

## DE LA PENA A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

### THE PENALTY OF THE LEGAL CONSEQUENCES OF CRIME

**JULIO CÉSAR KALA**

*Profesor del Departamento de Derecho,  
División de Derecho Política y Gobierno,  
Campus Guanajuato,  
Universidad de Guanajuato, México.  
jckala@ugto.mx*

#### RESUMEN

El Estado occidental se ha concebido como la formalización política-jurídica del acuerdo social. Surge fundamentalmente para proteger a los asociados de la violencia ejercida por otros individuos o grupos más fuertes y para brindarles seguridad y bienestar, por ello, la disminución de la violencia, individual o colectiva, constituye uno de sus propósitos esenciales. Por ser un ente creado para proteger, sus acciones están supeditadas al principio de mínima lesividad, incluso en la reacción contra quienes ha violentado los acuerdos fundamentales del pacto. Sin embargo, diversos acontecimientos en la historia de las naciones evidencian que se ha antepuesto la seguridad a ultranza, a costa de los derechos de las personas, violentando las libertades y paradójicamente mermando las seguridades de los individuos.

**Palavras-chave:** La Pena; Política Criminal; Paradigma; Justicia Restaurativa.

#### ABSTRACT

The western state is conceived as political-legal formalization of the partnership agreement. Arises mainly to protect violence partners by other individuals or groups and to provide stronger safety and welfare, therefore, the reduction of violence, individual or collective, is one of its essential purposes. Being an entity created to protect, their actions are subject to the principle of least harmfulness, even in the reaction against those who have violated the covenant fundamental agreements. However, several events in the history of nations is evident that uncompromising security prefix, at the expense of people's rights, freedoms and violating Securities paradoxically undermining individuals.

**Keywords:** La Pena, Criminal Politics, Paradigm, Restorative Justice.

#### SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL; 2 EL PARADIGMA TRADICIONAL: LA TEORÍA DE LA PENA; 3 EL NUEVO PARADIGMA: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, DESDE LA JUSTICIA RESTAURATIVA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## INTRODUÇÃO

El Estado occidental se ha concebido como la formalización política-jurídica del acuerdo social. Surge fundamentalmente para proteger a los asociados de la violencia ejercida por otros individuos o grupos más fuertes y para brindarles seguridad y bienestar, por ello, la disminución de la violencia, individual o colectiva, constituye uno de sus propósitos esenciales<sup>1</sup>. Por ser un ente creado para proteger, sus acciones están supeditadas al principio de mínima lesividad, incluso en la reacción contra quienes ha violentado los acuerdos fundamentales del pacto. Sin embargo, diversos acontecimientos en la historia de las naciones evidencian que se ha antepuesto la seguridad a ultranza, a costa de los derechos de las personas, violentando las libertades y paradójicamente mermando las seguridades de los individuos.

La política criminal es un terreno en el que se aprecia más crudamente esto, en la actualidad, en aras de *frenar y prevenir* el delito se ha planteado un endurecimiento irracional del derecho penal, hasta concebirlo como un estrategia contra enemigos, a pesar del debilitamiento de los principios constitucionales de las democracias contemporáneas, al margen de sus nulos resultados.

Este tipo de decisiones gubernamentales y de políticas públicas contradicen los supuestos fundamentales de los Estados con aspiraciones constitucionales,<sup>2</sup> pues en éstos, las

---

<sup>1</sup> Desde la perspectiva contractualista es posible considerar que de la formalización del Pacto Social emana el Estado y de su positivación el Derecho. Para Rousseau, “[...] *el Estado es la respuesta histórica al anhelo de conciliar con fundamento en la razón la libertad del hombre expresado en un contrato [...]*”, por ello uno de sus cometidos es proporcionar seguridad a los individuos, en sus bienes y en su persona, así como garantizar el más amplio ejercicio de sus derechos. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. Andebeng-Abreu Alingue, Panamericana, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 43, 48. Kant, por su parte, lo considera como la única posibilidad racional de organización social: “[...] Es menester salir del estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos es menester ante todo entrar en un estado civil [...].”

Kant, Immanuel: *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestro Clásicos, no. 33, Serie Filosofía, México, 1968, p. 141.

<sup>2</sup> El Estado constitucional se caracteriza por cinco principios: i) fundamentales de la dignidad humana, ii) de libertad, iii) de igualdad, iv) de la estructura del Estado, y v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho. Sin embargo de la estrecha relación entre los principios fundamentales de la dignidad humana y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existen tensiones importantes

condiciones de validez de la ley dependen más de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales que de la fuente de producción y de los actos normativos<sup>3</sup>.

[...] en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas [...].

[...] por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de <<existencia>>, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de <<validez>> [...].<sup>4</sup>

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, limita al aparato público y configuran otras garantías de los habitantes, incluidos quienes han violentado la ley y han sido definidos jurídicamente como responsables de un hecho tipificado como delito, incluso en el ámbito de la denominada delincuencia organizada. No obstante, del papel garantista de la Constitución, ésta es afectada, tanto por las peculiaridades de la democracia representativa<sup>5</sup>,

---

entre ellos. Por otro lado, las democracias constitucionales se definen, además, por la primacía de los derechos humanos, donde cuatro axiomas identifican su posición en el sistema jurídico: i) máximo rango, ii) máxima fuerza jurídica, iii) máxima importancia del objeto y iv) máximo grado de indeterminación - característica propia del sistema jurídico alemán-. Alexy, Robert: "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático".: trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

