

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

FINANCIERO Y PROCESAL



TESIS DOCTORAL

LA VÍCTIMA, HACIA UNA PENA RESTAURADORA

FABIO IVÁN REY NAVAS

DIRECTORA: PROF. DRA. DOÑA NIEVES SANZ MULAS

Salamanca, 2016

Vº Bº

DIRECTOR DE LA TESIS

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRESENTACIÓN	
INTRODUCCIÓN	
PRIMERA PARTE:	
FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DE LA PENA	
CAPÍTULO I	
LOS FINES DEL DERECHO PENAL: RESPONSABILIZAR Y PENAR.....	
I. DE LA PENA PRIMITIVA Y SU CONEXIÓN CON LA PENA OBJETIVA	
II. LA PENA EN EL ESTADO MODERNO	
A) El concepto de pena en el Estado de la Ilustración	
B) Respuestas del pensamiento clásico a la Ilustración, las teorías absolutas	
C) Reconocimientos al pensamiento absolutista	
D) Críticas al pensamiento absolutista	
E) Conclusiones: la retribución como base de la prevención	
F) El regreso de la retribución: la neorretribución	
G) La retribución como principio de la sanción penal restaurativa.....	
III. LA UTILIDAD DE LA PENA BAJO LA CONSIDERACIÓN RELATIVA	
A) De la prevención general	
1) <i>La prevención general positiva</i>	
2) <i>Prevención general negativa</i>	
3) <i>Baluartes del pensamiento utilitarista</i>	
4) <i>Riesgos de la teoría relativa</i>	
a) <i>Crítica a la prevención general positiva</i>	
b) <i>Crítica a la prevención general negativa</i>	
c) <i>Conexión de la prevención general con la restauración</i>	
B) De la prevención especial	
1) <i>Cuotas de la prevención especial</i>	
2) <i>Prevención especial positiva o de la corrección</i>	
3) <i>Prevención especial negativa o de la incapacitación</i>	
4) <i>Críticas a la teoría de la prevención especial</i>	
5) <i>Incorporación de la prevención especial a la restauración</i>	

IV. TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS

A) Aportes de la teoría ecléctica.....

B) Críticas a las teorías mixtas

C) Consideraciones de la prevención integradora en conjunción con la restauración .

V. PASAR DEL ESTADO MODERNO AL ESTADO ALTRUISTA: UNA UTOPIA

A) Aciertos del abolicionismo.....

B) Censura al abolicionismo

C) ¿Se conecta el abolicionismo con la sanción restaurativa?

VI. LA PENA EN EL ESTADO POSMODERNO.....

A) La globalización y su influencia en el derecho penal.....

B) El regreso del viejo derecho penal.....

C) Colofón de la pena en el derecho penal posmoderno

D) El necesario regreso a los principios para no caer en la demagogia del expansionismo penal

E) Otras perspectivas del castigo y las reglas del diálogo intersubjetivo

F) El castigo como forma de poder y saber, según FOUCAULT

G) La intersubjetividad en HABERMAS

H) Conclusiones valorativas al castigo y las reglas del diálogo intersubjetivo.....

SEGUNDA PARTE:

SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

CAPÍTULO II.....

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: ¿UNA FINALIDAD DE LA PENA?

I. LINEAMIENTOS GENERALES

II. QUÉ ES, HACIA DÓNDE VA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO RESTAURATIVO.....

A) Características del proceso restaurativo

B) Quienes forman parte de la restauración

III. UNA JUSTICIA INDICADA PARA LA VÍCTIMA, EL OFENSOR Y LA COMUNIDAD

A) Una justicia no solo indicada para la víctima.....

B) Una justicia que involucra a la comunidad como partícipe activo de la construcción de la paz social.....

IV. MEDIOS PARA LA BÚSQUEDA DE LA PAZ SOCIAL A TRAVÉS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A) La mediación víctima-victimario	
B) Las conferencias de familia	
C) Los círculos de pacificación	
V. TEMORES Y CRÍTICAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	
A) Asunción de las censuras.....	
B) Interacción de restauración con la sanción restaurativa	
CAPÍTULO III.....	
LA VÍCTIMA: CONTUNDENTE INTEGRACIÓN AL DERECHO PENAL	
I. LÍNEAS DIRECTRICES.....	
II. LA REPARACIÓN PENAL COMO ACOMPAÑANTE DE LA PENA O COMO TERCERA VÍA	
A) De la responsabilidad civil derivada del delito	
B) El porqué de la reparación en el derecho penal	
C) Contenido de la reparación	
D) A quiénes está dirigida la reparación	
E) Situaciones en las cuales puede existir responsabilidad civil, excluyéndose la responsabilidad penal	
F) Eventos en los cuales la reparación a la víctima favorece al responsable penal y al civil	
G) Conclusiones valorativas.....	
H) La tercera vía como respuesta al sistema dualista.....	
I) La reparación como tercera vía, ¿privatización del conflicto?	
J) El fin resocializador de la reparación	
K) La subsidiariedad de las penas, medidas y reparación	
L) Conductas o delitos a los que se puede aplicar la reparación como tercera vía	
M) Respuesta al dilema de la inclusión de la reparación como tercera vía.....	
N) Críticas a la reparación como tercera vía	
1) La reparación frente a la prevención general	
2) La reparación es el regreso de la cárcel por deudas	
3) La reparación como sanción penal	
4) La necesaria voluntariedad del delincuente	
5) La reparación dentro de la restauración en España, Colombia y otros países	
6) La reparación en la justicia juvenil	
7) Toma de postura respecto de la tercera vía	

III. LA INTEGRACIÓN DE LA ASISTENCIA DENTRO DEL DERECHO PENAL ...

- A) Asistencia a las víctimas del terrorismo
- B) Asistencia y ayudas a víctimas de delitos sexuales
- C) Asistencia a las víctimas menores
- D) Asistencia a las víctimas de violencia de género
- E) Las oficinas de atención, asistencia y acompañamiento a las víctimas
- F) A manera de cierre

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL Y COLOMBIANO

- A) Concepto de víctima, sujeto pasivo, parte civil o perjudicado
- B) La participación en la comunicación y la información.....
- C) La participación gratuita dentro de los procedimientos.....
- D) Participación de la víctima en las etapas del procedimiento penal
- E) Conclusiones parciales frente a la participación.....

V. POSICIÓN FRENTE A LA INJERENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

TERCERA PARTE:
LA PROPUESTA DE LA PENA RESTAURADORA

CAPÍTULO IV

MÁS QUE ABOLIR, RETRIBUIR O UTILIZAR: UNA SANCIÓN RESTAURADORA

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y RESTAURATIVA A UN MODELO DE JUSTICIA INTEGRADORA

- A) Ámbito de restauración de la pena
- B) Pena y vigencia de la norma
- C) La transición de superación del conflicto
- D) Críticas a la propuesta de la pena restauradora
- 1) *¿Atenta la tesis contra el principio nullum poena sine lege?*
- a. La relativización de la legalidad absoluta por la preeminencia de los principios.....
- b. El regreso del derecho natural por medio del neoconstitucionalismo
- c. Estado social y flexibilización de la legalidad.....
- d. Consecuencia en este punto.....

- 2) *El ingreso de la víctima en la determinación de la sanción afecta la culpabilidad como medida de la pena*
- 3) *¿Es la privatización de la sanción penal?*
- 4) *Es la misma tercera vía*
- E) *Desenlace de la propuesta: propuesta restaurativa en delitos de violencia doméstica*

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

PRESENTACIÓN

El interés por la justicia restauradora se ha incrementado notablemente en muchos países, tanto dentro del ámbito penal como fuera de este. La justicia restauradora posibilita el acompañamiento de la pena, la reconstrucción del tejido social y la restauración de la víctima y del ofensor, mediante la participación de la comunidad. Su objetivo es ofrecer a todas las personas afectadas por el crimen -Estado, delincuente¹, víctima y comunidad²- un espacio de diálogo en seguridad y respetuoso de todos los participantes y, de esta forma, otorgar al delito una sanción más proporcional al conflicto, mediante la ponderación constitucional. La igualdad en la respuesta punitiva por la conducta, se complementa con una igualdad en la respuesta a las necesidades del conflicto, transformando la *proporcionalidad retribucionista*, por una igualdad que tiene en cuenta las diferencias de las conductas, observando el conflicto.

Aun cuando resulte demasiado amplia, la propuesta es desinstitucionalizar parcialmente la sanción penal, abriendo el espacio para que el derecho a penar se nutra de la posición subjetiva de los participantes, mediante la manifestación del interior de cada uno en la experiencia del delito, lo que admitiría diseñar una sanción acoplada al conflicto. La comunicación de los participantes en la defraudación social, en el momento de individualizar la pena, y la disposición del juez asesorado por expertos, podrán apreciar el conflicto social, de tal forma que la sanción objetiva establecida por el Legislativo (el Congreso, en el caso de Colombia) se ciña a los requerimientos político criminales concretos.

¹ A lo largo de este trabajo los conceptos, delincuente, ofensor, actor, victimario, se usarán de manera indistinta, refiriendo al sujeto activo de la conducta.

² “Existen casos en que la comunidad de referencia puede ser identificada y delimitada, como los hechos que se producen en el seno de conflictos en el ámbito familiar o vecinal o de una pandilla juvenil. Pero hay delitos que se producen entre desconocidos o en los que ni siquiera hay una red de valores e intereses compartidos. La pertenencia de los protagonistas del hecho a grupos sociales o subculturas distintas es una dificultad a la hora de diseñar prácticas restaurativas que impliquen una participación efectiva del elemento comunitario”. TAMARIT SUMALLA, Josep. *La justicia restaurativa, aplicaciones y desarrollo*. Granada : Comares, 2012, p. 47. En la tesis nos referimos a comunidad como aquella que es afectada por el delito, en cuyo caso estará representada por alguna o algunas personas delegadas por la comunidad de que se trate, por tal razón la comunidad podrá ser familiar, escolar, barrial, de la ciudad, etc.

En la sanción restaurativa no se pretende un regreso a la vindicta privada, ni abolir el derecho penal, ni patrocinar un expansionismo ilimitado, ni derogar el principio de legalidad ni la igualdad de las penas; de lo que se trata es de darle un contenido actualizado y más rico a las diferentes necesidades punitivas de *retribución o prevención*³.

Lo que se pretende es precisamente afianzar criterios de legitimación de la ciencia criminal, y de la sanción penal, haciendo de la pena una integración social, impuesta por el juez y ejecutada por el Estado. El fortalecimiento constitucional de la teoría de la pena, mediante una conceptualización postmodernista –con verdades relativas-, no solo es una propuesta democrática y constitucional para llegar a penas razonables, necesarias y proporcionales (en el sentido de ponderación constitucional), sino una forma adecuada de limitar al Estado.

Aun cuando pueda ser tachada de totalizante, no lo es, lo que se consigue es más una teoría de la pena integradora –no la roxiniana, que es ecléctica-, pues va más allá al sumar el pensamiento *neoconstitucional* y restaurativo a la teoría de la pena. La tesis fusiona ingredientes tradicionales de la teoría de la pena, la criminología, la teoría de la comunicación, la teoría constitucional de la ponderación, junto a la victimología, la tercera vía y la justicia restaurativa –bajo la mirada intersubjetiva-, sin abandonar el principio de legalidad, pero sí asumiéndolo de forma flexible.

La sanción penal intersubjetiva está en capacidad de dialogar con el mundo real -después de la declaración formal de culpabilidad penal-, que sigue siendo uno de los pilares para diseñar la sanción penal restaurativa, junto a los demás intereses que se deben visualizar para adaptar la pena a las necesidades del conflicto.

Para esta tesis se ha llevado a cabo un estudio bibliográfico de los autores que desarrollan la teoría de la pena, la tercera vía y la justicia restaurativa, junto a una visión postmoderna, no en el sentido iconoclasta del concepto, sino para proponer que el derecho penal debe ser capaz de abrirse en su seno (la pena) a los problemas sociales mediante el diálogo.

³ La mira está puesta en controlar un derecho penal *neotribucionista* que está más enfocado en instrumentalizar a las víctimas y hacer del procesado una cosa, que en devolver la convivencia pacífica a los ciudadanos y restablecer las relaciones humanas. Para esto se revalúan las teorías filosóficas o sociológicas sobre los que se justifican las penas, para pasar a contenerlos pero sin dogmas mediante la teoría de la ponderación.

Además se ha tratado de vincular los conceptos de la fuente secundaria con realidades de la fuente primaria como es la realidad social que vive Colombia, especialmente en el departamento de Boyacá, que se identifica por ser un remanso de paz, que guarda tras la puerta una conflictividad de abuso sexual y de género bastante fuerte; además de la acostumbrada esclavitud latinoamericana por la negación al tráfico de estupefacientes, y al cambio cultural de la pena de muerte ilegal por los falsos positivos judiciales. Para esto he visitado el complejo carcelario del Barne en Cómbita y la reclusión de Mujeres en Sogamoso, además de trabajar de la mano en el sustento académico de la defensa con más de 160 defensores del pueblo en el departamento de Boyacá, y ser copatrocinador –también académico-, del Instituto de Victimología Fray Bartolomé de las Casas en la Universidad Santo Tomás de Tunja.

Se puede observar que el estudio bibliográfico del derecho penal es bastante español con influencia alemana, y que se han tratado de manejar fuentes latinoamericanas para acercarse desde lo académico a una realidad que se aplica a una parte importante de la población, que solo recibe del Estado violencia, exclusión y desigualdad, al exigirle un comportamiento conforme a la norma vigente, que tal vez no conozca o no pueda reconocer, debido a la falta de formación, a la carencia de posibilidades de igualdad o a la escasez de recursos. De ahí, la importancia de entrar en un diálogo intercultural, en el momento de penar, que se apropie de estas diferencias y sea capaz de responder objetivamente a estas subjetividades.

Por esto, más que el agotamiento de un marco teórico –que no alcanza a ser tan exhaustivo como se quisiera-, es una propuesta desde un país latinoamericano tan característico como Colombia, para repensar la pena, a partir de la reparación como tercera vía y de la restauración como un paso para reconstruir el tejido social, dentro de las posibilidades de ponderación constitucional.

Es un “*a propósito*” del interés de la pena como solución a los procesos transicionales de los micro y macroconflictos que conviven en esta nación latinoamericana, y que hoy por hoy hace que se desgarran las vestiduras entre quienes conceden una reinserción sin cárcel para los guerrilleros –“*impunidad*” útil para conseguir la paz-, o una necesaria retribución

punitiva mediante la cárcel para quienes forman parte de una oligarquía izquierdosa que ha sometido el país por más de 70 años.

La solución al problema de investigación se encuentra en la justicia restaurativa, cuya real finalidad es la de recomponer mediante la inserción directa del criterio de la víctima en la pena, identificando la restauración como uno de los fines de la pena, finalizando con la propuesta de una reparación penal integradora, que es adonde se pretende llegar.

La investigación ha sido realizada de manera espontánea e inocente, de buena fe. Lejos de querer sentar una posición arbitraria o de ejercer el derecho a la verdad, la realidad es que ha sido placentero interpretar la penología con el derecho constitucional, que rescata la importancia del sujeto para reconstituir su existencia, y con la restauración, para darle otro sentido a la pena, diferente al tradicional de retribuir, prevenir, resocializar.

Empero, no se deja a la deriva esta pretensión de punición, sino que a partir de terminar su constitución y como un segundo momento, se comienza el ejercicio más difícil, pero no por esto menos agradable, que consiste en acercar la propuesta a la realidad, promoviendo la apropiación social del conocimiento en la comunidad, a través del sistema jurídico constitucional y penal, fundamentalmente en lo que hace relación a la violencia intrafamiliar.

En el sentido ético de probidad humana, sea prudente pedir excusas a los filósofos, pues se ha intentado incursionar, aunque muy someramente, en un espacio epistemológico que no es propio, se pretende comprender la imponente casa del vecino, por lo tanto desde esta óptica esta tesis solo puede producir las más sentidas críticas, las cuales serán recibidas con el mayor respeto y razón. Lo que se intenta es fundar una teoría intersubjetiva de la pena, no crear un discurso filosófico, sino fundamentarla; por lo tanto, si se logra por lo menos llegar al punto -aun con una débil argumentación filosófica- se dará por cumplido el objetivo buscado. Lo cierto es que no es este un punto de llegada, sino uno de partida para una teoría que pueda proponer una línea dentro del postmodernismo del derecho penal.

No se trata de agotar toda una tendencia de autores de la filosofía y la sociología del derecho más actualizada, por cuanto no es un texto de filosofía del derecho, se ha hecho un breve paneo de algunos autores clásicos, positivistas y actuales para dar una visión de contexto. La selección no ha sido caprichosa, pues además del sostén de las tradicionales teorías absolutas, relativas y eclécticas, se rastrean filósofos como MARX y FOCAULT, y otros autores que fomentan el diálogo intersubjetivo bajo el amparo de la democracia (HABERMAS y ALEXI), para así dejar planteados los cimientos de ingreso a la justicia restaurativa.

Se aclara que no es solo un esqueleto para involucrar la víctima al procedimiento penal, lo que se quiere son las pretensiones de justicia de los involucrados dentro del foro judicial, al configurar un patrón de reconocimiento del conflicto para luego regresarlo a la sociedad por los participantes, interactuar a partir del mutuo reconocimiento, como agentes de cambio social.

No se trata de que la sociedad se configure a través del delito, sino de que la sociedad alcance mayores posibilidades de consolidación de los mecanismos de prevención delictiva, interceder con los actores que conforman el cuadro penal, para afrontar el delito. Darle la importancia necesaria como mecanismos de autorreconocimiento del conflicto subyacente a la conducta, para de esta forma formular propuestas de largo plazo con el objetivo de disminuir la predisposición criminal. No solo es derecho penal poner tras las rejas al responsable, lo que corresponde al derecho a penar es renovar la cáscara social resquebrajada por el delito.

Llegado el momento de los agradecimientos, no es posible dejar de pensar en la nostalgia del primer *brochazo europeo* que me impulsó a ingresar en el mundo del derecho penal, a mis profesores y a mi maestro de vida, que con sus consejos siempre me han guiado. Lejos de mi patria encontré un ángel que me abrió las puertas en una Salamanca llena de academia, que me ha dado a esa bella y brillante salmantina que ha sido guía y motivación para este trabajo, y que por ella, he conocido a ese extraordinario ser que me llenó de críticas y así de ilusión para finalizar este ensayo.

Desde la vida que fluía en complicidad con el amor, y que siempre me acompañaron junto a la ternura, en este delicioso camino que me ha dado la dedicación al estudio del derecho, muchas gracias por permitirme tenerlo todo, especialmente una imaginación científica que solo el espíritu de JH sabrá guiar hoy y siempre.

Espero con este proyecto seguir impulsando aquello que Nieves Sanz comenzó en Centroamérica, y que ha motivado a repensar a lo largo de un continente un derecho penal, que aún hoy se debate en una prisionalización de las expresiones culturales de sus gentes.

Gracias entonces a Liliana Paola, Juan Pablo, Gabriela, Esperanza, Juan Carlos, Javier Enrique, Gustavo Adolfo, Martín Augusto, Francisco de Paula, Mauricio José, Sergio, Rodolfo, Lina, Nieves, Ana Isabel, a los amigos de siempre que con su ejemplo de tesón y trabajo dan fe de que podemos ser revolucionarios con corbata, a mis compañeros filósofos que con sus consejos alumbran mi camino como Miguel y Luis Antonio, y a la irremplazable Claudia, así como a mi padre Gustavo Enrique que a la distancia sigue potencializando mis pasos.

No puedo dejar de dar las gracias a las itinerantes personas compañeras de viaje, que se han bajado en otras estaciones y a las que se subirán en las próximas.

INTRODUCCIÓN

La pena es merecedora de toda la atención que le puedan dispensar el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, los entes de control, los medios de comunicación y la academia⁴, y a través de estos, muy especialmente la sociedad, que es la destinataria final del producto del derecho penal⁵.

La pena ha pertenecido a todas las sociedades⁶, a todas las culturas y ha sido consecuencia de múltiples actuaciones del ser humano. La forma como cada sociedad interpreta el crimen y el castigo guarda varias de las claves para entender los rasgos básicos de una sociedad, es el espejo de una sociedad⁷, que define el contenido de la sanción por donde haya de ser aplicada y especialmente por la adaptación al desarrollo social y cultural del contexto, desde un punto de vista crítico, sin abandonar sus principios⁸.

La función que se le asigne a la pena tiene una relación íntima con el modelo de Estado en el cual se aplique. Al dejar atrás la discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo, las Constituciones modernas acogen los derechos naturales (en las corrientes contractualista y realista) y le otorgan garantías de cumplimiento, mediante la sanción de la anulación de los actos que violan la Constitución⁹. En los Estados constitucionales, la Carta Magna sienta las bases de la política criminal y el derecho penal. Todo derecho penal corresponde a una política criminal y toda política criminal es equivalente a la política general del Estado donde se aplique, de esta forma la política criminal se entronca directamente con los

⁴ Como afirma JESCHECK, la pena es *uno de los medios de poder estatal más importantes* desde los comienzos de la cultura humana. SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid : Colex, 2000. p. 35

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981. p. 90

⁶ La criminalidad es un problema de todas las sociedades, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación. ROXIN, Claus. Problemas actuales de política criminal. En : DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. México : Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. p. 87

⁷ GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá : Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 22

⁸ HASSEMER, Winfred y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal y la criminología*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989. p. 169.

⁹ Los llamados derechos «inviolables» de la persona, derechos «personalísimos» o «indisponibles» no son sino la forma jurídica *positiva* que los derechos *naturales*, teorizados como pre, meta o suprajurídicos en los orígenes del Estado moderno, y que las Constituciones modernas han asumido su garantía en cuanto «derechos subjetivos». FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Quinta edición. Madrid : Troya, 2001. Ob. Cit. p. 356

principios de organización política¹⁰, y la limitación del derecho penal con el principio de legalidad (de derecho), al cumplir una función social a través de una protección efectiva a sus ciudadanos¹¹.

