COMUNICACIÓN PRESENTADA AL
SEMINARIO INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL (XVI ED.)

ALTERNATIVAS AL CASTIGO: LA JUSTICIA PENAL RESTAURATIVA

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Profesor de Derecho Penal del Real Centro Universitario El Escorial (Madrid, España)
Doctor Europeo en Derecho y Colaborador Honorífico de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Email de contacto: mbust01@ucm.es

RESUMEN. Las modernas tendencias sobre justicia penal restaurativa han copado en las últimas décadas numerosos estudios de la doctrina penal. La doctrina discute sobre la posibilidad de que la reparación del daño ostente un papel relevante dentro del Derecho penal moderno. En este trabajo se recogen algunas reflexiones sobre tal posibilidad, al objeto de sentar las bases para una discusión en profundidad sobre el papel de ese nuevo paradigma de justicia restaurativa en el Derecho penal contemporáneo.

PALABRAS CLAVE. Reparación, restauración, daño, Derecho penal, justicia penal, fines de la pena.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años –ya incluso décadas– el instituto de la reparación ha vuelto a situarse en la primera línea de debate entre los penalistas de todo el mundo. La inclinación por un Derecho penal de corte restaurativo (*justicia penal restaurativa,* que dicen algunos) cuenta cada vez con mayores adeptos. En este modesto trabajo pretendemos poner de manifiesto las bases mínimas necesarias para poder iniciar con cierta responsabilidad el debate –aún en pañales– sobre la posibilidad de acoger en nuestro Derecho punitivo instituciones que respondan a ese nuevo paradigma de justicia restaurativa, mediante la adopción de fórmulas de reparación del daño y la implementación de mecanismos que permitan valorar positivamente un comportamiento restaurador en la órbita penal.

II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL.

En el Código Penal español existe un precepto que se refiere a la institución de la reparación: el art. 21,5º contempla una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que permite la atenuación de pena en aquellos casos en los que el culpable haya procedido a "reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". No es este, sin embargo, el único caso en que el Código español se refiere a la reparación o compensación del daño por delito cometido: existen también supuestos en los que la reparación, aunque no se utilice con este nombre, aparece como una posibilidad o, incluso, como una obligación, de reparación del daño causado[1].

La doctrina, en los últimos años, ha puesto de manifiesto el resurgir de un interés político – criminal por fomentar la reparación del daño a la víctima[2]. Al

[1] Así, v. gr.: MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español", en *La Ley*, nº 7232, 2 de septiembre de 2009, año XXX, p. 6, y LARRAURI PIJOÁN, E.: *La reparación*, en Cid Moliné, J.; Larrauri Pijoán, E. (coords.), VV. AA., "Penas alternativas a la prisión", Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 194.

[2] Vid.: entre otros: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: "Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21,5ª Código Penal)", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, año 1997, p. 253; ARIAS EIBE, M. J.: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 264; LANDECHO VELASCO, C. M. / MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, parte general. Nueva edición actualizada conforme a la LO 5/2010*, Ed. Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2010, p. 448; FARALDO CABANA, P.: "La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 1, año 1997, p. 249; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal, parte general*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2010, p. 181; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010, p. 487; GIL MERINO, A.: "Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial*,

Estado le interesa impulsar y promover actitudes reparadoras por parte de aquellos sujetos que cometieron un acto delictivo, con la consecuente satisfacción que de dichos actos restauradores se derivaría para las víctimas de tales actos. En este sentido puede decirse que "la actual atenuante 5ª viene a enfatizar mucho más que antes un rasgo que caracteriza a la moderna Política criminal: la utilización del Derecho penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima"[3]. La atenuante de reparación del daño "constituye una manifestación más de la moderna política criminal configuradora de un Derecho penal orientado a las víctimas y superador de las etapas pretéritas –aunque no tan lejanas– en que la víctima era un mero convidado de piedra en el sistema penal"[4].

Tradicionalmente el Derecho penal y las ciencias auxiliares de éste han venido haciendo caso omiso a las víctimas del delito[5]. La víctima, después de haber ostentado un papel central en el Derecho penal anterior a la consolidación de los grandes sistemas estatales (pues era ésta la que se convertía en referencia de la sanción), en la actualidad "ha pasado a ser desplazada por el infractor hasta el punto de que es aquella y no éste quien debe ser 'escondido', 'apartado' de la visión pública, con el objeto de mantener incólume la pureza, la ecuanimidad y el distanciamiento del sistema legal en relación a los hechos que han reclamado su aplicación"[6].

El Derecho penal de la Edad Moderna *neutralizó* a la víctima del delito dada la desconfianza del Estado en sus posibles reacciones[7]. No obstante, al suprimirse en el Código Penal español de 1995 la pretérita alusión al "arrepentimiento espontáneo" del antiguo art. 9,9[8] se interpretó que la intención

---

nº 27, año 1996, p. 174; POZUELO PÉREZ, L.: "Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 65, año 1998, pp. 407 y 411, ALONSO FERNÁNDEZ, J. A.: *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 45 – 46, y ALCÁCER GUIRAO, R.: "La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación", en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001, pp. 80 y ss.

[3] MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general*, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, p. 624.

[4] ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal… cit.,* p. 264. Si bien el autor conjuga este fundamento con la menor necesidad de pena derivada de razones preventivo generales y especiales (p. 265), fundamento que analizaremos más adelante en esta investigación.

[5] Sobre la posición de la víctima frente al Derecho a lo largo de la historia, cfr. ampliamente: SANZ – DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: "La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVII, año 2004, pp. 219 y ss.

[6] ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima… cit.,* p. 250.