<sup>3</sup> A diferencia de los estados legislativos, en los que la validez está vinculada al proceso legislativo, por ello es posible suponer la existencia de una norma formalmente válida, consecuentemente vigente, pero sustancialmente inválida debido a su sentido, a su contenido y a su contraposición con los principios constitucionales. Esta circunstancia altera la función jurisdiccional, puesto que la aplicación de la ley sólo es posible si ésta es constitucionalmente válida. La interpretación y la resolución constituyen un juicio sobre la ley misma, por lo que la evaluación de la consistencia de la ley a la luz de los principios constitucionales; la identificación y los señalamiento de las antinomias y de las lagunas normativas; con la consecuente resolución de éstas a través de las garantías existentes o de la proyección de aquéllas que faltan son las directrices constitucionales de la función jurisdiccional. Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho".: trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005., p.18 y 19.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Camou, Antonio: *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, México, 1995 y Polimeni, Florencia: *¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva*, en *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño*, Ricardo Romero, Comp., Red de Ciencia Política Mariano Moreno, Argentina, 2005, [en línea], disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf>, [consulta el 5 de marzo de 2009].

como por la injerencia de los centros económicos, en las decisiones de los estados nacionales, por ejemplo, en el diseño de la política criminal contra el mercado ilegal de drogas. Al respecto Bobbio refiere la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja, *entre los que es posible incluir a los de carácter penal* no es el exceso sino el defecto de poder<sup>6</sup>, asimismo<sup>7</sup>,

## 1 POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Es posible distinguir los avances en el fortalecimiento de las democracias contemporáneas por la incorporación de los derechos fundamentales en el diseño de la política criminal, que por ser una política pública está dirigida a cumplir los fines del Estado<sup>8</sup>.

A través de la política criminal se definen las conductas delictivas y los mecanismos de reacción institucional contra ellas. Como ya se anotó previamente, los Estados con pretensiones constitucionales fincan sus relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías irrenunciables, por ello, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios para el ejercicio de la libertad; no puede partir de la premisa que las normas penales son imperativos ni que motivan a las personas, pues esto contradice el principio de libertad y devela el fracaso de las instituciones socializadoras, disciplinantes, en el proceso de introyección de la norma<sup>9</sup>. El precepto jurídico sólo instruye o informa sobre los modelos de comportamiento y sobre las consecuencias jurídicas<sup>10</sup>. Además de la violencia, la manera en cómo se concibe la relación del subsistema jurídico penal con las personas contradicen el principio de libertad<sup>11</sup>. En las democracias constitucionales, el poder

<sup>6</sup> Bobbio, Norberto: *Liberalismo y democracia.*: Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989, p. 103, las cursivas no pertenecen a la cita.

<sup>7</sup> identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales, *entre ellas la de seguridad pública*, ii) capacidad limitada de respuesta del sistema político, *también en lo referente al sistema de justicia penal* y iii) conflictualidad.

<sup>8</sup> Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1994.

<sup>9</sup> Familia, escuela y religión entre otras como instituciones de control social suave, respecto de las instituciones de control social duro y la introyección de normas por medios coactivos, Foucault Michel: *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, España, 1996 y Pavarini, Masimo y Melossi, Dario: *Cárcel y fábrica*, Siglo XXI, México, 1983.

<sup>10</sup> Bustos Ramírez, Juan: "Política criminal y estado", en: *Revista ciencias penales*, [en línea], disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, [consultado el 20 de julio de 2010].

<sup>11</sup> *Idem* y Arent, Hanna: *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

penal no puede ejercerse para limitar los derechos de persona alguna o eliminarla en cuanto tal<sup>12</sup>.

Sin embargo de la violencia inherente a la política criminal, su ejercicio ha de regirse por el principio de mínima lesividad, de tal forma que la violencia que ejerza ha de ser la mínima necesaria en sí misma y no en relación con alguna otra, lo que excluye, por supuesto, la violencia excesiva como: la pena de muerte, el presidio perpetuo y las penas privativas de libertad largas; por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal, *no prima facie, sino ultima ratio*.

Sin embargo de las fuertes críticas al sistema de justicia de Souza<sup>13</sup>, de las aportaciones de Rawls<sup>14</sup>, Habermas<sup>15</sup> y Luhmann<sup>16</sup> que han revitalizado el contractualismo como criterio legitimador del orden social y de las contribuciones de Ferrajoli<sup>17</sup> al constitucionalismo contemporáneo, en las sociedades contemporáneas se ha terminado por sumir contingentemente sus contenidos, alejándose de los planteamientos que fundamentaron la teoría clásica del contrato social<sup>18</sup>.

Entre los principios rectores de una intervención penal garantista en el diseño y aplicación de la política criminal contemporánea resaltan, entre otros, los siguientes:

i) Principio de utilidad, el derecho penal se justifica en la medida que evidencie la necesidad de su intervención<sup>19</sup>, por ejemplo, la teoría de la pena con orientación preventiva no

<sup>12</sup> Bustos, *op. cit.*, nota 10.

<sup>13</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta Madrid, 2009.

<sup>14</sup> Rawl, *op. cit.*, nota 11.

<sup>15</sup> Habermas, Jürgen *El occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>16</sup> Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución, aportación a la sociología política*, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2010.

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995; *El garantismo y la filosofía del Derecho.*: trad. Gerardo Pisarello, Alexi Julio Estada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001 y *op. cit* nota 4.

<sup>18</sup> Díez Ripollés, José Luis: "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en: *Revista de Ciencias Penales*, No. 15, Ciencias Penales Org, disponible en: [www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm](http://www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm), Consulta Julio 10 de 2010.

