



Asociación Ayuda y Orientación a los Afectados Por Accidentes de Tráfico

Miembro de la FEVR (Federación Europea de Víctimas del Tráfico)

V FORO CONTRA LA VIOLENCIA VIAL

MIÉRCOLES 4 DE JUNIO 2008. MADRID

Salón de actos del Ministerio de Interior. MADRID

EL DESPUÉS DE LA SENTENCIA *El papel reeducador de la justicia*

Don Ignacio Subijana Zunzunegui Magistrado de la sección 1ª Audiencia Provincial de Guipuzcoa profesor de Victimología en el Instituto Vasco de Criminología.

Muchas gracias por la presentación. Agradezco esta invitación para participar con todos vosotros en este foro de reflexión para intentar tener conocimiento de algunas cosas y mejorar muchas de ellas.

Voy a intentar hacer una reflexión **sobre las penas alternativas, con especial énfasis en el trabajo en beneficio de la comunidad**, enmarcando la exposición en los objetivos que en principio se persiguen con la imposición y la ejecución de una sanción penal.

Porque creo que es importante deslindar qué objetivos perseguimos como comunidad cuando un juez o un tribunal, representando a la comunidad, impone una sanción penal y qué objetivos perseguimos también cuando atribuimos a ese juez la capacidad para decidir cómo ejecutamos la mentada reacción punitiva

Quisiera empezar diciendo que en principio, en términos generales, esos objetivos los podríamos resumir en tres: un objetivo que tendría como referente a la comunidad de la que todos formamos parte, otro objetivo que tendría como referente a las víctimas y otro objetivo que tendría como referente al victimario, a aquella persona que en un momento determinado comete una infracción penal, en este caso una infracción vinculada con la seguridad en el tráfico vial.

Como comunidad evidentemente lo que perseguimos en definitiva es que se respeten las normas y cuando decimos que se respeten las normas queremos decir que se respeten los intereses que tratan de proteger las normas. Entonces cuando, por ejemplo, contemplamos los delitos contra la seguridad vial la primera pregunta es **¿qué queremos proteger? Y lo que queremos proteger al final es la vida e integridad corporal de todas las personas que en un momento dado de su vida van a verse inmersas en el tráfico o circulación de vehículos a motor, sean conductores, sean peatones, sean ciclistas.**

Entonces lo importante con la imposición de una sanción penal y la determinación de cómo se ejecuta **una sanción penal es que comunitariamente todos recibamos el mensaje de que la vida e integridad corporal, de los que en un momento determinado de su vida van a formar parte del tráfico viario, es un bien digno de protección y es un bien esencial para tutelar.**

Por lo tanto el comunitario es un punto de referencia que no hay que perder de vista: formamos parte de una comunidad, queremos proteger los bienes esenciales a partir del Derecho Penal y cuando protegemos las condiciones de seguridad vial protegemos la vida e integridad corporal de todos y cada uno de nosotros como potenciales intervinientes en la circulación de vehículos a motor o ciclomotores.

El segundo elemento muy importante es la **protección de las víctimas**. Cuando el Derecho Penal interviene también tiene que proteger a las víctimas, a los que ya han sido víctimas, y que ya han sufrido un daño injusto, tanto como aquellas personas que todavía no han sido víctimas y pueden llegar a ser víctimas. **Con lo cual hay víctimas reales (personas que ya han padecido un daño) y víctimas potenciales (personas que pueden llegar a sufrir un daño)**. Y la determinación de **la imposición de la sanción y de la ejecución de la sanción tiene que ser potencialmente justa con las víctimas**, y digo potencialmente justa porque soy consciente que la justicia humana es limitada y soy consciente de que cuando hablamos, por ejemplo, de pérdida de la vida ¿cómo se repara algo tan irreparable como es la pérdida definitiva de un ser querido?

