proceso penal a la hora de definir los procesos de enseñanza y el desarrollo de nuevas aptitudes en jueces, acusadores y defensores.

Se debe, en consecuencia, intentar una nueva teorización sobre esa relación de tal manera que le demos nuevas bases a una de las decisiones más importantes de todo el proceso de reforma, y que todavía, en gran medida, sigue siendo subutilizada, pese a las evidentes dificultades de dar respuestas a los innumerables casos que llegan a la justicia penal desde el horizonte estrictamente punitivo. Cuesta entender el funcionamiento de

---

<sup>1</sup> Presidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP); Profesor de posgrado en derecho procesal penal Universidad de Buenos Aires y Universidad del Comahue. Este trabajo ha sido realizado en base lo escrito en diversos lugares de la obra Derecho Procesal Penal Tomo IV. Teoría del proceso compositivo, el libro Análisis Político Criminal y artículos como Tensiones político-criminales en el proceso o La Nueva Justicia penal de América Latina, entre otros. En todas esas obras se desarrollan los temas aquí tratados de un modo más extenso y se consigna la bibliografía. Remitimos al lector a esas obras. No obstante, he aprovechado esta nueva publicación para aclarar puntos y dar precisiones sobre algunos temas.

una justicia penal que se empecina en dar pocas respuestas, cuando tiene un arsenal mucho más amplio de instrumentos disponibles. Debemos, pues, desarrollar los conceptos básicos de una “*teoría del proceso compositivo*”, entendiendo por ella el estudio de los conceptos necesarios para explicar las complejas relaciones que existen -en el marco de la justicia penal moderna en América Latina, de tipo acusatorio/adversarial- entre la reparación del daño, las respuestas de bajo contenido de violencia (sanciones alternativas) y las penas de mayor intensidad, en particular la cárcel. Hemos tenido ya ocasión de realizar un trabajo más extenso sobre este tema (Derecho Procesal Penal tomo IV. Ad. Hoc. 2018) y remitimos a él a los interesados. Pero lo cierto es que no podemos estudiar las relaciones entre Pena y Reparación, según los parámetros tradicionales a los que nos tiene acostumbrado, por ejemplo, la dogmática penal, que pretender teorizar sobre la pena, sin ninguna referencia directa a la reparación, salvo la idea bastante superficial y riesgosa, de que se trata de una “tercera vía”, es decir, la constatación de que hoy la reparación cumple un papel dentro de la justicia penal.<sup>2</sup>

Ello implica también analizar el sistema de protección del imputado frente a este tipo de salidas y, en ese sentido, también nos encontraremos con un sistema de garantías propio del proceso compositivo, aunque sea diferente del que funciona en el juicio de conocimiento; existen razones político criminales que fluyen claramente en el modelo compositivo, vinculadas tanto a la finalidad primaria de pacificación como a los mecanismos de *relocalización*, y que nutren una perspectiva de permanente reducción del poder punitivo, en favor de soluciones no violentas o de menor contenido de violencia, como tarea permanente de la justicia penal y no meramente circunstancial, como así tampoco como producto de una visión utópica sobre el sistema penal. Por otra parte, la situación actual de la justicia penal en nuestro país, atravesada por mecanismos estructurales de ineficacia -y por lo tanto de razonable desprestigio social- debe buscar en los mecanismos compositivos un conjunto de herramientas que le permitan relacionarse de un modo más sano con las personas y comunidades victimizadas y la sociedad en general.

Recordemos que el fenómeno que hemos denominado *crisis externa al sistema penal*, es decir, la debilidad o ausencia de otros mecanismos de gestión de los conflictos,

---

<sup>2</sup> Sobre la crítica a la concepción de la reparación como tercera vía ver Binder: Derecho Procesal Penal, Ed. Ad. Hoc. 2018, cap. 38)

provoca el desplazamiento de muchos de ellos hacia el sistema penal, generando una *sobrecarga endémica*, que reduce o anula el escaso margen de maniobra que de por sí tiene el sistema penal para provocar respuestas con algún valor social positivo. Por otra parte, esa misma crisis externa modifica la disputa de los diversos sectores y grupos sociales, que descreen de la eficacia de otros niveles de intervención, y empujan los conflictos hacia la intervención penal, provocando el fenómeno que se ha denominado *inflación punitiva*. Estos fenómenos de crisis del sistema de gestión de conflictividad nos dan una base común para el análisis de todos los problemas de la administración de justicia sin límites de especializaciones, así como también nos permite vincular bajo un marco de comprensión común la relación entre las políticas preventivas, disuasivas y las reactivas, tanto en materia penal, como en cualquier otro sector de la vida social. El modelo de análisis en gestión de conflictos es la base común de todos estos problemas y nos permite diferenciar los problemas judiciales de los fundamentos del paradigma del orden.

Frente a esta dinámica social tan perniciosa, como respuesta a la inflación punitiva, se deben *integrar tres estrategias distintas*: por un lado, el urgente fortalecimiento de los otros niveles de intervención en la conflictividad; por otro, la restricción de permisos legislativos para usar los instrumentos penales (descriminalización) y, finalmente, *dotar a la justicia penal de mecanismos internos que permitan construir soluciones que, en sentido estricto, forman parte de otros niveles de gestión de los conflictos, por más que se desarrollen dentro del campo de la justicia penal*. Mediante este último mecanismo (relocalización) permitimos que el sistema penal no quede inerte frente a la sobrecarga endémica, contribuya al fortalecimiento de los otros niveles, dándole a la sociedad mejores herramientas para obtener las mismas finalidades de evitar la violencia y el abuso de poder y evitamos el desgaste permanente de la legitimidad de la justicia penal.

Estos mecanismos que vuelven a ubicar la respuesta al conflicto en otros niveles del Sistema Institucional de Gestión de Conflictos no son una mera estrategia adaptativa sino el mecanismo permanente de una política criminal minimalista, de base democrática y fundada en los principios de “ultima ratio”, que no puede ser entendido como un principio “débil” que le da consejos morales al legislador, sino como una regla de eficacia de la propia política criminal que permite tomar la selección de casos como el principal

mecanismo de la justicia penal y, en ese sentido, nos permita también dar debates políticos sobre la orientación político criminal dentro del sistema. En consecuencia, los distintos principios que conforman la regla general de “ultima ratio” (economía de la violencia, flexibilidad para realizar soluciones no punitivas, no naturalización, mínima intervención, etc.) nos permiten comprender los problemas de eficacia de la persecución penal como un problema real y no meramente simbólico o conceptual. En consecuencia, la existencia del proceso compositivo responde a diversos intereses y dimensiones. Algunos de ellos cumplen funciones estratégicas, tales como responder a la sobrecarga endémica de la justicia penal; otros, por el contrario, tienen que ver con algo más profundo, tal como lo es el diseño de una política criminal que no puede ser dispendiosa con la violencia del Estado, si es que quiere cumplir al menos algunas funciones sociales positivas (siempre claro está en un sentido histórico y relativo), y por ello debe propiciar la economía de esa violencia, así como la construcción de salidas de mayor calidad.

Por otra parte, el proceso compositivo busca desarrollar instrumentos que permitan un mayor protagonismo social en la construcción de soluciones, evitando también que se instale la arbitrariedad en esa tarea o se disimulen nuevas formas de violencia, bajo ropajes compositivos. De allí su complejidad. La doble finalidad del proceso penal no es algo nuevo. En todos los sistemas ha existido siempre un juego compositivo junto con uno de conocimiento. Lo distinto en el nuevo paradigma de procesos acusatorios/adversariales de América Latina es que ese juego ha sido diseñado normativamente y se procura su extensión y uso consciente o planificado. Sin embargo, todavía no se ha tomado suficiente noticia de la necesidad de desarrollar con amplitud ambos juegos de reglas como parte de una explicación integral del funcionamiento de la justicia penal.