En 1969, ROXIN planteó que el sentido de la pena estatal no era simplemente teórico, sino que por ser un tema acuciante de actualidad práctica no podía responderse con las mismas respuestas del pasado. La teoría de la pena no se puede enseñar como algo acabado para recibir el estímulo estético-filosófico del bien de la formación, invocado siempre en la hora reflexiva de la lección, pues en realidad la respuesta de la teoría de la pena es un difícil trabajo sobre una problemática social¹² del Estado social y democrático de derecho adaptado a las particularidades constitucionales del presente.

La dedicación exclusiva del derecho a la construcción de categorías dogmáticas de imputación¹³, junto a la visión exclusivamente filosófica (de justificación) de la pena¹⁴, lleva al derecho penal al estancamiento de su legitimización¹⁵, ubicándolo sobre la

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Constitución, derecho penal y globalización. En Nuevas tendencias en política criminal*. Madrid : Euros, 2006. p. 115

¹¹ *Ibíd*, p. 119. Otra limitación frente a los *efectos perniciosos* de la globalización económica es su sujeción al *derecho internacional y a principios jurídicos también globales* sometiéndolo a los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional y coherentes con los que sirven de base al Estado constitucional. MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires : B. de F., 2006. p. 3

¹² ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid : REUS, 1976. p. 11

¹³ Nos referimos en este punto a la teoría del delito, cuyos logros han permitido un análisis adecuado de la conducta relevante para el derecho penal, con la exigencia de los elementos del tipo penal, la necesidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el análisis de la capacidad de actuación del sujeto. Según JESCHEK, la teoría del delito actúa como puente entre la ley y la práctica de la aplicación igualitaria del derecho penal, sirviendo en alto grado a la seguridad jurídica y a la justicia. JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Granada : Comares, 2002. p. 35. Para ROXIN, el pensamiento sistemático facilita el examen del caso, permite la aplicación uniforme y diferenciada del derecho, simplifica el manejo del sistema penal, guía la elaboración y desarrollo del derecho. ROXIN, Claus. *Derecho penal general*. Madrid : Civitas, 2000. p. 206. En GIMBERNAT, la dogmática jurídico penal señala límites y define conceptos haciendo segura y calculable la aplicación del derecho, sustrayéndolo de la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación. A mayor desarrollo de la dogmática, mayor previsibilidad de las decisiones, otorgando un menor rango de lotería en la decisión del caso. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*. Salamanca, 1971. p. 106. Una ciencia desarrollada del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el derecho penal. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. 3 edición. Madrid : Tecnos, 1990. p. 158.

¹⁴ Hacemos referencia a la teoría de la pena, partiendo desde la Ilustración, pasando por el retribucionismo kantiano, la prevención intimidatoria en FEUERBACH, la retribución jurídica en HEGEL, la pena estatal de VON LIZST, para llegar a la prevención general positiva en JAKOBS y la prevención integradora de ROXIN.

¹⁵ A pesar de esta moderna consideración, se resalta como para CARRARA uno de los más notables y radicales progresos de la ciencia criminal moderna fue distinguir la teoría de la *imputación* de la teoría de la

exclusiva mirada de la teoría del delito; de manera que la justificación filosófica de la pena debe comenzar a recorrer otro camino con relación a su utilidad en el conflicto en el que va a tener injerencia.

Es innegable la relación delito y pena¹⁶, no solo en cuanto tienen en común al sujeto delincente, sino, además, a la víctima y a la comunidad, pues genera consigo una génesis y fin común: el delito nace del conflicto, y la pena va a tener influencia en el conflicto que genera el delito. Para QUINTERO, las teorías de la pena adolecen de un exceso de *conceptualismo* teórico frente a la realidad, en la que se reconoce como un *acto de fuerza* del poder del Estado, al olvidar la función *estática*, pues solo es una norma que amenaza a quien realice el supuesto de hecho¹⁷.

Por su parte, MIR PUIG considera que la relativización de la problemática de la pena y la filosofía política es lo que ha constituido la “*principal dificultad con que han tropezado los intentos de hallar una concepción generalmente aceptada*”. Por esto, reconocer la vinculación *axiológica* entre función de la pena y función del Estado¹⁸, puede ser una solución.

pena, porque esta contempla el delito en su vida exterior, en sus relaciones con la sociedad civil, considerando esto su primera razón de ser, ejecutora necesaria de la defensa del derecho sobre la tierra. CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Volumen I. Bogotá : Temis, 1988. p.31. Empero, ubicándonos en el siglo XX, en toda la primera mitad y parte de la segunda, “la preocupación se centró en una discusión ontológica o categorial respecto de la teoría del delito, en el último tiempo el debate se ha centrado en torno a las teorías de la pena”. BUSTOS RAMIREZ, Juan *et al.* *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile : Cono Sur, 1994. p. 17

¹⁶ Para los clásicos, unificar la teoría de la pena y de la imputación es fuente de errores, porque se confunden los fundamentos totalmente distintos de la imputación con los fundamentos de la pena, turbando así el orden de los principios cardinales de la doctrina punitiva; y porque, si bien no puede existir *pena* cuando no hay *imputación*, puede existir *imputación* no seguida de *pena*, y si bien todo lo que modifica la imputación deba en justicia influir sobre la pena, puede esta, a menudo, tener que modificarse, aun cuando permanezca inalterada la imputación. CARRARA, Francesco. Ob. Cit. p.31

¹⁷ Las teorías nacieron para legitimar y explicar *racionalmente* la pena de muerte y las penas privativas de libertad, sin embargo en la actualidad, en concepto de QUINTERO, se constata la necesidad de una *teorización de la reacción jurídico penal contemplada en su conjunto*, debido a la profunda crisis valorativa de la pena de prisión, lo que lleva a revisar los sistemas penales a la luz de nuevos sustitutivos penales, nuevas penas y medidas encaminadas a evitar la separación del delincente de la sociedad. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Cizur Menor, Navarra : Thomson-Aranzadi. 2005. p. 118 y 127

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.p.28

Desde los filósofos griegos se ha entendido que la pena, además de retribución por el delito cometido, es un medio para prevenir la delincuencia futura¹⁹. En el siglo XIX, a consecuencia de la filosofía idealista y del positivismo naturalista, era radical la posición entre los partidarios de la pena *quia peccatum est* (porque se ha delinquido) de la retribución absoluta y quienes asumían la pena como un medio preventivo por la exigencias de la cultura moderna. Posterior a este encuentro de posiciones nos encontramos entre el predominio de las funciones preventivo generales frente a las preventivo especiales²⁰. Sin embargo, como afirma FERRAJOLI, “*La carga de justificación del derecho penal ha quedado solo parcialmente satisfecha*”²¹, pues la transformación de los fines de la pena en el proceso de realización del derecho penal ha desatado las rígidas ataduras hacia objetivos unilaterales en la pena, dando cabida a otras medidas o a la no pena²² en determinadas conductas que permitan la paz social²³.

Por su parte, GARLAND afirma que las explicaciones de la pena a partir de la “*filosofía del castigo*” son una parte de la “*filosofía moral*”; durante la Ilustración y en los tiempos recientes los filósofos se han vuelto a dedicar a examinar los fundamentos normativos sobre los que descansa el sistema penal, a justificar las sanciones, sus objetivos, a medir la razonabilidad de su imposición, preguntándose ¿qué es justo?, su respuesta es el castigo

¹⁹ Por esto, durante un tiempo relativamente largo, los penalistas estudiaron de manera separada la institución jurídica central en el derecho penal y la pena, fruto de una época histórica de hipertrofia de la teoría del delito que dejaba de lado el problema de la pena, que siempre había sido preocupación primaria, especialmente durante la escolástica. En la escolástica el análisis del problema penal contenía las aristas de sociedad, delito y pena, formulando lo esencial de su filosofía en relación con el fundamento y justificación de la pena. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Ob. cit., p. 108.

²⁰ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2 edición. Madrid : AKAL, 1996. p. 510

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta. 1989. p. 253

²² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ cita a “MOOS, PALLIN-FS, p. 312-313, entendiendo que, dado que, en casos no graves, la comunidad puede aceptar que se prescinda de la pena, y dado que para la integración lo decisivo no es la pena como mal sino su eficacia simbólica de estabilización, desde una perspectiva de prevención general positiva el Derecho penal puede cumplir sus funciones con una menor causación de daño.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona : J.M. Bosch, 1992. p. 235. Para ZIPF, desde la óptica político criminal pueden existir tres vertientes para abstenerse de perseguir al responsable: a) desde el autor, por su escasa actitud antisocial, ser afectado por las consecuencias del delito o considerar las situaciones conflictivas para una culpabilidad leve, b) desde el perjudicado, podría tomarse en cuenta la no necesidad de reparación, su complicidad en el hecho, y desde el interés del estado, por una prohibición de exceso a partir del interés público. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén, España : Editoriales de Derecho Reunidas. 1979. p. 126

²³ ROXIN, Claus. *Fundamentos político criminales del derecho penal*. Buenos Aires : Hammurabi, 2008. p.

como un “dilema moral que puede ser resuelto por medio de la reflexión filosófica y la intuición moral”²⁴.

La victimología penal ha venido a ocasionar en el derecho penal una deconstrucción, lo que replantea la unidireccionalidad de la ciencia, construida exclusivamente sobre y hacia el delincuente, para otorgarle un sentido bidireccional, al llevarla a otorgar justicia a la pareja víctima-ofensor, colocándola frente a nuevos retos²⁵. Y ha influenciado al derecho penal en algunos aspectos: la reparación, la participación y la asistencia; sin dejar de mostrar que la víctima no es un mero objeto pasivo sobre el que casualmente recae el delito, sino que esta desempeña o puede desempeñar un papel activo en la génesis del hecho criminal, al facilitar, provocar, motivar o favorecer el comportamiento delictivo, lo que se ha venido a llamar victimodogmática²⁶.

El hecho de llevar a la víctima a primer plano influye en “*El reconocimiento de los derechos de las víctimas; la introducción de evaluaciones del impacto sobre las víctimas y las «opiniones de las víctimas» con respecto a la condena y la libertad condicional*”; el crecimiento de los grupos de ayuda a las víctimas y el trabajo mancomunado de la policía con estas organizaciones²⁷.

²⁴ GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Ob. Cit. p. 126

²⁵ SILVA SÁNCHEZ señala que *los sujetos del bienestar* generan un fenómeno general de *identificación social con la víctima* (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor del delito. Surge entonces la concepción de la ley penal como “*Magna Charta*” de la víctima, junto a la clásica consideración de la ley penal como “*Magna Charta*” del delincuente. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid : Civitas, 1999, p. 36-37.

²⁶ Según HIRSCH, la discusión actual sobre el ofendido ha hecho surgir también en el derecho penal material, una llamada dogmática de la víctima. Mientras que de ordinario se habla del mejoramiento de la posición jurídica del ofendido, aquí se trata de la tendencia contraria: deben ser eliminadas de la punibilidad aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima hubiera podido protegerse por sí misma de manera simple y exigible. HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires : Depalma, 1992, p. 127. CANCIO MELIA, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 45. Ver igualmente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La victimodogmática en el derecho extranjero*. En: *Victimología*. San Sebastián : Servicio Editorial del País Vasco, 2001. p. 105; y SCHNEIDER, Hans Joachim. *La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal*. En : *Revista Doctrinal Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires : De Palma, 1989. p. 325.

²⁷ Para GARLAND, el hecho de llevar la víctima al primer plano, sin duda, ha alterado los procesos de la justicia penal en estos aspectos significativos, cambiado el quehacer de la justicia penal, el estatus y el valor relativos de las distintas partes involucradas, sin ocasionar cambios en el desarrollo “*de nuevos aparatos, ni han provocado el surgimiento de nuevas sanciones.*” GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 278. De otro lado, (ii) informar que el funcionamiento del sistema legal (policía, proceso

Pero, en las actuales democracias, el Estado ha instrumentalizado a las víctimas y ha tomado el derecho penal como un medio de contención del riesgo de la inseguridad; situación contraria al derecho penal original de la Ilustración, que no tenía como finalidad el mantenimiento de las condiciones de seguridad, solo la pretensión de sanción al delincuente²⁸. En otras palabras, el derecho penal, que fue creado con otros fines –proteger al delincuente del Estado-, se orienta ahora a dar seguridad a los ciudadanos.

Para evitar esta utilización se debe partir de la consideración de que en un Estado social y democrático de derecho, el individuo ya no es instrumentalizado al servicio del Estado, sino que es el Estado el que se pone a favor del individuo, se construye una democracia real con participación del pueblo, “*del pueblo y para el pueblo*”, en sentido sustancial y formal, estableciendo no una democracia perfecta sino un *grado de democracia* con el significado de legitimación en función de las garantías normativas y su efectividad²⁹.

Si el derecho penal se configura como instrumento de tutela de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en las constituciones, no puede relegarse a ninguno de los dos protagonistas, pues, “*por encima del carácter de mero mecanismo al servicio del ius puniendi del Estado, será la víctima, en sentido amplio y no limitativo, quien ostentará el interés primordial y principal de protección en ese modelo constitucionalizado de proceso penal*”; por el contrario, si la única pretensión punitiva del Estado es la imposición de una pena, “*el perjudicado quedará relegado a la consecución de tal objetivo*”³⁰.

penal), y más tarde, del sistema social en su conjunto, suele deparar a la víctima perjuicios adicionales a los sufridos como consecuencia del delito, en la llamada “*victimización secundaria*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Innovaciones técnico prácticas de la victimología en el derecho penal*. Ob. cit., p. 80.

²⁸ “Se está produciendo una expansión del tratamiento penal de comportamientos que traen su causa de circunstancias económicas y sociales.” Los comportamientos propios de grupos molestos a los ojos de las clases acomodadas, que los señalan como inútiles y peligrosos para el sistema económico neoliberal, son tratados criminalmente y en su tratamiento no se aplican postulados de prevención especial solo por medio de la represión. CUTIÑO RAYA, Salvador. *Criminalización de la pobreza y de los movimientos sociales*. En : Violencia y salud mental. Madrid : Asociación Española de Neuropsiquiatría. 2009. p. 127.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Norberto Bobbio, *teórico del derecho y de la democracia*. En : Revista de la Facultad de Derecho de México, (2010), no 253, p. 44 y 45. Para ZÚÑIGA, el caldo de cultivo de las sociedades actuales no es la *ideología* sino la *efectividad*, ya no se pretende la verdad, sino la efectividad, en la búsqueda de una cohesión social o de un disciplinamiento social, a lo que responde el modelo político criminal. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Granada : Colex,. 2001. p. 124

³⁰ SOLE RIERA, Jaume. *Intervención de la víctima en las fases de instrucción y juicio oral*. En: Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá : Editora Jurídica de Colombia, 2004, p. 313

Lo anterior se puede asumir con temor, si se interpreta como un detrimento de las garantías y derechos que amparan al procesado³¹, así PÉREZ CEPEDA indica como no se pueden contraponer los derechos del delincuente a los de la víctima, puesto que el derecho penal se piensa para resolver la responsabilidad del procesado frente al Estado, no para resolver los problemas de la víctima, ni para acercar a las partes, sin dejar de lado programas o alternativas que sin desconocer las garantías del responsable estén en capacidad de velar por los intereses de la víctima³². En esta línea, los defensores de un sistema penal basado en la víctima, proponen un derecho penal que tenga como premisa la reparación mediante el acercamiento de las partes, reconciliándose en aquello que puedan enfrentar, sin prevalecer de forma absoluta el derecho de una sobre la otra³³, al guardar una igualdad afirmada sobre la diferencia no excluyente.

³¹ Los derechos fundamentales materiales de incidencia procesal son los contemplados “en los arts. 15 (derecho a la vida e integridad física y prohibición de la tortura, que han de tenerse presentes en la ordenación de las «inspecciones e intervenciones corporales»), 16 y 19 (que contemplan la libertad ideológica, religiosa, de expresión, información veraz y cátedra, derechos fundamentales de emisión del pensamiento que suelen enfrentarse con los también derechos fundamentales a la intimidad, honor e imagen), 17 (el derecho a la libertad, que se erige en uno de los objetos del proceso penal), 18 (intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), 19 (libertad de residencia, que puede restringirse, por ej., en las órdenes de protección de los procesos por violencia doméstica), 22 (derecho de asociación, susceptible también de ser limitado mediante una «consecuencia accesoria» de las contempladas en el art. 129 CP), 23 (derecho de acceso y permanencia en cargos públicos, que también puede ser limitado «ex» art. 384 bis, en supuestos de terrorismo) y 25 (que contempla el principio de legalidad y «non bis in ídem»).” GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal*. Madrid : Colex, 2008. p. 36. Como derechos, podemos señalar, el principio de legalidad, debido proceso, lesividad, entre otros; y como garantías, la tutela o recurso judicial efectivo, derecho a la no indefensión, derecho al juez natural, derecho a la defensa, derecho a la asistencia jurídica, a ser informado de la acusación, a un proceso público, a un proceso sin dilaciones, igualdad de armas, imparcialidad judicial, separación de funciones (investiga y juzga), utilizar medios de prueba pertinentes, a no declarar en contra de sí mismo, a la presunción de inocencia, carga de la prueba, carga dinámica de la prueba.

³² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Vol. I. VVAA. Cuenca : Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. 2001. P. 443 y ss. En seguimiento del equilibrio de los derechos de las víctimas y procesados dentro del proceso penal (aun en los de justicia transicional, específicamente L.975/05) la Corte Suprema de Colombia indicó: “Que las víctimas sean los protagonistas del proceso de Justicia y Paz, que este no sea de carácter adversarial o suponga que el postulado a beneficiarse de la pena alternativa renuncia a la presunción de inocencia por confesar los crímenes cometidos, no son argumentos que justifiquen echar por tierra el legítimo derecho del procesado a ejercer su defensa, en términos de razonabilidad y lealtad procesal, compatibles en todo caso con los fines del proceso transicional”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP3427-2015. Radicado 44900 (17-06-15).

³³ Para Maza Martín, “En todo caso, tal actitud lo que en el fondo revela es cierta concepción, según la cual, hasta ahora, en el Derecho procesal moderno, la «batalla de las garantías» tiene un claro vencedor: el acusado; y un vencido evidente: la víctima. Situación que se pretende superar mediante mecanismos que aporten un nuevo equilibrio entre ambos”. Cfr. MAZA MARTIN, José Manuel. *Algunas consideraciones*

Igualmente se puede ver como al excluir en el proceso restaurativo la estigmatización de víctima y agresor tan utilizada en el derecho penal formal, se disminuye el enfrentamiento, por la forma del mismo en el sentido de “*mesa redonda*” –lo que da sensación de igualdad-, motivando el diálogo entre las partes, con lo que se reconoce el conflicto que generó la conducta, no solo en la búsqueda de la sanción, sino mirando hacia el futuro. Por esta razón desde una visión restaurativa se puede tomar la consideración de Séneca: «*Ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción (quia peccatum est), sino para que no se vuelva a cometer (ne peccetur); no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro*».

La restauración parte de la responsabilización del agresor, y en esto se parece a una sanción penal, pues solo se promueve el acuerdo en la medida que las partes quieran solucionarlo, esto es, en la restauración se une la culpabilidad con la sanción restaurativa, porque el agente debe responder conforme los postulados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del derecho penal. Con la propuesta de la justicia restaurativa como uno de los fines de la pena, es entonces necesario conservar las categorías de responsabilización, que es individual, para pasar a la consideración de una pena que tenga relación con el conflicto³⁴ en el que se origina la conducta, no solo con la conducta punible³⁵.

La pena para el derecho penal es importante, la sanción penal no es ajena al proceso de responsabilización, es su finalidad y corresponde a una categoría dogmática que, a la vez que sobrepasa la culpabilidad, fundamenta la existencia misma de los anteriores estadios, pues la responsabilización tiene como objetivo la pena. Es impensable configurar un

criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito. En Cuadernos Derecho Judicial, (1994), Vol. 29, p. 157-222.

³⁴ El conflicto es inherente al ser humano, la misma convivencia sugiere la existencia de uno, correspondiendo a la situación en que se encuentra una, dos o varias partes –compuestas por una o varias subpartes- que tienen soluciones diferentes o encontradas, percibidas negativamente frente a un problema que les afecta directa o indirectamente, pues el conflicto puede ser con uno mismo, con otros, o con instituciones o entre instituciones. PALOU I LOVERDOS, J. *La mediación como sistema de resolución de alternativa de conflictos. Una nueva visión del conflicto*. En : 1.er Congreso de mediación comunitaria. Barcelona : El Prat de Llobregat, 2000, texto manuscrito. Citado por GORDILLO SANTANA, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Iustel. 2007. p. 23

³⁵ Y precisamente el planteamiento de PÉREZ CEPEDA permite comenzar a plantear una respuesta a esta inquietud referida a los defensores de la víctima en el derecho penal, quienes “consideran que en la resolución del conflicto ha de desempeñar un papel esencial el dar satisfacción a la víctima”, pues cabría preguntar si la pena en la configuración actual en la preocupación por la conducta y el delincuente, permite dar respuesta al conflicto. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Ciudad : Iustel. 2007. p.438

derecho penal ajeno a un fundamento específico de la pena desde su génesis o para su finalidad, puesto que concretamente la sanción penal persigue una pretensión, ya sea de justicia³⁶ o de utilidad práctica, pues no hacerlo equivaldría a aplicar una pena sin analizar la responsabilidad del agente.