Entonces ahí la sentencia tiene que ser potencialmente justa, entonces desde la consciencia de que no va a ser justa sí entendemos como justa una sanción, una respuesta que en cierta manera restaure una situación. **En lo humano está restaurar lo que es restaurable, lo que es reversible, lo irreversible queda fuera de lo humano**. Entonces **hay espacios de dolor injustos que el sistema penal como sistema humano no puede llegar a satisfacer**, y por eso hay una sensación a veces evidentemente de frustración en ese ámbito. El problema es cuando a esa frustración de lo irreparable le añadimos la frustración derivada de la ineficacia en lo reparable, es donde efectivamente decimos: *Aquí el sistema ha sido radicalmente injusto porque no es que haya reparado lo que no es reparable, dado que no está en sus manos llevarlo a cabo, sino que no ha llegado a reparar lo que era reparable y restaurable*.

Y finalmente **el objetivo del sistema penal evidentemente es lograr la rehabilitación del infractor**, esa persona que ya vulneró la norma, que condujo en términos peligrosos, que causó un peligro concreto, que causó un peligro abstracto, que produjo un daño, a veces irreparable, para que cuando se reincorpore a la comunidad lo haga en unas circunstancias que eviten que vuelva a cometer una infracción de esa naturaleza.

Y ahí me parece muy importante el tema de la **comprensión de la significación del daño causado a una persona** y, por tanto, la valoración positiva de actividades digamos prestacionales, de restauración del daño Sólo quien comprende lo que ha llegado a hacer puede plantearse no volver a hacerlo.

Y ahí en ese contexto ubicaría el tema de las penas alternativas sobre todo los trabajos en beneficio de la comunidad, pero también lo haría extensible a cualquier tipo de pena, incluida la pena privativa de libertad. Si no llegamos a trasladar el mensaje al infractor de que lo que ha cometido es un acto injusto y no llegamos en cierta manera a dinamizar sus propuestas de cambio personal para evitar que vuelva a cometer una infracción similar, probablemente el sistema ahí también haya fallado.

En esta panorámica general lo importante ante un juez o tribunal no sólo es decir: ¿Qué sanción impongo dentro de las legalmente previstas? Sino: **¿Cómo ejecuto esas sanciones?** Y aquí evidentemente la diferencia en nuestro sistema legal es radical según estemos hablando de penas privativas de libertad o penas digamos que privan otro tipo de intereses jurídicos. Cuando hablamos de penas privativas de libertad el sistema legal entiende que esa pena es lo suficientemente aflictiva como para plantearse la posibilidad de que no se ejecute esa pena en determinados contextos o situaciones.

Es importante saber qué principios tienen que regir para que un juez o tribunal decida ejecutar una pena de prisión, suspender la ejecución de una pena de prisión o sustituir la pena de prisión por otra pena que no sea privativa de libertad. Porque si desconocemos los principios e ignoramos qué criterios tienen en cuenta el juez o el

tribunal para decidir o qué razones tiene el juez o el tribunal para llevar a cabo o para tomar esta resolución hay un riesgo de arbitrariedad y eso nos asusta obviamente como ciudadanos y como perjudicados o damnificados. Es importante saber los criterios.

Y un primer criterio evidentemente es la gravedad de la conducta, y por eso el legislador dice: *Oiga usted, si la pena privativa de libertad excede de dos años (y dejo al margen la vía del artículo 87 CP) no nos planteamos otra opción distinta que no sea la ejecución de la pena de prisión. ¿Por qué?* Porque la conducta es lo suficientemente grave como para haber merecido una pena tan aflictiva como es una pena privativa de libertad superior a dos años.