Pero ello no significa que sea una práctica nueva: aún sin base normativa, incluso con la proclama de la supuesta obligación de perseguir todos los delitos que se denuncien, los sistemas penales desarrollaron, como parte de una necesidad social evidente, fórmulas de composición y acuerdo, escondidas en archivos, olvidos de causas, prescripciones y un sinfín de salidas innominadas. Esas prácticas, subterráneas en muchos casos, son la expresión de la tradición compositiva que viene de antiguo, hundiéndose sus raíces en el mismo Derecho Romano. No olvidemos que la separación entre lo que hoy llamamos Derecho Penal y el Derecho Privado es un producto tardío,

muy vinculado a la expansión de los modelos inquisitoriales. La existencia de prácticas compositivas en la sociedad hace viable la coexistencia del conflicto y la cooperación. Pero aún en el núcleo duro de la criminalidad, como los homicidios y otros atentados graves, ha existido en la historia prácticas de ese tipo. Ya hemos visto como muchas veces se las ha relatado como parte del primitivismo, presuponiendo que la forma organizada, mecánica y brutal de la cárcel, es la forma civilizada de organizar el poder penal. Pero la Criminología, gracias a Melossi, Pavarini, Baratta y otros, nos ha mostrado con creces el carácter ideológico de esa presentación histórica. No obstante, cuando relatamos el mismo proceso desde el derecho penal o procesa penal, solemos caer en el mismo vicio. Lo importante a destacar es que las prácticas conciliatorias en la justicia penal hunden sus raíces en milenios de actuación, nunca han desaparecido y es esa tradición lo que hoy nos permite volver a dar centralidad al proceso compositivo.

No es correcto que ese modo informal y arbitrario constituya el funcionamiento ordinario de la justicia penal. Cuando ella arriba a una solución de mayor calidad y menos violencia, no tiene que ocultarlo bajo frases huecas o administrativas: se trata, antes bien, de un éxito de esa justicia que debe ser resaltado como parte central de su buen desempeño. Pero el derecho procesal penal ha sido ciego a estas prácticas y ha preferido afincarse en un irreal o inexistente principio de obligatoriedad, antes que destacar, orientar e investigar esas prácticas positivas y de mayor calidad, o las ha arrinconado en un sistema de ejercicio de la pretensión civil que nunca ha tenido mucha fuerza, porque ha sido pensado como una excepción que debe ser desalentada, antes que una práctica de calidad y central dentro de la justicia penal. Esa situación debe ser revertida a la hora de construir un saber para los nuevos sistemas acusatorios. Los abogados y demás operadores judiciales ocuparán una parte importante de su tiempo en el mundo del proceso compositivo<sup>3</sup> y por ello debe existir todo un cuerpo de doctrina

---

<sup>3</sup> Debe quedar claro, aunque ya lo hemos señalado, que compositivo no significa lo mismo que negociación, aunque el proceso compositivo tiene un gran y central elemento de negociación. En los procedimientos abreviados, en algunas formas de suspensión a prueba, y aún en el juicio de conocimiento, pueden existir muchos momentos de negociación, pero ello no los acerca al proceso compositivo, que se caracteriza, antes que nada, por la relación entre el acuerdo de las partes y el *tipo de salida reparatoria, en sentido amplio*. La negociación sobre la pena, propia de los procedimientos abreviados, no forma parte del proceso compositivo. Se trata de casos de renuncia al derecho al juicio previo, con todas las luces y sombras que tiene esa práctica y que hoy constituye un punto de especial y justificada crítica en el desarrollo de todos los sistemas adversariales, incluso los de los países desarrollados (críticas al plea bargaining, como práctica extendida, que anula en los hechos el juicio oral). Lo mismo vale para las críticas al uso extensivo y abusivo del uso de arrepentidos, etc. Todos estos problemas reales y graves no son propios del proceso compositivo, que tiene otros problemas propios. A veces el uso del concepto de

que sirva a la jurisprudencia y a la práctica de esos operadores. Ese es nuestro objetivo con la “teoría del proceso compositivo”. Ello en el contexto de una sociedad compleja, que necesita aumentar sus mecanismos de gestión de la conflictividad, tanto para aumentar la confianza entre los ciudadanos, como para reducir los riesgos de la vida social: ambas formas particulares de la gran tarea de contribuir a la pacificación social. Esos objetivos no se pueden lograr con las viejas reglas y conceptos del proceso mixto napoleónico, que constituyen aún, de un modo acrítico, la base teórica común del derecho procesal penal. Creo que hemos planteado con claridad en otras obras, que la superación de ese modelo teórico es una condición necesaria para el correcto funcionamiento y, más aún, para el mejoramiento de los nuevos sistemas acusatorios, que recién comienzan a implementarse en nuestra región. En particular, esa superación es mucho más evidente en el caso de las relaciones entre las diversas soluciones reparatorias (en sentido amplio) o de baja punición (que se acercan a la lógica reparatoria) y la aplicación pura y simple de la violencia carcelaria. Es esa necesidad de superación del viejo marco teórico lo que nos lleva a comenzar por la indagación del fundamento del proceso compositivo, dado que en el viejo modelo mixto-napoleónico, *se da por supuesto la superioridad (en términos de necesidades sociales) de la respuesta estrictamente punitiva*, por más que se deje un estrecho margen para la reparación civil, siempre sospechada -en ese esquema teórico-político- de venganza particular o de introducción de intereses crematísticos, como si la víctima fuera una persona que quiere hacer “negocio” con su dolor y extorsionar al ofensor. Esa perspectiva ***debe ser abandonada de un modo radical***, si queremos comprender el fundamento de las nuevas políticas de diversificación de respuestas de los nuevos sistemas adversariales, que constituye una de las características más importantes de la renovación de la legislación procesal que se ha producido en las últimas dos décadas. No es posible seguir sosteniendo doctrinas que se sustentan en visiones parciales del funcionamiento de la justicia penal. Así como no es admisible un

---

“salidas alternativas” para referirse a todo modo de terminación distinto a la sentencia obtenido en un juicio oral, provoca confusión ya que no conforman una misma categoría la aplicación de la suspensión a prueba en base a instrucciones reparatorias o análogas, con la sentencia impuesta sin un juicio, mediante una negociación. En realidad, *sería conveniente no utilizar más la frase “salidas alternativas”* porque es pobre para expresar la complejidad de respuestas de la justicia penal y menos aún sirve para expresar la importancia que debemos darle al proceso compositivo, como uno de los dos modos de funcionamiento de la justicia penal. Si se mantiene el uso de “salidas alternativas” debe ser circunscripto a las respuestas distintas a la imposición de una pena, en particular de cárcel, para destacar que se trata de una respuesta con capacidad de solucionar el conflicto. La pena de prisión impuesta en un procedimiento abreviado no constituye una “salida alternativa” en el sentido que aquí proponemos.

derecho criminal que se desentienda del fenómeno de la selectividad y la ilegalidad del sistema penal, tampoco es admisible -y en este caso es más notorio aún el uso ideológico- seguir hablando de un derecho penal que no da cuenta de la sostenida práctica conciliatoria que se produce en esos sistemas penales.