[7] SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación'", en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, tercera época, nº 45, primer trimestre, año 1997, p. 190.

[8] El antiguo art. 9,9 CP. español establecía como circunstancia atenuante "la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y *por impulsos de arrepentimiento espontáneo*, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción" (cursivas añadidas).

del legislador era la de objetivar el precepto, persiguiéndose con ello un objetivo político – criminal claro: el de fomentar las actitudes de reparación, ligado al deseo de lograr un efectivo resarcimiento del daño a la víctima[9]. En relación con la exigencia de *arrepentimiento* pensamos que "es lógica la supresión con el fundamento de la circunstancia, porque de haberse mantenido el requerimiento de semejante elemento subjetivo para la aplicación de la atenuación, el alcance, el ámbito de aplicación de ésta hubiera sido muy inferior"[10]. Lo realmente importante ahora es la efectiva satisfacción de la víctima y no tanto el móvil del autor o su voluntad motivadora[11]. Lo que se valora positivamente es, pues, un retorno espontáneo y positivo a la legalidad, pero no a la moralidad: resultan intrascendentes los móviles o motivos que puedan haber conducido al sujeto a reparar el daño causado con la perpetración del injusto.

La legislación penal, a través de la institución de la reparación, vuelve a tomar en consideración el interés de la víctima, tradicionalmente olvidada en el seno de la justicia penal, produciéndose un auténtico redescubrimiento de la misma[12]. Y, en el caso español, la atenuante de reparación pasa de supeditarse a un elemento subjetivo, el *arrepentimiento,* a otro objetivo, *la efectiva reparación*[13]. Por tanto, como ha señalado la doctrina, "el incremento de la presencia de la atenuante de reparación podría entenderse como reflejo de una evolución de la cultura jurídica penal hacia la atención a los intereses de las víctimas"[14].

---

[9] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 247, y La Misma, *La atenuante de reparación del daño*, en Garro Carrera, Enara; Asúa Batarrita, Adela; "Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 22. En idéntico sentido, v. gr.: MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 486, quienes entienden que el cambio legislativo "despoja a estas circunstancias de un elemento subjetivo". Ampliamente sobre la desaparición del elemento subjetivo respecto del anterior art. 9,9 CP.: POZUELO PÉREZ, *Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal*, *cit.*, pp. 414 y ss., y ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.,* pp. 73 y ss.

[10] ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima… cit.,* p. 253.

[11] GARRO CARRERA, E.: *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21,5 del Código Penal)*, Ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, País Vasco, 2005. p. 247. En el mismo sentido: ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal… cit.,* p. 265, y ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima… cit.*, pp. 253 y ss.. Por su parte, aun reconociendo la objetivización que ha sufrido el precepto respecto del antiguo art. 9,9 CP., ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.*, p. 84, entiende que en el actual art. 21,5º CP. subyace un "telos privatista de reparación directa de la víctima", que lo aproxima al Derecho Civil o privado.

[12] ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.,* p. 73.

[13] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 249.

[14] ASÚA BATARRITA, A.: "Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico – penal y consecuencias en la individualización de la pena", en Garro Carrera, E., Asúa Batarrita, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 145.

III. REPARACIÓN PENAL Y REPARACIÓN CIVIL.

Ante esta clara evolución del instituto de la reparación, algunos autores han querido subrayar los problemas que desde un punto de vista dogmático y políticocriminal pudieran generarse con el empleo de esta figura. El más importante de ellos pasa por alertar la imbricación que tendría esta institución con la tradicional "reparación civil" del daño. De este modo, se aduce, si en esta figura en sede penal lo decisivo es la compensación de la víctima por el daño causado, realmente se estaría exigiendo algo muy similar al contenido de la responsabilidad civil, de carácter material y económicamente evaluable[15]. De reducirse la reparación a la mera realización de un pago indemnizatorio se estaría produciendo una "devaluación de la institución penal de la reparación del daño"[16].

En este último sentido, autores como ALCÁCER GUIRAO han advertido que "el Derecho penal no puede estar llamado a perseguir el cometido de fomentar la reparación y satisfacción del daño a la concreta víctima lesionada por el delito. Ello es tarea del Derecho civil. La lesividad característica de las conductas delictivas, lo que permite considerarlas merecedoras y necesitadas de pena, no es meramente la lesión de un interés individual, sino la trascendencia que esa lesión conlleva para toda la sociedad en su conjunto". De este modo –se señala– siendo el Derecho penal un conflicto que a todos concierne entonces el interés del mismo no puede serlo el daño individual, sino la lesividad social. A juicio del autor, para que la idea de reparación pueda ser asumida por el Derecho penal como instrumento de política – criminal, será necesario que los actos de reparación se valoren, no en función de la víctima concreta, sino en función de la trascendencia social del hecho, y de si éste permite o no reafirmar la vigencia del Ordenamiento Jurídico[17].

---

[15] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 251.

[16] GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española*, en Asua Batarrita, Adela; Garro Carrera, Enara (edits.), "Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena", Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 108.

[17] ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.*, pp. 92 – 93. El autor parece seguir en este punto la línea de lo ya expuesto por FERRAJOLI cuando señalaba que "es precisamente la irreparabilidad lo que distingue a los ilícitos penales de los civiles" (vid. esta cita y el tratamiento de este pensamiento en: LARRAURI PIJOÁN, en Cid Moliné / Larrauri Pijoán, *La reparación, cit.,* p. 173). Por su parte, el problema aducido por este autor puede ser estudiado desde otra perspectiva diferente: la civil; en este sentido puede afirmarse que no es que el Derecho penal tienda a privatizarse dando cabida a la reparación del daño de la víctima, sino que más bien el Derecho Civil se estaría penalizando, cuando es el orden penal el que se hace con instituciones como la reparación, incluso concibiendo a ésta como una especie de alternativa a la pena. Sobre este particular cfr.: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 104 – 105.