Pero, ¿qué ocurre cuando la pena está por debajo de dos años? Tiene que haber otros criterios. ¿Qué criterios? En primer lugar ¿respeto a quién?, respeto a las víctimas ya causadas, y ahí viene la reparación del daño. Y el legislador dice: *Oiga usted, sólo quien ha reparado el daño tiene posibilidad de plantearse una suspensión o una sustitución. ¿Por qué?*, Porque en ese momento de la reparación hay un acto voluntario que en cierta manera denota que el infractor es consciente del daño que ha causado y de la significación de la norma que ha vulnerado. Pero luego dice algo más, que además el sujeto no tenga peligrosidad criminal, es decir, es un elemento que nunca hay que perder de vista, que no haya **riesgo de reincidencia**, de tal forma que si efectivamente ante la suspensión de la ejecución, incluso con controles de conducta, sigue existiendo un riesgo de reincidencia evidentemente no cabe otra opción distinta que no sea la ejecución penitenciaria.

Estos principios tienen que estar necesariamente presentes cuando se toma la decisión de la ejecución o no de la pena de prisión, porque va a ser su presencia o ausencia la que nos va a determinar si la decisión judicial adoptada tiene razones o carece de razones.

Y eso es importante como sistema porque evidentemente cuando no hay razones el sistema judicial ofrece una respuesta arbitraria. Y cuando es arbitrario evidentemente es necesariamente ya injusto. **Sólo desde la razón, desde la calidad del argumento el sistema puede ser potencialmente justo, aunque a veces tampoco lo sea porque la razón evidentemente no es todo en la vida**, Hay otras dimensiones que escapan lógicamente de lo racional en las esferas afectivas, emocionales y sensitivas, que un sistema estrictamente racional no va a poder llegar a captar.

Es en este contexto, por tanto, de objetivos de la imposición de la sanción y condiciones de determinación de la ejecución de la sanción donde tenemos que enmarcar las penas alternativas y los trabajos en beneficio de la comunidad. Yo creo que en la siguiente intervención también van a hablar de penas alternativas, por lo que no voy a hacer referencia a otras, sino sólo a los **trabajos en beneficio de la comunidad**.

Es una pena que el Código Penal del 95 contemplaba con un carácter muy residual hasta el punto de que no estaba prevista nunca como sanción principal, que no había ningún delito que tenía prevista como sanción esta pena. Se preveía que esta pena pudiera funcionar como sustitución de la pena de prisión cuando la pena no llegaba hasta dos años; se regulaba la posibilidad de que si se imponía la pena de multa, y esta no se cumplía, porque la persona no tenía capacidad económica para abonar la prestación pecuniaria multa, la responsabilidad personal subsidiaria se pudiera cumplir en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad.

El trabajo en beneficio de la comunidad es una pena que desde la entrada en vigor del Código del año 95 tuvo escasa presencia práctica. Los especialistas que estudiaron este tema (concretamente me refiero a un trabajo de los profesores Cid y Larrauri que examinaron el por qué esta pena no había sido implementada en el sistema judicial desde el año 95) ofrecieron tres razones principalmente.

La primera, que **el propio legislador no confiaba mucho en la pena** y por eso evidentemente la preveía únicamente como sustitutiva de otras penas o como subsidiaria de la pena de multa.

La segunda: no se estableció la estructura organizativa y los recursos financieros y personales necesarios para la gestión de su ejecución.

Y la tercera y última: la pervivencia de **una cierta cultura retribucionista en los jueces**; los operadores judiciales, mantenían, consideran que la única pena justificada, por su indudable contenido aflictivo, es la pena privativa de libertad y, por ello, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, entienden que es una sanción liviana, y entonces, tampoco la imponen cuando tienen posibilidades de imponerla.

El hecho es que frente a esta realidad operativa de escasa presencia práctica de los trabajos en beneficio de la comunidad el legislador da un paso hacia delante y dice: *Bueno, ahora la voy a convertir en pena principal* y es entonces cuando se producen modificaciones legales, preferentemente, aunque no exclusivamente en violencia de género y en violencia familiar, que implementan como pena principal la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Lo que ocurre es que nunca se establece como pena única, sino como pena alternativa, es decir: Esta conducta se sanciona con la pena de prisión de tal a tal duración o pena de trabajos en beneficio de la comunidad. ¿Por qué el carácter alternativo? No tanto por la desconfianza del legislador sino por un tema que luego veremos que es la única pena, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que exige para su imposición el consentimiento del penado, para evitar incurrir, aunque es un tema discutible, en la prohibición constitucional de trabajos forzados. Entonces **es la única pena en nuestra legislación que para poder imponerla hace falta previamente que el penado haya consentido en su imposición**, por eso el legislador consciente de que, en algunos casos, el penado, la persona acusada mejor dicho, quizás no opte por esta pena y no acepte la imposición de esta pena, pues la prevé de forma alternativa a otras penas que, como la pena privativa de libertad no exige para su imposición el consentimiento del penado.