En el esquema teórico inquisitorial y, con más claridad aún en el corpus teórico del sistema mixto, la reparación, adjetivada como civil, es una respuesta secundaria del sistema penal, no siempre dicho con claridad, pero en el fondo de menor calidad, porque estaría al servicio de la satisfacción de intereses económicos, y no al servicio de la restauración del orden legal o moral, fin propio de los sistemas infraccionales, conceptuado como algo superior a la reparación del daño. Más adelante analizaremos con mayores detalles las relaciones entre las dos acciones, pero cabe ahora mostrar como esa afirmación, sostenida por nuestra doctrina de un modo apodíctico, necesitaría ser matizada incluso en sus orígenes históricos. Para un autor clásico como Faustin Helie era necesario realizar esa indagación para poder mostrar lo tradicional y lo nuevo del modelo napoleónico. Él expresa, en primer lugar, la fórmula clásica: “toda infracción calificada por la ley como crimen, delito o contravención hace nacer dos acciones: *la acción pública y la acción civil*”. Nótese que la contraposición es entre acción civil (entendida como privada) y acción pública, no acción penal. Y el discernimiento de ambas acciones no le resultaba evidente porque se trataba de construir un nuevo modelo para ese entonces; saber que era la acción pública y la civil, cuáles eran sus características intrínsecas y distintivas, las fuentes de donde cada una de ellas emana y cuales sus finalidades, necesitaba una indagación previa y una exposición general antes de analizarlas en el detalle. Para ello, debe recurrir a la historia de la aparición de la acción pública, *que se distingue por el sujeto (los ciudadanos, luego los funcionarios) antes que, por el objeto*. Lo primero que nos muestra la historia es que la acción privada (civil) era el modo ordinario y la acción pública era de carácter excepcional. En el modo ordinario las partes podían realizar cualquier transacción que llevara a aplacar el conflicto; en los casos de la acción pública (antes que nada, como hemos visto, popular) esa transacción ya no puede tener lugar. Pero esta práctica no era necesariamente alternativa, sino que el juez podía ser accionado tanto por una como por otra, dado que la acción pública no desplazaba la acusación privada.

Los trabajos que confluirán en el Código de Instrucción Criminal Francés napoleónico se proyectan sobre esta base histórica que gira, en gran medida, alrededor del discernimiento de las relaciones entre esos dos tipos de participación. Faustin Helie relata de un modo minucioso las distintas opiniones que, en esos años formativos de la nueva legislación criminal, buscaban establecer el orden de prioridades entre los funcionarios encargados de la persecución penal (y quien los nombraba, si el rey o el pueblo) y los particulares lesionados<sup>4</sup>. Finalmente se llega a una mixtura que permite todas las participaciones (incluso, aunque acotada, la de los propios jueces) de un modo paralelo y permanente. El abandono del esquema regla/excepción (donde históricamente la acción pública ocupaba el lugar de la excepción) por un modelo de acciones todas ordinarias y en paralelo, hace nacer la necesidad de una distinción conceptual de las finalidades de cada una, lo que antes no era necesario. Es decir, la diferenciación de los objetos de las acciones es una necesidad que aparece con las decisiones propias del modelo napoleónico. En base a este nuevo esquema, nos dice Faustin Helie, tres intereses acompañan a esas acciones: el interés social en el castigo; el interés moral de la justicia y el interés privado. La necesidad de un deslinde preciso, ante la concurrencia de acciones, hace que aparezca ahora la identificación entre interés privado y reparación del daño. La pública, nos dice el autor citado, persigue el castigo del culpable y la aplicación de una pena; la otra la reparación pecuniaria del delito, el pago de una indemnización. Sin embargo, en el esquema del modelo napoleónico la distinción no es tan tajante como

---

<sup>4</sup> Encontramos esa indagación histórica en Faustin Helie, pero ya los primeros comentaristas francés asumen el esquema del Código de Instrucción Criminal de 1808 y lo desarrollan sin mayor indagación. Así Rauter (1836) o Trebutiën (1854); ya Lefort señala con claridad que la división de las acciones ya no tiene que ver con la antigua división entre delitos públicos y privados, sino entre infracción al orden público y daño privado. Le Sellyer todavía utiliza la división de acción pública, acción privada, y señala que esta última se denomina acción civil, por la limitación que tiene en su objeto. Ya con los primeros tratados franceses se consolida, como una particularidad del proceso penal francés, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal y una *división de funciones* que modifica la vieja relación entre delitos públicos y privados. Si todo delito (crimen o contravención) es una infracción al orden público, es decir, si todo delito es público, la derivación natural debería haber sido la exclusión total de los damnificados del proceso penal, pero ello era contrario a una larga tradición germánica, que había subsistido en las leyes inquisitoriales (1670). De allí que el modo de compatibilizar el modelo infraccional con la práctica antigua de participación de la víctima termino en el modelo de ejercicio conjunto de la acción civil en el proceso penal y en la separación de objetos entre la acción civil y la penal, nueva forma de referirse a lo que antes era acción pública (delitos públicos) y acción privada (delitos privados). Vemos, pues, que contrariamente a lo que luego se ha entendido, el modelo francés se preocupa por no separar totalmente a la víctima, como concesión a sus viejas tradiciones. Esta es otra de las mixturas propias del modelo napoleónico, pero luego la práctica ha hecho que la acción pública (ahora penal) se tragara totalmente a la víctima. Los nuevos modelos acusatorios/adversariales vuelven a plantear de raíz del problema político-criminal de la división de tareas dentro del proceso penal, bajo parámetros distintos a los napoleónicos, pero con igual preocupación político-criminal. Es decir, no es un problema conceptual.



luego las prácticas inquisitoriales en América Latina configuraron nuestros sistemas mixtos. La acción pública no se ocupa sino del interés social, respecto del cual ella es el órgano; pero ella no puede perder enteramente de vista el interés particular del que también se ocupa la persecución penal. La búsqueda de la satisfacción del interés social se hace sin perder de vista el interés particular, ya que ambos concurren en la misma persecución. Hay un interés común que vincula a ambas acciones: ya que finalmente tienen un objetivo común, *la reparación completa del mal causado por la infracción*. Este objetivo común proviene de una larga historia en la que ambas acciones estuvieron confundidas hasta que la práctica judicial del siglo XVI comienza a separarlas. Vemos pues que la conceptualización realizada por el comentarista del Código de Instrucción Criminal francés reconoce que se trata de conjugar dos intereses que han estado presentes siempre en el funcionamiento de la justicia penal, y que la contraposición central es entre acción pública y acción privada y que el nombre de acción civil proviene de la contraposición a “público”. Finalmente, que ambas concurren en una idea general de reparación completa que conjuga ambas dimensiones. Lo que se consolida, con este potente aparato clasificatorio -luego distorsionado en el desarrollo del derecho procesal- es que todo lo que tiene que ver con el castigo y la pena es propio de la acción pública (que luego deviene en su nombre en penal) y todo lo relativo a la reparación pecuniaria del daño, es propio de la acción civil (privada), ya que el interés privado no debía superponerse con el interés social gestionado por la acción pública. Este esquema, potente y simple, hace rato que no se corresponde con el funcionamiento de nuestros modelos mixtos, que tanto permiten (o permitían) el ejercicio de la acción penal en base al interés de la víctima (querellante conjunto) y con el objetivo de procurar la pena antes que buscar la reparación de los daños, como son totalmente reacios a toda participación del querellante, incluso, en los hechos, reacios a la reparación civil. Pero lo que debe quedar claro es que la separación entre acción penal, preocupada por la pena, y acción civil, preocupada por la reparación civil es una derivación posterior que no se corresponde con el modelo francés originario y sus preocupaciones, ya que en ese entonces, el tema central era el deslinde entre la participación de funcionarios (acción pública) y privados (acción civil) no el objeto de la acción, ya que ambas se debían preocupar de la reparación completa del daño sufrido por el delito. El énfasis puesto por los funcionarios en el simple castigo (lo que le interesaba principalmente al Estado) y la

dificultad de los privados de competir con esos funcionarios, fue cambiando el eje, en la misma medida que avanza la completa estatización de la justicia penal, de tal manera que lo que hacen los funcionarios es con exclusividad buscar la aplicación de la pena (acción penal pública) y el margen que le queda a los particulares es buscar la reparación del daño (acción civil resarcitoria en el proceso penal). Pero este esquema ni es el originario ni hunde sus raíces en la historia; es apenas una evolución del creciente monopolio de los funcionarios del Estado en la persecución penal, propio del siglo XIX y que se acrecienta con la recepción alemana de la legislación francesa, recepción que acentúa los caracteres inquisitivos del sistema mixto.