Así, la pena es fundamento y finalidad del derecho penal, desde el concepto de acción³⁷ hasta el de culpabilidad. Por lo tanto, otro punto de impulso es la necesidad de estudiar la teoría de la pena como parte del derecho penal, pues dejarla de lado es limitar el derecho penal solo a la culpabilidad, por esto no podemos estar de acuerdo con la escuela clásica o la escolástica que separaban el estudio del derecho penal del de la pena.

La culpabilidad es la medición de la pena en el sentido de responsabilidad del agente, sin agregar en la parte positiva otros espacios de análisis diversos al sujeto. Estos criterios permiten adaptar la pena a la realidad del sujeto, bajo la consideración de que siendo proporcional la pena al delito, ésta no debe ir por sobre la responsabilidad del penado, pero sí puede ir por debajo; e, igualmente, permitirían adaptar la pena al agresor, en cuanto a su realidad externa o interna, al asumir una parte del conflicto donde surge la conducta, por ejemplo en el error de prohibición³⁸.

En la justicia restaurativa la pena se dirige a la integralidad del conflicto: agresor, víctima, comunidad, sociedad y Estado, en un sentido de justicia, del reintegro de la paz social o del mantenimiento de la vigencia de la norma, entretejiendo su finalidad con la estructura de la

³⁶ Como afirma KANT, en cuanto a las relaciones instrumentales del daño, una pena adecuada a la culpabilidad ajena a fines no sería más que una simple quimera en lo que respecta a su medida, carente de cualquier vínculo con intereses cuantificables; o bien esconde su correspondencia con unos fines, pero no serviría a la pura compensación de la culpabilidad. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid : Thomson - Civitas, 2006. p. 112

³⁷ Categoría en la cual se descartan como dignas para el derecho penal, conductas no relevantes para el derecho penal, como los hechos de los animales, los reflejos o aquellos de la persona jurídica. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. p. 194. Se toma en consideración la diversificación de la pena en aquellos Estados que por razones político-criminales han decidido considerar punibles los actos de las personas jurídicas, frente a las cuales es igualmente aplicable la negativa a considerar como acciones los hechos de los animales o las fuerzas de la naturaleza.

³⁸ En la parte negativa de la culpabilidad se analiza el sujeto en cuanto a las condiciones de inimputabilidad, el desconocimiento de la ilicitud de la conducta, el miedo insuperable o la insuperable coacción ajena, así como las condiciones de menor punibilidad de marginalidad, pobreza e ignorancia extrema o ira e intenso dolor (art. 56 y 57 C.P.).

organización dirigida a la consecución de los derroteros del estado³⁹. La restauración tiene como punto de partida la responsabilidad penal, con la ventaja de ser proporcional a la culpabilidad del autor –pero aunada a la mirada de la víctima y la comunidad-, en el sentido de restaurar el conflicto, por medio de la mediación o la conciliación como formas de restauración de la realidad dañada con el delito mediante el acercamiento de las partes⁴⁰.

La justicia restaurativa es propicia para la motivación de los demás miembros de la sociedad –especialmente la comunidad específica donde se cometió la conducta-⁴¹, e indudablemente es adecuada para la motivación especial del sujeto, pues alcanza una especie de *ley taliónica* desigual en cuanto a la adaptación de la pena al conflicto que originó la conducta⁴².

³⁹ En España el derecho penal tiene como pretensión cumplir los postulados dispuestos en la Constitución, concretar en su aplicación la pretensión de Estado Social y democrático de derecho (art. 1 C.E.) exigir que el Estado social intervenga garantizando la efectividad de los derechos de la víctima, para no convertir a la víctima en la “cenicienta del drama penal”. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Las víctimas del delito en el derecho español*. En: Cuadernos de Política Criminal, No. 49. p. 160. Basado en el principio de la solidaridad (arts. 2, 138, 156 y 158 C.E.) frente al dolor de la víctima que “es y será para siempre un testimonio que ha de servir para que la sociedad española no pierda nunca el sentido más auténtico de lo que significa convivir en paz”; y en la dignidad humana (art. 10 C.E.) que concurre como presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales, de respeto por el solo hecho de ser víctima, mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover y que no puede ser desconocido en ningún caso. SANZ HERMIDA, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008. p. 27. En Colombia la Constitución de 1991 introdujo los derechos de las víctimas en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, desde el preámbulo y en los artículos 1, 2, 15, 21, 95, num. 2 y 7, 228, 229 y 250. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 228/02. Describiendo los derechos de quienes han resultado dañados con una acción antijurídica, cuya aplicación llama a que se realice una *reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución*. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-454/06. Que se funda en varios principios y preceptos constitucionales, como la dignidad humana, la justicia, el aseguramiento de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, la protección de los bienes jurídicos, el derecho a la intimidad, al buen nombre, y al debido proceso. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 228/02

⁴⁰ “La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica”. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013.

⁴¹ El sentimiento de colectivo nace de los contactos de las personas, del diálogo: “Las gentes se detienen en las calles, se visitan, se encuentran en lugares convenientes para hablar del acontecimiento, y se indignan en común.” DURKHEIM, Emile. *La división del trabajo social*. Ediciones Akal, 1987. p. 112

⁴² En las actuales sociedades democráticas el espíritu comunitario tiende a la *colectivización del dolor de la víctima*, individualizando la potencialidad de ser víctima por parte de cualquier sujeto que interactúe en la configuración de la sociedad. Sin embargo, del movimiento victimológico en los actuales Estados democráticos no caben alternativas de preferencia, excepto en la necesidad de igualdad en condiciones de vulnerabilidad o sujeto.

Del total de las conductas posibles, la agresión a los bienes jurídicos que la sociedad considera más importantes, es la que recibe mayor atención para minimizarla o, si es posible, abolirla dentro de la sociedad, con esta esperanza se acude a la pena. El breve espacio que debe ser la pena, es un ideal para transformar el dolor de la *lesión* en un nuevo día para la sociedad, asegurando individual y colectivamente, que el sistema social continúa su marcha⁴³.

No se puede penar al sujeto porque sea libre o porque esté determinado, no se podría penar para que enseñe a otros, o a sí mismo; se pena porque hacerlo es un acto de responsabilidad -el no penar es irresponsable, como un padre que no pena al hijo cuando comete una travesura-, y por lo tanto solo puede estar justificado en la necesidad de hacerlo, siendo lo básico el cómo se pena, no el por qué se pena en cuanto justificación.

⁴³ Solo hay un día para la pena (mañana será tarde, debe ser oportuna), solo hay un momento para intentar alcanzar la utopía de amor que es el derecho penal, pues pretende, en la negación de la libertad —o de la negación de un derecho—, liberar al sujeto de sus presiones internas, liberar a la sociedad del agresor y liberar a la víctima de la posibilidad de una nueva agresión.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

A continuación se presentan las principales conclusiones sobre cada uno de los capítulos descritos en el trabajo de tesis:

1- En un derecho penal postmoderno, basado en los *mass media* y en la utilización meramente simbólica del derecho penal en términos de aumento punitivo excesivo con un alto grado de instrumentalización de las víctimas, y en la huida de los problemas sociales hacia el derecho penal, mal puede la pena tradicional de prisión ser la respuesta más obvia.

Primero, porque la pena de prisión se basa en una conjunción irreal con la justicia, y hemos aprendido a medir el reintegro de la paz social con tiempo en prisión, con lo que se fusionan dos conceptos que no necesariamente van unidos. Segundo, porque la cárcel, vista como única forma de alcanzar la convivencia pretendida con el castigo, no comulga en algunos casos con el interés de la víctima, lo que refuerza la imposibilidad para la ciencia punitiva de abrirse a los problemas sociales, pues es la respuesta monotemática, que solo piensa en el delincuente.

2- **La retribución**, como justificación de la pena, si bien merece unas críticas sentidas en razón de la proporcionalidad buscada en la igualdad con el delito, también sugiere una frontera democrática en la que se evita traspasar la culpabilidad. Por esto, a pesar de la reprobación, se considera que la restauración es básicamente la construcción de un retribucionismo a la inversa, en la que se articulan los límites sociales y los límites jurídicos a la necesidad de restaurar, como una forma de reacción ante el desvanecimiento del epitelio social.

Por esta razón, se plantea superar la exclusiva mirada sobre el delincuente, echando un vistazo hacia el pasado para proyectar el futuro, pero especialmente adoptando una actitud deliberativa de actos positivos de reconocimiento del dolor y de las necesidades más sentidas –relacionadas con la conducta-, para así desestimular la atribución del dolor por el dolor, a la manera de dos dolores sociales.

3- Se concluye entonces que retribuir y restaurar no son necesariamente dos formas contrapuestas de justicia, sino que una es el género y otra la especie, pues restaurar pasa por retribuir, sin que se pueda superar la medida de la proporcionalidad, ya no la absoluta del ojo por ojo, sino la constitucional de ponderación de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas, proyectadas hacia el logro de la paz social. Con esta breve fórmula constitucional se retribuye pero no solo la conducta, sino todo el conjunto de elementos que intervienen en la situación criminal, al discernir un perfil sancionatorio semejante que buscan la integralidad mediante la cual se consigue la justicia.

Mirar hacia adelante, sin perder la perspectiva del pasado, permite valorar el dolor de la víctima como un estandarte, no para vengar en el delincuente, sino como un deber de memoria histórica dirigido hacia la comunidad, con el objetivo de que esta sea un actor importante en la apropiación social de lo ocurrido para evitar nuevas conductas en el futuro, pues al fin y al cabo se trata más de prevenir –hacia el futuro-, que de castigar –hacia el pasado-, al exigir penas socialmente útiles para todos: la víctima, el agresor, la comunidad y el Estado.

4- La presencia de la víctima en el contenido de atribución de la pena, puede aumentar la expectativa del mal pretendido para el delincuente –más retribución-, lo cual es cierto y resulta democrático, pero también permite medir al infractor lo que ha hecho, pues el reproche de la víctima, representado en la probabilidad punitiva, expresa su dolor. Pero no por esto se debe acallar el reclamo, lo dable es permitir la expresión de todas las partes, por ejemplo a la par el responsable –sin arrepentimiento- podría solicitar una pena irrisoria, que haría enfadar aún más a los receptores de su conducta; pero, precisamente, la pena integradora es un proceso en el cual mediante las reglas argumentativas se trata de conseguir una sanción adaptada al conflicto, en la cual además podrá escucharse a la comunidad para que esta dialogue con la postura punitiva, todo bajo el rastreo de expertos sociales que conceptúen lo referente a la idoneidad de una u otra medida, o recomienden al auditorio (víctima, agresor, comunidad, estado, policía, etc.), la adopción de algunas otras.

5– Se plantea desintegrar la relación de igualdad conducta/pena, por lo tanto la pretensión de penas iguales para delitos iguales, se conserva en la propuesta integradora, pero no tanto frente a la consecuencia punitiva, sino en el análisis de lo subyacente al proceder criminal, asegurando que en todos los casos se deberán observar los elementos que soportan al *iceberg* dañino, correspondiendo la igualdad a las sentidas diferencias que guardan los hechos entre sí. Entonces, a lo que sí se renuncia es a una igualdad irracional, ciega y que por ser objetiva, ignora las necesarias subjetivas, y que por ser racional, no entra en diálogo con los intereses de quienes la detentan.

Se conserva el concepto de pena y su relación con el castigo, lo que no implica que su función última sea la retribución, para causarle al delincuente el mismo mal que él causó con el delito; por el contrario, se observa que se asigna mayor función retributiva/preventiva de defensa de bienes jurídicos, cuando se adecúe la sanción a las pretensiones de la víctima.

6– Siendo necesario conservar el *imperativo categórico* de la pena frente al delito, se cumple a cabalidad en la restauración *integradora*, en la que aterriza la teleología de la *justicia* en la conminación, siendo imprescindible lograrla por diversos medios, en algunos casos sería la renuncia a la aplicación de la sanción la que permitiría cumplir con el ejercicio de vigencia del orden jurídico, en otros, una diversificación punitiva, o en otros, medidas lesivas temporales necesarias, en las que se subordine la pena a las condiciones que orientan la idiosincrasia de la situación. La justicia tiene que ser ciega para responsabilizar, debe abrir los ojos para poner la sanción de acuerdo con el contexto de la situación, pues al estar ciega la justicia en este momento está omitiendo reconocer aquello que la sociedad espera.

Para no caer en la demagogia, es oportuno seguir pensando que la pena, cualquiera que sea la concepción que se siga, siempre es un mal para quien la sufre, pero lo que no podemos seguir pensando es que con el dolor se pueden considerar cumplidas las necesidades de convivencia y solucionada la situación, también debemos darnos cuenta que este incluye en sus límites no solo a quien la padece directamente, sino a su familia y a la comunidad

donde habitan los involucrados. Entonces, la propuesta es que no todos los delitos tengan la misma pena, pues cada conducta proviene de un conflicto diferente, que no puede ser igualado a las meras constataciones económicas, por ejemplo en los delitos de cuello blanco las motivaciones, las necesidades y las penas pueden ser otras que en un hurto individual, con lo que se promueve una especie de trueque entre conducta y pena, no valorada en años, sino valorada en otros términos.

7- Se comulga con una teoría integradora pero que vaya más allá, porque el ejecutor y responsable de la política criminal requiere disminuir las conductas, para lo cual afirma la necesidad de acudir a una fuente de pena que permita disminuir la reproducción del virus criminal. El esfuerzo interpretativo por realizar urge en acertar dentro de los enfoques filosóficos y sociológicos, uno o varios, que integrando las fortalezas de cada teoría y admitiendo la crítica a cada desarrollo, sean capaces de identificarlos dentro de análisis complementarios, que sin ser adaptables o eclécticos expliquen el castigo con una realidad de los diversos elementos que la integran. No es un salpicón de la pena, se trata de comprender las justificaciones como contenidos, aplicando uno u otro según sea necesario.

8- Desde el inicio se concibe que el utilitarismo de la Ilustración nace como respuesta al absolutismo penal de la Edad Media, mientras que el retribucionismo aflora en oposición al utilitarismo, seguido del regreso de la prevención especial/correccionalismo –como forma de utilitarismo–, tendencia que muda al neoretribucionismo, y con esta consecuente dialéctica unidimensional entre los fines de la pena, se ha ignorado como partes de la misma a la víctima y a la comunidad, al pensar que el delito es un tema entre delincuente y Estado, y se han dado respuestas pasadas, sustentadas sobre razonamientos generados alrededor de la necesidad de consolidar los Estados modernos, desatendiendo la materialidad de los vínculos postmodernos.

Por esta razón, la **finalidad de la pena en sede de prevención** es una utilidad constitucional que involucra la *restauración del espacio social roto con el delito*, teniendo en cuenta que la sola amenaza o el castigo ejemplarizante no contiene por sí mismo la motivación o la imposibilidad para la repetición posterior de la conducta, pues se conserva

dentro del infernillo social el caldo de cultivo del delito; por lo que pretender prevenir relegando a los indeseables sin percatarnos de que el mal está en nosotros mismos, o confiando ciegamente en que el Estado promoverá las políticas de incorporación social, o asumiendo que la comunidad está haciendo bien su parte, cuando en realidad tiene algo que ella misma debe corregir, sería una tarea inútil y ni los más sentidos castigos podrán desalentar a quien está inmerso en factores que lo arrojan a la criminalidad.

9- Aun cuando el tiempo soluciona todas las cosas, en la prevención integradora se rechaza la idea de que la temporalidad en prisión sea la única forma de prevenir; la exactitud matemática no se fusiona acertadamente con la objetividad de la razón, y menos cuando esta se desliga de las subjetividades de quienes están comprendidos en la dinámica delictual. La prevención se computa con diversas escalas micro y macro que afectan real y efectivamente la causa del crimen, apartando la expectativa que mediante la crucifixión del delincuente como un objeto de curación para la sociedad, o la necesidad de tratamiento para su modificación, se respalde la consecución del pretexto de la pena. La realidad es que lo que se debe tomar en cuenta es la corresponsabilidad de la sociedad con el delito, para que a partir de la pena impuesta se puedan elaborar estrategias de contención de nuevos riesgos.

10- Indiscutiblemente, cuando la sociedad quiere prevenir ciertas conductas, no basta entrar en una guerra sin cuartel contra el delito, lo que debe hacer es entronizar estrategias comunicacionales capaces de afectar la interacción negativa, para transformar la necesidad de locución dañina en un rostro que queremos evitar; las maniobras extrapenales son muy útiles en la prevención, y la técnica singular de la sanción penal es la única forma de tomar las situaciones más difíciles, sirviendo de ejemplo para que en situaciones menos sensibles se puedan operativizar opciones de control social menos expulsivas y más participativas, razón por la cual la propuesta restaurativa opera en delitos graves y más aún en los menos graves.

11- En la reflexión se cumple a cabalidad con develar el dogma de la utilidad de la pena por el solo hecho de imponerla al delincuente, pues la pena debe dirigirse a transformar las condiciones sociales que engendran el delito, sin cosificar al delincuente, más bien

observando la fungibilidad del agente responsable, endilgando una verdadera prevención de los delitos a quien la tiene, es decir a la sociedad, abandonando la explicación del delito en el delincuente, para pasar al delito en la sociedad. Sin llegar a una ciencia penal totalizante, si es necesario devolver a la sociedad la parte de responsabilidad que tiene en la génesis del delito, para que los responsables –que no es el juez penal- adopten las decisiones correctas, todo con la necesaria veeduría ciudadana, dándosele a la sentencia penal la importancia que requiere.

De esta forma, la criticada promoción de la fidelidad al derecho que se quiere alcanzar mediante la sanción penal, podría lograrse mejor mediante la inclusión de la restauración, al sintonizar las trasmisión del mensaje comunicativo y el *empoderamiento* de la comunidad para lograrlo, convirtiéndola en una potencia de reconocimiento de la necesidad de actuar conforme a la norma, es decir, el reconocimiento de la *confianza* en la norma se aumenta cuando es el propio colectivo el que lo fomenta, y se reconoce como fundador del sistema normativo mediante el consenso.

Es un verdadero asunto ético de la ciencia punitiva, explicar a la sociedad que al final el rezago dispuesto a la maquinaria punitiva, volverá a la sociedad con los efectos criminógenos y frustrantes de la prisión, por lo tanto continuará contaminando a los otros actores, a menos que todos se vacunen contra el delito mediante el mantenimiento de los principios y la apropiación de los mecanismos para disminuir la agresión. De esta forma se renunciará a la cárcel como el primer y único medio de control social. Es cierto que ante la conciencia del indefectible regreso del delincuente a la calle, y de la presencia del origen criminógeno en la sociedad, se pueda reclamar la prevención especial negativa con el objetivo de evitar el reingreso al cauce social, pero aquí estaría el marco infranqueable de los derechos humanos y de la constitución evitando tales desmanes.

12- Estamos de acuerdo en que tanto en la **prevención especial positiva como negativa** no se puede instrumentalizar al sujeto cuando la comunicación prima en el establecimiento de la punibilidad, deben mantenerse abiertos los canales, escuchar mediante los oídos de la asociación afectada por el delito a quienes forman parte de ella y están comprometidos de

una u otra manera con la situación delictiva. Precisamente debe aumentarse el diálogo, antes que las situaciones conflictivas, para evitarlas, en el momento de las mismas – reconociendo todos los derechos de quienes actúan en ellas-, y posteriormente para sanarlas. No se debe perder la posibilidad de diálogo, especialmente en las situaciones más graves, a pesar de que en algún momento sea necesario detenerlo para reflexionar sobre el rol de uno u otro sujeto.

Por esta razón, no es procedente contener los principios de la pretensión de la prevención general negativa dirigida hacia el sujeto, pero sí frente a la conducta, no mediante el correccionalismo, sino con la concientización de lo que se puede lograr con el debate sobre lo sucedido. El mantenimiento rígido del principio de legalidad, evitando la *diversión* de las penas, se implanta en unión con la irracionalidad de la pena *inocuidadora*, y hoy en día se mantiene el convencimiento de que entre más fuerte sea la pena, más silenciosa su aplicación, evitando de esta forma la supuesta prevención intimidante. Las penas más intimidantes no son necesariamente las más fuertes, tal vez lo sean las más efectivas, las que son capaces de derrumbar las bases del conflicto, no por la intimidación total, sino por la concientización total de la fuerza del diálogo.

13- Sin embargo, el derecho penal no puede renunciar a la reinserción social del delincuente, a pesar de las críticas por el irrespeto de la personalidad del individuo, lo que sucede es que no solo basta superponer al delincuente, lo que se debe es abarcar la reinserción o la resocialización de la víctima y del conflicto, ampliando los canales de interconexión para producir la catarsis social que desestimula el delito y justifica la acción preventiva integradora que sana el dolor y a la vez repara la expectativa social desvirtuada por la acción, lo que permite continuar confiando en el desenvolvimiento social, incluso en el mensaje de la víctima y el agresor como agentes emisores de socialización.

14- Aun cuando sea una utopía, no cabe pensar que ante el fracaso de la resocialización del delincuente, ahora quisieran sumarse al mismo parámetro a la víctima y al conflicto, corriendo la misma suerte, pero se puede reflexionar que el fracaso de la reinserción se cifra en asumir la integración sin detenerse en los otros sujetos relevantes para el caso, por lo que

contar con los otros es positivo para las maniobras de reintegración, acompañadas de una asistencia social planificada e intensiva. Es decir, el panorama del delito es más completo – y por esto menos posibilidades de errar–, cuando se tienen en cuenta los otros elementos, además del responsable penal.

15- Pero no se trata de una sumatoria aditiva, en la *prevención integradora*, de lo que se trata es de constituir una pena integradora de los diversos fines, reconociendo lo oportuno de cada uno de estos, a fin de que repercuten en la retribución y en los otros postulados en cada etapa de diseño, construcción y aplicación de la pena. Se acepta que la integración acoja en su seno la reparación como tercera vía, que estima una sanción por debajo del lindero de la culpabilidad, favorece la integración de la víctima, y facilita medios desprisonalizados para acoger la justicia.