<sup>19</sup> Acudir al Derecho penal, no garantiza la reducción del índice delictivo, como lo refirió Beccaria: [...] Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico [...] Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con sólo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas [...] Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. Aquella que baste a mover los hombres para que la defiendan. El

ha logrado evidenciar la necesidad de su aplicación, en cambio ha mostrado sus grandes contradicciones y fracasos.

ii) Principio de intervención mínima, dirigido a limitar el despliegue de la represión estatal sólo como respuesta a los conflictos sociales más graves<sup>20</sup>, de éste principio se derivan dos subprincipios: el del carácter fragmentario del derecho penal y el de subsidiariedad. El primero impide su intervención ante cualquier conducta que lesionan bienes jurídicos conстриéndolo únicamente a reaccionar ante las lesiones más graves de los bienes jurídicos mayormente ponderados por la sociedad<sup>21</sup>; el segundo principio, de subsidiariedad o de *última ratio*, posterga la intervención del derecho penal, hasta que hayan fracasado otras instituciones de control social formales o informales, o subsistemas jurídicos<sup>22</sup>.

iii) Principio de neutralización de la víctima, establece la necesidad de deslegitimar la venganza privada, de evitar la socialización de intereses de la víctima, dado que el Estado ya ha reaccionado ante el delito, al poner en marcha el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal<sup>23</sup>.

---

agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho [...]

Bonesana, César: **Tratado de los delitos y de las penas**, sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán:Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995, pp. 9-11.

<sup>20</sup> “[...] *La represión no es un fin en sí misma, [...] Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. [...]*” Villegaz Fernández, Jesús Manuel, “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, en: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Núm. 23, año 2009, págs. 1-10, [en línea], disponible en: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf), [consultado el 2º de julio de 2010]. Por su parte Díez “[...] *El principio de mínima intervención [está] basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida [...]*”. *Op.cit* nota 18.

<sup>21</sup> Bustos, *op. cit.*, nota 10.

<sup>22</sup> Muñoz Conde, Francisco: **Introducción al Derecho penal**, Bosch, Barcelona, 1975.

“[...] el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario[...]

Berdugo y Gómez de la Torre, José Ramón: “Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, España”, ocho de enero, 2004, ponente, en: Villegaz Fernández, Jesús Manuel, *¿Qué es el principio de intervención mínima?*, en: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Núm. 23, año 2009, págs. 1-10, [en línea], disponible en: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf), [consultado el 20 de julio de 2010].

<sup>23</sup>

[...] La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a d[i]ferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la

iv) Principio de mínima lesividad, en el que se incluyen actualmente cuatro subprincipios: a) Humanidad de las penas, b) Culpabilidad, c) Proporcionalidad<sup>24</sup>, y d) la reorientación del principio de resocialización hacia el de Reincorporación social. Derivado del primer subprincipio, a) Humanidad de las penas, se elimina la pena de muerte, y se sustituyen las sanciones corporales por la pena privativa de libertad, posteriormente ésta por otras menos lesivas, entre ellas, la multa o el trabajo en servicios a favor de la comunidad<sup>25</sup>. Respecto del cuarto subprincipio, a pesar de los avances de la criminología y de la dogmática jurídico penal, la resocialización aún se considera como un principio garantista. Este subprincipio es producto del paradigma clínico de la criminología, propio de un derecho penal de autor y antítesis del Derecho penal de acto, en el que sanciona al responsable penal por la magnitud de las lesiones y la trascendencia del bien jurídico lesionado por una conducta específica, y no por su forma de ser, por ello este principio atenta contra la dignidad humana, en términos de Kant<sup>26</sup>, no es justificable de modo alguno la instrumentalización de la pena, incluso en beneficio del penado, pues con ello se vulnera su dignidad humana. La pena debe eludir la separación total del individuo del contexto social, cuando se encuentre compurgando una pena privativa de libertad. Al Estado le corresponde propiciar una adecuada reincorporación del individuo a la sociedad una vez concluida su pena a fin de propiciar sus posibilidades de participación en la vida social.

---

necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas enmarcadas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, tran[ ]quilizadora de las víctimas, pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un Derecho penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención [...].

Díez, *op. cit* nota 18.

<sup>24</sup> Obliga a que la sanción aplicable al responsable penal de un delito sea equilibrada respecto de la gravedad de la conducta Becaria, *op. cit*, nota 19; Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, parte general*, quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998, pp. 99-100 y Guerrero Agripino, Luis Felipe: *La delincuencia organizada (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001, pp. 350, 367-371 y “El sistema de justicia penal y de seguridad pública. La reforma pendiente”, en: *Consideraciones sobre la Reforma del Estado. La agenda urgente y algunos temas pendientes*, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho y Administración Pública, México, 2008.

<sup>25</sup> Guerrero Agripino, Luis Felipe: *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, IUSIM, México, 2004 y 2008, *Idem*.

<sup>26</sup> Kant, *op cit.*, nota.1.

v) El principio de Exclusiva protección de bienes jurídicos, está referido a la reacción ante lesiones de los intereses más preciados e imprescindibles para el desarrollo de las personas y de la sociedad<sup>27</sup>.

## 2 EL PARADIGMA TRADICIONAL: LA TEORÍA DE LA PENA

Como ya se ha expuesto, la política criminal orienta el diseño y operación del sistema de justicia penal, sin embargo, los fines de la pena han oscilado entre la retribución más cruda, como en el caso de los responsables de delitos de la delincuencia organizada y los anhelos preventivos de la readaptación.

Prevención-Retribución representa los polos del debate<sup>28</sup> político contemporáneo en torno a la pena. La polémica centrada en los beneficios que de ella se puedan esperar, desatiende el análisis de las repercusiones político-criminales que sustentan las orientaciones positivas<sup>29</sup> y negativa de la pena, en detrimento de una construcción garante de las consecuencias jurídicas del delito, en donde el punto central sea la restauración del tejido social y de las condiciones de convivencia social.

La persistencia en este debate, probablemente, esté asociada al incremento de la actividad delictiva registrada durante los últimos años del siglo pasado y los inicios del presente, lo que ha favorecido el recrudecimiento de la política criminal. La discusión medios-fines ha dejado de ser una polémica: en la palestra gubernamental en pos de la seguridad pública se ha difuminado la paradoja: respeto/restricción de garantías ciudadanas; los contenidos preventivos dirigen la argumentación del discurso penal.

<sup>27</sup> “[...] El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuri[c]idad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social [...]” Díez, *op. cit.*, nota 18.