Fue, entonces, a partir de esas diferenciaciones de grados de participación de los sujetos oficiales y particulares en el proceso, que se construye una tajante división entre reparación y pena, como si se tratara de respuestas separadas por un abismo. De ese modo, la aplicación de una pena no le daría satisfacción a un interés privado, y la reparación civil no cumpliría otros fines que satisfacer intereses privados, a través generalmente de formas indemnizatorias. Este esquema, como hemos señalado, no es tampoco el original del sistema francés, pero es el que fue reinterpretado o rediseñado por buena parte de la doctrina con posteridad, en base a las sucesivas alteraciones de los modelos mixtos, por influencia alemana o italiana. Este modo de entender el problema está muy alejado de las prácticas de los nuevos sistemas adversariales, fundados en relaciones mucho más fluidas entre la pena y la reparación, pero tampoco tiene relación con el desarrollo histórico de esas relaciones y, menos aún, expresa con claridad las prácticas reales del sistema. Ha sido un sistema clasificatorio de la doctrina, fundado en un esquema simple, pero endeble, que se ha repetido de un modo muy acrítico por la enseñanza universitaria. Tras ello se encuentra un problema que es recurrente, pero tan básico, que no conviene perderlo nunca de vista. Una forma de ver el problema se da cuando lo que importa es la infracción y otra muy diferente cuando el eje gira alrededor del conflicto y el daño. En esta perspectiva, más allá de los nombres de las acciones, *la idea de reparación completa* es la que se constituye en el eje de todo el sistema. Y todas las respuestas que realiza la justicia penal constituyen diversos modos de conjugar las *diversas dimensiones de esa reparación completa, donde los intereses públicos y privados, en sus muchas variantes, se pueden ver satisfechos por las distintas dimensiones de esa reparación o por los muy amplios modos de combinar esas*

*dimensiones. No se puede seguir sosteniendo que la pena repara el interés público y la reparación civil el interés privado.* Ni es así el funcionamiento real de la justicia penal, ni debería serlo, ni de ese modo responden las distintas expectativas sociales. Discernir estas relaciones, bajo parámetros de comprensión nuevos, constituye un paso necesario para poder fijar con claridad la preminencia y el alcance del proceso compositivo respecto del juicio de conocimiento y para comprender las complejas formas de desarrollo de la política criminal en la sociedad democrática moderna.

Esta separación político-conceptual, antes que práctica, que se produce desde la Revolución Francesa hasta el sistema mixto napoleónico, no evolucionó necesariamente hacia una separación más completa y precisa, pero tampoco provocó un acercamiento que permitiera romper con esa separación, dejando todo en la zona gris de la que nos hablan Manzini u Oderigo. Por lo menos en el desarrollo de la doctrina y legislación francesa, tan influyente en este campo, todavía hoy podemos encontrar una distinción bastante nítida entre ambos tipos de responsabilidad, que no necesariamente significa distinción clara y distinta en el plano del ejercicio de las pretensiones. En primer lugar, desde mediados del siglo pasado, mientras la responsabilidad civil va evolucionando hacia criterios más objetivos de culpa, con la intención de hacerse cargo de los aumentos de riesgos y nuevas formas de daños, la responsabilidad penal, empujada por el positivismo criminológico, comienza un avance en sentido contrario, preocupada por la subjetividad y la persona del delincuente. No obstante, fue ese mismo positivismo, como hemos visto, el que propuso el acercamiento más estrecho entre la reparación civil y las respuestas penales, entendidas ahora como una respuesta integral y completa al fenómeno criminal. Sin embargo, poco a poco, esas distancias se fueron acortando, en la medida que las “relaciones” entre la responsabilidad civil y penal o, dicho de otra manera, la “influencia” de las decisiones penales sobre el juicio civil comenzaron a desarrollarse. Por otra parte, paradójicamente, en la medida que el propio positivismo criminológico, a la vez que se acercaba a la persona del delincuente, objetaba el fundamento moral de la responsabilidad penal, fundado en el libre arbitrio, comenzó a abrir paso a formas de “responsabilidad objetiva” fundada en razones de “defensa social”. La preocupación por la prevención de daños ha constituido desde entonces una gran tentación para el derecho penal y una tendencia poderosa para la responsabilidad civil. El alejamiento de la idea de “responsabilidad moral”, aún sin quererlo, ni asumirlo como consecuencia necesaria,

abrió las puertas hacia formas comunes de responsabilidad objetiva. Pero lo cierto es que en casi todos los nuevos “temas” del derecho penal, existen mecanismos civiles o administrativos que actúan en paralelo o por detrás. El punto de discusión se centraría, entonces, en la necesidad de hacer retroceder al derecho penal de su preocupación hacia esas nuevas formas de daños (esta es la opinión, no siempre tan clara, por cierto, de Zaffaroni), pero ello empuja a la política criminal hacia sus temas clásicos, es decir, la protección de la propiedad privada, los daños corporales y las agresiones sexuales. Por otra parte, en el caso de nuestra región, una política de tal tipo dejaría a los daños más graves de la sociedad en manos de sistemas u obsoletos o mucho más cercanos a los gobiernos y por lo tanto sensibles a la influencia de infractores poderosos y con capacidad de negociación en el plano político. Por ello, el que se ocupe la justicia penal de mucho de esos casos, no significa, necesariamente, la aplicación de los mismos métodos y las mismas reglas, que se utilizan para los casos de responsabilidad subjetiva inherente a la responsabilidad humana en el campo penal. Este es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad de las personas jurídicas. No deja de ser impropio hablar de responsabilidad penal de esas personas, salvo que con ello lo que queremos decir es que la investigación y juzgamiento se realizará en el ámbito de la justicia penal, porque ellas son utilizadas como instrumentos, por seres humanos que se esconden tras ellas, para causar graves daños. Pero lo cierto es que este paralelismo que se puede percibir entre los dos sistemas de responsabilidad nos obliga a pensar nuevas formas de trabajo en el marco de la justicia penal. Este paralelismo se acrecienta cuando observamos el nuevo arsenal de respuestas que hoy maneja la justicia penal. Nos dice Viney: “la solidaridad de los dos tipos de responsabilidad es igualmente ilustrada por la aparición de *sanciones intermedias*, las unas aplicadas por las jurisdicciones represivas como consecuencia de infracciones, pero con un alcance reparatorio e indemnizatorio evidente, mientras que las otras son pronunciadas por jurisdicciones civiles por hechos que no son necesariamente susceptibles de sanciones penales y sin embargo presentan el carácter de verdaderas “penas privadas”. Es evidente que instituciones como las multas calculadas según el daño, las multas a favor de la víctima, la recuperación de activos ilícitos, etc., son sanciones, pero a la vez cumplen una evidente función reparatoria. Es precisamente el ámbito de la aplicación de muchas esas penas, en la etapa preparatoria (suspensión a prueba, etc.) lo que muestra que la *confluencia de finalidades y funciones entre la*

*reparación y este tipo de penas obliga a estudiar el proceso penal desde esta perspectiva.*

La coordinación y separación conceptual pensada por el modelo francés originario, hoy ya no existe ni es necesaria, y por ello es ineficiente que sigamos pensando este tema bajo los parámetros conceptuales que se construyeron para explicar y hacer funcionar un tipo de relación ya superada. Pensemos, además, en todos los casos en que la aplicación de esas penas o, incluso, la concesión de beneficios o atenuantes está subordinada a la idea de reparación civil. El modo como continuará esta relación se encuentra abierto a futuras evoluciones, que no necesariamente demos analizar con los patrones del pasado, pero que, sin duda, como la ha caracterizado una parte de la doctrina, “sus fronteras aparecen hoy como inestables”. “¿Es decir, entonces, que nos encaminamos después de un paréntesis de dos siglos, hacia un retorno a la confusión original de lo civil y de lo penal? Una tal eventualidad nos parece radicalmente excluida, no solamente porque el acercamiento al cual nosotros asistimos no amenaza de ninguna manera el logro esencial de la evolución que ha precedido a la redacción de los códigos, sino también porque existe un factor nuevo que no hace sino alejar sin cesar las dos instituciones: se trata del desarrollo del seguro de responsabilidades (...) Se asiste hoy, por el hecho de la extensión del seguro de responsabilidad civil, a una nueva distribución de las cartas entre responsabilidad civil y responsabilidad penal (Viney). En nuestra forma de tratar el tema, es decir, el mantenimiento de las características centrales de la responsabilidad personal para lo que es estrictamente penal, es decir, el mantenimiento de un *sistema de garantías específico para la responsabilidad penal de las personas humanas*, pero a la vez acentuar el sentido de una *respuesta integral al conflicto*, que puede o, en ciertos casos, debe darse, en el marco de la justicia penal, esa confusión (que nosotros llamamos *confluencia*) no parece imposible ni tan grave, siempre que se mantenga claridad acerca de los *distintos sistemas de garantías aplicables a cada caso*. Pero también será necesario modificar radicalmente el modo como las empresas de seguros participan en la justicia penal, en particular en el proceso compositivo. Este punto, que veremos luego con mayor extensión, puede ser de vital importancia para un fortalecimiento de las prácticas compositivas y no sólo en el ámbito de los delitos de tránsito, aunque ese sólo fenómeno ya nos indica la importancia de este tema. Para mejorar la capacidad de gestión de la conflictividad de la totalidad del sistema, es necesario, a nuestro juicio, borrar las fronteras que a veces actúan como verdaderas aduanas, al decir del Ferri. Fronteras