Eso sí, no sobra reconocer que la pena integradora parte del paradigma integrador roxiniano y de la necesidad de diversidad punitiva, pero va más adelante uniéndolos al contenido de la justicia restaurativa, con lo que se enriquece el sentido de retribución y prevención, se alcanza una cota de reintegración de todo lo que el delito ha lesionado, y se revela una compostura propia de un Estado que desinstitucionaliza para abrir espacios de enriquecimiento de la comprensión/verdad de la acción, al canalizar las opiniones informales, con lo que se ajustan las interacciones para evitar nuevas victimizaciones, así se supera el esquema civil que contiene a la reparación.

16- En lo que hace relación con **el abolicionismo**, se insiste en que la sanción penal restauradora no sigue esta corriente, si bien se comparten algunas críticas al derecho penal como ciencia, y las objeciones a la pena y más aún a la pena de prisión. No se acepta en todo, la creencia espiritual de la capacidad de *autorresolución* de las situaciones que interesan al derecho penal, mediante el acercamiento del agresor y la víctima, pues es necesaria la institucionalidad judicial.

Lo cierto es que el derecho penal ha quedado corto para responder a los requerimientos sociales, por la rigidez del contenido de la pena, lo que ha impulsado un *neorretribucionismo*, donde se propone el regreso de las necesidades sociales a una justicia

cegatona, respondiendo con medidas indirectas que no dan en el punto de las exigencias finalistas conforme a las casualidades fácticas de las partes y la pugna en sí misma. Así, la respuesta no es volver a lo anterior –ya antes mencionado-, sino permitir que fluya la comunicación dentro del derecho penal, desatorando las subjetividades, e incluyéndolas racionalmente en la punibilidad.

26- No se puede apartar al Estado, porque asegura el equilibrio entre víctima/agresor, la desigualdad es cubierta mediante el acusador, el desbalance que de allí surge en contra del agresor, es balanceado por la defensa –pública o privada-, y el encargado de velar por el equilibrio viene a ser el juez, pero no por esto se debe relegar a otros participante, pues en el escenario solo falta un ingrediente igualmente democrático: el diálogo entre la triada del delito para encontrar la causa de la conducta, la sanción y el manejo futuro del conflicto para disminuir la posibilidad de nuevas víctimas y agresor.

Y en cuanto a la punibilidad, el hecho de ser adaptada al conflicto no tanto atenta contra la igualdad, sino que robustece la libertad y evita el alejamiento de las partes, aun más, contribuye a fortalecer la comunión de los sujetos a partir de las experiencias de la lamentable situación del delito. No es que la vigencia de la norma necesite del delito para mantenerse, lo que sucede es que a partir de la defraudación de la expectativa se activa la solidaridad social, afianzándose los valores.

17- Sin entrar a las bases del derecho penal liberal, sí es prudente mencionar que el principio de culpabilidad fundado en el libre albedrío, la exigibilidad de otra conducta, las neurociencias o la sostenible *dignidad humana*, es criticable cuando se piensa en este como el único relevante para la valoración de la pena por imponer, pero cuando se conjuga con los otros criterios de la pena integradora (víctima y comunidad), se valora mejor y es visualizado dentro del conflicto que generó la responsabilidad del sujeto, no tanto para comprenderlo y dejarlo impune, sino para suscitar adaptaciones restaurativas a través de la temida sanción penal.

18- Debemos ser concordantes que la mejor forma de afrontar una situación conflictiva es viéndola desde las diversas aristas que la conforman, de manera multidimensional, tanto desde la represión, como desde la diversificación de las formas punitivas, que permitan responder a las verdaderas necesidades del sistema social, y no a la única necesidad del Estado, pasando a ser esta una de las posibilidades de la pena, pero no su exclusiva finalidad. Entonces, lo que se pretende es rechazar la unidimensionalidad, pues la política criminal no es un *bloque indivisible*, sino que coexisten diversos modelos para una misma sociedad, para reducir el riesgo de arbitrariedad y desigualdad mediante la remisión precisa y posible a las características del grupo, o directamente a la naturaleza del fenómeno criminal.

Así se propugna desinstitucionalizar la pena de forma prudente, mediante un protocolo de reasunción del conflicto por parte de la sociedad, de forma tal que no provoque un desenfrenado deseo de venganza, sino que sea capaz de hacer una sanción objetiva, propia del Estado, pero ya no solo el de derecho, sino el democrático y social de derecho. Este protocolo estaría conformado con las reglas de producción de la verdad o verdades argumentativas de HABERMAS y ALEXI, autorreconociéndose en la comunidad el conflicto y las decisiones necesarias para solventarlo, no de forma radical, sino paulatinamente, deshaciendo las cosas tal y como se hicieron.

Recordemos que el legislador es un mero canalizador de las opiniones informales, no las crea. Diríamos que es una caja de resonancia de lo que sucede en la esfera pública, interpretando lo que se quiere que suceda. Pero la voluntad política se forma igualmente en procesos no institucionalizados como sindicatos, iglesia, partidos políticos, foros de discusión, asociaciones de vecinos, las ONG, llamadas la sociedad civil, que al no ser escuchados, se disminuye la validez de las normas constitucionales y su plasmación concreta, en nuestro caso diríamos que se deslegitima la pena y la utilidad de la pena.

19- En lo que tiene que ver con la **tercera vía**, se parte de la premisa según la cual el uso de la reparación como sanción autónoma no debe solo servir para otorgar beneficios al procesado, sino para realmente incluir los intereses de la víctima en su determinación.

Fomenta la satisfacción de la necesidad creada alrededor del delito, originando mayores estándares punitivos para el derecho penal, ajuste que viene a complementarse con la asistencia otorgada a la víctima, a manera de una prevención especial. De esta manera, bien puede la reparación considerarse dentro del catálogo de las sanciones asignadas a un delito.

La tasación de la reparación encuentra dificultad en el principio de legalidad abstracto de la pena, lo que podría solucionarse con la participación de la víctima en la determinación del daño ocasionado, y su correspondiente reparación, diversificando las posibilidades de reconocimiento, sin limitarla a la indemnización pecuniaria.

20- Se insiste en la prevención especial hacia la víctima, por medio de la asistencia y ayuda a las víctima, la deconstrucción del conflicto y la asunción de su nuevo estatus social con dignidad, valor y ánimo de superación, es tal vez una de las principales ayudas que puede ofrecer el Estado, lo que se concreta mediante la asistencia psicológica y de trabajo social. La idea es que la víctima no se deje derrotar por la conducta injusta, y se reconcilie con una sociedad que le manifiesta solidaridad en su adversidad, que comprende el sinsentido del delito, por medio de la elaboración de procesos de interacción con víctimas en similar situación.

De la solidaridad social nace la asistencia que debe aplicarse aun a delitos que no se ejecutan de manera violenta, de tal forma que se incluya la prevención especial de la víctima a un mayor número de conductas. Los funcionarios administrativos y judiciales deben brindar acciones a la víctima, contando con una infraestructura física y moral adecuada para evitar la victimización secundaria, si ella llega a tener contactos inadecuados con el sistema y el victimario.

21- No se puede pensar que con el solo hecho de litigar dentro del proceso en el que se responsabiliza penal y civilmente, la víctima quede satisfecha, sin dejar de reconocer que el desarrollo del **derecho a la participación** de las víctimas de los delitos, es la superación del derecho penal monolítico, pasando a uno de carácter democrático, participativo, efectivo, con tendencia a la justicia y bidireccional. Que es igualmente manifestación de una sociedad solidaria, que comprende que solo en la medida en que cada uno esté bien,

especialmente quienes se encuentran en debilidad manifiesta, podrá marchar por un derrotero de justicia, equidad y felicidad, que no ignora la fatal realidad del delito.

23- El hecho de que la acusación sea pública y forme parte del derecho penal liberal, no desvirtúa la posibilidad de la participación activa de las víctimas en las diversas etapas del proceso, incluso en la punibilidad. Un sistema jurídico democrático prevé por medio de las acusaciones privadas (particular, privada o civil) una recompensa adecuada y prudente a la histórica neutralización de la víctima por parte del Estado.

De esta forma, el recurso judicial efectivo se realiza cuando la víctima puede acudir directamente a ejercer la acción penal -para establecer cómo y quién ejecutó la conducta-, proponer su teoría del caso junto a la acción acusadora pública, presentar pruebas, e igualmente cuando se ejercen las medidas para asistir a la víctima, ordena reparar el daño irrogado y se cumple la recomposición de la ruptura social. El ofrecimiento de acciones (incluida la asistencia) y la reparación, complementan el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales y legales, convirtiendo el derecho a un recurso judicial efectivo en una realidad.

Por su parte, **las leyes integrales de víctimas**, que tienen como objetivo establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, que beneficien a las víctimas, son un paso importante, pero no el único, para avanzar en el reconocimiento y en garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas.

24- Lo atinente a la manipulación de las víctimas en el escenario del expansionismo, no sobra estipular, que la masificación del sentimiento de vulnerabilidad de la víctima, no debe ser pretexto para promover políticas represoras, sino un medio para que dar mayor humanidad a la pena. La neutralización de las consecuencias del delito se puede realizar mediante la represión, o mediante la concientización, y aun cuando esta última parezca menos eficaz, no lo es. Pues la verdadera pedagogía social se elabora cuando el sujeto comprende el contexto de su conducta, y no solo su apreciación particular.

Empero, el delincuente es solo una minúscula parte del problema social, diríamos que aleatoriamente le corresponde a un solo sujeto responder por el conflicto, por lo que sometiendo a uno solo, se piensa estar ganando la guerra contra la criminalidad, cuando en realidad lo que se está ganando es la negativa a ver de fondo lo que está pasando; por eso, la pena de prisión o la cadena perpetua es la mejor forma de echar una cortina de humo sobre el conflicto, haciendo perder el norte de las posibles soluciones.

25- Sin desbarajustar lo alcanzado, la dogmática jurídico penal confía en la racionalidad del legislador que infla las penas ante la colectivización del dolor de la víctima, pero desconfía por irracional de la víctima en concreto, en este sentido se debería excluir tanto al legislador como a la víctima, pues los dos son irracionales. Pero la racionalidad va de la mano con la legitimación democrática, y en la aplicación del protocolo de inferencia argumentativa en las macro y en las microdecisiones, es lo que permite interpretar una medida como digna hija de la democracia, restándole posibilidades de irracionalidad⁴⁴.

26- El hecho de expandir la prisión a todas las conductas penalizadas no conviene a la sociedad, porque el problema de la prisión es que cierra la puerta a otras formas de tratar el delito; por eso, la restauración limita el expansionismo en la medida que tiende a concientizar a la sociedad de que solo mediante la autorresponsabilidad de su conducta se podrían evitar delitos, pues no basta penalizar para pensar que ya todo está arreglado, y que con la represión la conducta cesará.

Conclusiones en cuanto las reglas del diálogo intersubjetivo y la restauración

27- Es probable que ya no se pregunte sobre el fundamento de la pena, pues esta es sencillamente necesaria en las actuales sociedades democráticas -nadie lo duda-, como forma de construcción de la sociedad, al igual que los padres sancionan a los hijos con una

⁴⁴ Se hace referencia a que cuando el legislador diseña la pena piensa en los casos de extrema gravedad. La tipicidad se aplica a situaciones que si bien son graves, difieren de otros conflictos en concreto, por lo tanto la propuesta es aplicar las reglas deliberativas en la construcción de la pena en abstracto a la implementación de la pena en particular.

finalidad de aprendizaje⁴⁵. La pregunta es, ¿para qué se pena? Solo para retribuir y para prevenir, NO, también para satisfacer a la víctima colectiva y a la individual. ¿La pena solo tiene un significado para el delincuente? NO, básicamente el delincuente puede ser fungible, pero la pena tiene un significado para las víctimas y para el Estado. Así, el significado de la pena no solo es metafísico, sino que tiene una utilidad social, de retribución, de prevención general, especial y especialmente de restauración.

28- La intención es hacer que el derecho penal componga mejores penas, escuchando a la víctima sobre el significado que la sanción tiene para ella en su caso en concreto, si nos enteráramos qué piensa la comunidad acerca del significado de justicia –y la forma de devolver la paz social- en ese caso, conociendo además si el procesado está en la posibilidad de satisfacer las pretensiones o propone otras formas de satisfacerlas, atendiendo a la necesidad de *diversificar* la pena, todo dentro de los límites del respeto de los derechos humanos de todos los intervinientes.

29- Como afirma la justicia restaurativa, responder al dolor del delito, con más dolor, es una suma de dolores que si bien puede resultar útil en el corto plazo, solo subvenciona a largo plazo con el aumento de la sumatoria en una sumatoria exponencial. Lo que hace forzoso dirimir la hostilidad mediante alguna forma de vía comunicativa –como el derecho penal-, renunciando a la violencia. HABERMAS reclama que una determinada comunidad histórica debería ir más allá de orientaciones valorativas particularistas, avanzando hacia relaciones de conocimiento recíproco inclusivas e irrestrictas del universalismo igualitario, huyendo de las falsas abstracciones de igualdad, y siendo sensible a las diferencias de una inclusión no niveladora y no confiscadora del otro en su alteridad, lo que se logra con la práctica deliberativa.

⁴⁵ No solo para los hijos, igual para los otros hermanos y los padres, pues las conductas reflejan sentimientos que se forman en el paradigma existencial de cada ser humano, de tal forma que en la construcción de la sanción debe primar el diálogo para comprender lo sucedido y posteriormente asumir la responsabilidad que viene, es decir, la “pena”, que luego de cumplida debe ponerse sobre la mesa si la misma tuvo la posibilidad de enseñar algo al delincuente y a la sociedad. O si es necesario que replanteemos algunos puntos en la convivencia para evitar nuevos castigos – *actualizando la política criminal* comprendida en sentido amplio -.

30- La sanción penal vista desde el sistema de doble o tercera vía tiene como punto de partida el reconocimiento de la dignidad humana del agente, de la víctima y de los actores sociales involucrados en el delito, pero es necesario que los reconozca como personas capaces de emitir mensajes comunicativos valorativos, que a pesar de su irracionalidad son capaces de sintonizarse nuevamente. Con una dimensión afirmativa del sujeto, se puede emitir el mensaje de que se puede seguir confiando en el consenso colectivo, cuya complejidad se descompone en una sanción, que es en lo que invierte la justicia restaurativa.

Las satisfacciones pretendidas por los interesados se cumplirán con el argumento de que cuanto mayor es el grado de insatisfacción o de afectación de uno de los principios (proporcionalidad/prevención/seguridad), tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (libertad/restauración), aumentando el nivel de ponderación de la sanción. La mejor respuesta al delito será la que esté en capacidad de comunicar la inclusión de la complejidad, no la que la ignore.

Sobre esta base serían dos las respuestas más racionales, la responsabilización como un primer momento, al que podría renunciar el agresor aceptando los cargos imputados. Y un segundo momento representando en la ponderación de la sanción restaurativa, lo que permite reconocer la posibilidad de que la sanción establecida mediante esta consideración democrática sea capaz de ir por debajo de la culpabilidad, sin superar –por la víctima en sentido de *vindicta*, ni por la prevención general de la comunidad o el Estado– este límite igualmente democrático. Esta fórmula es clave para la sanción restaurativa, al dar permiso para equilibrar las finalidades y los derechos en pugna.

31- La verdad es que el problema del objetivismo estatal es que no se relaciona con lo subjetivo de los grupos y las personas, por esto la propuesta es que el Estado se ubique en un intersubjetivismo, que sumado a la idea de razonabilidad - en cuanto al hacer empírico en las decisiones -, conserve el marco de la justicia como pretexto para alcanzar lo querido, que sería la restauración del epitelio social descocado por el actuar criminal, sanación que solo es posible realizar por los involucrados con ayuda del Estado, pero solo por estos.

32- Sensato reconocer que la restauración dentro de la pena tiene el inconveniente de que la capacidad de restaurar no es una generalidad sino que es una fórmula de *alquimia social*, construida según el conflicto que está llamado a regular, de acuerdo con los axiomas más representativos del mismo, por lo tanto no hay un solo perfil para componer una receta restaurativa, sino que existen múltiples formas según las características de la autonomía fáctica y jurídica.

33- Pensar que por el diálogo la pena es *soft*, es una falacia, más bien el hecho de afrontar la confrontación de forma directa y personal, de estar frente a las personas queridas, es una carga realmente conmovedora –para el procesado, la víctima y la comunidad-; en esto es menos *suave* que la justicia tradicionalmente silenciosa, que asume una confrontación indirecta –a través de abogados y partes– y mediante rituales cifrados en códigos comunicacionales demasiado estrictos. Y la sanción, no por ser un *acuerdo* impuesto deja de ser un dolor, lo que sucede es que es un dolor racional y por esto es menos arbitrario.

El sentido de corrección del derecho es mucho más fluido en espacios donde se permite expresar sentimientos, opiniones, pensamientos y temores de quienes asumen el conflicto, que en procedimientos formales con reglas estrictas y casi sacramentales de lo que se debe o no decir en cada paso, lo que necesariamente viene a influir en la configuración social del conflicto, no solo de lo que sucedió, especialmente de lo que las autoridades consideran sobre el mismo y de cómo lo observa la ciudadanía.

En el *acuerdo restaurativo*, el hecho de reconocer a las partes como esenciales en la reconstrucción social por medio del diálogo, permite idear una sanción penal *diversa*, en lo posible adecuada a las necesidades del conflicto, la víctimas, el agresor y la comunidad, lográndose un contenido punitivo que aun cuando desigual –cada situación es diferente–, se asemeja en la medida que asume las diversas aristas que implica la sanción reflejada en el acuerdo. La igualdad estaría no en el contenido de la sanción, sino en la forma del tratamiento del conflicto.

Las decisiones restaurativas deben estar controladas dentro de los límites de los derechos humanos, los principios de la sanción, y especialmente de la ponderación constitucional que se exige para la limitación de los derechos, sin perder la finalidad que se pretende con la pena, recuperar la paz social en el sentido de justicia, a la manera de una *idea regulatriz* hacia la que se dirige la pena, asestando restricciones a la determinación de las partes.

Como consecuencia de la diversidad penal a partir de la restauración, damos cuenta que **la preeminencia de la legalidad** estricta sobre la punibilidad está en declive, lo que se constata en el acogimiento de institutos como la mediación, la conciliación, la aceptación de cargos, los preacuerdos, el principio de oportunidad y el concurso de conductas punibles, en los que se manipula la cantidad de pena establecida de antemano al delito. Esto hace presuponer la supervivencia de la legalidad como un marco en el que se pueden mover contenidos disímiles flexibilizando los condicionamientos punitivos dispuestos como absolutos por el legislador como consecuencia de la tipicidad.

Dentro de los extensos límites dispuestos en la ley, podría ampliarse a un máximo y mínimo de penas, con un tiempo prudente de duración de acuerdo con la medida. Es decir, un máximo de mal penal, contenido dentro de unos criterios maleables a la situación en concreto.

De forma errada se ha asumido que la consecuencia jurídica del hecho forma parte de la tipicidad penal, que comprende los presupuestos y las consecuencias de la conducta, y determina que no habrá pena sin ley, ni pena sin delito, con lo que se ha entendido que si no está la pena taxativa, se desconoce el principio de legalidad.

La pena es el escenario de salida del derecho penal, allí donde termina la responsabilidad comienza la punibilidad, y donde termina la punibilidad termina el derecho penal y se abre la puerta para el regreso a la sociedad, de forma circular, por lo tanto no se aplican las mismas exigencias a la tipicidad del supuesto de hecho que a la pena.

La producción del efecto de satisfacción de justicia, en ciertos eventos, se puede ver mermado por la falta de respuesta del derecho penal en concreto, debido a que no en pocas ocasiones, la víctima del delito no se considera satisfecha con la pena, sino que se le produce otra defraudación, ahora por parte del sistema penal, pues la víctima frente al sistema desaparece, excepto en cuanto a la reparación económica.

Para terminar podemos decir que la política criminal se construye desde cualquiera de los espacios en los cuales se desenvuelve el ser humano, desde la óptica de lo criminal que tiene relación con la posibilidad de castigar, penar o sancionar, con la finalidad de evitar la sucesión de los mismos hechos en una determinada comunidad. Aun cuando reconocemos que mal se podrían anular totalmente ciertos actos de la sociedad, como el de la violencia, pues esta es un catalizador de la supervivencia y de las posibilidades de desarrollo dentro de una comunidad, que está en íntima relación con la capacidad de defensa del ser humano y de adaptación al medio que lo rodea.

La disminución de la repetición de la conducta violenta no es una configuración individual, que dependa de un solo individuo, es relevante analizar el patrón social de conducta que se asume. De esta manera la respuesta a la conducta violenta injustificada y por fuera del riesgo permitido debe ser equivalente en todos los casos, pues mal se podría asumir un hecho como exageradamente violento y otro igual como menos violento, por ejemplo teniendo en cuenta la calidad de las partes involucradas, NO, *el hecho es el mismo* y por lo tanto objetivamente debe tener la misma pena proporcional a la lesión –retribución justa–, lo que puede ser reconocido por el derecho penal, y con esta valoración de equivalencia se satisface la necesidad de punición social en el sentido de prevención general.

La pena no debería dar la espalda a la conflictividad social en la que surge la ejecución de la conducta, pues al influir positivamente en el conflicto se logra mejorar la capacidad comunicativa de la pena, el mensaje de la retribución se comprende mejor, porque la conducta es castigada de forma equivalente a otras y, además, la comunidad específica comprende la necesidad de mantenerse dentro del límite de la confianza social, evitando defraudar las expectativas, por el temor de la pena, pero especialmente por el reforzamiento de las actuaciones positivas desarrolladas en el interior de su propia comunidad y del propio

individuo. Es decir, la pena debe ser un medio para resaltar lo positivo de la persona, desvalorando la conducta reprochable⁴⁶.