Esta dinámica de introducción paulatina de la pena de trabajos en nuestra legislación se consolida con la última reforma legal en materia de delitos contra la seguridad vial, donde vuelve a aparecer, además de otras penas, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa. Por ejemplo, en conductas como conducir un vehículo a una velocidad excesiva, y cuando digo velocidad excesiva me refiero a esos 60 u 80 por encima del límite, según estemos en una vía urbana o interurbana; la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la conducción sin estar habilitado o autorizado por el Estado; el originar un grave riesgo circulatorio por conductas no circulatorias, no vinculadas con la conducción. Son todas ellas conductas delictivas que el legislador contempla que puedan ser sancionadas con pena de prisión o en su caso con penas de trabajos en beneficio de la comunidad y multa. En el esquema sancionador del legislador en materia de seguridad vial hay contempladas dos penas disímiles: una primera, es la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. Es una pena que busca la incapacitación de alguien para llevar a cabo una actividad para la que se ha demostrado claramente idónea. *Oiga usted, si conduciendo ha generado un nivel de riesgo intolerable, de tal forma que lógicamente ha generado un riesgo para la comunidad, ha creado un peligro concreto o ha causado un resultado, evidentemente ha demostrado que no tiene capacidad para conducir un vehículo de motor o ciclomotor y, por tanto, durante un período de tiempo determinado le incapacito para conducir*. Es por tanto una pena que busca esa incapacitación funcional de alguien para llevar a cabo una actividad para la que ha demostrado ser altamente peligroso cuanto menos.

Una segunda respuesta punitiva se articula en torno a **las penas de prisión y las penas de trabajos y de multa, que tratan de satisfacer los objetivos comunitarios**, de protección de las víctimas y de rehabilitación del victimario que

antes hemos referido. Entonces el juez o tribunal tiene que optar por imponer o la pena de prisión o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y multa. Sin embargo, la ley penal no deslinda qué criterios tiene que tener en cuenta un juez para decidir: impongo esta pena o impongo esta otra pena. Y si uno se fijara en la naturaleza de los bienes afectados: *Bueno, si todas las penas que refiere el legislador son idóneas para conseguir los objetivos comunitarios y personales que perseguimos pues tendremos que ir a la pena menos aflictiva, la que genere menor gravamen para el penado*, y ahí diría: ***parece que si la pena de trabajos y multa es idónea para conseguir los objetivos comunitarios de tutela y los objetivos individuales de protección de las víctimas y rehabilitación de los victimarios iremos a esas penas en vez de la pena de prisión.***

Pero en cambio si, por ejemplo, hiciéramos un análisis un poco más intenso y dijéramos: *Pero vamos a ver, la alternativa ¿cuál es, pena de trabajo y de multa y penas de prisión o penas de suspensión de la ejecución de la pena de prisión con pena de trabajos y multa?* Y ahí igual tenemos más duda sobre qué es más o menos aflictivo: ¿una suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de repente un cumplimiento efectivo de la pena de multa y de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad? Pues igual las cosas ahí evidentemente empiezan a cambiar, no están tan claras. Entonces habría que en cierta manera atinar un poco, y quizás darle una vuelta más a la argumentación.

Ya prevista la pena de trabajos como una pena principal aunque sea alternativa a la pena de prisión, la siguiente pregunta es: ¿Cuál es la regulación de esta pena? Y ¿cuáles son los problemas que plantea esta pena? Y claro, ahí evidentemente estamos ante una situación realmente complicada en términos no quizás tanto legales como aplicativos.