teórico-académicas, prácticas, de rituales, de “tribus”, es decir, de fenómenos que no son inherentes al tema en sí mismo y menos aún a las necesidades sociales. Romper fronteras no significa volverse confuso y navegar “cómodo” en las zonas grises; al contrario, se trata de fortalecer el análisis preciso para que dentro del mismo espacio institucional (la justicia penal) se puedan gestionar casos distintos, con respuestas diversificadas, sin perder de vista precisamente que la diversidad de respuestas nos obliga a ser mucho más precisos en la consideración de todos los elementos del conflicto y a separar con nitidez las distintas dimensiones en juego.

Pero lo dicho anteriormente nos lleva a un problema de no fácil resolución. Si la pena, entendida primordialmente como aplicación de instrumentos violentos (la cárcel) es una de las respuestas de la justicia penal, ¿en qué sentido forma parte de la idea de reparación completa? O si lo hace, ¿lo hace en todos los casos, o sólo cuando tienen ciertas características? En sentido inverso, la reparación debe tener también la capacidad de reparar intereses colectivos y hasta el interés general de la sociedad o de la humanidad y hemos visto que progresivamente se le asigna a toda reparación una función preventiva de tipo social. Uno de esos temas es un clásico: ¿la aplicación de violencia por parte del Estado puede ser considerada una reparación? El otro tema no es antiguo, pero también ha movido a reflexiones consolidadas: ¿la reparación del daño satisface intereses colectivos, además del interés concreto dañado? Y cuando lo hace, eso la convierte en una “pena”. Pareciera que estamos atrapados en modos de encarar el problema que nos llevan en círculos siempre hacia las mismas respuestas, aun cuando sean insatisfactorias. Tradicionalmente una de las finalidades que reconoce la teoría de la pena es la retributiva. Ya hemos criticado el modo como las llamadas “teorías de la pena” encarar este asunto. Pero lo cierto es que desde antiguo se señala que el castigo violento es aplicado como retribución a un daño causado. ¿Tiene alguna relación ese concepto con la idea de reparación? Un tema viejo que debemos repasar.

Es importante no continuar con reflexiones en el ámbito penal y en el ámbito civil como si fueran *compartimientos estancos*. Tanto las distintas formas de reparación civil, como la aplicación de respuestas violentas, de tipo carcelario o equivalente, son parte de la política de intervención en los conflictos y, en ambos casos, tanto buscan cumplir *finalidades sociales* como responder a la *justicia del caso*. Quizás se esclareciera un poco más la cuestión, si dejásemos de utilizar la palabra “reparación”, y la remplazásemos de

un modo completo por la idea de *compensación por el daño sufrido*, aunque ello no sea tan sencillo, dado el uso extendido de la palabra reparación, y su parcial solapamiento con la palabra compensación. Cuando lo que buscamos es la realización de alguna finalidad social, como un fin trascendente al caso mismo, la idea de compensación o reparación es poco útil y en exceso metafórica, para referirnos a los efectos sociales que se quieren lograr, ya sea con la aplicación de una pena o de una respuesta indemnizatoria. Por otra parte, cuando nos referimos a la justicia del caso concreto, la idea de compensación, sin duda es clara cuando se trata de recibir un bien en sustitución de los que se perdieron por la acción dañosa, y es menos clara (aunque más entendible que la idea de reparación) cuando se trata de compensar a la víctima que perdió un bien (por ejemplo, la vida de un familiar cercano o un daño en su cuerpo) aplicándole una pena de cárcel al autor de ese delito. Es decir, compensar no es sinónimo de reparar, aunque también haga referencia a alguna forma de equivalencia.

En el ámbito de la teoría de la reparación civil existen reflexiones profundas sobre el fundamento de la obligación de reparar y sobre la idea misma de compensación, que son generalmente ignoradas por los teóricos del derecho penal, tan acostumbrados a pensar que esa rama existe aislada en el universo de las prácticas judiciales, y no forma un continuo con todas las otras dimensiones de la administración de justicia. Según Fabra Zamora, existen dos grandes grupos de reflexiones filosófico-jurídicas en el ámbito del fundamento de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, las perspectivas fundadas en un análisis económico del Derecho (Posner, Calabresi, Shavell, Kaplow, Acciarri, Irigoyen, Coloma, etc.) y, por el otro, las que buscan el fundamento en teorías morales o en la justicia correctiva (Fletcher, Coleman, Honoré, Weinrib, Rosenkrantz, Papayannis, Suarez, etc.). Según las primeras, todo el sistema de responsabilidad civil se funda en la idea de maximizar la eficiencia social, entendida ésta como la capacidad de generar riqueza (bienes) o facilitar la existencia de las instituciones que los crean y distribuyen. Para los segundos, esa visión deja afuera el fundamento de las decisiones de casos concretos, en los que todo gira, finalmente, en la idea de que la acción incorrecta que causa un daño debe compensar esos daños, y no alcanza con una regla de utilidad social, sino que además deben existir razones de equidad o justicia. Por eso se califica también a estos dos tipos de doctrinas en “instrumentales” o “no instrumentales”. Desde la visión “económica” -que según Posner es la lógica que subyace a las reglas jurídicas- “la

responsabilidad extracontractual, entendida en términos económicos, también maximiza la riqueza social. Pero esta búsqueda de la eficiencia en el derecho de daños se hace de una forma negativa: *minimizando* los costos de los accidentes, y el costo de evitarlos. Este es el gran punto de acuerdo de los teóricos del análisis económico, quienes sostienen que mediante la minimización de los recursos sociales que se utilizan en el pago de compensaciones se optimiza el aprovechamiento de estos recursos y así se incrementa la felicidad colectiva y el bienestar general. Para lograr este cometido, en términos generales, se busca “disuadir” (*deter*) a los actores particulares de que no generen actividades que causen accidentes y se promueven incentivos para que los particulares tomen precauciones y tengan en cuenta los costos que se imponen a otro (Fabra Zamora). Esta concepción económica es objetada por múltiples argumentos, que van desde su concepción política (conservadora y favorecedora de los ricos), por la debilidad de sus fundamentos filosóficos y porque es indiferente a la relevancia moral de las acciones (Rosenkrantz). Para algunos de los teóricos de la justicia correctiva, ella puede servir para los legisladores o los reguladores administrativos, pero no para los jueces y litigantes. ¿Corrige estos problemas la simple afirmación de una regla de equidad o justicia, según la cual toda persona tiene derecho a ser compensada por las pérdidas ilícitas que sufre, que deben ser anuladas, eliminadas? Pareciera que no, porque se trata de fundamentos que se encuentran en distintos niveles. A la pregunta acerca de cuál es la razón por la que es necesario construir un sistema social de reparación, fundado en una determinada política pública, no se lo puede responder simplemente diciendo que es justo, debe existir alguna otra razón para construir y dar prioridad a ese sistema público o que involucra a entidades públicas. A la pregunta acerca de si una persona en particular debe quedar sometida exclusivamente a ese sistema social o público, sin importar las razones de justicia de su situación en particular, también le contestaríamos que no, salvo que ese sistema público sea lo suficientemente amplio como para garantizar una razonable aproximación a la justicia de su caso. La creación de un sistema completo que conjugue ambas dimensiones es problemática y, posiblemente, nunca realizable en su totalidad; por eso la necesidad de que coexistan siempre ambos tipos de fundamentos, sin que ello signifique necesariamente que se deba construir una fundamentación mixta, dado que, como dijimos, son dos planos diferentes. Nos hemos detenido brevemente en dejar constancia de estas discusiones para poder demostrar que todo el sistema de