El peor delincuente tiene dignidad humana y esto quiere decir que a la vez de mantenerlo indemne, se debe rescatar lo humano del sujeto, pues nadie está exento de aumentar la comunicación violenta *física o psicológica* para interactuar con los otros. El ser responsable del delito convierte al agente, a la víctima y al conflicto, en generadores de cambio dentro de la comunidad para evitar nuevos brotes de violencia. La pena entonces debe servir no tanto y solo para resocializar o reinsertar al condenado, sino de afectación positiva al conflicto que generó el hecho.

Ya la imposición de la pena es un concepto que trasciende la equivalencia de la misma, pero que al situarse los efectos en las partes que vienen a ser afectadas con su aplicación, es diferente. Es aquí donde la pretendida igualdad se desmorona, pues tanto quienes forman parte del hecho, como el conflicto que originó la conducta son diferentes. Veamos entonces, la conducta es la misma, pero la génesis y las partes pueden ser diferentes, lo que hará que la aplicación de la consecuencia sea diferente.

El castigo va más allá de su justificación –de la cual hoy en día pocos dudan-, la comprensión del castigo no puede asumirse como unidireccional, este debe asumirse como un proceso complejo y diferenciado, que incluye especialmente sistemas discursivos de autoridad, en los cuales pueden estar o no presentes elementos filosóficos o de utilidad, discursos de condena, procedimientos rituales para imponer sentencias, y un repertorio de sanciones penales que se adaptan a cada sociedad, así como instituciones y agencias

⁴⁶ Pensemos en el caso de la violencia doméstica, en la cual los individuos mediante la interacción de sentimientos, sexuales y sociales, han conformado una unidad familiar, es decir, mediante acciones positivas que motivan la unión. Ante el fracaso de alguna de las expectativas de los miembros de la comunidad nuclear, es posible que la violencia se aumente con una finalidad específica –enmascarar la defraudación, evitar cambios a raíz de la imposibilidad de la modificación etc., por lo que no solo cabe estigmatizar la situación como violenta, debemos rescatar -a pesar de la defraudación, la capacidad de regeneración del tejido comunicacional para reintegrar la interacción a niveles tolerables de violencia; y aquí es donde juega un importante rol la pena, pues ella significa la necesidad de acudir a interferir la comunicación violenta para recordarles al agresor y a la víctima los deberes y derechos que deben tener presentes al comunicarse, debiendo tomarse el tiempo proporcionalmente necesario para reintegrar la sintonización de los canales de emisión y permitir nuevamente la interacción social, una especie de *time out* para posteriormente regresar a ejercer la interacción como las partes acuerden, especialmente si existen responsabilidades de por medio.

encargadas de la administración del sistema, y una especial retórica de símbolos e imágenes por medio de la cual se representa el proceso ante diversas audiencias; es decir, la pena solo puede ser explicada a partir de una visión multidimensional que se identifica con la sociología del crimen y castigo elaborada por GARLAND⁴⁷. La sociología del conflicto se identifica por un estrepitoso enfrentamiento de perspectivas y por un conflicto entre diversas interpretaciones y puntos de vista⁴⁸, propios de un Estado social y democrático.

Y es que el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho ha significado una radical mutación en la configuración jurídico-política, soslayando la arbitrariedad del todopoderoso *leviatán* sobre el individuo, lo que ha implicado la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado liberal de derecho. A partir del movimiento constitucional se ha convalidado el movimiento restaurativo y los principios que representan la tendencia, porque el fin de las normas es mantener el sistema -que está compuesto por elementos de diverso orden que no se pueden descartar con una visión monocausal, lo que hace necesario integrarlos en un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo- y también cumplir otras importantes finalidades, como los derechos sustanciales de las víctimas, llegando no solo a establecer y determinar una pena, sino así mismo la materialización de la verdad, la justicia y la reparación.

Lo que se propone es reconocer que los problemas sociales (expresados a través de la conducta delictiva) requieren de soluciones sociales e integrativas, y no solo basadas en el derecho penal -rígido y arbitrario-, y de la adopción de medidas reprobativas, integrativas y orientadas a la comunidad, antes que otras de tipo excluyente, individualista, y basadas en el uso de la fuerza.

La teoría de la pena restauradora no tiene como expectativa concreta ser asumida por parte del derecho penal, ni entrar a componer una especie de normatividad concreta en ningún

⁴⁷ GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Ob. Cit. p. 184. Para BRAITHWAITE, la estructura del crimen no es unidimensional, es necesario tener en cuenta las variables requeridas para explicar el fenómeno de una violación frente a una malversación. BRAITHWAITE, Jhon. *Crime, shame and reintegration*. USA : University of Cambridge, 1989. p. 1

⁴⁸ *Ibíd.* p. 133

Estado, solo tiene como pretensión alcanzar a soportar la crítica para que el derecho penal dentro de los límites propios de los derechos y garantías que le son inherentes, sea capaz de autocorregirse, de autocontrolarse, para dar a la sanción penal unos límites más reales de aplicación. Se podrá llegar a pensar en una verdadera restauración dentro de un sistema de sanciones democrático, respetuoso de la concepción de regreso de la paz social –*justicia*– para la propia localidad donde se realizó la conducta, cuando se desvanezca el prototipo de homogeneidad e igualdad en los valores que supuestamente quiere transmitir la norma de prohibición del derecho penal, y se conceda un pequeño espacio para la reflexión y el deseo de un mundo más justo, menos impositivo y más respetuoso de la realidad del otro, significativamente cuanto el otro no es ajeno al sistema social que cada uno comparte, o es mancomunado en su propia identidad cultural.

Debe, eso sí, observarse que si en realidad las vías seleccionadas para sancionar cumplen con la finalidad de satisfacer las necesidades establecidas mediante el diálogo, en algunas ocasiones puede resultar peor el remedio que la enfermedad, por lo que es indudable y necesario tener conciencia que la *sanción restaurativa* tiene y tendrá erratas y fallas, pero posiblemente esté menos desorientada que una pena abstracta y desadaptada al conflicto.

CONCLUSIONES TEMÁTICAS

Con la finalidad de dejar claro el pensamiento del autor, procedo a exponer algunas conclusiones temáticas, que en lógica coinciden en algunos párrafos con lo descrito en los capítulos de la investigación:

Primero, reflexión sobre el expansionismo:

1- En un derecho penal postmoderno, basado en los *mass media* y en la utilización meramente simbólica del derecho penal en términos de aumento punitivo excesivo con un alto grado de instrumentalización de las víctimas, y en la huida de los problemas sociales hacia el derecho penal, mal puede la pena tradicional de prisión ser la respuesta más obvia.

2- En el expansionismo se manipula a las víctimas, partimos de que la masificación del sentimiento de vulnerabilidad de la víctima, no debe ser pretexto para promover políticas represoras, sino un medio para que dar mayor humanidad a la pena. La neutralización de las consecuencias del delito se puede realizar mediante la represión, o mediante la concientización, y aun cuando esta última parezca menos eficaz, no lo es. Pues la verdadera pedagogía social se elabora cuando el sujeto comprende el contexto de su conducta, y no solo su apreciación particular.

3- El hecho de expandir la prisión a todas las conductas penalizadas no conviene a la sociedad, porque el problema de la prisión es que cierra la puerta a otras formas de tratar el delito; por eso, la restauración limita el expansionismo en la medida que tiende a concientizar a la sociedad de que solo mediante la autorresponsabilidad de su conducta se podrían evitar delitos, pues no basta penalizar para pensar que ya todo está arreglado, y que con la represión la conducta cesará.

Segundo, colofón sobre la retribución

4- **La retribución**, como justificación de la pena, si bien merece unas críticas sentidas en razón de la proporcionalidad buscada en la igualdad con el delito, también sugiere una frontera democrática en la que se evita traspasar la culpabilidad. Por esto, a pesar de la

reprobación, se considera que la restauración es básicamente la construcción de un retribucionismo a la inversa, en la que se articulan los límites sociales y los límites jurídicos a la necesidad de restaurar, como una forma de reacción ante el desvanecimiento del epitelio social.

Por esta razón, se plantea superar la exclusiva mirada sobre el delincuente, echando un vistazo hacia el pasado para proyectar el futuro, pero especialmente adoptando una actitud deliberativa de actos positivos de reconocimiento del dolor y de las necesidades más sentidas –relacionadas con la conducta-, para así desestimular la atribución del dolor por el dolor, a la manera de dos dolores sociales.

5 – No se puede prescindir del *imperativo categórico* de la pena frente al delito, lo que se debe hacer es aterrizar la teleología de la *justicia/paz social* en la conminación, siendo importante lograrla por diversos medios, y en algunos casos hasta con la renuncia a la aplicación de la sanción la que permitiría cumplir con el ejercicio de vigencia del orden jurídico, en otros, una diversificación punitiva, o en otros, medidas lesivas temporales necesarias, en las que se subordine la pena a las condiciones que orientan la idiosincrasia de la situación. La justicia tiene que ser ciega para responsabilizar, debe abrir los ojos para poner la sanción de acuerdo con el contexto de la situación, pues al estar ciega la justicia en este momento está omitiendo reconocer aquello que la sociedad espera.

6- *Sin caer en la demagogia*, es oportuno seguir pensando que la pena, cualquiera que sea la concepción que se siga, siempre es un mal para quien la sufre, pero lo que no podemos seguir pensando es que con el dolor se pueden considerar cumplidas las necesidades de convivencia y solucionada la situación, también debemos darnos cuenta que este incluye en sus límites no solo a quien la padece directamente, sino a su familia y a la comunidad donde habitan los involucrados. Entonces, la propuesta es que no todos los delitos tengan la misma pena, pues cada conducta proviene de un conflicto diferente, que no puede ser igualado a las meras constataciones económicas, por ejemplo en los delitos de cuello blanco las motivaciones, las necesidades y las penas pueden ser otras que en un hurto individual,

con lo que se promueve una especie de trueque entre conducta y pena, no valorada en años, sino valorada en otros términos.

7- Se concluye entonces que retribuir y restaurar no son necesariamente dos formas contrapuestas de justicia, sino que una es el género y otra la especie, pues restaurar pasa por retribuir, sin que se pueda superar la medida de la proporcionalidad, ya no la absoluta del ojo por ojo, sino la constitucional de ponderación de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas, proyectadas hacia el logro de la paz social. Con esta breve fórmula constitucional se retribuye pero no solo la conducta, sino todo el conjunto de elementos que intervienen en la situación criminal, al discernir un perfil sancionatorio semejante que buscan la integralidad mediante la cual se consigue la justicia.

Mirar hacia adelante, sin perder la perspectiva del pasado, permite valorar el dolor de la víctima como un estandarte, no para vengar en el delincuente, sino como un deber de memoria histórica dirigido hacia la comunidad, con el objetivo de que esta sea un actor importante en la apropiación social de lo ocurrido para evitar nuevas conductas en el futuro, pues al fin y al cabo se trata más de prevenir –hacia el futuro-, que de castigar –hacia el pasado-, al exigir penas socialmente útiles para todos: la víctima, el agresor, la comunidad y el Estado.

8- Contrario a ser antagónica a la retribución, la presencia de la víctima en el contenido de atribución de la pena, puede aumentar la expectativa del mal pretendido para el delincuente –más retribución-, lo cual es cierto y resulta democrático, pero también permite medir al infractor lo que ha hecho, pues el reproche de la víctima, representado en la probabilidad punitiva, expresa su dolor. Pero no por esto se debe acallar el reclamo, lo dable es permitir la expresión de todas las partes, por ejemplo a la par el responsable –sin arrepentimiento- podría solicitar una pena irrisoria, que haría enfadar aún más a los receptores de su conducta; pero, precisamente, la pena restauradora es un proceso en el cual mediante las reglas argumentativas se trata de conseguir una sanción adaptada al conflicto, en la cual además podrá escucharse a la comunidad para que esta dialogue con la postura punitiva, todo bajo el rastreo de expertos sociales que conceptúen lo referente a la idoneidad de una u

otra medida, o recomienden al auditorio (víctima, agresor, comunidad, estado, policía, etc.), la adopción de algunas otras.

9- El peor delincuente tiene dignidad humana y esto quiere decir que a la vez de mantenerlo indemne, se debe rescatar lo humano del sujeto, pues nadie está exento de aumentar la comunicación violenta *física o psicológica* para interactuar con los otros. El ser responsable del delito convierte al agente, a la víctima y al conflicto, en generadores de cambio dentro de la comunidad para evitar nuevos brotes de violencia. La pena entonces debe servir no tanto y solo para resocializar o reinsertar al condenado, sino de afectación positiva al conflicto que generó el hecho.

Tercero, en lo que tiene que ver con la prevención

9- Se asume que tanto en la **prevención especial positiva como negativa** no se puede instrumentalizar al sujeto, cuando la comunicación prima en el establecimiento de la punibilidad, deben mantenerse abiertos los canales, escuchar mediante los oídos de la asociación afectada por el delito a quienes forman parte de ella y están comprometidos de una u otra manera con la situación delictiva. Precisamente debe aumentarse el diálogo, antes que las situaciones conflictivas, para evitarlas, en el momento de las mismas – reconociendo todos los derechos de quienes actúan en ellas-, y posteriormente para sanarlas. No se debe perder la posibilidad de diálogo, especialmente en las situaciones más graves, a pesar de que en algún momento sea necesario detenerlo para reflexionar sobre el rol de uno u otro sujeto.

Por esta razón, no es procedente contener los principios de la pretensión de la prevención general negativa dirigida hacia el sujeto, pero sí frente a la conducta, no mediante el correccionalismo, sino con la concientización de lo que se puede lograr con el debate sobre lo sucedido. El mantenimiento rígido del principio de legalidad, evitando la *diversión* de las penas, se implanta en unión con la irracionalidad de la pena *inocuidadora*, y hoy en día se mantiene el convencimiento de que entre más fuerte sea la pena, más silenciosa su aplicación, evitando de esta forma la supuesta prevención intimidante. Las penas más intimidantes no son necesariamente las más fuertes, tal vez lo sean las más efectivas, las

que son capaces de derrumbar las bases del conflicto, no por la intimidación total, sino por la concientización total de la fuerza del diálogo.

10- El derecho penal no puede renunciar a la reinserción social del delincuente, a pesar de las críticas por el irrespeto de la personalidad del individuo, lo que sucede es que no solo basta superponer al delincuente, lo que se debe es abarcar la reinserción o la resocialización de la víctima y del conflicto, ampliando los canales de interconexión para producir la catarsis social que desestimula el delito y justifica la acción preventiva restauradora que sana el dolor y a la vez repara la expectativa social desvirtuada por la acción, lo que permite continuar confiando en el desenvolvimiento social, incluso en el mensaje de la víctima y el agresor como agentes emisores de socialización.

11- Aun cuando sea una utopía, no cabe pensar que ante el fracaso de la resocialización del delincuente, ahora quisieran sumarse al mismo parámetro a la víctima y al conflicto, corriendo la misma suerte, pero se puede reflexionar que el fracaso de la reinserción se cifra en asumir la integración sin detenerse en los otros sujetos relevantes para el caso, por lo que contar con los otros es positivo para las maniobras de reintegración, acompañadas de una asistencia social planificada e intensiva. Es decir, el panorama del delito es más completo – y por esto menos posibilidades de errar– cuando se tienen en cuenta los otros elementos, además del responsable penal.

Por esta razón, la **finalidad de la pena en sede de prevención** es una utilidad constitucional que involucra la *restauración del espacio social roto con el delito*, teniendo en cuenta que la sola amenaza o el castigo ejemplarizante no contiene por sí mismo la motivación o la imposibilidad para la repetición posterior de la conducta, pues se conserva dentro del infernillo social el caldo de cultivo del delito; por lo que pretender prevenir relegando a los indeseables sin percatarnos de que el mal está en nosotros mismos, o confiando ciegamente en que el Estado promoverá las políticas de incorporación social, o asumiendo que la comunidad está haciendo bien su parte, cuando en realidad tiene algo que ella misma debe corregir, sería una tarea inútil y ni los más sentidos castigos podrán desalentar a quien está inmerso en factores que lo arrojan a la criminalidad.

12- Se comulga con una teoría integradora pero que vaya más allá, porque el ejecutor y responsable de la política criminal requiere disminuir las conductas, para lo cual afirma la necesidad de acudir a una fuente de pena que permita disminuir la reproducción del virus criminal. El esfuerzo interpretativo por realizar urge en acertar dentro de los enfoques filosóficos y sociológicos, uno o varios, que integrando las fortalezas de cada teoría y admitiendo la crítica a cada desarrollo, sean capaces de identificarlos dentro de análisis complementarios, que sin ser adaptables o eclécticos expliquen el castigo con una realidad de los diversos elementos que la integran. No es un salpicón de la pena, se trata de comprender las justificaciones como contenidos, aplicando uno u otro según sea necesario.

La propuesta de la pena restauradora parte del paradigma integrador roxiniano y de la necesidad de diversidad punitiva, pero va más adelante uniéndolos al contenido de la justicia restaurativa, con lo que se enriquece el sentido de retribución y prevención, se alcanza una cota de reintegración de todo lo que el delito ha lesionado, y se revela una compostura propia de un Estado que desinstitucionaliza para abrir espacios de enriquecimiento de la comprensión/verdad de la acción, al canalizar las opiniones informales, con lo que se ajustan las interacciones para evitar nuevas victimizaciones, así se supera el esquema civil que contiene a la reparación.

13- Lo que sí es forzoso es dejar atrás la pugna entre retribuir/prevenir, que ya fue traslucida desde la propuesta restauradora, y se desvanece aún más con la sanción restaurativa. No podemos seguir en una lucha de escuelas filosóficas, el utilitarismo de la Ilustración nace como respuesta al absolutismo penal de la Edad Media, mientras que el retribucionismo aflora en oposición al utilitarismo, seguido del regreso de la prevención especial/correccionalismo –como forma de utilitarismo–, tendencia que muda al neoretribucionismo, y con esta consecuente dialéctica unidimensional entre los fines de la pena. Ignorando como partes de la misma a la víctima y a la comunidad, al pensar que el delito es un tema entre delincuente y Estado, dando respuestas pasadas, sustentadas sobre razonamientos generados alrededor de la necesidad de consolidar los Estados modernos, desatendiendo la materialidad de los vínculos postmodernos.

Cuarto, en relación con el abolicionismo

14- En lo que hace relación con **el abolicionismo**, se insiste en que la sanción penal restauradora no sigue esta corriente, si bien se comparten algunas críticas al derecho penal como ciencia, y las objeciones a la pena y más aun a la pena de prisión. No se acepta en todo, la creencia espiritual de la capacidad de *autorresolución* de las situaciones que interesan al derecho penal, mediante el acercamiento del agresor y la víctima, pues es necesaria la institucionalidad judicial.

Lo cierto es que el derecho penal ha quedado corto para responder a los requerimientos sociales, por la rigidez del contenido de la pena, lo que ha impulsado un *neorretribucionismo*, donde se propone el regreso de las necesidades sociales a una justicia cegatona, respondiendo con medidas indirectas que no dan en el punto de las exigencias finalistas conforme a las casualidades fácticas de las partes y la pugna en sí misma. Así, la respuesta no es volver a lo anterior –ya antes mencionado-, sino permitir que fluya la comunicación dentro del derecho penal, desatorando las subjetividades e incluyéndolas racionalmente en la punibilidad.

15- No se puede apartar al Estado del conflicto penal, porque asegura el equilibrio entre víctima/agresor, la desigualdad es cubierta mediante el acusador, el desbalance que de allí surge en contra del agresor, es balanceado por la defensa – pública o privada -, y el encargado de velar por el equilibrio viene a ser el juez, pero no por esto se debe relegar a otros participantes, pues en el escenario solo falta un ingrediente igualmente democrático: el diálogo entre la triada del delito para encontrar la causa de la conducta, la sanción y el manejo futuro del conflicto para disminuir la posibilidad de nuevas víctimas y agresor.

16- La disminución de la repetición de la conducta violenta no es una configuración individual, que dependa de un solo individuo, es relevante analizar el patrón social de conducta que se asume. De esta manera la respuesta a la conducta violenta injustificada y

por fuera del riesgo permitido debe ser equivalente en todos los casos, pues mal se podría asumir un hecho como exageradamente violento y otro igual como menos violento, por ejemplo teniendo en cuenta la calidad de las partes involucradas, NO, *el hecho es el mismo* y por lo tanto objetivamente debe tener la misma pena proporcional a la lesión –retribución justa-, lo que puede ser reconocido por el derecho penal, y con esta valoración de equivalencia se satisface la necesidad de punición social en el sentido de prevención general.

17- Debemos ser concordantes que la mejor forma de afrontar una situación conflictiva es viéndola desde las diversas aristas que la conforman, de manera multidimensional, tanto desde la represión, como desde la diversificación de las formas punitivas, que permitan responder a las verdaderas necesidades del sistema social, y no a la única necesidad del Estado, pasando a ser esta una de las posibilidades de la pena, pero no su exclusiva finalidad. Entonces, lo que se pretende es rechazar la unidimensionalidad, pues la política criminal no es un *bloque indivisible*, sino que coexisten diversos modelos para una misma sociedad, para reducir el riesgo de arbitrariedad y desigualdad mediante la remisión precisa y posible a las características del grupo, o directamente a la naturaleza del fenómeno criminal.