Decía antes que el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena que para su imposición exige que el acusado consienta su imposición con lo cual ya en términos procesales, de procedimiento, aquí no voy a entrar mucho porque ya sé que los temas de procedimiento son temas muy áridos, de alguna forma al juez o tribunal **se le tiene que dar la posibilidad de poder imponer esta pena**. Quiere decir que bien el Ministerio Fiscal o la acusación popular, si es que hay o la acusación particular o la defensa en algún momento tienen que solicitar: *Oiga usted, juez o tribunal plantéese imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad porque si no hay ese planteamiento en el juicio, si el tema no ha sido introducido en el juicio, no se va a poder obtener el eventual consentimiento del acusado, con lo cual cuando se vaya a redactar la sentencia no se va a poder imponer esta pena.*

Entonces de alguna forma se tiene que introducir en el juicio. Incluso se puede plantear que el juez o el tribunal puede de oficio plantear ese debate en el juicio para en su caso tener las espaldas cubiertas y poder decidir la imposición de una u otra sanción con todos los requisitos legales en su mano.

Si el juicio es un juicio de conformidad no hay nada que discutir, porque ya sabemos que la conformidad es que alguien está conforme con la pena que le piden y si la pena que le piden es trabajo y multa pues evidentemente ahí tenemos el consentimiento. El problema se ciñe, por lo tanto, a los juicios de disconformidad.

¿Qué contenido tiene la pena de trabajos en beneficio de la comunidad? Es un contenido de **cooperación no retribuida en una actividad de utilidad pública**, eso respecto al contenido jurídico, a usted le vamos a obligar a llevar a cabo una actividad de utilidad pública. Pero fíjese cómo luego el legislador introduce una posibilidad que me parece a mí tremendamente interesante desde el punto de vista de la comprensión por el sancionado, de la significación del daño causal y es decir: *Oiga, esa actividad que yo le puedo exigir a usted, va a tener relación directa con la reparación del daño o con la asistencia o ayuda a las víctimas.* Y evidentemente alguien que lleva a cabo una actividad prestacional de asistencia o ayuda a las víctimas o de reparación del daño a las víctimas es alguien que visualiza, nunca mejor dicho, la realidad vital que está detrás de una conducta de riesgo o de resultado.

Y entonces las cosas pueden cambiar desde el punto de vista de la comprensión, porque a veces el Derecho Penal es tan abstracto, tan normativo que olvida a las personas. Puedo decir que un delito es una conducta que infringe la norma y como penalista igual me quedo satisfecho. Pero a esa definición le falta algo: le falta **la victimología**. Si percibo a la víctima mento que es delito es un comportamiento que infringe la norma causando un daño, un peligro a una o varias personas y esa presencia de la persona damnificada, de la víctima, cambia radicalmente la cosmovisión, y **quien visualiza la realidad vital que anida detrás de una conducta de riesgo o de resultado vinculada a la conducción es alguien que puede llegar a comprender la dimensión del daño causado y desde la comprensión se puede llegar a replantear un cambio**. Entonces es importante que el legislador cuando habla de trabajos en beneficio de la comunidad, diga: *con referencia a delitos de simular naturaleza a los cometidos por el sujeto cabe la posibilidad de que el contenido sea la reparación o sea asistencia o ayuda a las víctimas*. Muy importante, porque visualizamos a las víctimas y eso es importante desde el punto de vista de la protección de las víctimas, de la justicia a las víctimas y de recuperación comunitaria de que en definitiva ha infringido la norma que protegía a las víctimas.

Y luego dice el legislador: ¿y a quién le corresponde esta oferta, esta posibilidad de hacer una actividad no retribuida de utilidad pública?: A la administración penitenciaria: celebre usted los **convenios con las entidades públicas y sociales que considere oportuno para tener una oferta de trabajo**, que pueda ser engarzada en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y además le vamos a decir algo más, le vamos a decir que periódicamente ofrezca un listado de estos puestos de trabajo a los jueces, fiscales y colegios de abogados. Hasta hoy no llegado el lista y, por tanto, hay un problema.