<sup>28</sup> Está presente también la orientación mixta -ecléctica-, que pretende integrar en su discurso, los mejores elementos de cada una -prevención y retribución-, como si fuera posible tal integración de conceptos antitéticos sin generar contradicciones. Sobre los fines de la pena, *cfr.* Ambos, “Sobre los fines de la pena a niveles nacional y supranacional”, en: *Iter Criminis, Revista de Ciencias penales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, segunda época, No. 6, abril-junio, 2003, pp. 11-34; en especial III, Sobre los fines de la pena, 1, ¿Retribución o prevención?, pp. 20 y 3, Las diversas funciones preventivas de la pena, p. 25.

<sup>29</sup> Teorías que asignan funciones manifiestas a la pena, *cfr.* Zaffaroni, Eugenio Raúl; Plagia, Alejandro y Eslokar, Alejandro, *Derecho Penal parte general*, Porrúa, México, 2001, pp-41-42.

La raigambre preventiva de la política criminal, cimentada en sus orígenes por el impacto del discurso clínico<sup>30</sup> en el terreno de las disciplinas penales en los albores del siglo XX y fortalecida por la fuerza de la tradición durante toda la centuria, ha hecho caso omiso de la inconsistencia que el concepto genera en el corpus del discurso penal contemporáneo.

Las contradicciones, de principio, referidas representan una rica veta para los acercamientos analíticos de corte exegético, meta lejana a las pretensiones de estas líneas, por lo que sólo se expondrán algunas consideraciones que permitan identificar la carencia de consistencia, interna, del discurso político criminal referido a las pretensiones preventivas de la pena y del riesgo implícito en la descontextualización política de la orientación retributiva de ésta, características de bivalente modelo retributivo-preventivo del sistema de justicia penal.

La prevención está referida a la intervención, a la manipulación en el presente del medio natural o social o de los sujetos en alguna o en todas las áreas de su integridad con el propósito de alterar la dinámica futura del comportamiento del evento o del sujeto, por ello, las políticas preventivas son por definición *a priori*. Sin embargo, la intervención del sistema penal en los estados democráticos está supeditada a la actualización de las hipótesis contenidas en la legislación penal sustantiva; a que acontezcan los eventos descritos en el tipo penal. Por ello, el sistema penal actúa, por definición *a posteriori*.

Prevención y sistema penal, son dos planteamientos por definición antitéticos. ¿Cómo describir y explicar?, sin violentar el principio de no contradicción, el funcionamiento de una institución del poder público, que por definición actúa *después de ser lesionado un bien jurídico*, puede pretender intervenir *antes de que éste se vulnere*, la contradicción salta a la vista, temporalmente es imposible, la flecha del tiempo apunta solo a una dirección.

i) Sólo si el evento ya ocurrió es relevante para el derecho penal, es hasta ese momento, *posterior al acontecimiento*, el instante en que se inicia la intervención penal. De ser

<sup>30</sup> Sin duda alguna, el positivismo representó una influencia importante para el pensamiento social de fines del siglo XIX y principios del XX, pese a ello, en lo referente a las disciplinas penales, particularmente por cuanto corresponde a la criminología y a la política criminal, se omitió uno de los principios fundamentales de esta línea de pensamiento: para que un discurso teórico sea tal, se requiere contrastarlo contra la realidad. Al respecto, Popper, Conjeturas y refutaciones, 1991, enuncia seis principios para evaluar la fortaleza de una teoría  $t^1$ : i)  $t^2$  realiza afirmaciones más precisas que  $t^1$ , y estas soportan la prueba de test más precisos; ii)  $t^2$  considera más hechos que  $t^1$ ; iii)  $t^2$  describe o explica los hechos con mayor detalle que  $t^1$ ; iv)  $t^2$  resiste pruebas en las que  $t^1$  ha fracasado; v)  $t^2$  ha sugerido nuevas pruebas experimentales, en las que no se había pensado antes de que  $t^2$  fuera concebida - y no sugeridas por  $t^1$ , quizá ni siquiera aplicables a  $t^1$  - y  $t^2$  ha resistido el rigor de esas pruebas; vi)  $t^2$  ha unificado o conecta diversos problemas hasta ese momento desvinculados entre sí.

así, como se supone debería ser, el sistema penal ha perdido toda posibilidad de acción previa, el tiempo ha transcurrido<sup>31</sup>.

ii) Si el acontecimiento aún no se ha realizado<sup>32</sup>, y si el requisito para que el sistema penal inicie su intervención es la realización de un acto ya acontecido, como éste aún no se ha realizado, no existe posibilidad alguna de justificar racionalmente su actuación. *El tiempo para actuar, aún no ha llegado*.

No obstante de estas evidentes contradicciones y amén de las restricciones que imponen los principios constitucionales a las instituciones penales, impidiéndoles actuar omnitemporal, los anhelos preventivos aún persisten.

La teoría relativa de la pena integra en su estructura una presunción preventiva general y otra particular, cada una de ellas orientadas positiva o negativamente.

El fin preventivo general de la sanción penal, está dirigido a la población que aún no ha delinquirido<sup>33</sup> anhelando que la norma penal cumpla con una función motivadora: evitar el delito, ilusión del panpenalismo:

[...] Es claro que no hay convivencia humana sin ley, pero la ley de la convivencia no es penal, sino éticosocial y jurídica, no penal. No se sostendría una sociedad en la que sus miembros realizasen todas las acciones que saben que no están criminalizadas y las que saben que no lo serán secundariamente o que tienen poca probabilidad de serlo, por obvia incapacidad operativa de sus agencias. Por ende no es la prevención general punitiva la que disuade a las personas y conserva la sociedad; eso no es más que una aberrante ilusión del panpenalismo que pretende identificar nada menos que a la ley penal con toda la cultura [...] <sup>34</sup>.