responsabilidad civil no puede ser visto como el propio del “mundo privado” frente a un derecho penal que se ocupa de los intereses públicos. Esa visión equivocada es la que ha llevado a la exageración de la presencia de lo penal y a su permanente interferencia en el sistema de responsabilidad civil y, por otra parte, también ha generado un uso débil socialmente de los instrumentos de reparación, en el ámbito de la justicia civil. Esta separación artificial de los problemas de uno y otro sistema de responsabilidad ha provocado, finalmente, el debilitamiento de ambas dimensiones, tanto la vinculada con la responsabilidad comunitaria y sus objetivos sociales (sean estos la producción de riqueza, la igualdad o la pacificación) como la vinculada al caso concreto, donde se vuelven más claras las razones de justicia. El marco teórico del proceso compositivo de los nuevos sistemas acusatorios/adversariales debe nutrirse de estas reflexiones ya que es un campo privilegiado para la aplicación de formas de responsabilidad tanto subjetivas como objetivas, pero vinculadas a los nuevos riesgos sociales. Al mismo tiempo debe servir para romper fronteras entre la filosofía de la responsabilidad civil y la penal. Nos facilita esta tarea la comprensión del sistema de compensaciones sociales como un todo, como una compleja institución social que abarca distintas dimensiones, no sólo jurídicas sino también morales y culturales.

Lo determinante es que la vida social o, en nuestra terminología, la gestión de los conflictos inherentes a la vida social reclama un *sistema de compensaciones*. Tal sistema se funda en razones instrumentales de tipo general (asegurar la paz social, facilitar los intercambios, disminuir los riesgos, asegurar la fuerza de ciertas reglas básicas, proteger a los más débiles, etc.) así como en razones aplicables a los casos concretos, en los que la idea de justicia correctiva se basa, principalmente, en funciones compensatorias de ganancias y pérdidas. Las relaciones entre ambos niveles de fundamentación no son simples y lineales como hemos visto en el punto anterior y dependerá de las diversas áreas de la vida social el modo como se produzcan combinaciones que reclamen fundamentaciones que transiten ambos andariveles. Por ejemplo, en algunos de ellas, admitiríamos formas tarifadas de compensación y en otras no; en algunas de ellas, admitiríamos que la culpa debe cumplir alguna función y en otras no: no creo que se pueda resolver esta relación de un modo general, aplicable a todas las áreas de la vida social. No obstante, nos parece muy importante destacar que el sistema compensatorio en su conjunto cumple funciones sociales, no se trata solamente de un conjunto de reglas

vinculadas a la justicia del caso. Tanto quienes han reflexionado sobre estos temas desde el derecho penal, como desde la responsabilidad civil, estarían de acuerdo en las ineludibles dimensiones sociales de ese sistema como respuesta a un problema general de la sociedad. En definitiva, *la pena (de cárcel) y la reparación civil forman parte de un único sistema compensatorio general, más amplio, que las incluye a las dos*. Un sistema que debe ser diseñado como una política general de la sociedad (gestión de conflictos) o que, desde otra perspectiva, forma parte de una *institución general de la sociedad*. Dada tal generalidad, su principal fundamentación debe trascender el caso individual; solo pueden ser de tipo instrumental, tal como ocurre con toda política pública, sin que ello significa “sacrificar” los valores de justicia o equidad inherentes a una situación o caso concreto. Al ser una fundamentación de esa clase, deberá tener en cuenta algún valor social que se debe alcanzar al máximo posible, sea éste la pacificación de la vida comunitaria, la acumulación de bienes y riqueza, el sostenimiento de reglas de igualdad o la práctica de permanente igualación de los grupos o individuos desventajados, o, finalmente, combinaciones complejas de diversos valores sociales, como suele ocurrir en las democracias. Claro está que el sistema de compensación general se expresará luego en casos particulares: muchos de ellos se armonizarán con la política general y, por lo tanto, no requerirán de una fundamentación adicional; pero otros no, “simplemente” porque se llegaría a una solución “injusta” para ese caso. Determinar cuándo se configura esa injusticia y cómo se construye una solución justa (o equitativa) requiere un análisis y una justificación diferente. Pero salvo que esas injusticias sean tantas o tan determinantes, que pongan en cuestión la fundamentación o el diseño del sistema general, ambas fundamentaciones (la general y la de las excepciones) no compiten, sino que son complementarias. Debemos destacar, además, que no es posible una fundamentación autónoma de los distintos segmentos del sistema general de compensaciones. Pueden existir reflexiones adicionales de por qué la cárcel o por qué tal tipo de compensación, pero siempre sobre la base de una fundamentación general y un tipo de reflexión holística. *No puede existir una indagación del fundamento del castigo por fuera de la respuesta a por qué debemos compensar los daños*.

La idea de que pena y reparación forman parte, finalmente, de un sistema único no es nueva. Soler sostiene que fue Merkel quien, llevado por la idea de la unidad del ilícito, concluye en la unidad de las consecuencias de la ilicitud. “La obligación de

indemnizar el daño *ex delicto*, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas, *sirven para el mismo fin que las penas* (Merkel)”. A la relación de la pena con las otras consecuencias jurídicas Merkel las llama de “íntimo parentesco” y le atribuye a ello el que “numerosas legislaciones atribuyan, con razón, a la indemnización o reparación (voluntariamente prestada) el significado de causa de aminoración de la pena en una multitud de especies de delitos” (...) Finalmente, se demuestra este parentesco por el hecho de que la fundamental y rigurosa separación que existe entre las cuestiones que se refieren, por un lado a la pena, y por el otro a la obligación de indemnizar y a las otras consecuencias jurídicas del delito, y la manera distinta como estas cuestiones son contestadas, no constituyen un elemento originario y primitivo del derecho, sino el resultado de su evolución histórica” (Merkel). De ello se debe extraer la conclusión, nos dice ese autor, de que no se puede considerar a la pena como la antítesis de las otras consecuencias jurídicas o que el ilícito que produce la reparación es la absoluta antítesis de delito. Es esta idea de unidad en el concepto de ilicitud y de continuo entre todas las compensaciones lo que hemos destacado en el texto. Desde otra perspectiva, y con otras implicancias ideológicas, el movimiento positivista en la Criminología también postuló la unidad de respuesta, como una necesidad de la defensa social. “No se diga que la reparación *civil* no es una responsabilidad *penal*, porque no veo diferencia alguna *real* entre el pago de una suma a título de multa y pago a título de reparación; pero sobre todo porque creo que existe error y ha existido hasta ahora en separar de una manera demasiado radical los medios civiles de los medios penales, toda vez que concurren junto a la defensa de la sociedad impidiendo determinadas acciones perjudiciales o peligrosas” ( Ferri) y es también Ferri quien trae a colación a Garófalo (1912), quien señala que “Según nuestra escuela, en muchos delitos, sobre todo en los delitos leves contra las personas, se podría útilmente reemplazar la pena de algunos días de prisión o de arresto con una reparación eficaz, una satisfacción dada al ofendido. La reparación de los daños podría llegar a ser un verdadero *equivalente de la pena*, si en lugar de considerarse, como hoy, una consecuencia legal, un derecho declarado que ha de hacerse valer según las reglas del procedimiento civil, se convierte en una obligación de la que no tuviera medio algo de sustraerse el culpable” (Ferri). Por una parte, es evidente que los positivistas consideran la *realización de la reparación civil como una función social* y considera Ferri que “el principio clásico de que la reparación de los daños causados por el delito es