Aunque inicialmente coincidimos con el planteamiento de esta doctrina cuando advierte sobre el peligro que conllevaría asumir como único fundamento de la reparación el hecho de dar satisfacción a la víctima y sus intereses (y ello porque, por sí sola esta teoría realmente deja escapar la función social del Derecho penal, pues pone el punto de mira en los intereses individuales de la víctima, aproximándose a la órbita del Derecho Civil)[18], consideramos que el peligro aducido por estos autores queda neutralizado si examinamos la reparación desde un punto de vista comparativo (penal / civil) y si realmente puede dotarse de un contenido propio y autónomo a la institución de la *reparación penal* del daño, más allá de aquella tradicional *reparación civil.*

En primer lugar no puede obviarse que a pesar de la proximidad de las cláusulas atenuantes de reparación del daño que pueden encontrarse en diversos Ordenamientos Jurídicos y, en general, de todas aquellas circunstancias que se constituyan como formas de reparación, con la responsabilidad civil y el contenido de ésta, existen diferencias esenciales que permiten distinguir a una y a otra, y que no pueden ser obviadas:

Por un lado, cuando hablamos de comportamientos postdelictivos (como ocurre, tomando de nuevo el ejemplo del Código Penal español, con los supuestos de reparación del daño al medioambiente, artículos 339[19] y 340[20], o con las causas de levantamiento de pena en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, artículos 305 y 307[21]) hemos de tener en cuenta que la reparación ostenta un ámbito más amplio que el de la responsabilidad civil, pues la primera abarca todas las formas posibles de resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan del hecho delictivo, mientras que la segunda

[18] Vid.: ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.*, pp. 92 – 93.

[19] "Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título".

[20] "Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas".

[21] En ambos preceptos se contempla una cláusula, la de regularización, que permite la completa exención de pena cuando el sujeto reconoce y paga su deuda tras la defraudación antes del descubrimiento administrativo o judicial del hecho. La fórmula es la siguiente: "El que, por acción u omisión, defraude […] será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo". Es ese apartado 4 (apartado 3 en el caso del art. 307, relativo a la Seguridad Social) el que establece cómo proceder a la regularización: "Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias […]"

se restringe a una indemnización cuantificable económicamente. Es decir: el concepto de reparación tiene un sentido amplio y omnicomprensivo cuando hablamos de comportamientos postdelictivos positivos, que no siempre tienen por qué ser de carácter económico o patrimonial; y ello con independencia de que, en determinados casos, dicho comportamiento pueda coincidir con el propio de la indemnización civil: en estos casos nos encontraríamos ante una coincidencia material, pero no sustancial.

Por otro lado, la reparación en sede penal sólo puede llevarse a cabo por parte del sujeto culpable (en virtud del principio del hecho), sin que sea admisible que otra persona distinta pueda satisfacer las obligaciones derivadas de la reparación, lo que sí resulta predicable de la responsabilidad civil (en el caso, por ejemplo, de los herederos). Verbigracia, como se pone de manifiesto en el art. 340 del Código Penal español, relativo a la reparación en los delitos medioambientales, es "el *culpable* de los cualquiera de los hechos tipificados en este Título" quien está legitimado a ejercitar la reparación del daño.

Tampoco puede desconocerse que en la responsabilidad civil los perjuicios irrogados a familiares o terceros perjudicados también pueden formar parte del contenido de la restitución, lo que no ocurre en reparaciones penales en que la reparación sólo abarca los daños causados a las víctimas del delito.

Por último, debe también decirse que mientras que la reparación penal que aquí denominaremos "genuina" debe ser siempre *voluntaria* (pues se configura como una *posibilidad* del sujeto, y no como una obligación), la responsabilidad civil derivada de delito, en cambio, siempre se hace efectiva contra la voluntad del sujeto obligado, de forma *coactiva* y *preceptiva* (p. ej.: mediante embargo)[22]. Y decimos "genuina" porque, en efecto, en ocasiones podemos encontrar supuestos en que la legislación penal faculta al juez a imponer (por tanto contra la voluntad del autor) un determinado acto de restitución o reparación (así, v. gr., el ya aludido art. 339 CP. español, que permite al tribunal obligar al sujeto a la adopción "de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado"). No obstante, en este último supuesto no resulta en modo alguno baladí que dicha reparación "obligatoria" se imponga *conjuntamente* con la pena correspondiente, y no como sustitutivo de aquélla. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En suma, a partir de estas premisas puede afirmarse que la reparación penal a la víctima "poco tiene que ver conceptualmente con la reparación civil del

[22] Vid.: FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 309 – 3013;, y La Misma, *La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo*, *cit.*, p. 251. También en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación', cit.,* pp.. 196 – 197.

daño"[23]. Siendo esto así, pensamos que no se puede afirmar que el Derecho penal por medio de la reparación esté asumiendo el ideal de responsabilidad civil *ex delicto* propio del Derecho privado. Es posible hablar de una *reparación penal,* que interese políticocriminalmente al Derecho penal, y que sea diferente de la responsabilidad civil e independiente de ésta.

Como segundo matiz debemos compartir lo expuesto por SILVA SÁNCHEZ quien, partiendo de una diferencia entre reparación civil (que tiende a satisfacer a la víctima actual) y reparación penal (que también tendería a proteger, mediante su función preventiva, a las víctimas potenciales), finalmente considera que la idea de "reparación a la víctima" es perfectamente predicable en determinados delitos en los que tiene cabida la *ausencia de daño*, y entre los que el autor señala los denominados *victimless crimes* o delitos sin víctima individualizable, y delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales[24]. Dado que en el Código Penal los actos de reparación expresamente permitidos en la parte especial acompañan a este género de delitos en que es posible la total compensación del daño, entonces sí puede hablarse de "reparación" como interés penal, no privativo o civil.