18- Así, se propugna desinstitucionalizar la pena de forma prudente, mediante un protocolo de reasunción del conflicto por parte de la sociedad, de forma tal que no provoque un desenfrenado deseo de venganza, sino que sea capaz de hacer una sanción objetiva, propia del Estado, pero ya no solo el de derecho, sino el democrático y social de derecho. Este protocolo estaría conformado con las reglas de producción de la verdad o verdades argumentativas de HABERMAS y ALEXI, autorreconociéndose en la comunidad el conflicto y las decisiones necesarias para solventarlo, no de forma radical, sino paulatinamente, deshaciendo las cosas tal y como se hicieron.

19- Recordemos que el legislador es un mero canalizador de las opiniones informales, no las crea. Diríamos que es una caja de resonancia de lo que sucede en la esfera pública, interpretando lo que se quiere que suceda. Pero la voluntad política se forma igualmente en

procesos no institucionalizados como sindicatos, iglesia, partidos políticos, foros de discusión, asociaciones de vecinos, las ONG, llamadas la sociedad civil, que al no ser escuchados, se disminuye la validez de las normas constitucionales y su plasmación concreta, en nuestro caso diríamos que se deslegitima la pena y la utilidad de la pena.

Y que la política criminal se construye desde cualquiera de los espacios en los cuales se desenvuelve el ser humano, desde la óptica de lo criminal que tiene relación con la posibilidad de castigar, penar o sancionar, con la finalidad de evitar la sucesión de los mismos hechos en una determinada comunidad. Aun cuando reconocemos que mal se podrían anular totalmente ciertos actos de la sociedad, como el de la violencia, pues esta es un catalizador de la supervivencia y de las posibilidades de desarrollo dentro de una comunidad, que está en íntima relación con la capacidad de defensa del ser humano y de adaptación al medio que lo rodea.

Empero, el delincuente es solo una minúscula parte del problema social, diríamos que aleatoriamente le corresponde a un solo sujeto responder por el conflicto, por lo que sometiendo a uno solo, se piensa estar ganando la guerra contra la criminalidad, cuando en realidad lo que se está ganando es la negativa a ver de fondo lo que está pasando; por eso, la pena de prisión o la cadena perpetua es la mejor forma de echar una cortina de humo sobre el conflicto, haciendo perder el norte de las posibles soluciones.

Quinto, el rol de la tercera vía

20- En lo que tiene que ver con la *tercera vía*, se parte de la premisa según la cual el uso de la reparación como sanción autónoma no debe solo servir para otorgar beneficios al procesado, sino para realmente incluir los intereses de la víctima en su determinación. Fomenta la satisfacción de la necesidad creada alrededor del delito, originando mayores estándares punitivos para el derecho penal, ajuste que viene a complementarse con la asistencia otorgada a la víctima, a manera de una prevención especial. De esta manera, bien puede la reparación considerarse dentro del catálogo de las sanciones asignadas a un delito.

La tasación de la reparación encuentra dificultad en el principio de legalidad abstracto de la pena, lo que podría solucionarse con la participación de la víctima en la determinación del daño ocasionado, y su correspondiente reparación, diversificando las posibilidades de reconocimiento, sin limitarla a la indemnización pecuniaria.

Sexto, la prevención especial hacia la víctima y su participación en el proceso

21- Se insiste en la prevención especial hacia la víctima, por medio de la asistencia y ayuda a las víctima, la deconstrucción del conflicto y la asunción de su nuevo estatus social con dignidad, valor y ánimo de superación, es tal vez una de las principales ayudas que puede ofrecer el Estado, lo que se concreta mediante la asistencia psicológica y de trabajo social. La idea es que la víctima no se deje derrotar por la conducta injusta, y se reconcilie con una sociedad que le manifiesta solidaridad en su adversidad, que comprende el sinsentido del delito, por medio de la elaboración de procesos de interacción con víctimas en similar situación.

De la solidaridad social nace la asistencia que debe aplicarse aun a delitos que no se ejecutan de manera violenta, de tal forma que se incluya la prevención especial de la víctima a un mayor número de conductas. Los funcionarios administrativos y judiciales deben brindar acciones a la víctima, contando con una infraestructura física y moral adecuada para evitar la victimización secundaria, si ella llega a tener contactos inadecuados con el sistema y el victimario.

22- No se puede pensar que con el solo hecho de litigar dentro del proceso en el que se responsabiliza penal y civilmente, la víctima quede satisfecha, sin dejar de reconocer que el desarrollo del **derecho a la participación** de las víctimas de los delitos, es la superación del derecho penal monolítico, pasando a uno de carácter democrático, participativo, efectivo, con tendencia a la justicia y bidireccional. Que es igualmente manifestación de una sociedad solidaria, que comprende que solo en la medida en que cada uno esté bien, especialmente quienes se encuentran en debilidad manifiesta, podrá marchar por un derrotero de justicia, equidad y felicidad, que no ignora la fatal realidad del delito.

23- El hecho de que la acusación sea pública y forme parte del derecho penal liberal, no desvirtúa la posibilidad de la participación activa de las víctimas en las diversas etapas del proceso, incluso en la punibilidad. Un sistema jurídico democrático prevé por medio de las acusaciones privadas (particular, privada o civil) una recompensa adecuada y prudente a la histórica neutralización de la víctima por parte del Estado.

De esta forma, el recurso judicial efectivo se realiza cuando la víctima puede acudir directamente a ejercer la acción penal -para establecer cómo y quién ejecutó la conducta-, proponer su teoría del caso junto a la acción acusadora pública, presentar pruebas, e igualmente cuando se ejercen las medidas para asistir a la víctima, ordena reparar el daño irrogado y se cumple la recomposición de la ruptura social. El ofrecimiento de acciones (incluida la asistencia) y la reparación, complementan el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales y legales, convirtiendo el derecho a un recurso judicial efectivo en una realidad.

Por su parte, *las leyes integrales de víctimas*, que tienen como objetivo establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, que beneficien a las víctimas, son un paso importante, pero no el único, para avanzar en el reconocimiento y en garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas.

Séptimo, asumiendo la justicia restaurativa dentro de la punibilidad

24- No se puede asumir la justicia restaurativa solo como un mecanismo alternativo para ciertas conductas menores, confirma la imposibilidad de dialogar sobre lo más grave que afecta a la sociedad y, a la vez, cierra la posibilidad de combinar medidas retributivas en el contexto restaurativo. Es cierto que entre más grave la agresión, más difícil dialogar entre las partes, pero también es cierto que si logramos dialogar sobre las situaciones más difíciles, probablemente sea más fácil solucionar las más pequeñas, por lo que siendo la restauración una forma de tratamiento del conflicto, no se deduce que solo sea posible aplicarlo a pequeñas lesiones. Lo más aconsejable es asumir el proceso restaurativo de

punición en la medida que los involucrados quieran someterlo a este medio, pues la sola idea de imposición –para delitos querellables– ya descarta la voluntariedad del mecanismo.

25- Es juiciosa la justicia restaurativa al analizar que el dolor del delito, más el dolor de la pena, es una suma de dolores que si bien puede resultar útil a corto plazo, solo subvenciona a largo plazo con el aumento de la sumatoria en una sumatoria exponencial. Lo que hace forzoso dirimir la hostilidad mediante alguna forma de vía comunicativa –como el derecho penal-, renunciando a la violencia. HABERMAS reclama que una determinada comunidad histórica debería ir más allá de orientaciones valorativas particularistas, avanzando hacia relaciones de conocimiento recíproco inclusivas e irrestrictas del universalismo igualitario, huyendo de las falsas abstracciones de igualdad, y siendo sensible a las diferencias de una inclusión no niveladora y no confiscadora del otro en su alteridad, lo que se logra con la práctica deliberativa.

25- La sanción penal vista desde el sistema de doble o tercera vía tiene como punto de partida el reconocimiento de la dignidad humana del agente, de la víctima y de los actores sociales involucrados en el delito, pero además es necesario que los reconozca como personas capaces de emitir mensajes comunicativos valorativos, que a pesar de su irracionalidad son capaces de sintonizarse nuevamente. Con una dimensión afirmativa del sujeto, se puede emitir el mensaje de que se puede seguir confiando en el consenso colectivo, cuya complejidad se descompone en una sanción, que es en lo que invierte la justicia restaurativa.

26- En el *acuerdo restaurativo*, el hecho de reconocer a las partes como esenciales en la reconstrucción social por medio del diálogo, permite idear una sanción penal *diversa*, en lo posible adecuada a las necesidades del conflicto, la víctimas, el agresor y la comunidad, lográndose un contenido punitivo que aun cuando desigual –cada situación es diferente–, se asemeja en la medida que asume las diversas aristas que implica la sanción reflejada en el acuerdo. La igualdad estaría no en el contenido de la sanción, sino en la forma del tratamiento del conflicto.

Ya la imposición de la pena es un concepto que trasciende la equivalencia de la misma, pero que al situarse los efectos en las partes que vienen a ser afectadas con su aplicación, es diferente. Es aquí donde la pretendida igualdad se desmorona, pues tanto quienes forman parte del hecho, como el conflicto que originó la conducta son diferentes. Veamos entonces, la conducta es la misma, pero la génesis y las partes pueden ser diferentes, lo que hará que la aplicación de la consecuencia sea diferente.

27- La producción del efecto de satisfacción de la víctima, en ciertos eventos, se puede ver mermado por la falta de respuesta del derecho penal en concreto, debido a que no en pocas ocasiones, la víctima del delito no se considera satisfecha con la pena, sino que se le produce otra defraudación, ahora por parte del sistema penal, pues la víctima frente al sistema desaparece, excepto en cuanto a la reparación económica, pero estamos de acuerdo en que esta es más que dinero o reparación simbólica.

Las satisfacciones pretendidas por los interesados se cumplirán con el argumento de que cuanto mayor es el grado de insatisfacción o de afectación de uno de los principios (proporcionalidad/prevenición/seguridad), tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (libertad/restauración), aumentando el nivel de ponderación de la sanción. La mejor respuesta al delito será la que esté en capacidad de comunicar la inclusión de la complejidad, no la que la ignore.

Sobre esta base serían dos las respuestas más racionales, la responsabilización como un primer momento, al que podría renunciar el agresor aceptando los cargos imputados. Y un segundo momento representando en la ponderación de la sanción restaurativa, lo que permite reconocer la posibilidad de que la sanción establecida mediante esta consideración democrática sea capaz de ir por debajo de la culpabilidad, sin superar –por la víctima en sentido de *vindicta*, ni por la prevención general de la comunidad o el Estado– este límite igualmente democrático. Esta fórmula es clave para la sanción restaurativa, al dar permiso para equilibrar las finalidades y los derechos en pugna.

28- Sensato reconocer que la restauración dentro de la pena tiene el inconveniente de que la capacidad de restaurar no es una generalidad sino que es una fórmula de *alquimia social*, construida según el conflicto que está llamado a regular, de acuerdo con los axiomas más representativos del mismo, por lo tanto no hay un solo perfil para componer una receta restaurativa, sino que existen múltiples formas según las características de la autonomía fáctica y jurídica.

El límite de las decisiones restaurativas deben estar controladas dentro de los límites de los derechos humanos, los principios de la sanción, y especialmente de la ponderación constitucional que se exige para la limitación de los derechos, sin perder la finalidad que se pretende con la pena, recuperar la paz social en el sentido de justicia, a la manera de una *idea regulatriz* hacia la que se dirige la pena, asestando restricciones a la determinación de las partes.

Octavo, algunas críticas a los principios penales

29- En lo referente a la igualdad conducta/pena, la pretensión de penas iguales para delitos iguales, se conserva en la propuesta restauradora, pero no tanto frente a la consecuencia punitiva, sino en el análisis de lo subyacente al proceder criminal, asegurando que en todos los casos se deberán observar los elementos que soportan al *iceberg* dañino, correspondiendo la igualdad a las sentidas diferencias que guardan los hechos entre sí. Entonces, a lo que sí se renuncia es a una igualdad irracional, ciega y que por ser objetiva, ignora las necesarias subjetivas, y que por ser racional, no entra en diálogo con los intereses de quienes la detentan.

Conservar el concepto de pena y su relación con el castigo, no implica que su función última sea la retribución, para causarle al delincuente el mismo mal que él causó con el delito; por el contrario, se observa que se asigna mayor función retributiva/preventiva, de defensa de bienes jurídicos, cuando se adecúe la sanción a las pretensiones de la víctima. En la misma línea, la pena no debería dar la espalda a la conflictividad social en la que surge la ejecución de la conducta, pues al influir positivamente en el conflicto se logra

mejorar la capacidad comunicativa de la pena, el mensaje de la retribución se comprende mejor, porque la conducta es castigada de forma equivalente a otras y, además, la comunidad específica comprende la necesidad de mantenerse dentro del límite de la confianza social, evitando defraudar las expectativas, por el temor de la pena, pero especialmente por el reforzamiento de las actuaciones positivas desarrolladas en el interior de su propia comunidad y del propio individuo. Es decir, la pena debe ser un medio para resaltar lo positivo de la persona, desvalorando la conducta reprochable⁴⁹.

30- En lo que tiene que ver con la tipicidad, de forma errada se ha asumido que la consecuencia jurídica del hecho forma parte de la tipicidad penal, que comprende los presupuestos y las consecuencias de la conducta, y determina que no habrá pena sin ley, ni pena sin delito, con lo que se ha entendido que si no está la pena taxativa, se desconoce el principio de legalidad.

Pero la pena es el escenario de salida del derecho penal, allí donde termina la responsabilidad comienza la punibilidad, y donde termina la punibilidad termina el derecho penal y se abre la puerta para el regreso a la sociedad, de forma circular, por lo tanto es un error aplicar las mismas exigencias a la tipicidad del supuesto de hecho que a la pena, pues se trata de dos finalidades diferentes en cuanto a su contenido –aun cuando tienen varias similitudes– y en cuanto al momento de su aplicación.

Como consecuencia de la diversidad penal a partir de la restauración, la pena debería parecerse más a la antijuridicidad y a la culpabilidad, al tener más ponderación que la comprensión de una simple tipicidad. Así, damos cuenta que **la preeminencia de la**

⁴⁹ Pensemos en el caso de la violencia doméstica, en la cual los individuos mediante la interacción de sentimientos, sexuales y sociales, han conformado una unidad familiar, es decir, mediante acciones positivas que motivan la unión. Ante el fracaso de alguna de las expectativas de los miembros de la comunidad nuclear, es posible que la violencia se aumente con una finalidad específica –enmascarar la defraudación, evitar cambios a raíz de la imposibilidad de la modificación etc., por lo que no solo cabe estigmatizar la situación como violenta, debemos rescatar -a pesar de la defraudación, la capacidad de regeneración del tejido comunicacional para reintegrar la interacción a niveles tolerables de violencia; y aquí es donde juega un importante rol la pena, pues ella significa la necesidad de acudir a interferir la comunicación violenta para recordarles al agresor y a la víctima los deberes y derechos que deben tener presentes al comunicarse, debiendo tomarse el tiempo proporcionalmente necesario para reintegrar la sintonización de los canales de emisión y permitir nuevamente la interacción social, una especie de *time out* para posteriormente regresar a ejercer la interacción como las partes acuerden, especialmente si existen responsabilidades de por medio.

legalidad estricta sobre la punibilidad está en declive, lo que se constata en el acogimiento de institutos como la mediación, la conciliación, la aceptación de cargos, los preacuerdos, el principio de oportunidad y el concurso de conductas punibles, en los que se manipula la cantidad de pena establecida de antemano al delito. Esto hace presuponer la supervivencia de la legalidad como un marco en el que se pueden mover contenidos disímiles flexibilizando los condicionamientos punitivos dispuestos como absolutos por el legislador como consecuencia de la tipicidad.

Dentro de los extensos límites dispuestos en la ley, podría ampliarse a un máximo y mínimo de penas, con un tiempo prudente de duración de acuerdo con la medida. Es decir, un máximo de mal penal, contenido dentro de unos criterios maleables a la situación en concreto.

31- En cuanto a la culpabilidad, pero sin entrar a las bases del derecho penal liberal, es prudente mencionar que el principio de culpabilidad fundado en el libre albedrío, la exigibilidad de otra conducta, las neurociencias o la sostenible *dignidad humana*, es criticable cuando se piensa en este como el único relevante para la valoración de la pena por imponer, pero cuando se conjuga con los otros criterios de la pena restauradora (víctima y comunidad), se valora mejor y es visualizado dentro del conflicto que generó la responsabilidad del sujeto, no tanto para comprenderlo y dejarlo impune, sino para suscitar adaptaciones restaurativas a través de la temida sanción penal.

De esta forma, la criticada promoción de la fidelidad al derecho que se quiere alcanzar mediante la sanción penal, podría lograrse mejor mediante la inclusión de la restauración, al sintonizar las trasmisión del mensaje comunicativo y el *empoderamiento* de la comunidad para lograrlo, convirtiéndola en una potencia de reconocimiento de la necesidad de actuar conforme a la norma, es decir, el reconocimiento de la *confianza* en la norma se aumenta cuando es el propio colectivo el que lo fomenta, y se reconoce como fundador del sistema normativo mediante el consenso.

32- En cuanto a la punibilidad, sin desbarajustar lo alcanzado, la dogmática jurídico penal confía en la racionalidad del legislador que infla las penas ante la colectivización del dolor

de la víctima, pero desconfía por irracional de la víctima en concreto, en este sentido se debería excluir tanto al legislador como a la víctima, pues los dos son irracionales. Pero la racionalidad va de la mano con la legitimación democrática, y en la aplicación del protocolo de inferencia argumentativa en las macro y en las microdecisiones, es lo que permite interpretar una medida como digna hija de la democracia, restándole posibilidades de irracionalidad⁵⁰.

33- Se infiere que la pena de prisión se basa en una conjunción irreal con la justicia, y hemos aprendido a medir el reintegro de la paz social con tiempo en prisión, con lo que se fusionan dos conceptos que no necesariamente van unidos. Vista la cárcel como única forma de alcanzar la convivencia pretendida con el castigo, no comulga en algunos casos con el interés de la víctima, lo que refuerza la imposibilidad para la ciencia punitiva de abrirse a los problemas sociales, pues es la respuesta monotemática, que solo piensa en el delincuente.

Y en cuanto a la punibilidad tampoco se puede apartar, pero el hecho de ser adaptada al conflicto no tanto atenta contra la igualdad, sino que robustece la libertad y evita el alejamiento de las partes, aún más, contribuye a fortalecer la comunión de los sujetos a partir de las experiencias de la lamentable situación del delito. No es que la vigencia de la norma necesite del delito para mantenerse, lo que sucede es que a partir de la defraudación de la expectativa se activa la solidaridad social, afianzándose los valores.

En la reflexión se cumple a cabalidad con develar el dogma de la utilidad de la pena por el solo hecho de imponerla al delincuente, pues la pena debe dirigirse a transformar las condiciones sociales que engendran el delito, sin cosificar al delincuente, más bien observando la fungibilidad del agente responsable, endilgando una verdadera prevención de los delitos a quien la tiene, es decir a la sociedad, abandonando la explicación del delito en el delincuente, para pasar al delito en la sociedad. Sin llegar a una ciencia penal totalizante, sí es necesario devolver a la sociedad la parte de responsabilidad que tiene en la génesis del

⁵⁰ Se hace referencia a que cuando el legislador diseña la pena piensa en los casos de extrema gravedad. La tipicidad se aplica a situaciones que si bien son graves, difieren de otros conflictos en concreto, por lo tanto la propuesta es aplicar las reglas deliberativas en la construcción de la pena en abstracto a la implementación de la pena en particular.

delito, para que los responsables –que no es el juez penal-, adopten las decisiones correctas, todo con la necesaria veeduría ciudadana, dándosele a la sentencia penal la importancia que requiere.

Es un verdadero asunto ético de la ciencia punitiva, explicar a la sociedad que al final el rezago dispuesto a la maquinaria punitiva, volverá a la sociedad con los efectos criminógenos y frustrantes de la prisión, por lo tanto continuará contaminando a los otros actores, a menos que todos se vacunen contra el delito mediante el mantenimiento de los principios y la apropiación de los mecanismos para disminuir la agresión. De esta forma se renunciará a la cárcel como el primer y único medio de control social. Es cierto que ante la conciencia del indefectible regreso del delincuente a la calle, y de la presencia del origen criminógeno en la sociedad, se pueda reclamar la prevención especial negativa con el objetivo de evitar el reingreso al cauce social, pero aquí estaría el marco infranqueable de los derechos humanos y de la constitución evitando tales desmanes.

Noveno, para ir entrando en las conclusiones de la propuesta

34- Es probable que ya no se pregunte sobre el fundamento de la pena, pues esta es sencillamente necesaria en las actuales sociedades democráticas -nadie lo duda-, como forma de construcción de la sociedad, al igual que los padres sancionan a los hijos con una finalidad de aprendizaje⁵¹. La pregunta es, ¿para qué se pena? Solo para retribuir y para prevenir, No, también para satisfacer a la víctima colectiva y a la individual. ¿La pena solo tiene un significado para el delincuente? NO, básicamente el delincuente puede ser fungible, pero la pena tiene un significado para las víctimas y para el Estado. Así, el significado de la pena no solo es metafísico, sino que tiene una utilidad social, de retribución, de prevención general, especial y especialmente de restauración.

⁵¹ No solo para los hijos, igual para los otros hermanos y los padres, pues las conductas reflejan sentimientos que se forman en el paradigma existencial de cada ser humano, de tal forma que en la construcción de la sanción debe primar el diálogo para comprender lo sucedido y posteriormente asumir la responsabilidad que viene, es decir, la “pena”, que luego de cumplida debe ponerse sobre la mesa si la misma tuvo la posibilidad de enseñar algo al delincuente y a la sociedad. O si es necesario que replanteemos algunos puntos en la convivencia para evitar nuevos castigos – *actualizando la política criminal* comprendida en sentido amplio -.