una obligación puramente civil y privada del delincuente (como la que deriva del incumplimiento de un contrato cualquiera) y de que aquélla debe, por consiguiente, estar completamente separada de la condena penal, ha conducido al olvido completo de la reparación en la práctica judicial diaria. (...) En el campo de la teoría, para el derecho y para el procedimiento, gracias al bizantinismo acostumbrado de las barreras aduaneras científicas y la separación tan ilógica como absoluta entre el derecho penal y el derecho civil, ha ocurrido que los penalistas no se han ocupado de la reparación de los daños, dejándola a la competencia de los teóricos del derecho civil; y estos, a su vez, la han abandonado, en el caso del delito y para las garantías prácticas del procedimiento, considerándola como un accesorio de poca importancia, que hacía relación bastante más a la teóricos del derecho penal”. Estas palabras están escritas hace más de cien años y nos muestran como muchos debates centrales se han ido perdiendo bajo la primacía de otras discusiones técnicas insustanciales y de detalles. No es necesario recuperar la visión general del problema de los positivistas, para retomar la idea y el debate sobre las relaciones mucho más estrechas entre pena y reparación, tanto en el plano conceptual, como en el diseño, porque la práctica sigue necesitando una incorporación mucho más amplia y rica de todas las formas reparatorias frente al daño causado por el delito. Soler tiene una visión contraria, creo yo muy influenciada por su crítica general al positivismo y por el hecho de que no estaba previsto en nuestra legislación. “Pero -nos dice- la diferencia fundamental, que señala conceptualmente la profunda diversidad de funciones de ambos institutos, está en que la pena debe consistir en la disminución de un bien jurídico; su fin es retributivo; “debe causar una herida, mientras que la reparación de be curar otra, si es posible, sin causar una segunda (Binding)”. Pero en esta cita se oculta la base infraccional propia del pensamiento de Binding. La tendencia a ver la función social de la reparación ha sido la “que inspiró en esta materia el Proyecto del Código Penal Argentino de 1891, que trae como innovación en relación con el Proyecto de Carlos Tejedor y al Código Penal Argentino de 1886, vigente entonces, el principio consagrado en el artículo 47 de aquél, que establecía que "la condena penal trae aparejada la obligación de reparar el daño material y moral causado por el hecho punible a la víctima o a un tercero ... ". Fundando esta solución se expresaba en la Exposición de Motivos que acompañó el Proyecto; "Si el delito es un quebrantamiento del orden jurídico que debe hacerse cesar y repararse del modo más perfecto posible, es evidente que el poder social

debe procurar el restablecimiento del daño alterado, obligando al delincuente a resarcir todo el daño causado por la alteración. Una pena que sólo tienda a reparar el daño moral causado a la sociedad descuidando el resarcimiento del perjuicio real producido a la víctima del delito, no llena los objetos racionales de la penalidad ni justifica suficientemente el ejercicio del derecho de represión por el Estado ... Finalmente. la unidad y la lógica de la legislación exigen que el derecho penal rija todos los efectos del delito con sujeción a sus principios y para el mejor éxito de sus fines, como el derecho civil rige todos los efectos de los hechos civiles. El Proyecto Argentino de 1906 siguió la misma orientación que el anterior, y cuando fue estudiado por la Comisión del Senado se mantuvo el mismo criterio fundado en que la reparación del daño ante la jurisdicción criminal es de interés público. Así se llegó con igual concepto a la sanción del Código Penal actualmente vigente” Estas palabras de Bustamante Alsina, nos muestran cuánto hemos retrocedido en este campo. Sin embargo, existe una mutación importante en este tránsito ya que al sancionarse el actual Código Penal se suprimió el carácter obligatorio y de oficio de la fijación de los daños por el juez penal, aunque ese debate continuó por un largo tiempo. Para Soler ello es signo de las diferencias esenciales entre una y otra norma, pero esa conclusión es exagerada, ya que se trata sólo de un modo determinado del organizar la legislación (el Código Procesal Penal de Córdoba, que luego influirá en Costa Rica, por ejemplo, trata de resolver el mismo problema, mediante la delegación de la acción civil en el Ministerio Público).

Todo lo dicho hasta ahora vale para el sistema de compensación general. Dentro de él -como hemos visto- el uso de respuestas violentas como compensación debe tener una justificación adicional, en particular si, tal como lo hemos sostenido, la finalidad social que se debe maximizar es la paz comunitaria y todas las respuestas compensatorias, sean o no violentas, cumplen funciones de prevención general y *el conjunto de respuestas compensatorias debe ser visto como un continuo institucional*. El hecho de que así lo sea no implica que deba existir uniformidad de la consideración del problema o de la política. Al contrario, el ingreso de la violencia estatal a ese continuo (y la experiencia histórica sobre ello) nos permite diferenciar situaciones, según la *preeminencia o no de las respuestas violentas (en particular la carcelaria)* dado que ella arrastra o tiñe al conjunto de respuestas y lo lleva hacia conjuntos diferenciados de reglas, por ejemplo, el proceso compositivo o el juicio de conocimiento. Por ejemplo, la idea

de no “naturalizar” la respuesta penal, es decir, creer que bajo todo tiempo y lugar cierto conflictos reclaman necesariamente la aplicación de la cárcel (si lo puede necesitar por razones histórico-contingentes, de allí las necesidades político-criminales) o la idea de flexibilización, vinculada a las nuevas concepciones sobre la acción, que permiten construir soluciones diversificadas en el marco de la justicia penal, no sólo de la previsión legal anterior. En definitiva, la justicia penal se enfrenta a una gran variación de conflictos y tiene una batería de respuestas mucho más amplia de lo que solemos creer o de lo que doctrina suele analizar. *Entre la variedad de conflictos y la variedad de respuestas, se debe discernir cuando se aplica un tipo de reglas (composicionales) u otras (conocimiento). Ello es mucho más importante que una disquisición abstracta sobre la naturaleza de la pena o de la reparación civil, que no siempre nos lleva al mismo puerto y no nos permite organizar la justicia penal de un modo más útil para la sociedad. Las tensiones entre la visión unitaria que se expresa en la idea de un sistema general de compensaciones y la necesidad de construir respuestas diversificadas nos dan el marco de dificultad en el que se debe discernir las reglas de deslinde y funcionamiento de estos dos modos de funcionamiento de la justicia penal y nos marca el horizonte de un proyecto de trabajo teórico político para el futuro.*

No obstante, aún reconociendo esta característica de continuo institucional en la aplicación de respuestas, solemos utilizar conceptos diferentes para referirnos al fundamento de los distintos tipos de esas respuestas. Básicamente, hemos utilizado tres conceptos que necesitan ser aclarados, porque suelen ser utilizados concurrentemente. Uno es el que se expresa con la palabra “retribución”; el otro con la palabra “compensación” y el tercero el que expresamos con la palabra “reparación”. Sin embargo, esas tres palabras tienen matices significativos o deberíamos asignarle significados precisos para dar cuenta de realidades diferentes. En el lenguaje ordinario, según el DRAE, *retribución* es la recompensa o pago de algo; *reparación* es el desagravio o satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria y *compensar* consiste en igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra o, en su segunda acepción, dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado. En el lenguaje técnico jurídico todas estas palabras tienen un sentido más preciso, que no necesariamente coincide con el que le asigna el diccionario. La palabra retribución la utilizamos en el ámbito del derecho penal para referirnos a uno de