Y ya en tercer lugar, el peligro de privatización advertido por algunos autores (como ALCÁCER GUIRAO) desparece si la cláusula de reparación se analiza a la luz de un razonamiento apoyado en una disminución de la necesidad de sancionar penalmente en supuestos de restauración de la vigencia de los fines del Derecho penal que se derivan del comportamiento reparador. De este modo la reparación ya no respondería a intereses meramente privatistas sino que los propios fines del Derecho penal aconsejarían la atenuación (o, en su caso, la exención completa) de la sanción penal. De ahí que resulte imperante analizar si en los delitos en que el legislador ha contemplado supuestos expresos de reparación (v. gr.: en delitos contra el medioambiente) es posible afirmar una menor necesidad de pena o desaparición de aquélla en atención a sus fines preventivos.

IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO: ¿TERCERA VÍA?

Antes de entrar en el análisis sobre la relevancia que los comportamientos de reparación puedan tener sobre los fines tradicionalmente perseguidos por la pena, es necesario adoptar postura sobre la posibilidad –ampliamente

[23] SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación', cit.*, p. 196. Misma idea mantiene el autor en: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 204.

[24] SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación', cit.*, pp. 196 – 197, y El Mismo, *Perspectivas sobre la política criminal moderna, cit.*, pp. 202 y ss. Misma idea mantiene: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, p. 310.

defendida por algunos sectores de la doctrina– de que la reparación pueda constituir una *tercera vía* o tercera consecuencia jurídico – penal del delito, posicionada en paralelo al actual sistema dualista actualmente compuesto por la pena y la medida de seguridad[25].

Este modelo de *tercera vía* puede ya observarse en determinados Ordenamientos jurídicos, como Inglaterra, Escocia u Holanda, en los que la reparación del daño en supuestos de delitos medioambientales aparece como una verdadera modalidad de sanción penal, y no como una mera posibilidad ofrecida al sujeto[26].

Sin embargo, no creemos que pueda acogerse en Derecho penal una pretendida tercera vía apoyada en la idea de que el orden penal prescinda de las clásicas sanciones penales (pena y medida de seguridad), imponiendo en su lugar, de forma *preceptiva*, la obligación de satisfacer los daños causados a las víctimas, operando como un auténtico elemento sustitutivo de la pena (o, en su caso, de la medida de seguridad). De situarse la reparación al mismo nivel que la pena o la medida de seguridad aquélla quedaría revestida de un carácter coactivo: se obligaría al sujeto a reparar el daño causado, evitándose con ello la pena, lo que, ahora sí, se aproximaría bastante –cuando no totalmente– a la función del Derecho civil de reparación de daños y perjuicios cuyos rasgos generales hemos expuesto con anterioridad en este artículo. Esta situación, además, destruiría una de las características inherentes al ideal "reparador" que se predica en nuestro Ordenamiento jurídico – penal (con apoyo, como apuntamos, en el art. 21,5º CP. español): ya no se trataría de una composición *voluntaria* autor / víctima, sino de una imposición coactiva estatal, lo que haría perder a esta institución de toda validez desde la óptica de los fines de la pena.

Además, si la reparación se coloca al lado de la pena, la satisfacción del interés de la víctima demandaría, según qué casos, una reparación desproporcionada con la medida de lo injusto o de lo culpable del autor. Pensamos que si se concibiera como única consecuencia posible del delito la de "reparación del daño" entonces realmente habría que sacar a estos delitos del Código Penal: aquello que es conveniente sancionar sólo de forma civil, no debe permanecer más tiempo en el seno del Derecho penal[27].

---

[25] Se muestra favorable: ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Ed. Thomsom – Civitas, Madrid, 2008, pp. 108 y ss.

[26] Vid.: MARQUÉS I BANQUÉ, M.: "Artículo 340", en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1360.

[27] Sobre este conjunto de argumentos, vid. ampliamente: FARALDO CABANA, P.: "El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: las causas de levantamiento de la pena", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 10, año V, pp. 156 y ss.

Por lo demás, de concebir a la reparación en exclusiva como la única consecuencia jurídica por un determinado delito cometido (esto es, sin referencia a pena o medida de seguridad alguna), dicha reparación no tendría capacidad alguna, en su caso, para intimidar o disuadir al sujeto de la comisión de delitos (que sería conocedor de que, reparando, se libraría de todo mal) por lo que también se le puede objetar la confrontación de la misma con la teoría de la prevención general negativa.

En numerosos casos, además, pudiera hacerse inviable la reparación impuesta de forma coactiva (por ejemplo, por imposibilidad de medios del sujeto), con lo que se abriría la puerta a una pena sustitutoria como respuesta al delito, y con ello se estaría dando un paso en firme para la recuperación de la afortunadamente ya abolida "prisión por deudas"[28]: el sujeto entraría en prisión por el mero hecho de no poder hacer frente al pago de una determinada cuantía, en concepto de *reparación,* en según qué casos. Debemos matizar, sin embargo, que tales consideraciones no resultan extrapolables a aquellos otros supuestos en los que, como ocurría en el ya mencionado art. 339 CP. español, la reparación converge en una *obligación* al sujeto, por parte del juez, pues la pena (p. ej.: prisión o multa), en todo caso, continúa en pie.