Esta aspiración, en su orientación positiva, supone que el conocimiento de la norma penal, orienta la conducta social de los ciudadanos hacia el cumplimiento de los contenidos prescritos por la norma jurídica. Implica la preeminencia de la norma penal; la norma por sí

<sup>31</sup> Frecuentemente se hace referencia a qué esta intervención prevendrá futuros ilícitos penales, sin embargo esto, en el terreno de lo dogmática penal también representa un problema serio, ya que el derecho penal contemporáneo funda el análisis de las consecuencias jurídicas del delito en el ejercicio de la libertad, incluso en el incremento del riesgo socialmente permitido.

<sup>32</sup> La tentativa, requiere otras consideraciones, *cfr.* Guerrero Agripino, Luis Felipe, "Breve análisis sobre la tentativa" en opúsculo de Derecho penal, ALPLAC, Guanajuato, México, 2002, pp. 35 y ss.

<sup>33</sup> Es evidente la falaz analogía con el modelo médico. Por principio, la política sanitaria no interviene como consecuencia de definiciones políticas de comportamiento -delitos-, como acontece con la política penal, actúa bajo consideraciones fisiológicas. Mientras una se despliega en la esfera de la naturaleza, la otra se presenta en la vida social, aún y cuando ambas partan de los presupuestos de la política pública.

<sup>34</sup> *Cfr.* Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 55 - 56. nota 29.

misma y no en función de los beneficios que pudiera ofrecer para disminuir, en la medida de lo posible, las consecuencias<sup>35</sup> de los conflictos generados en la interacción social, con independencia del proceso de socialización en el que se introyecta la norma<sup>36</sup>. Asimismo, presupone el fracaso de los mecanismos de control social informales y formales.

En su orientación negativa, la prevención general aspira a infundir tal temor, en las personas, para que, ante la posibilidad de recibir el castigo, inhiban su conducta. Ejemplaridad sería el principio rector de esta, sin embargo, tal ejemplaridad se encuentra lejana, ya que los porcentajes de impunidad no contribuyen a construir en la ciudadanía, precepciones de credibilidad penal. Sociedades en las que el temor al castigo oriente el despliegue conductual de las personas son sociedades en las que los valores democráticos brillan por su ausencia.

El fin positivo de esta orientación de la pena, pretende la readaptación social del delincuente; la modificación de su conducta futura. En términos de Zaffaroni: *En definitiva, se trata de una intervención del estado que, en caso de ser factible - contra todos los datos sociales - consistiría en una imposición de valores en que nadie cree, privada de todo momento ético, desde que desconoce la autonomía de la persona*<sup>37</sup>.

Este desconocimiento, conlleva el de la propia persona, que desde la perspectiva kantiana, se es tal, en la medida en que es posible imputarle sus acciones; declararla autora de las mismas, por ello responsable de las consecuencias de su elección, libre, incluso de la transgresión a la ley penal. Negar la autonomía, equivaldría a ignorar a imputación, considerada ésta, como el verdadero *leivmotiv* del derecho positivo moderno, en el que la voluntad emerge como sustento. Por ello la pena:

[...] no puede aplicarse como un simple medio de procurar un bien ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe serlo siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni

<sup>35</sup> La postura durkheimniana respecto del fortalecimiento de los lazos de cohesión social, como resultado de la aplicación de la sanción ha sido cuestionado por Garland, *cfr.* Garland, David: *Castigo y sociedad moderna; un estudio de teoría social*, Berta Ruiz, Traductora, Siglo XXI, México, 1999, debido a que ésta característica se presenta más vivamente en sociedades pequeñas, poco estructuradas, sin embargo, no es posible omitir su función, ya que uno de los reclamos ciudadanos más importantes está asociado a la impunidad; a la falta de castigo de los delinquentes.

<sup>36</sup> *Cfr.* Piaget, J y Inhelder, B, *Psicología del niño*, Morata, Madrid, 1984; Paget, J. Seis estudios de psicología, Seix Barral, Barcelona, 1975 y Flavel, J., *La psicología evolutiva de Jean Piaget*, Paidós, México, 1986; Piaget.

<sup>37</sup> Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 61. Nota 29.

ser tomado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra cualquier ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil.<sup>38</sup>

Debido a la consideración fundamental de la libertad humana se requiere que: *El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar la pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos*<sup>39</sup>, tal es el caso de la readaptación.

Por su parte, las pretensiones negativas de la prevención especial se inclinan por la segregación. En el supuesto menos nocivo, implicaría la reclusión celular, sin contacto alguno con otra persona, pues mientras exista la relación interpersonal, la posibilidad de transgredir la norma se encuentra siempre presente. Las consecuencias de tal aprisionamiento, que en poco tiempo llevaría al desquiciamiento del interno carecen de fundamento racional.

La posición extrema de esta orientación apoya la cadena perpetua y la pena capital y comparte las mismas críticas; no existe fundamento racional alguno que le haga posible, por lo menos en las democracias contemporáneas.

El otro componente del modelo está representado por las aspiraciones retributivas. En contraposición con las teorías relativas de la pena, en la postura retributiva, absoluta, la sanción penal no persigue ningún otro fin, más que la institucionalización de la respuesta social en términos de un intercambio de aflicciones; la pena causada al delincuente como respuesta al delito, por el mal que éste produce en la sociedad en la persona de la víctima.

La pena no tiene que pretender ninguna consecuencia más que la aflicción del delincuente, por haber querido libremente la acción punible.

Los planteamientos de esta orientación teórica se cimentan falazmente en el principio de igualdad, inicialmente, se asocian con el *jus talionis*, y propone una relación proporcional entre delito y pena. Ante el problema específico de la imposición de una pena concreta, es necesario atender a las diferencias de condición; no es posible pretender trato igual entre dispares.