los fundamentos históricos de la pena. Sin embargo, la idea de retribución se ha utilizado históricamente como *medida*, tal como se lo utilizó en la idea de Talión o es utilizada como *fundamento*, al estilo kantiano. En el derecho penal moderno se utiliza la palabra *retribución en un sentido técnico complejo, bastante alejado de su significado ordinario*. Nos dice Jescheck: “La idea de retribución se apoya en *tres presupuestos inmanentes*. El primero es que la facultad del Estado de dar al culpable con la pena aquello que se merece, solo puede justificarse, si se reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente. El segundo presupuesto de la retribución es que exista culpabilidad y que esta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad. La idea de retribución supone en tercer lugar que, en principio, es posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad. Vemos, pues, que nos encontramos muy lejos del sentido simple de pagar o recompensar (en sentido negativo, se deberá entender), y ya se usa la idea de retribución en un sentido más lato preocupado por establecer todas las condiciones de la respuesta penal. No tan lejos se encontraba la idea del Talión mismo, porque él se presenta históricamente como una tarifa para el pago por el delito cometido. Por eso el uso de la palabra *retribución* conserva esa idea de medida, propio del avance de la idea de Talión, como principio de organización social. Desde el otro punto de vista, no puede escaparse de la impronta moralista que le impone Kant, en el sentido de precondition necesaria del principio de autonomía y libertad de un sujeto responsable. Pero ese principio moral no puede ser trasladado a la *acción política del Estado* (superioridad moral del Estado) porque ello implica una traspolación exagerada de principios morales al fundamento político, y porque, en última instancia, en los casos de inmoralidad manifiesta del Estado (cuando mantiene condiciones de desigualdad, por ejemplo) no se está tan claramente dispuesto a reconocer que la pena carece de fundamento. Si lo que se quiere decir con la idea de retribución es que se trata de *preservar el orden social*, entonces es un fundamento utilitario encubierto y poco tiene que ver la idea de pago o recompensa al autor del delito. La idea de retribución sí ha mantenido su carácter de medida, de tal manera que la respuesta penal sólo podrá ser proporcional al daño cometido por la acción realizada y ello es una derivación de la vieja idea de la proporcionalidad talional. *Esto nos provee de una limitación, más no una fundamentación*. El respetar esta medida ha sido el hilo conductor de la

institucionalización de las respuestas a los conflictos, como expresión de un Estado que se construye alrededor de la capacidad de gestionar e intervenir en la conflictividad, pero que, al mismo tiempo, ha generado el temor del abuso de ese poder. No olvidemos que, desde muy antiguo, los reyes eran tanto guerreros como jueces, como las dos caras de una misma moneda y, desde entonces, el uso de ese poder ha estado siempre vinculado a su abuso, como realidad histórica. Cuando afirmamos que “retribuimos” indicamos *un límite* a la idea de “responder” pero no nos dice con claridad la razón por la cual respondemos. Podemos, en consecuencia, utilizar la idea de retribución como medida, pero ella es tributaria de un concepto previo, tal como compensación retributiva o reparación retributiva, por más que el uso ha empujado a cierta indeterminación de los términos.

La idea de *compensación expresa con mayor claridad las funciones de todo el sistema de respuestas, incluso las violentas*. Además de las funciones generales e instrumentales, el sistema de respuestas debe tener capacidad de cumplir con *funciones compensatorias*. Es decir, cumplir alguna función respecto del conflicto mismo, aunque esa respuesta este integrada con las finalidades instrumentales. Compensar en un sentido que no debe confundirse con el de reparación, sino simplemente con el *de igualar (o algo aproximado a ello) en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra*. Por ejemplo, el encierro carcelario de una persona que ha matado a mi hijo no produce ningún efecto reparatorio en sentido estricto, pero no se puede decir que no compense en algo el tipo de sufrimiento que genera la pérdida de ese hijo. El sistema de compensaciones es necesario para gestionar la conflictividad y evitar que se instale el abuso de poder en los conflictos sociales o que la violencia se expanda (pacificación). No obstante, si el hecho de encerrar en una cárcel produce un efecto compensatorio sobre el dolor de las víctimas, es una *relación fáctica* que tiene que ver con el desarrollo histórico, social y cultural de una época y no necesariamente nos habla de una relación necesaria y en abstracto. De allí la ineludible historicidad de esta relación. Es perfectamente posible pensar en modelos compensatorios que no sean de ese tipo. Incluso podemos criticar que una víctima se sienta compensada por una medida de tal naturaleza, pero esa crítica no debe ser superficial o nos debe llevar a banalizar esa función compensatoria. Ahora bien, si bien el concepto de compensación se acerca, en su segunda acepción, a la idea de reparación, no debe ser confundida con ella. En la idea de reparación, debemos satisfacer el daño sufrido



por la ofensa. Y la definición misma nos habla de completitud, es decir, que reparar es hacer *desaparecer el daño sufrido, volver para atrás en el conflicto*. Vemos, pues, que ***encerrar a otro puede compensarnos, más no reparar el daño***. Dicho esto, tendremos en el sistema general de compensaciones, diferentes formas y grados; algunas de ellas con calidad reparatoria y otras no. Con las compensaciones reparatorias hacemos desaparecer el daño, mediante la satisfacción del agraviado; las compensaciones no reparatorias, compensan, igualan en sentido opuesto, con toda la dificultad que esa frase trae, pero no hacen desaparecer el daño. La idea de retribución sólo cumple funciones de medida, como expresión de la idea de proporcionalidad, y en ese sentido cumple funciones tanto respecto de una u otra forma de compensación, *pero no constituye el fundamento de ninguna de ellas. Los daños deben ser compensados (en un sentido reparatorio o no) para lograr alguna finalidad social, que es la única razón por la que se generan políticas públicas e instituciones políticas. La distinción central para nuestro propósito es la de compensaciones reparatorias y no reparatorias. La cárcel, como respuesta violenta, es una respuesta compensatoria no reparatoria. Para determinar el deslinde entre la aplicación del proceso compositivo y el juicio de conocimiento, esa es la distinción que nos es útil por el momento. Las compensaciones no reparatorias no pueden ser objeto de un proceso compositivo*. La idea de retribución no cumple papel en esta distinción. Ella nos habla de la “tarifa” (vieja institución histórica) y esa regla de proporción se aplica tanto a unas y otras formas de compensación, ya que tanto una pena de cárcel, como otras sanciones y también la indemnización civil debe respetar la idea de retribución, como derivación del principio de proporcionalidad. En ambos casos constituye una garantía, por más que no funcione del mismo modo en los dos tipos de proceso. Dado el carácter cultural, histórico y funcional de la violencia del Estado podemos saber hoy que la privación carcelaria no es una compensación reparatoria, en ninguno de los sentidos, ya que hemos visto que no soluciona el conflicto, sino que lo redefine y reinstala en la vida social bajo otros parámetros. Podrá ser útil o no, y ello es una larga discusión que se debe dar de un modo muy preciso y circunstanciado, en relación con los diferentes fenómenos criminales, pero no soluciona el conflicto, aunque sirva de compensación a la víctima o a la sociedad. No se puede decir lo mismo de otros tipos de penas, bajo ciertas circunstancias. Pena, castigo y violencia no deben ser equiparados automáticamente. Ciertos tipos de penas (trabajos comunitarios, ciertas

multas, etc., pueden acercarse a la idea de una compensación reparatoria y por lo tanto formar partes de las reglas del proceso compositivo. Sin duda no es posible construir un criterio matemático para resolver todos los casos. La guía final lo darán los principios de última ratio que giran alrededor de la economía de la violencia y esa economía se verifica en relación con condiciones sociales e institucionales determinadas, además de ciertos principios de tipo general o universal, propios de la perspectiva de derechos humanos. Debemos intentar, no obstante, definir con mayor precisión la idea de compensación reparatoria, para tratar de generar reglas más consolidadas como una de las tareas pendientes del amplio campo de una teoría del proceso compositivo que, como hemos insistido, debe proveer las ideas y los argumentos necesarios para expandir estas prácticas en el universo de la justicia penal. El desarrollo futuro de una justicia penal mucho más preocupada por la calidad de las respuestas que da a las peticiones ciudadanas nos obliga, también, a renovar la teorización sobre estos temas.