Pero fíjese cómo el legislador es tan desconfiado con él mismo que es consciente que va a tener un problema, y entonces contempla la posibilidad de que no haya oferta de trabajo o sea insuficiente, y dice: el **propio penado tiene la opción de presentar una oferta de trabajo, oferta cuya idoneidad será valorada por la administración para, ulteriormente, ser examinada por** el juez de vigilancia, quien, finalmente, decidirá si la propuesta es adecuada para cumplir los objetivos pretendidos. Pero eso ya pone de manifiesto que efectivamente **hay mucha voluntad simbólica pero poca voluntad política real, porque ya se desconfía que la propia administración sea capaz de articular los mecanismos suficientes para hacer operativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad**.

Entonces ahí tenemos ya un problema de gestión, porque evidentemente si la administración no dinamiza, como no está dinamizando ,esos mecanismos de organización de esta pena, pues tenemos una pena que puede ser impuesta, que está en la sentencia y que luego llega la ejecución y es **un auténtico quebradero de cabeza, porque evidentemente no hay posibilidades de ejecutarla**, y no se puede imputar al penado que esté obstruyendo su ejecución. Es la propia administración la que ha colocado evidentemente al tribunal en una situación que podríamos decir de vacío, y cuando se produce una inejecución de hecho de la pena se produce una deslegitimación del sistema de justicia.

Usted pone una pena, pero esta pena no se ejecuta, no se cumple, y pasa el tiempo y constatamos que esta pena sigue sin cumplirse. El referente de la crítica ciudadana es el juez (y lo tiene que ser teniendo en cuenta la posición institucional que ocupa), pero no siempre es responsable de todo lo que ocurre, **a veces las responsabilidades hay que compartirlas**.

El legislador también es consciente de que esta pena tiene que ser una pena de prestación personal del penado que le permita visualizar el daño que ha causado, pero que sea compatible con su régimen de vida, y entonces dice: *para determinar qué puesto de trabajo es factible vamos a hacer una entrevista previa para ver cuáles son las circunstancias personales del penado, cuál es su capacidad laboral, cuál es su entorno familiar, personal, social y con esas circunstancias vamos a establecer un plan*

de ejecución de esa pena que por una parte le permita al penado cumplir con su vida diaria, pero además también cumplir con esta actividad comunitaria y con esta actividad de protección a las víctimas que tenemos que visualizar a través de la pena en beneficios de la comunidad.

Por lo tanto, porque ya soy consciente de que el tiempo aprieta, a modo de conclusión diría: Cuando analizamos el tema de las penas alternativas o de cualquier tipo de pena **el primer punto a no perder nunca de vista es qué objetivos perseguimos** porque igual evidentemente en la propia definición de los objetivos podemos tener un problema, y voy a insistir, creo que los objetivos necesariamente **tienen que ser objetivos comunitarios y objetivos que tengan como referencia a las víctimas y a los victimarios**. Esos son los objetivos que tenemos que perseguir. En segundo lugar estos objetivos no sólo tienen que estar **presentes en lo que es la imposición de la sanción, sino en la ejecución de la sanción**. En tercer lugar, evidentemente las penas alternativas, en concreto **las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, son penas que necesariamente exigen un compromiso público activo** porque evidentemente es necesario que la administración cree la estructura necesaria para la gestión de esa pena, y si no hay compromiso público activo, que abandone la semántica del lenguaje por los contenidos perceptibles, lo que hay evidentemente es una apuesta simbólica, y lo simbólico nos coloca en la ineficacia y la ineficacia nos coloca en la deslegitimación y la deslegitimación nos coloca en la desconfianza, y desde la desconfianza se destruye, nunca se construye.

Gracias por su atención.