La ausencia de propósitos ajenos al castigo como tal, confiere a esta orientación político criminal de la pena la consistencia de su planteamiento punitivo, la pena únicamente como castigo no presenta contradicciones, porque no existe contra que contrarrestarla, sin embargo, descontextualizarla políticamente del poder punitivo estatal y del funcionamiento de

<sup>38</sup> Kant, *op. cit.*, p. 167. Nota 1.

<sup>39</sup> *Ídem.*

las instituciones penales, conlleva el riesgo de incrementar las pretensiones, circunstancias y magnitud de las pretensiones punitivas del estado, con el consecuente crecimiento y endurecimiento desmesurado del sistema penal y debilitamiento del estado de derecho.

En este sucinto recorrido por las orientaciones político-criminales de la pena, quedaron expuestas algunas de las contradicciones más evidentes de las hipótesis preventivas de ésta, así como el riesgo de aceptar acríticamente el castigo por sí mismo, desvinculado de las consideraciones políticas que dan sustento al garantismo penal.

La crítica fundamental de las teorías positivas de la pena, se centra en las contradicciones -consistencia interna- implícitas en los argumentos que al invocar el estado de derecho, por un mal entendido humanismo penal, justifican el estado policia.

Es necesario continuar con una construcción teórica que posibilite una política criminal garante de los derechos humanos, y al parecer, la perseverancia en las teorías positivas; reelaboración de sus principios, no es la senda, se requiere partir de consideraciones negativas; construir una teoría agnóstica en términos de Zaffaroni, quien con otros, ha indicado este camino. La reflexión penal ha favorecido a modificación gradual de los contenidos doctrinales, las tesis del profesor Roxín<sup>40</sup> en torno a los “*Problemas actuales de política criminal*”, permiten observar como paulatinamente se desdibuja la imagen tradicional de los contenidos de la pena; las aspiraciones preventivas del derecho y de la pena cada vez se pierden más en el horizonte, aún y cuando subsistan ideas terapéuticas; ayuda especializada sólo para algunos transgresores.

Finalmente, aseverar que las pretensiones preventivo-penales, son sólo eso: anhelos poco probables y que por principio la prevención - *stricto sensu* su intervención en el medio con el propósito de evitar que en el futuro se presenten eventos no deseados -, se encuentre fuera del ámbito de injerencia del sistema de justicia penal, no presupone de manera alguna que ésta no exista. Es posible establecer estrategias exitosas de prevención, pero fuera del ámbito penal. *Una política pública, por tanto debe tener en cuenta otra cosa: lo que llamamos, sin gran precisión, prevención, designado con este término todos los medios posibles diferentes de la represión penal [...].*<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Cfr. Roxín, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, Enrique Díaz Aranda, Traductor. En: *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Enrique Díaz Aranda, Editor, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie ensayos jurídicos, Núm. 1, México, 2002, pp. 87-105.

<sup>41</sup> Robert, Philippe, *El ciudadano, el delito y el Estado*, Atelier, col. Políticas de científico, Paidós, España, 1985, p. 2183.

Finalmente, es posible caracterizar sucintamente a este modelo siguiendo a Beristain<sup>42</sup> al esquematizar al modelo retributivo de la siguiente manera:

- Se reconoce una relación de contrarios, de adversarios, que vencen y someten al enemigo en un proceso normativo legal
- El castigo es la consecuencia natural, dolorosa, que también conlleva o pretende la prevención general y especial.
- El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado. Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva
- El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con (reclama) otro daño al delincuente.
- Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se la ubica abstractamente en el Estado
- Promueve, se fomenta, el talante competitivo, los valores individuales
- La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. Se ignora a la víctima y el delincuente permanece pasivo.
- El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena.
- El delincuente no tiene responsabilidad ni participación en la solución del problema
- El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.
- El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto
- El estigma del delito es imborrable
- No se fomenta el arrepentimiento, el perdón
- La justicia está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales

<sup>42</sup> Beristain, Antonio, *Criminología y Victimología, La alternativa re-creadoras al delito*, Colombia, Leyer Ltda, 1998.

### 3 EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EL NUEVO PARADIGMA: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, DESDE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Con el desarrollo de las democracias por medio del fortalecimiento de los derechos humanos, ha surgido un paradigma alternativo, en el que se busca la restauración de las relaciones sociales a través de la disminución del ejercicio de la violencia tanto de los particulares como del aparato público, denominado justicia restaurativa. Inicialmente se ha propuesto para los llamados delitos menores,

En este enfoque, la justicia penal es conceptuada como una vía de solución al conflicto penal, constituye un movimiento de reforma a la justicia penal por lo que respecta a los fines de la pena, ya no se persigue la aflicción ni la compensación de violencias, se identifican otras alternativas como consecuencias jurídicas del delito para el responsable penal.

Sobre el origen de la justicia restaurativa Beaudoin<sup>43</sup> refiere que proviene de los pueblos nómadas, particularmente de los pueblos autóctonos, en los supuestos de que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo resultaba perjudicial para los interés y supervivencia del grupo; por lo que el modo de sanar la situación en la posibilidad de obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitar así los lazos sociales entre el autor del delito, la víctima y la comunidad. Contextos similares existen en grupos indígenas mexicanos en los que éstos principios orientan la justicia consuetudinaria de algunos grupos originarios<sup>44</sup>.

La Justicia Restaurativa es un nuevo paradigma, pero sólo en la dogmática continental, es parte del acervo de la justicia tradicional de muchos pueblos originarios de América. La justicia restaurativa y las consecuencias jurídicas del delito, es ver, desde occidente al derecho penal desde la perspectiva de los derechos humanos, desde el punto de vista del derecho penal

<sup>43</sup> Juez de la Corte de Quebec que destaca por sus aportes de la creación y de la corte de Quebec y su Modernización, Agosto 2002 en <http://www.argenj.us.org.ar/argenj.us/articulos/quebec.pdf>, 18 de mayo del 2012.