Con la reparación no se trata de instaurar una pretendida *tercera vía* en sede penal que pueda resultar sustitutiva a la pena o la medida de seguridad. Más bien se trata de una alternativa para el sujeto, que tiene abierta la *posibilidad* de reparar el daño, y cuyo comportamiento será valorado positivamente por el Ordenamiento a la hora de imponer una determinada sanción penal atenuada (p. ej.: art. 340 CP. español), o incluso no imponer pena alguna (p. ej.: art. 305,4 CP. español). O, en todo caso, pudiera tratarse de una medida complementaria a la imposición de la pena o la medida de seguridad (p. e.: art. 339 CP. español). La reparación, en suma, no puede ser una medida *sustitutiva* de la pena o la medida de seguridad, impuesta de forma coactiva y ad initio, por las razones que venimos aduciendo (se desnaturaliza el carácter penal de la institución, y se aproxima ésta a un interés privativo); podrá ser una medida *alternativa* a las anteriores o, en su caso, una medida *complementaria* a las mismas.

V. REPARACIÓN DEL DAÑO Y FINES DE LA PENA.

Es cierto que el delito es siempre algo más que el perjuicio individual que sufre una víctima concreta, individualizada o no: aquél es un mal colectivo que

[28] Sobre estas razones, vid.: LARRAURI PIJOÁN, en Cid Moliné / Larrauri Pijoán, *La reparación… cit.,* pp. 188 y ss.

no siempre puede corregirse a través de la reparación de la víctima[29]. Pero también es cierto que si con el comportamiento reparador del sujeto se aminora la necesidad de imponer sanción penal en atención a los fines perseguidos por la pena, ya no sólo la víctima sino también la colectividad pueden verse satisfechas.

De esta forma, la reparación debe entenderse no sólo como una mera satisfacción de los intereses de la víctima sino también como reconciliación con el Derecho[30]. De ello se deriva la idea –ya recogida por SILVA SÁNCHEZ– de que las figuras basadas en la reparación a la víctima deben moverse en un contexto preventivo, si bien adicionalmente puede tener "efectos satisfactivos morales o materiales para la víctima". La reparación deviene entonces como una vía de "cumplir fines ya clásicos del Derecho penal"[31]. En definitiva: la reparación no *es* sino que *puede ser* de una u otra naturaleza, civil o penal[32].

Efectuadas las consideraciones anteriores, es momento de ahondar en el fundamento y razón de ser de la institución de la *reparación* en Derecho Penal: ¿cuál es la razón *penal* de que la Ley pueda acoger supuestos de reparación o justicia restaurativa?

Para dar respuesta al interrogante anterior, hemos optado por analizar las distintas fundamentaciones que la doctrina penal ha vertido sobre la institución de la reparación en Derecho penal:

Algunos autores han considerado que la reparación del daño permite afirmar una compensación efectiva, en el sentido de disminución, de la antijuridicidad o de la culpabilidad del sujeto reparador[33]. Se ha considerado que la atenuante de reparación del daño supone una "circunstancia de menor culpabilidad, en cuanto demuestra una voluntad criminal menos intensa"[34].

---

[29] FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos… cit.,* p. 163.
[30] FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos… cit.,* p. 164.
[31] SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación', cit.*, p. 198, y El Mismo, *Perspectivas sobre la política criminal moderna, cit.* p. 206. Por su parte, como recoge LARRAURI PIJOÁN, también en Alemania ROXIN considera que la reparación está en perfectas condiciones de cumplir con los fines de la pena, en especial con el preventivo – integrador (vid.: LARRAURI PIJOÁN, en Cid Moliné / Larrauri Pijoán, *La reparación*, p. 175).
[32] LARRAURI PIJOÁN, en Cid Moliné / Larrauri Pijoán, *La reparación*, p. 177.
[33] De esta opinión: ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Ed. Akal, 2ª edición (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J., Beneytez Merino, L.), Madrid, 1986, p. 379; y CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, parte general, III. Teoría jurídica del delito / 2*, Ed. Tecnos, 5ª reimpresión, Madrid, 2005, p. 155.
[34] ANTÓN ONECA, *Derecho penal, cit.*, p. 379.

Para estos autores, dado que la culpabilidad puede cuantificarse, no existe problema alguno en afirmar que ésta "puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria"[35]. El supuesto de reparación pondría así de manifiesto la existencia de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito reconoce la vigencia de la propia norma vulnerada reparando el daño causado mediante un *actus contrarius*: "el autor ha hecho más de lo que el derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum,* que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad"[36].

Por su parte, otro sector de la doctrina considera que "si bien la consumación (…) fija definitivamente la vida del delito y el máximo de responsabilidad que el sujeto puede afrontar, no zanja por completo el ciclo de responsabilidad del sujeto", por lo que la conducta positiva posterior a la perfección del delito podría adoptar la forma de "cese en la actividad antijurídica o de reparación de los efectos del delito sobre el bien o bienes jurídicos afectados por el mismo"[37].

No compartimos la opinión de este primer sector. Pensamos que no es posible hablar de una compensación o desaparición de alguno de los elementos del delito una vez éste ya ha sido consumado. Cuando el sujeto procede a reparar el daño causado el delito ya se ha visto perfeccionado, ya han sido afirmadas tanto la antijuridicidad como la culpabilidad en el hecho del autor, atendiendo a ese momento. Con la reparación nos encontramos con un comportamiento postdelictivo de carácter positivo que ya no puede alterar aquello que quedó irremediablemente afirmado[38]. Mal se puede disminuir algo que ya ha sido previamente valorado como injusto culpable por medio de ciertos comportamientos acontecidos con posterioridad[39]. De cualquier forma,

---

[35] BACIGALUPO, E.: *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo; Beristain Ipiña, Antonio; Romeo Casabona, Carlos (edits.), "El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López", Ed. Comares, Granada, 1999, p. 42.