35- Así, el castigo va más allá de su justificación –de la cual hoy en día pocos dudan-, la comprensión del castigo no puede asumirse como unidireccional, este debe asumirse como un proceso complejo y diferenciado, que incluye especialmente sistemas discursivos de autoridad, en los cuales pueden estar o no presentes elementos filosóficos o de utilidad, discursos de condena, procedimientos rituales para imponer sentencias, y un repertorio de sanciones penales que se adaptan a cada sociedad, así como instituciones y agencias encargadas de la administración del sistema, y una especial retórica de símbolos e imágenes por medio de la cual se representa el proceso ante diversas audiencias; es decir, la pena solo puede ser explicada a partir de una visión multidimensional que se identifica con la sociología del crimen y castigo elaborada por GARLAND⁵². La sociología del conflicto se identifica por un estrepitoso enfrentamiento de perspectivas y por un conflicto entre diversas interpretaciones y puntos de vista⁵³, propios de un Estado social y democrático.

36- La verdad es que el problema del objetivismo estatal es que no se relaciona con lo subjetivo de los grupos y las personas, por esto la propuesta aquí expuesta es que el Estado se ubique en un intersubjetivismo, que sumado a la idea de racionalidad - en cuanto al hacer empírico en las decisiones -, conserve el marco de la justicia como pretexto para alcanzar lo querido, que sería la restauración del epitelio social descocado por el actuar criminal, sanación que solo es posible realizar por los involucrados con ayuda del Estado, pero solo por estos.

37- Y es que el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho ha significado una radical mutación en la configuración jurídico-política, soslayando la arbitrariedad del todopoderoso *leviatán* sobre el individuo, lo que ha implicado la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado liberal de derecho. A partir del movimiento constitucional se ha convalidado el movimiento restaurativo y los principios que representan la tendencia, porque el fin de las normas es mantener el sistema -que está compuesto por elementos de diverso orden que no se pueden descartar con una visión

⁵² GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Ob. Cit. p. 184. Para BRAITHWAITE, la estructura del crimen no es unidimensional, es necesario tener en cuenta las variables requeridas para explicar el fenómeno de una violación frente a una malversación. BRAITHWAITE, Jhon. *Crime, shame and reintegration*. USA : University of Cambridge, 1989. p. 1

⁵³ *Ibíd.* p. 133

monocausal, lo que hace necesario integrarlos en un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo- y también cumplir otras importantes finalidades, como los derechos sustanciales de las víctimas, llegando no solo a establecer y determinar una pena, sino así mismo la materialización de la verdad, la justicia y la reparación.

Lo que se propone es reconocer que los problemas sociales (expresados a través de la conducta delictiva) requieren de soluciones sociales e integrativas, y no solo basadas en el derecho penal –rígido y arbitrario-, y de la adopción de medidas reprobativas, integrativas y orientadas a la comunidad, antes que otras de tipo excluyente, individualista, y basadas en el uso de la fuerza.

38- Indiscutiblemente, cuando la sociedad quiere prevenir ciertas conductas, no basta entrar en una guerra sin cuartel contra el delito, lo que debe hacer es entronizar estrategias comunicacionales capaces de afectar la interacción negativa, para transformar la necesidad de locución dañina en un rostro que queremos evitar; las maniobras extrapenales son muy útiles en la prevención, y la técnica singular de la sanción penal es la única forma de tomar las situaciones más difíciles, sirviendo de ejemplo para que en situaciones menos sensibles se puedan operativizar opciones de control social menos expulsivas y más participativas, razón por la cual la propuesta restaurativa opera en delitos graves y más aun en los menos graves.

39- La intención es hacer que el derecho penal componga mejores penas, escuchando a la víctima sobre el significado que la sanción tiene para ella en su caso en concreto, si nos enteráramos qué piensa la comunidad acerca del significado de justicia –y la forma de devolver la paz social- en ese caso, conociendo además si el procesado está en la posibilidad de satisfacer las pretensiones o propone otras formas de satisfacerlas, atendiendo a la necesidad de *diversificar* la pena, todo dentro de los límites del respeto de los derechos humanos de todos los intervinientes.

40- Obligatorio pensar que aunque el tiempo soluciona todas las cosas, en la prevención/retribución restauradora se rechaza la idea de que la temporalidad en prisión sea la única forma de prevenir; la exactitud matemática no se fusiona acertadamente con la objetividad de la razón, y menos cuando esta se desliga de las subjetividades de quienes están comprendidos en la dinámica delictual. La prevención se computa con diversas escalas micro y macro que afectan real y efectivamente la causa del crimen, apartando la expectativa que mediante la crucifixión del delincuente como un objeto de curación para la sociedad, o la necesidad de tratamiento para su modificación, se respalde la consecución del pretexto de la pena. La realidad es que lo que se debe tomar en cuenta es la corresponsabilidad de la sociedad con el delito, para que a partir de la pena impuesta se puedan elaborar estrategias de contención de nuevos riesgos.

41- Aumentar el diálogo no hace que la pena sea *soft*, más bien el hecho de afrontar la confrontación de forma directa y personal, de estar frente a las personas queridas, es una carga realmente conmovedora –para el procesado, la víctima y la comunidad-; en esto es menos *suave* que la justicia tradicionalmente silenciosa, que asume una confrontación indirecta –a través de abogados y partes– y mediante rituales cifrados en códigos comunicacionales demasiado estrictos. Y la sanción, no por ser un *acuerdo* impuesto deja de ser un dolor, lo que sucede es que es un dolor racional y por esto es menos arbitrario.

42- Pero no se trata de una sumatoria aditiva, en la *prevención restauradora*, de lo que se trata es de constituir una pena integradora de los diversos fines, reconociendo lo oportuno de cada uno de estos, a fin de que repercuten en la retribución y en los otros postulados en cada etapa de diseño, construcción y aplicación de la pena. Se acepta que la integración acoja en su seno la reparación como tercera vía, que estima una sanción por debajo del lindero de la culpabilidad, favorece la integración de la víctima, y facilita medios desprisonalizados para acoger la justicia.

43- El reconocimiento de las subjetividades y la apertura al diálogo, mejora el sentido de corrección del derecho, siendo mucho más fluido en espacios donde se permite expresar sentimientos, opiniones, pensamientos y temores de quienes asumen el conflicto, que en

procedimientos formales con reglas estrictas y casi sacramentales de lo que se debe o no decir en cada paso, lo que necesariamente viene a influir en la configuración social del conflicto, no solo de lo que sucedió, especialmente de lo que las autoridades consideran sobre el mismo y de cómo lo observa la ciudadanía.

44- Así, para terminar, se podrá llegar a pensar en una verdadera restauración dentro de un sistema de sanciones democrático, respetuoso de la concepción de regreso de la paz social – *justicia*– para la propia localidad donde se realizó la conducta, cuando se desvanezca el prototipo de homogeneidad e igualdad en los valores que supuestamente quiere transmitir la norma de prohibición del derecho penal, y se conceda un pequeño espacio para la reflexión y el deseo de un mundo más justo, menos impositivo y más respetuoso de la realidad del otro, significativamente cuanto el otro no es ajeno al sistema social que cada uno comparte, o es mancomunado en su propia identidad cultural.

La teoría de la pena restauradora no tiene como expectativa concreta ser asumida por parte del derecho penal, ni entrar a componer una especie de normatividad concreta en ningún Estado, solo tiene como pretensión alcanzar a soportar la crítica para que el derecho penal dentro de los límites propios de los derechos y garantías que le son inherentes, sea capaz de autocorregirse, de autocontrolarse, para dar a la sanción penal unos límites más reales de aplicación.

Debe, eso sí, observarse que si en realidad las vías seleccionadas para sancionar cumplen con la finalidad de satisfacer las necesidades establecidas mediante el diálogo, en algunas ocasiones puede resultar peor el remedio que la enfermedad, por lo que es indudable y necesario tener conciencia de que la *sanción restaurativa* tiene y tendrá erratas y fallas, pero posiblemente esté menos desorientada que una pena abstracta y desadaptada al conflicto.

REFERENCIAS

A

AGUIRRE, Eduardo Luis. La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil. Disponible en <www. derecho-a-replica.blogspot. com>

ALASTUEY DUBON, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

_____. La responsabilidad civil y las costas procesales. En: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000,

ALASTUEY, Eduardo. La cultura del horror en las sociedades avanzadas: de la sociedad centrípeta a la sociedad centrífuga. En : Revista Española de Investigaciones Sociológicas REIS, (2005), vol. 110, no 1, p. 53-89.

ALENCAR-RODRIGUES, Roberta de, y CANTERA ESPINOSA, Leonor M. Intervención en violencia de género en la pareja: el papel de los recursos institucionales. En Athenea Digital - 13(3): 75-100 (noviembre 2013).

ALEXY, ROBERT. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. En : Revista Española de Derecho Constitucional. Vol 22. No 66, (septiembre-diciembre 2002).

_____. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

ALMEIDA, María da Conceição de. Para comprender la complejidad. DR Multidiversidad Mundo Real Edgar Morin, A. C. México, 2008. p. 19 y 20

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional Español. Granada : Comares, 2001.

ANGULO, Miguel Córdoba. Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano. En : Derecho penal y criminología, (2003), vol. 24,

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. Criminología de los derechos humanos. Buenos Aires : Editores del Puerto. 2010.

_____. El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de América Latina. Cahiers de défense sociale; bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, No. 30, 2003.

ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal 2 edición. Madrid : Akal, 1996.

_____. Discurso leído en la apertura al curso académico de 1944 a 1945. Imprenta Cervantes, Salamanca, 1944.

ARCE, Ramón y FARIÑA, Francisca. Diseño e implementación del Programa Galicia de Reeduación de Maltratadores: Una respuesta psicosocial a una necesidad social y penitenciaria. En : Intervención Psicosocial, 2010, vol. 19, no 2.

ARDILA GALINDO, Humberto. Los derechos de las víctimas. Bogotá : Nueva Jurídica, 2012, p. 243

ARISTÓTELES. Ética Nicomaquea. Bogotá : Editorial Universales, 1994.

ARIZA, Alejandra y CHIAPPE Giancarlo. Sin celos sí hay amor. Una experiencia latinoamericana para desactivar la violencia intrafamiliar. En : Antípodas de la violencia. Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in) seguridad en Latinoamérica. New York : Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Corpovisionarios.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. San José : Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho procesal penal. Valencia: s.n., 2009,

B

BACIGALUPO, Enrique. Culpabilidad y prevención en la fundamentación del derecho penal español y latinoamericano. Historia. Instituciones. En : Documentos, (1979), No.6.

_____. Principios de Derecho Penal. Madrid : Akal, 1994.

BALDO LAVILLA, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa. Barcelona : José María Bosch, 1994.

BARATTA, Alessandro. Cárcel y estado social. En : Problemas de legitimación en el Estado social. Madrid : Trotta, 1991.

_____. Criminología Crítica y crítica del derecho penal. Buenos Aires : Siglo Veintiuno, 2004.

_____. Funciones Instrumentales y simbólicas del derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico. En : Justicia Penal y Sociedad. Año III, No. 5, (agosto 1994).

_____. Integración-prevención: una <<nueva>> fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática. CPC, No. 24, 1984,

BARNETT, Randy. Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice. In : Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy, vol. 87, num. 4 (1977); p. 279-301.

BARTER, Dominic. An Introduction to Restorative Systems y Restorative Circle Facilitator Practice. Cursos impartidos en Suiza del 29 de junio al 4 de julio de 2010.

BAUDRILLARD, Jean. Olvidar a Foucault. Valencia : Pre-textos. 1994. p. 3

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Madrid : Alianza, 2002.

BECK, U. La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona : Paidós, Sociedad y Estado. 2005. p. 191.

BELARDINELLI, Sergio. La teoría consensual de la verdad de Jürgen HABERMAS. Anuario Filosófico. 1991 (24) p. 117.

BENITO ALONSO, Francisco. Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España. En: Revista La Ley. Nº 3 (1988)

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.* Lecciones de derecho penal. Barcelona : Praxis, 1996.

_____. Curso de derecho penal. Barcelona : Ediciones Experiencia, 2004.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Desde la criminología al derecho penal. En: Cuadernos de Política Criminal, núm. 54. Madrid : Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1994,

BERNALDO DE QUIROZ, Constancio. Las nuevas teorías de la criminalidad. Madrid : Imprenta de la Revista de Legislación. 1908.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid : Sistema, 1991.

_____. Presente y porvenir de los derechos humanos. Barcelona : Alfa, 1982. T.1

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal español. El nuevo derecho penal juvenil español. En : Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2002.

BONET ESTEVA, Margarita. La víctima del delito (la autopuesta en peligro). Madrid : Mc Graw Hill, 1999.

BOTTOMS, ROACH y SCHIFF. Restorative Justice and Criminal Justice. Oxford : Hart Publishing, 2003.

BRAITHWAITE, Jhon. Crime, shame and reintegration. USA : University of Cambridge, 1989.

_____. Conditions of successful reintegration ceremonies. En : British Journal of Criminology, (1994), vol. 34, no 2.

BRITTO RUIZ, Diana. Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Ecuador : Universidad Técnica Particular de Loja, Colección Cultura de la Paz. 2010.

_____. Justicia restaurativa: una mirada desde la perspectiva de género. 2005, Año 1, vol. 1, / Manzana de la Discordia p. 95. <http://hdl.handle.net/10893/2623>

BUENO ARUS, Francisco. Divagaciones sobre la víctima del delito. En: Estudios penales y penitenciarios. Madrid, 1981.

_____. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal. En : Cuadernos de derecho judicial, (2005), no 25.

_____. La atención a la víctima del delito. En: Revista Actualidad Penal, No. 27 (1990).

BURTON-ROSE, Daniel *et al.* El encarcelamiento de América. Bilbao : Virus Crónica. 2002, p. 9.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Control social y sistema penal. Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona, 1987.

_____. De las penas. Buenos Aires : De Palma, 1997.

_____. Prevención y Teoría de la pena. Santiago de Chile : Cono Sur, 1994.

BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena. Victimología: presente y futuro. Bogotá: Temis, 1993.

C

CALDERÓN SUSIN, Eduardo. Arrepentimiento espontáneo: (estudio del artículo 9-9. del Código Penal). Madrid : Edersa, 1990.

CAMARGO MUÑOZ, Alfonso. El sentido de la historia. Tunja : Universidad Santo Tomás. 2011.

CAMPO MORENO, Juan Carlos *et al.* La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Penal. Madrid : Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación. 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Voto razonado Caso Niños de la Calle. Sentencia 26 de mayo de 2001. Voto Razonado. Pág. 6.

CANCIO MELÍA, Manuel *et al.* Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson, Civitas, 2003.

_____. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998.

CANO PANOS, Miguel Ángel. El futuro del derecho penal europeo. Barcelona : Atelier, 2006.

CANO SOLER, María Ángeles. La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Granada, 2014.

CAPÓ I PICORNELL, Margalida. La víctima en los delitos violentos y contra la libertad sexual. Indemnizaciones a cargo del Estado. Resumen de la ponencia presentada en el Congreso Estatal de Mujeres Abogadas, diciembre de 1997.

CARBAJOSA, Pablo y BOIRA, Santiago. Estado actual y retos futuros de los programas para hombres condenados por violencia de género en España. *Psychosocial Intervention* [online]. 2013, vol.22, n.2. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1132-05592013000200008&script=sci_arttext

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Bogotá : Temis, 1988.

_____. Programa de derecho criminal. Parte General. Volumen II. Bogotá : Temis. 1991.

_____. Opúsculos de derecho criminal. Bogotá : Temis, 1980.

CASTAÑER, Vicenç Raul-Ian. Justicia y prácticas restaurativas los círculos restaurativos y su aplicación en diversos ámbitos. España : De Palma, 2011, 42 p. Trabajo de grado (Master en Resolución de Conflictos y Mediación). Fundación Universitaria Iberoamericana.

CATALÁ MIÑANA, Alba. Explorando nuevas vías para mejorar la eficacia de la intervención en hombres condenados por violencia de género. Tesis Doctoral. Universidad de Valencia, 2004.

CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español. 5ª ed. Madrid : Tecnos, 1996.

_____. Curso de derecho penal español. 5ª ed. Madrid : Tecnos, 2006, p. 23.

_____. Curso de derecho penal español. Parte general. Madrid : Tecnos, 2004.

CEREZO MIR, José y RIPOLLES, José Luis Díez. Un nuevo sistema de penas. Ideas y Propuestas. En : Anuario de derecho penal y ciencias penales, (1979). vol. 32, no 1.

CHISTIE, Nils. Answer to atrocities restorative justice as an answer to extreme situations. Victim Police and Criminal Justice on the Road to Restorative Justice: Essays in Honour of Tony Peters. Leuven, Belgium : Leuven University Press. 2001. p. 379-392.

_____. Abolicionismo penal. Buenos Aires : EDIAR, 1989.

_____. Conflicts as Property. In : The British Journal of Criminology. Vol.17 No. 1 Oxford, (January 1977).

_____. Los límites del dolor. México : Fondo de Cultura Económica. 1998.

_____. Una sensata cantidad de delito. Buenos Aires : Editores del Puerto. 2004.

CID MOLINE, José. Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de “Censurar y castigar” de A. Nov Hirsch). En : Jueces para la democracia, N° 35, (1999)

CIFUENTES MUNOZ, Eduardo. Los estados de excepción constitucional en Colombia. En : Ius et Praxis (2002), vol.8, n.1

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. Derecho penal, parte general. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. Derecho penal, parte general. Valencia : Universidad de Valencia, 1984

_____, QUINTANAR DIEZ, Manuel y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. Derecho procesal español. Madrid : Centro de Estudios Superiores de Especialidades jurídicas, 2006.

CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Barcelona : Bosch, 1977.

_____. La pena y sus fines en la Constitución española de 1978. En : Papers: Revista de Sociología, (1980).

CORNEJO, Grover. El plea bargaining. En : Revista General Informática de Derecho, no 1, (2006).

CORTINA, Adela. Justicia Cordial. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2010.

CORTES DÍAZ, Lina Mariola. Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología. En : Derecho Penal y Criminología, (2007), vol. 28, p. 195.

CRESPO, Eduardo Demetrio. De nuevo sobre el pensamiento abolicionista. Cahiers de défense sociale; bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, No. 30, 2003.

_____. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

CUESTA GOROSTIDI, Cristina. Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: situación, personas y respuesta social e institucional. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 48, (1995).

CUTIÑO RAYA, Salvador. Criminalización de la pobreza y de los movimientos sociales. Violencia y Salud Mental. Madrid : Asociación Española de Neuropsiquiatría, 2009.

D

DALY, Kathleen. Restorative justice and sexual assault an archival study of court and conference cases. En : British Journal of Criminology, (2006), vol. 46, No. 2.

_____. Sexual assault and restorative justice. In : Restorative justice and family violence, 2002.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la ley 906 de 2004. Bogotá : Universidad Libre, 2010.

DE CARDONA, José María Nin. La nueva Defensa Social (un movimiento de política criminal humanista): consideraciones sobre un libro de Marc Ancel. En : Anuario de derecho penal y ciencias penales, (1966), vol. 19, No. 2.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores. En : Eguzkilore, No. 2. (1998).

DE SECONDAT MONTESQUIE, Charles. El espíritu de las leyes. Madrid : Tecnos, 1987.

DE TOLEDO, Emilio Octavio. Sobre el concepto del derecho penal, Madrid : Universidad, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1981.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (2009), núm. 11-08. p. 56

DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos Actuales de Política Criminal. Centro de Publicaciones Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia : Madrid, 1986.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En : Jueces para la Democracia, (2004), no 49.

_____. Reforma del delito de aborto. En: Comentarios a la legislación penal, tomo IX, 1989.

DIGNAN, James. Understanding Victims and Restorative Justice. Maidenhead, Inglaterra : Open University Press, 2005, p. 94

DOMINGO, Virginia; REA, Lisa; HERRERO, Víctor *et al.* Una mirada a la justicia restaurativa: recuperando el derecho perdido. En : Criminología y Justicia No 4, (junio-agosto, 2012).

_____. Mediación para delitos de violencia de género no, mediación penal y Justicia Restaurativa si. 8 de noviembre de 2013, Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/2013/11/mediacion-para-delitos-de-violencia-de.html>

_____. Justicia Restaurativa en Violencia de Género, una posibilidad a tener en cuenta. 1 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.lawyerpress.com/news/2014_12/0112_14_014.html

_____. Mediación para delitos de violencia de género no, mediación penal y justicia restaurativa si. <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/2013/11/mediacion-para-delitos-de-violencia-de.html>.

DRAPKIN, Israel. El derecho de las víctimas. En : Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 33. (fasc./mes 2), 1980.

DUFF, A. Punishment Communication, and Community. Oxford : Oxford University, 2001.

DUNKEL, Frieder. La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daño: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado. En: Victimología. Universidad del País Vasco, 1999.

DURAN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. En : Revista de Filosofía. Vol 67. Santiago, (2011)

E

EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Código Penal alemán stBG, Código Procesal Penal alemán stPO. Barcelona : Marcial Pons, 2000,

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. (M. Cancio Meliá Trad.). Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1988.

F

FALLA SÁNCHEZ, Alberto. Las penas en Colombia. Bogotá : Leyer, 2002.

FARALLI, Carla. La filosofía del derecho contemporánea. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007.

FATTAH, E. Victimology: Past, Present and Future. In : Criminologie, vol. 33 No. 1 (2000); p. 33.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. En : InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, (enero, 2007).

_____. Las teorías clásicas de la pena. Revista Peruana de Ciencias Penales. Año VII-VIII, No 11-1.

FERNÁNDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid : Debate, 1984

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En : Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 34 (2011).