<sup>44</sup> Sin embargo, de acuerdo a Highton su origen remonta a 1974 en Kitchener, Ontario, Canadá por el caso de una afectación a la propiedad, por medio de la justicia restaurativa se llegó a una solución exitosa. Highton Elena, *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, Argentina, AD-HOC, 1988, p. 157.

mínimo<sup>45</sup>, en el que se busca esencialmente la reducción del ejercicio de la violencia entre los actores del drama penal.

La Justicia Restaurativa, busca en su esencia devolver el conflicto social, a las partes involucradas: víctima y victimario, y con la participación de la comunidad encontrar formas de solución que restauren el orden social alterado, mediante un proceso en el que el victimario pueda reconocer su acto ilícito y sus consecuencias sociales, para él, para la víctima y para la sociedad, e iniciar así un proceso de restablecimiento de las condiciones sociales de vida en común.

Esta es [...] *una teoría de justicia que enfatiza reparar el daño causado o revelado por el comportamiento criminal. Se logra de mejor manera a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los involucrados*<sup>46</sup>.

La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el sentido de fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. Es pues, un paradigma que busca reducir la violencia, no incrementarla, el desafío, es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas<sup>47</sup>.

Como ya se ha expuesto, este paradigma es

[...] es una aproximación de solución -de-problemas al delito, que implica a las partes en sí misma y generalmente a la comunidad, en una activa relación con las agencias legales. No es una práctica especial, sino un conjunto de principios que pueden orientar de cualquier institución o grupo en relación al delito [...].<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Baratta, formula la justicia restaurativa es como un principio del Derecho Penal Mínimo: el de privatización de los conflictos, expone: *Se trata de una reapropiación de los conflictos, que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación* Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*, Buenos Aires, Editorial, B de F, 2004, p. 325.

<sup>46</sup> Ness, van Daniel, *Principios y Desarrollos actuales de la Justicia Restaurativa*, Justicia Restaurativa en Costa Rica, acercamientos teóricos y prácticos, I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006.

<sup>47</sup> Ceretti, *et.al.*, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, Italia, Guerini, 2001, p. 309.

<sup>48</sup> Tony Marshall, citado por: Weitekamp, Elmar, *Reserch on Victim-Offender Mediation, Findings and Needs for the Futures*, Victim Offender Mediation in Europe, 1995, p.103.

La justicia restaurativa centra su interés en comprender y transformar las bases que subyacen al delito y la violencia<sup>49</sup> apelando a la consolidación del pacto social<sup>50</sup>. En una ética de convivencia, atiende las personas inmersas en el conflicto, pues reconoce que los conflictos y delitos son entre personas pero sobre todo, reconoce que en cada conflicto hay una historia, y una serie de elementos del orden estructural y cultural que lo complejizan. Con este modelo se humaniza la justicia al poner el centro de su operación la disminución de la violencia y los derechos humanos de los involucrados a través del reconocimiento de los derechos del otro, así como de las obligaciones y responsabilidades propias y ponerla al servicio de lo Humano en su más amplia acepción, para modificar las relaciones desiguales e injustas.

Beristain<sup>51</sup> caracteriza al modelo restaurativo como sigue:

- El delito es la acción que causa daño a otra persona
- Se centra en la solución del problema, en la responsabilidad y obligaciones mirando al futuro.
- Se establece un diálogo y una negociación normativa que imponga al delincuente una consecuencia restauradora
- La solución del conflicto está en la reparación como un medio de restaurar ambas partes, víctima y delincuente. Tiene como meta la reconciliación.
- El delito se reconoce como un conflicto interpersonal.
- Se reconoce el valor del conflicto.
- Se pretende lograr la restauración del daño social
- La comunidad como catalizador de un proceso restaurativo versus el pasado
- Se incentiva la reciprocidad
- Se reconoce el papel de la víctima y el papel del delincuente, tanto en el problema (delito) como en su solución. Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima. Se anima al delincuente a responsabilizarse
- Se define la responsabilidad del delincuente como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar el daño

<sup>49</sup> Es un ejercicio de la fuerza orientado a afectar la igualdad de derechos y oportunidades es decir, bajo el pensamiento moderno es una práctica irracional por las pretensiones de control y dominación sobre las personas, las comunidades y los países.

<sup>50</sup> Kant, *op.cit.*, nota 3; Rousseau, *op. cit.*, nota 3 y Rawls, *op. cit.*, nota 1.

<sup>51</sup> Beristain, *op. cit.*, nota 55.

- El delincuente tiene responsabilidad en la solución del conflicto
- El delito se entiende en todo su contexto moral, social, económico y político
- Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad
- El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora
- La respuesta al delito se crea desde los propios protagonistas

En este modelo se reconoce que los delitos afectan en primer término a las personas en concreto, más que a la sociedad en abstracto; apela a las normas y a la reparación más que al castigo por el incumplimiento de la ley; sin ignorar la existencia de un cuerpo normativo, pero aboga por la incorporación de diversos actores en el manejo del conflicto, no únicamente juristas. Se otorga un lugar protagónico a la víctima y se busca la transformación de las condiciones que lo propiciaron el delito, para lo cual es imprescindible la colaboración del victimario, quien debe ser también beneficiario del proceso; la comunidad es fundamental, los actores del conflicto: víctima y victimario, forman parte de su estructura y de la adecuada resolución del conflicto ella se fortalecerá, trascendiendo así a la justicia puramente reparativa.

La justicia restaurativa es pues, ante todo una postura de vida, una reiteración del pacto social, apuesta por el fortalecimiento de una ética de la convivencia en la que se puedan desplegar todos los derechos de todos.