[36] BACIGALUPO, en Cerezo Mir; Suárez Montes; Beristain Ipiña; Romeo Casabona (edits.), *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, pp. 43 – 44.

[37] OBREGÓN GARCÍA, A.: *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p. 218.

[38] De la misma opinión que nosotros, v. gr.: ASÚA BATARRITA, en Garro Carrera / Asúa Batarrita, *Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico – penal… cit.,* pp. 172 – 173, GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 186, 189 y 193; y MIR PUIG, *Derecho penal parte general, cit.*, p. 623. Ampliamente sobre esta crítica, vid.: GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* pp. 245 y ss.

[39] CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento espontáneo (estudio del artículo 9,9ª del Código Penal)*, Ed. Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, p. 257.

esta primera postura puede calificarse de "aislada" en el contexto general del Derecho penal, pues no ha tenido gran acogida[40].

Otros autores han considerado que la reparación del daño se apoya en razones utilitarias o pragmáticas, de corte económico, de manera tal que con la instauración en nuestro Ordenamiento Jurídico de la institución de la reparación del daño, la pretensión del legislador sería la de evitar la puesta en marcha de un proceso civil (normalmente ínsito en el procedimiento penal), o bien abordar un proceso con parte del daño ya reparado, adelantando así la percepción de la correspondiente indemnización civil derivada del delito[41].

Tampoco pensamos que esta sea la razón que explique la atenuación de pena por comportamientos de carácter reparador. Desde la perspectiva economicista del Derecho el recurso a la reparación puede hacerse extensible a todos aquellos supuestos en los que aquélla supone un ahorro de recursos para la Administración, y ello con independencia de la idoneidad o no de tal comportamiento, de su efectividad y de su capacidad de compensación del daño causado[42]. Pero es que además pensamos que esta teoría confunde los términos del problema, obviando que la reparación penal debe leerse a la luz de los principios e intereses penales, no meramente civiles o privativos, como hemos dicho anteriormente[43]. No creemos que la razón de ser de la reparación se apoye en una necesidad de ahorro económico o en un adelanto de la indemnización civil que corresponda, pues estas finalidades, precisamente, se logran por sentencia. Por lo demás, no deja de parecernos un argumento excesivamente simplista: más allá de que se consiga un determinado ahorro de costes (lo que es de por sí discutible), deben indagarse en otras razones que revistan de una explicación dogmática a la figura de la reparación.

Para un tercer grupo de autores, la reparación quedaría explicada en la existencia de un interés políticocriminal del Estado en primero fomentar y después conseguir la efectiva reparación del daño a las víctimas, dando un mayor protagonismo a aquéllas[44].

---

[40] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 247. En idéntico sentido: ASÚA BATARRITA, en Garro Carrera / Asúa Batarrita, *Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación… cit.,* p. 175, quien considera que estas construcciones resultan extrañas en la doctrina española.

[41] POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 381.

[42] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 253.

[43] En contra de esta teoría, entre otros: BAUCELLS I LLADÓS, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La atenuante de reparación del daño ambiental… cit.,* p. 431.

[44] En este sentido, entre otros: ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima… cit.,* en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, año 1997, p. 253, MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, *cit.*, p. 624, ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal… cit.,* p. 264, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español, parte general… cit.,* p. 448, FARALDO CABANA, *La aplicación*

No podemos más que compartir este razonamiento, máxime cuando más arriba en este mismo trabajo hemos explicado cómo el Estado ha modificado su actitud cara a las víctimas, tradicionalmente olvidadas o relegadas del proceso penal. El fundamento de la reparación responde perfectamente a un interés políticocriminal por fomentar la denominada *restorative justice* anglosajona, avanzando, eso sí, hacia una cada vez mayor privatización del conflicto penal[45]. Sin embargo, como también expusimos, este no puede ser el interés exclusivo del Derecho penal, que constituye un Derecho público orientado al cumplimiento de determinados fines colectivos, no privativos.

Por tanto, sin desconocer este interés políticocriminal del Estado por alcanzar la reparación de las víctimas, se hace necesario fundamentar la institución de la reparación con apoyo en criterios preventivos, basados en la disminuida *necesidad de pena* que se pondría de manifiesto con este tipo de comportamientos restauradores postdelictivos, lo que tendría como consecuencia la previsión de determinadas atenuantes o eximentes en la denominada "parte especial" del Derecho penal.

En primer lugar, debemos ocuparnos de la función de la pena correspondiente a la *prevención general* en su vertiente *positiva*: la función de la pena, según este ideal, es mantener el respeto y la vigencia del Ordenamiento Jurídico y del sistema normativo en un Estado. En este sentido "la necesidad de pena disminuiría en caso de que el infractor realice actos a favor de la reparación, puesto que en razón al fundamento de la necesidad de pena –el quebrantamiento de la vigencia de la norma– se reduciría la necesidad de ésta"[46].

Las razones de prevención general (positiva) son las más poderosas a la hora de fundamentar la falta de necesidad de pena cuando se ejecuta un determinado comportamiento reparador. Con la reparación el sujeto viene a

---

analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo… cit., p. 249, La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, p. 307, RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, parte general… cit.,* p. 181; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.,* p. 487, GIL MERINO, *Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995, cit*., p. 174, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Las circunstancias atenuantes en el Ordenamiento jurídico español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 183, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, cit.*, pp. 382 – 383, La Misma, *Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal, cit.*, pp. 407 y 411, ALONSO FERNÁNDEZ, J. A.: *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 45 – 46, y ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP…. cit.,* pp. 80 y ss.

[45] BAUCELLS I LLADÓS, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La atenuante de reparación del daño ambiental… cit.,* p. 429.

[46] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 256. Ampliamente sobre esta idea, y sobre los requisitos que, a juicio de la autora, deben constatarse para poder hablar de falta de necesidad de pena en este sentido, vid. La Misma, en Garro Carrera / Asúa Batarrita, *La atenuante de reparación del daño*, pp. 52 y ss.

expresar *voluntariamente* su respeto hacia un bien jurídico (ya lesionado), revocando el mensaje dado con la anterior ejecución delictiva, regresando a la legalidad mediante un *actus contrarius* que encarna un acto positivo de revocación (pero que, como dijimos, no altera en nada los elementos del delito que ya han sido afirmados)[47]. La reparación genera una pacificación y un restablecimiento de la confianza en la preservación del bien jurídico, reconociendo el respeto de éste frente a la comunidad, de forma voluntaria[48].

La prevención general entendida de forma positiva o pedagógica, como confirmadora de la fidelidad al Derecho y de la confianza en el Ordenamiento, se ve salvaguardada cuando el sujeto repara el daño infligido. Así, se considera que es suficiente una pena más benigna o atenuada "precisamente por el sometimiento al derecho que el culpable demuestra con su actividad reparadora […] rindiéndose a las consecuencias jurídico penales de su hecho injusto"[49].

Por su parte, en lo que respecta a la *prevención general negativa,* esto es, la función de la pena entendida como mensaje intimidatorio o disuasorio, en atención a evitar que el sujeto menoscabe determinados bienes jurídicos. Con la atenuación de pena por reparación del daño no debe entenderse menoscabada la función disuasoria de la pena, y ello porque, como ocurre con la circunstancia de reparación del art. 21,5º CP. español, en las atenuantes por reparación la sanción no desaparece por completo, sino que se atenúa.[50] No hay, por tanto, confrontación con este ideal. En cualquier caso, hay que señalar que cuando un sujeto no repare el daño (posibilidad dada por la ley) se verá abocado a la sanción penal, por lo que no creemos que se mermen de forma irremediable las funciones preventivo generales negativas de la pena.

Y por último, respecto de la *prevención especial,* entendida como la función de la pena dirigida a lograr la resocialización del sujeto tras la comisión del injusto, la reparación llevada a cabo voluntariamente constituye un firme indicio de predisposición del infractor a "regenerarse" o "resocializarse", por lo que

---

[47] En estos términos: ALCÁCER GUIRAO, *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.*, p. 100. Misma idea acontece en el pensamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación', cit.,* pp. 196 – 198.

[48] TAMARIT SUMALLA, J. Mª.: "La reparación como instrumento de protección penal del ambiente", en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coord.), *Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Joseph Miquel Prats Canut*, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2008, p. 752.

[49] CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo… cit.,* pp. 260 – 261. Coinciden en este sentido: DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo*, Ed. Universidad de León, León, 1985, p. 369; y BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormázabal Malarée, Barcelona, 1994, p. 529.

[50] Esto no ocurre en el caso de la regularización en que, como se expresa en el art. 307,1 CP, procede la completa exención de pena, y no la simple atenuación. En un apartado posterior de este trabajo (*infra*, al estudiar la teoría de los fines de la pena como fundamento de la regularización) tendremos ocasión de analizar esta particularidad, el *completo* levantamiento de la sanción, y si todavía ello permite una fundamentación de la cláusula apoyada en la teoría de los fines de la pena.

también desde la óptica de esta función se desprendería la idea de innecesariedad de sanción penal (o al menos, de su menor necesidad)[51]. En este sentido, como expresa CALDERÓN SUSÍN, la cláusula atenuante encuentra su razón de ser en "la menor peligrosidad que denota el delincuente, al demostrar su capacidad de reintegrarse en la comunidad jurídica"[52].

Resulta innegable que con la reparación se incide en los fines de la pena, en el sentido de salvaguardar los mismos, por lo que habrá de afirmarse, al menos, una menor necesidad de pena ante este tipo de comportamientos. Si con la reparación del daño se da cumplimiento, al menos en gran medida, a los fines que le corresponde alcanzar a la pena (con su aplicación), entonces dicha pena ya no será absolutamente necesaria: de ahí que se atenúe la sanción penal en determinados supuestos de reparación voluntaria del daño. En su caso, combinando el hecho de que nos encontramos ante una pena cuya necesidad de imposición ha quedado reducida de forma muy significativa, con el principio de *ultima ratio* o intervención mínima penal, es posible que el legislador, en virtud de la política criminal que considere más idónea emplear en según qué casos, decida abrir paso a la completa exención de pena (ya no solo a la atenuación de la misma).

Tanto la renuncia, como la sustitución o la disminución de la pena puede explicarse desde los fines de la misma: "quien repara o disminuye los efectos del delito en la medida de su capacidad da muestras de un 'retorno a la legalidad', ante el cual parece lógico considerar menos necesaria la imposición de la pena merecida para restaurar la paz social y reducir el riesgo de comisión de futuros delitos"[53]. No creemos que la atenuación de la pena suponga perversión alguna de los fines del Derecho penal ante una acreditada disminuida necesidad de sancionar penalmente, máxime teniendo en cuenta la amplitud de la que se ha dotado a los efectos de la reparación en otros Ordenamientos, como Alemania o Australia, en donde, bajo ciertas condiciones, se permite incluso la completa renuncia a la pena[54].

VI. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA REPARACIÓN.