## CONCLUSÃO

La justicia restaurativa representa una posibilidad importante de enfrentar racionalmente los problemas que el sistema de justicia penal no ha resuelto, la violencia generada por los conflictos se incrementa por las directrices de las teorías de la pena contemporáneas; la disminución de la violencia, uno de los fines del pacto social implica, que aún cuando sea necesaria la intervención del sistema de justicia penal, éste se enfoque, ante todo, a disminuir o por lo menos o no aumentar la inherente a los conflictos sociales, en lugar de incrementarla desmesuradamente como ha sucediendo hasta ahora.

Con este paradigma de justicia penal se abre la posibilidad para reorientar los fines de la pena. Las consecuencias jurídicas del delito no necesariamente tiene que centrarse en la aflicción o en la negación del ser de las personas, aún y cuando hayan infringido la norma, existen otras posibilidades como la justicia restaurativa.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**: trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.
- AMBOS, Kai: “Sobre los fines de la pena a niveles nacional y supranacional”, en: *Iter Críminis, Revista de Ciencias penales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, segunda época, No. 6, abril-junio, 2003, pp. 11-34;
- ARENT, Hanna. **Sobre la violència**. Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires, Editorial, B de F, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal**, en: *Nuevo Foro Penal*, 1985.
- BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, José Ramón. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, España”, ocho de enero, 2004, ponente, en: Villegaz Fernández, Jesús Manuel, *¿Qué es el principio de intervención mínima?*, en: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Núm. 23, año 2009, págs. 1-10, [en línea], disponible en: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf), [consultado el 20 de julio de 2010].
- BERISTAIN, Antonio. **Criminología y Victimología: La alternativa re-creadoras al delito**. Colombia, Leyer Ltda, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia**. Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989.
- BONESANA, César: **Tratado de los delitos y de las penas**. sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Política criminal y estado”, en: **Revista ciencias penales**, [en línea], disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, [consultado el 20 de julio de 2010].
- CAMOU, Antonio: **Gobernabilidad y democracia**, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, México, 1995.
- CERETTI, *et.al.* **Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto**, Italia, Guerini, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en: **Revista de Ciencias Penales**, No. 15, Ciencias Penales Org, [en línea],

---

disponible en: [www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm](http://www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm), [consultado el 10 de Julio de 2010].

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón, teoría del garantismo penal**. trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_. **El garantismo y la filosofía del Derecho**. trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

FLAVEL, J. **La psicología evolutiva de Jean Piaget**. Paidós, México, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar**. Siglo XXI, Madrid, España, 1996.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna; un estudio de teoría social**, Berta Ruiz, Traductora, Siglo XXI, México, 1999.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. El sistema de justicia penal y de seguridad pública. La reforma pendiente, en: **Consideraciones sobre la Reforma del Estado. La agenda urgente y algunos temas pendientes**, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho y Administración Pública, México, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de la dogmática jurídica penal**, IUSIM, México, 2004.

\_\_\_\_\_. **Breve análisis sobre la tentativa**: en opúsculo de Derecho penal. ALPLAC, Guanajuato, México, 2002.

\_\_\_\_\_. **La delincuencia organizada (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)**, Universidad de Guanajuato, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **El occidente escindido**. Trotta, Madrid, 2006.

HIGTON, Elena. **Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal**. Argentina, AD-HOC, 1988.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba**. Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestro Clásicos, no. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución, aportación a la sociología política**. Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2010.

MC COLD, Paul y Teed Wachtel. **En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa**. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología. Río de Janeiro, 2003, en [http://iirp.org/library/paradigm\\_span.html](http://iirp.org/library/paradigm_span.html), 19 de mayo del 2012.

- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. parte general, quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ Conde, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Bosch, Barcelona, 1975.
- NESS, van Daniel. **Principios y Desarrollos actuales de la Justicia Restaurativa**. Justicia Restaurativa en Costa Rica, acercamientos teóricos y prácticos, I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006.
- PEARSON, A. **La Justicia Restaurativa: Señales de Convivencia**, Boletín Trimestral del Programa Nacional Casas de Justicia. Noviembre N° 8, 2004 [en línea], disponible en: [http://www.pfyaj.com/chechchi/publicaciones/Sexales\\_de\\_Convivencia\\_No\\_8](http://www.pfyaj.com/chechchi/publicaciones/Sexales_de_Convivencia_No_8), [consultado el 19 de mayo del 2012].
- PAVARINI, Masimo. MELOSSI, Dario. **Cárcel y fábrica**. Siglo XXI, México, 1983.
- PIAGET, J. INHERLDER, B. **Psicología del niño**. Morata, Madrid, 1984.
- PIAGET, J. **Seis estudios de psicología**. Seix Barral, Barcelona, 1975.
- POPPER, K. R. **Conjeturas y refutaciones**. 1991, Barcelona, Paidós.
- RAWLS, John. Justicia como equidad, en **Revista española de control externo**, Vol. 5, N° 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, [consultado el 16 de julio de 2010].
- ROBERT, Philippe. **El ciudadano, el delito y el Estado**. Atelier, col. Políticas de científico, Paidós, España, 1985.
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la justicia**. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1994.
- ROUSSEAU. Jean-Jacques. **El contrato social**. trad. Andebeng-Abeu Alingue, Panamericana, Santa Fé de Bogotá, 1996.
- ROXÍN, Claus. **Problemas actuales de la política criminal**. Enrique Díaz Aranda, Traductor. En: *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Enrique Díaz Aranda, Editor, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie ensayos jurídicos, Núm. 1, México, 2002.
- DE SOUSA SANTOS. Boaventura. **Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho**. Trotta Madrid, 2009.
- VILLEGAZ. Fernández Jesús Manuel. ¿Qué es el principio de intervención mínima?, en: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Núm. 23, año 2009, págs. 1-10, [en línea], disponible en: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf), [consultado el 20 de julio de 2010].

---

WEITEKAMP, Elmar. **Reserch on Victim-Offender Mediation: Findings and Needs for the Futures, Victim Offender Mediation in Europe, 1995.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PLAGIA, Alejandro. ESLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general, Porrúa, México, 2001.**