Como broche a este trabajo, conviene centrar nuestra atención en un elemento importante que gravita en torno a la institución penal de la *reparación:* el de la "voluntariedad". Para que una reparación incida positivamente en los

[51] GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena… cit.,* p. 257.
[52] CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo… cit.,* p. 261.
[53] TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La reparación como instrumento de protección penal del ambiente*, *cit.*, p. 751.
[54] Ibídem., p. 752.

fines de la pena en la manera que hemos explicado, dicho comportamiento debe ser siempre *voluntario.*

Esta voluntariedad debe ser entendida en el sentido de espontaneidad, es decir, de un acto de reparación no forzado u obligado por tercero. Si la reparación del daño resulta obligatoria (por ejemplo, en virtud del ya analizado art. 339 CP. español, de ahí que en este precepto el legislador mantenga la pena), no podrá aplicarse el efecto atenuante de responsabilidad criminal[55].

Sin embargo, no debemos caer en la confusión de algunos sectores cuando al hablar de "voluntariedad" recurren al análisis de la motivación o finalidad perseguida por el autor de la reparación: nos encontramos, como ya adelantamos más arriba, ante una voluntariedad objetivada, en la que lo esencial no es el *retorno a la moralidad* sino el *retorno a la legalidad*. Lo esencial es que el sujeto proceda a reparar el daño causado de forma espontánea, no forzada ni obligada, consiguiéndose dicha reparación efectiva, por más que los sentimientos o la moral del sujeto puedan resultar poco valiosos éticamente o en términos de *arrepentimiento.*

Al Derecho penal no le interesan los móviles o motivaciones internos del sujeto, máxime si tenemos en cuenta que, como ocurre con el actual art. 21,5º CP. español, no se exige en ningún caso un arrepentimiento voluntario del sujeto, sino solamente que se produzca una efectiva reparación del daño a la víctima. No debemos, pues, tender a la confusión entre Derecho y moral[56]. Es etimológicamente posible interpretar la exigencia de voluntariedad como sinónimo de reparación decidida sin requerimiento previo por parte de un tercero legitimado[57]. Y no sólo es posible sino que, tal y como hemos señalado, es la interpretación que nos resulta más acertada a la luz del fundamento de esta institución que, en el caso español, ya no exige, como hacía antaño, un *arrepentimiento moral voluntario* del sujeto.

RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

[55] BAUCELLS I LLADÓS, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La atenuante de reparación del daño ambiental… cit.,* p. 439.
[56] TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La reparación como instrumento de protección penal del ambiente, cit.*, p. 756.
[57] BAUCELLS I LLADÓS, en Quintero Olivares / Morales Prats (coord.), *La atenuante de reparación del daño ambiental… cit.,* p. 440, y MARQUÉS I BANQUÉ, en Quintero Olivares / Morales Prats, *Artículo 340, cit*., p. 1361.

ALCÁCER GUIRAO, R.: "La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación", en *Revista del Poder Judicial,* tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: "Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21,5ª Código Penal)", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº 61, año 1997.

ALONSO FERNÁNDEZ, J. A.: *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño,* Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal,* Ed. Akal, 2ª edición (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J., Beneytez Merino, L.), Madrid, 1986.

ARIAS EIBE, M. J.: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

ASÚA BATARRITA, A.: "Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico – penal y consecuencias en la individualización de la pena", en Garro Carrera, E., Asúa Batarrita, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BACIGALUPO, E.: *Principio de culpabilidad e individualización de la pena,* en Cerezo Mir, José; Suárez Montes, Rodrigo; Beristain Ipiña, Antonio; Romeo Casabona, Carlos (edits.), "El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López", Ed. Comares, Granada, 1999.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Las circunstancias atenuantes en el Ordenamiento jurídico español,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, parte general,* Ed. PPU, 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormázabal Malarée, Barcelona, 1994.

CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento espontáneo (estudio del artículo 9,9ª del Código Penal),* Ed. Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, parte general, III. Teoría jurídica del delito / 2,* Ed. Tecnos, 5ª reimpresión, Madrid, 2005.

DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo,* Ed. Universidad de León, León, 1985.

FARALDO CABANA, P.: "El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: las causas de levantamiento de la pena", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* nº 10, año V, pp. 125 – 172.

FARALDO CABANA, P.: "La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* nº 1, año 1997.

FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal,* Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARRO CARRERA, E.: *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21,5 del Código Penal),* Ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, País Vasco, 2005.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española,* en Asua Batarrita, Adela; Garro Carrera, Enara (edits.), "Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena", Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.

GIL MERINO, A.: "Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 27, año 1996.

LANDECHO VELASCO, C. M. / MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, parte general. Nueva edición actualizada conforme a la LO 5/2010,* Ed. Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2010.

LARRAURI PIJOÁN, E.: *La reparación,* en Cid Moliné, J.; Larrauri Pijoán, E. (coords.), VV. AA., "Penas alternativas a la prisión", Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español", en *La Ley,* nº 7232, 2 de septiembre de 2009.

MARQUÉS I BANQUÉ, M.: "Artículo 340", en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal,* Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general,* Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general,* Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010.

OBREGÓN GARCÍA, A.: *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas,* Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

POZUELO PÉREZ, L.: "Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº 65, año 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal, parte general,* Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2010.

ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Ed. Thomsom – Civitas, Madrid, 2008.

SANZ – DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: "La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo LVII, año 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de 'reparación'", en *Revista del Consejo General del Poder Judicial,* tercera época, nº 45, primer trimestre, año 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Perspectivas sobre la política criminal moderna,* Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

TAMARIT SUMALLA, J. Mª.: "La reparación como instrumento de protección penal del ambiente", en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coord.),

Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Joseph Miquel Prats Canut, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal,* Ed. Dykinson, Madrid, 1997.