_____. Teoría del garantismo penal. Madrid : Trotta, 1989.

_____. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Quinta edición. Madrid : Troya, 2001.

_____. Garantismo Debate sobre el derecho y la democracia. Madrid : Trotta, 2006.

_____. Jurisdicción y democracia. En : Jueces para la democracia, (1997), no 29, p. 4.

_____. Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia. En : Revista de la Facultad de Derecho de México, (2010), no 253.

_____. Principia Juris. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid : Trotta. 2011.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio. La víctima en el proceso penal. Madrid : La Ley, 2005,

FIANDACA, Giovanni y MUZCO, Enzo. Derecho Penal. Bogotá : Temis, 2006. p. 709.

FLETCHER, George P. Conceptos básicos de derecho penal. Barcelona : Tirant lo Blanch, 1997,

FLYVBJERG, Bent. HABERMAS Y FOUCAULT: ¿Pensadores de la sociedad civil? En : Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Núm. 104, (abril-junio 1999)

FOLTER, Rolf S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault . En CHRISTIE, Nils *et al.* Abolicionismo penal. Buenos Aires : EDIAR, 1989.

FOUCAULT , M. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona : Gedisa, 1996.

_____. Qu appelle-t-on punir, In : F. RINGELHEIM, ed., Punir mon beau souci. Bruxelles : Presses universitaires de l'université libre, 1985.

_____. "Inutile de se soulever", Le Monde, 11/5/1979. En : Dits et Ecrits II, Paris, Quarto Gallimard, (2001).

_____. La vida de los hombres infames. La Plata, Argentina : Altamira. 1996.

_____. Microfísica del poder. Madrid : La Piqueta, 1979, p. 89.

_____. Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión. 18 ed. México : Siglo XXI, 1990.

G

GALAIN PALERMO, Pablo. La reparación del daño como equivalente funcional de la pena. Montevideo : Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung E.V., 2009.

GALLARDO, Helio. Sobre el fundamento de los derechos humanos. En : Revista de Filosofía. Universidad de Costa Rica, XLV, (mayo-diciembre 2007); p. 23.

GARCÍA, Mónica María. Violencia Intrafamiliar. Centro de Referencia Nacional sobre Violencia, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Colombia. 2000.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía del derecho de Habermas y Lumhan. Bogotá : Externado de Colombia, 1997.

GARCIA ARAN, Mercedes y MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch : Valencia, 2004.

GARCÍA ARAN, Mercedes y MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte general. Valencia : Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA BELDA, Ángel. Naturaleza jurídica de las prestaciones económicas del estado a las víctimas de acciones terroristas. En: Revista Española de Derecho Militar, No. 62, (jul-dic., 1993), Madrid. p. 126.

GARGARELLA, Robert. Las teorías de la justicia después de Rawls. Barcelona : Paidós, 1999.

_____. De la injusticia penal a la justicia social. Bogotá : Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008.

_____. Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II). En : Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2007.

GARLAND, David. Crimen y castigo en la modernidad tardía. Bogotá : Siglo del Hombre Editores, 2007.

_____. La cultura del control. Barcelona : Gedisa, 2005.

GAROFALO, Rafael. Indemnización a las víctimas del delito. Madrid : La España Moderna, 1901.

_____. La Criminología. Madrid : La España Moderna, 1890.

GAVRIELIDES, Theo. Restorative Practices: from the early societies to the 1970s. In : Internet Journal of Criminology, (2001).

GERMAN MANCERO, Isabel. La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso. En : Cuadernos de Política Criminal. Núm. 55. Madrid : Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal. 3 edición. Madrid : Tecnos, 1990.

_____. Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal. Salamanca : Universidad de Salamanca, 1971.

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther *Et Al.* La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo. La mediación penal. Barcelona : Generalitat de Catalunya, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor et al. Las partes procesales. Las partes acusadoras, el nuevo procesal penal (estudios sobre la ley orgánica 7/1998). Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.

GIMENO SENDRA, Vicente. Manual de derecho procesal. Madrid : Colex, 2008.

GIUNTA, Fausto. The Punite Metaphor: from “Punishment Lost” to “Punishment Found”? En : Cahiers de défense sociale; bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, No. 30, (2003).

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo? En : Revista para el análisis del derecho, Barcelona, (2008)

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. En : Universitas, no. 112 (2006); p. 267

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio. Bogotá : Leyer, 2009.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y género. En : Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXVI, No. 2 (diciembre 2013); p. 227 a 228.

GONZÁLEZ VIDOSA, Fely. La oficina de ayuda a la víctima: sugerencias concretas. En : Boletín Criminológico. Universidad de Málaga. No. 20, (1996); p. 1.

GORDILLO SANTANA, Luis F. La justicia restaurativa y la mediación penal. Madrid : Iustel. 2007.

GORDILLO, Roberto. Las víctimas: de actores de reparto a protagonistas. En : Ámbito Jurídico, No. 239. Bogotá: Legis, (3 dic. 2007 al 6 ene. 2008)

GRACIA MARTIN, Luis. Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal. Barcelona : Atelier, 2006.

_____. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

_____. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia : Tirant lo Blanch, 2003.

GRACIA MARTIN, Luis, *et al.* Lecciones de consecuencia jurídicas del delito. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000.

GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. Derecho penal juvenil. Madrid : Bosch, 2003.

GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por actos terroristas. De la responsabilidad por falla a la responsabilidad sin falla. Revista Principia Juris. Universidad Santo Tomas, Tunja, Volumen 6, 2006. p. 31

H

HABERMAS, Jürgen. El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización. En : New Left Review, 2000.

_____. Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. El discurso filosófico de la modernidad. Madrid : Taurus Humanidades, 1993.

_____. Facticidad y validez. Madrid : Trotta, 2005.

_____. La inclusión del otro. Barcelona : Paidós, 1999.

_____. Teoría de la acción comunicativa I. Madrid : Tauros, 1999.

HART, H.L.A. Punishment and Responsibility. UK : Clarendon Press, 1968.

HASSEMER, Winfred. Fundamentos del derecho penal. Barcelona : Bosch, 1984.

_____. Derecho Natural en el derecho constitucional. En : Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 7, (2003).

_____. Perspectiva de una nueva política criminal. En : REVDP, No. 1, Buenos Aires, (2002), p. 485.

_____. Perspectivas del derecho penal futuro. (E. Anarte Borralló Trad.). En : Revista Penal. (1998); p. 37

HASSEMER, Winfred *et al.* La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 54.

HASSEMER, Winfred y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Madrid : Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, Friedrich G. W. Principios de la filosofía del derecho. Barcelona : Edhasa, 2005.

HERRERA MORENO, Miriam. La hora de la víctima. Compendio de victimología. Madrid : Edersa, 1996.

HIRIGOYEN, Marie-France. Hirigoyen: "El agresor comienza descalificando a su pareja". Diario de Córdoba. 09.03.2006. Disponible en: http://www.diariocordoba.com/noticias/sociedad/hirigoyen-el-agresor-comienza-descalificando-pareja_236705.html.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. De los delitos y las víctimas. Buenos Aires : Depalma, 1992.

_____. La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación. En: Cuadernos de Política Criminal. No. 42, (1990); p. 575.

_____. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. Los delitos y las víctimas. Buenos Aires : Depalma, 1992.

HUDSON, Barbara. Restorative justice and gendered violence: diversion or effective justice?. In : British Journal of Criminology, vol. 42, no 3, (2002)

HULSMAN, Louk. Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario. En : Conferencia de Louk Hulsmán. En el marco del Programa UBA XXII: Universidad en la Cárcel, en el Centro Universitario de Devoto, Argentina. 2007.

_____. El enfoque abolicionista: políticas criminales y alternativas. En Criminología Crítica y Control Social. El poder punitivo del estado. Argentina : Juris, 1993.

_____. El paradigma abolicionista. En : Conferencia dada el 6 de noviembre de 1996 en el CINAP por el programa UBA XXII.

I

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.
Comportamiento de la violencia intrafamiliar, en Colombia. Colombia. 2013.

J

JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo. Madrid : Thomson-Civitas, 2003.

_____. Derecho penal parte general. Barcelona : Repetitor, 1997.

_____. La pena estatal: significado y finalidad. Madrid : Thomson-Civitas, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Barcelona : Bosch Casa Editorial. 1981.

_____. Tratado de derecho penal. Parte general. Granada : Comares, 2002.

JOHNSTONE, Gerry. Handbook of restorative justice. Cullompton, Devon : Willam Publishing. 2007.

_____. Restorative Justice: Ideas, Values, Debates. Cullompton : Willam. 2002.

K

KAISER, Günther. Criminología. Madrid : Espasa-Calpe, 1987.

KANT, Immanuel. ¿Qué es la ilustración? En : Revista Colombiana de Psicología. N. 3, (año MCMXXIV).

_____. Crítica de la razón práctica. Buenos Aires : La Página, 2003.

_____. La metafísica de las costumbres. Madrid : Tecnos, 2005.

KRESSLER, Gabriel. Escuela y delito juvenil. En : Revista Mexicana de Investigación Educativa, (enero-marzo 2007); Vol. 12.

KURKI, L. Evaluating Restorative Justice Practices. En : VON HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH y SCHIFF. Restorative Justice and Criminal Justice, Oxford : Hart Publishing, 2003, p. 294 y ss.

L

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La desprotección de las víctimas en el derecho español. En: Victimología. VII Cursos de Verano en San Sebastián. Universidad del País Vasco, 1990.

_____. La moderna victimología. Madrid : Tirant lo Blanch, 1998.

_____. La víctima y el juez en Victimología. San Sebastián : Universidad del País Vasco, 2001.

_____. Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid : Tecnos, 2005.

LARRARUI PIJOAN, Elena. Victimología: ¿quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? En: Revista Jueces para la Democracia. No. 15 (1992).

_____. La reparación. En: Penas alternativas a la prisión. Barcelona : Bosch, 1997.

_____. Herencia de la Criminología Crítica. México : Siglo XXI. 1992.

_____. La herencia de la criminología crítica. México : Siglo Veintiuno, 2000.

_____. Justicia restauradora y violencia doméstica. En : Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena. Bilbao : Universidad del País Vasco, 2009.

LILLES, Heino. Circle sentencing: Part of the restorative justice continuum. In Restorative justice for juveniles: conferencing, mediation and circles, 2001. p. 163.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Tratado de derecho procesal penal. Tomo I, Bogotá : Temis, 1989.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. La tercera vía. En : En la mediación penal. Catalunya : Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia, 1999.

_____. Tratado de derecho procesal penal. 2ª ed. s.l.: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá : Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid : Universidad Complutense, 1979.

_____. Curso de derecho penal, parte general I, Madrid : Universitas, 2004.

M

MAIER, J. De los delitos y las víctimas. Buenos Aires : Ad Hoc, 1992.

MAIER, Julio B.J. La víctima y el sistema penal. En : Jueces para la democracia. No. 12, (1991).

MALDONADO FUENTES, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes. En : Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N° 5, (julio 2014). p. 35

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal. Granada : Comares. 2007, p. 17.

MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO. Las consecuencias jurídicas del delito, 3 edición. Madrid : Civitas, 1996.

MARCHIORI, Hilda. Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas. En : Biblioteca jurídica virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá : Gustavo Ibáñez, Universidad Militar Nueva Granada, 2010.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar. La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español. Em : Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, Vol. II, N° 3 (Set-Dic. 2008)

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. La víctima en el proceso penal (I). En : Revista Actualidad Penal. No. 4, Semana 22, (28 ene., 1990).

MARTÍNEZ, G. La conciliación en los procedimientos penal y contravencional. Bogotá : Temis.1997.

MARTINSON, Robert. What works? --questions and answers about prison reform. En : Public Interest vol. 35, No. 22.

MAURACH, Reinhart. Derecho penal parte general 2. Buenos Aires : Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1995.

_____. Derecho penal. Parte general, 1. Buenos Aires : Astrea,1994.

MAZA MARTIN, José Manuel. Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito. En : Cuadernos Derecho Judicial, (1994), vol. 29.

McCOLD, P. y WACHTEL, T. In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice. In : Paper presented at 13 World Congress of Criminology, 10- 15 August, 2003.

MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades. En : Ius et Praxis, (2009), vol. 15, no 2, p. 171.

MESSUTI DE ZABALA, Ana. Piranesi: el espacio, el tiempo, la pena. En : Eguzkilore. No. 4, (1990).

MIR PUIG, Santiago. Constitución, Derecho Penal y Globalización. En : Nuevas Tendencias en Política Criminal. Madrid : Euros, 2006.

_____. Derecho penal, parte general. Barcelona : Reppertor, 1998.

_____. Derecho penal, parte general. Barcelona : Reppertor, 2005.

_____. Derecho penal, parte general. Reimp. de la 3ª ed. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, 1995.

_____. El derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.

_____. Estado, Pena y Delito. Buenos Aires : B de F, 2006.

_____. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y Método. Barcelona : Bosch, 1975.

_____. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método. Buenos Aires : B de F, 2003.

_____. La perspectiva “*ex ante*” en derecho penal. En : Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 36, 1983.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Principio de protección a las víctimas. Medellín : Biblioteca Jurídica Dike, 2005.

_____. La indeterminación de acto terrorista. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Volumen 2, núm. 4. 2003.

MORIN, Edgar. Ciencia con conciencia. Barcelona, España : Anthropos, 1984.

MORO ABADÍA, Óscar. La perspectiva genealógica de la historia. Cantabria : Universidad de Cantabria. 2006. p. 128.

MORRIS, Allison y MAXWELL, Gabrielle. Restorative justice in New Zealand: Family group conferences as a case study. In : Western Criminology Review, (1998), vol. 1, no 1, p. 1-35. Disponible en: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/maxwellandmorris>.

MORRISON, Helen y GOLDBERG, Harold. Mi vida con los asesinos en serie. Barcelona : Océano, 2004.

MORSELLI, Elio. Neorretribucionismo y prevención general integradora de la teoría de la pena. En : Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1995.

MUÑIZ FERRER, Mario C. *et al.* La violencia familiar, ¿un problema de salud? En : Revista Cubana de Medicina General Integral, vol. 14, no 6, (1998), p. 540.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social. Bogotá : Temis, 2004.

_____. Derecho Penal y Control Social. Jerez : Fundación Universitaria de Jerez. 1985.

_____. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho, Política y Gobierno. Universidad de Guanajuato- Año 1, No. 1. 2011

_____. Teoría general del delito. 3ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2004.

N

NINO, C. S. Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación. Buenos Aires : Paidós, 1984.

P

PALOU I LOVERDOS, J. La mediación como sistema de resolución de alternativa de conflictos. Una nueva visión del conflicto. En : 1.er Congreso de mediación comunitaria, El Prat de Llobregat, Barcelona, 2000, texto manuscrito.

PANTOJA GARCÍA, Félix. La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. Consejo General del poder judicial.

PAVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires : Siglo XXI, 2002.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación” en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Vol. I. VVAA. Cuenca : Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. 2001.

_____. El derecho penal como Carta Magna de la Víctima al programa social del Derecho Penal en el Estado de Bienestar. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca. 2007.

_____. La seguridad como fundamentos de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid : Iustel. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid : Tecnos, 1995.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Cupabilidad y Prevención, Madrid : Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. 1986.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Abolitionism and Expansionism (Abolicionismo y expansionismo) (Spanish). En : Derecho Penal y Criminología, (2008), no 86/87. p. 30.

PÉREZ-CRUZ MARTIN, Agustín Jesús. Derecho procesal penal. Pamplona : Civitas, 2009.

PETERS, Tony. La policía y las víctimas del delito. En: Victimología. VII cursos de verano en San Sebastián. Universidad del País Vasco, 1990

POLAINO NAVARRETE, M. Victimología y criminalidad violenta en España. Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor. Santiago de Compostela: s.n., 1989,

POLITOFF, Sergio. Postfacio a Sistema penal y seguridad ciudadana. Barcelona : Ariel, 1982.

POLO RODRÍGUEZ, José Javier. La nueva ley penal del menor. Madrid : Colex, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista. Valencia : Tirant lo Blanch. 2007.

_____. El retorno del derecho penal al estado de naturaleza. En : Viento Sur. No 83, (noviembre 2005).

PRANIS, Kay. The Little book of circle processes: a new/old approach to peacemaking. Intercourse. USA : Good Books. 2005. p. 6- 7.

PRESTON, Paul. La política de la venganza, el fascismo y el militarismo en la España del siglo XX. Barcelona : Quinteto, 2004.

PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo (Un catálogo de problemas y argumentos). En : Anales de la cátedra Francisco Suarez. No. 44 (2010)

Q

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho penal. Parte General. 2 edición. Madrid : Marcial Pons, 1992.

_____. Determinación de la penal y política criminal. CPC. No. 4, 1978.

_____. Parte general del derecho penal. Navarra : Thomson Aranzadi, 2005.

R

RADL PHILIPP, Rita. La teoría del actuar comunicativo de Jürgen Habermas: un marco para el análisis de las condiciones socializadoras en las sociedades modernas. En : Papers 56, (1998).

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. La tutela de la víctima en el proceso penal. En : Justicia: Revista de Derecho Procesal. No. 3 – 4, (1995).

RAWLS, Jhon. La justicia como equidad. Una reformulación. Barcelona : Paidós. 2002.

_____. Teoría de la justicia. México : Fondo de Cultura Económica, 1991.

_____. Justicia como equidad. En : Revista española de control externo, (2003), vol. 5, no 13.

REDONDO ILLESCAS, Santiago y ANDRES PUEYO, Antonio. Perfil y tratamiento del maltratador. En : Cuadernos de la Guardia Civil; Revista de Seguridad Pública, No. 30, 2004.

RIEGO, Cristian. Una nueva agenda para la prisión preventiva. En : Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración justicia. CEJA, Año 7. No. 14. (2009); p. 9 y ss.

ROCCA, Adolfo. Las críticas de HABERMAS a Foucault y Sloterdijk; en torno al discurso filosófico de la modernidad y la teoría consensual. En : Observaciones filosóficas, (2009), no 8, p. 14.

RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. Los niños perdidos del franquismo. Valencia : Tirant Lo Blanch, 2008;

RODRÍGUEZ CELY, Leonardo Alberto. Análisis de la justicia restaurativa para atender casos de violencia intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación, Colombia. En : Diversitas, 2010, vol. 6, no 2.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología, estudio de la víctima. 3ª ed. México : Porrúa, 1996.

RODRIGUEZ MARIN, Efrén. El código de infancia y adolescencia frente a los tratados internacionales y la constitución. Bogotá : Doctrina y Ley, 2001. p. 164.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. Justicia retributiva y justicia restaurativa (reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción. En : Justicia para la convivencia: Los puentes de Deusto. Encuentro “Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo” Bilbao : Universidad de Deusto, (junio 2012);

ROIG TORRES, Margarita. Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito. En : Estudios penales y criminológicos, (1999), no 22, p. 290.

_____. La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales). Valencia : Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid : Reus, 1981.

_____. Derecho penal general. Madrid : Civitas, 2000. p. 206.

_____. Derecho penal. Parte general. Madrid : Civitas, 1997. p. 194.

_____. Fundamentos Político Criminales del Derecho Penal. Buenos Aires : Hammurabi. 2008.

_____. La reparación dentro del sistema de los fines penales. En: Revista Universitas. Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias Arte. (marzo, 1987); p. 216.

_____. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. En : Jornadas sobre la reforma del derecho penal alemán. Madrid : C.G.P., 1991.

_____. Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires : Rubinzal–Culzoni, 2007. p. 80.

_____. Problemas Actuales de Política Criminal. En : DÍAZ ARANDA, Enrique. Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. México : Universidad Nacional Autónoma de México. 2002.

_____. Problemas básicos del derecho penal. Madrid : REUS, 1976.

_____. La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires : Ad-hoc, 1992, p. 146 , 147.

RUIZ VADILLO, Enrique. El principio de oportunidad reglada. En : La reforma del proceso penal. Madrid : Ministerio de Justicia, 1989.

RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. Pena y estructura social. Bogotá : Temis. 1984.

S

SALA DONADO, Cristina, *et al.* Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal. Girona : Universitat de Girona, 2002.

SALINERO ALONSO, Carmen. Víctimas de delitos transnacionales: un largo camino – *inconcluso*- hacia su reconocimiento. Artículo en publicación.

SAMPEDRO-ARRUBLA, Julio Andrés. Apuntes sobre víctimas y terrorismo en Colombia. En : Eguzkilore No. 11. San Sebastián, (1997).

_____. Las facultades probatorias de las víctimas en el proceso penal colombiano. Ponencia preparada conjuntamente con el profesor Javier Coronado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia.

_____. Los derechos humanos de las víctimas: apuntes para la reformulación del sistema penal. En : International Law, Revista Colombiana de Derecho, 2008, vol. 12.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. Pashukanis, teórico marxista del derecho. La teoría general del derecho y el marxismo, Colección Teoría y Praxis. México : Grijalbo, 1976.

SANCHO CASAJUS, Carlos. Singularidades del procedimiento de la penal del menor LO5/2000). El nuevo derecho penal juvenil español. En : Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2002.

SANTALUCÍA, Bernardo. Derecho penal romano. (J. Aparicio y C. Velasco Trad.). Madrid : Centro de Estudios Ramón Araces, 1989.

SANZ HERMIDA, Ágata. La situación jurídica de la víctima en el proceso penal. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008.

SANZ MULAS, Nieves. Alternativas a la pena privativa de libertad. Madrid : Colex, 2000.

_____. Penas alternativas a la prisión. En: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. año 15, n° 21 (octubre 2003), San José, Costa Rica.

_____. De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012.

_____. El derecho penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. Cuadernos de Política Criminal. No. 106, Abril 2012.

_____. *Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2014.

SARAY BOTERO, Nelson. *La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales*. En : Revista Justicia Juris. Vol. 6. Nº 13. P. 50. Abril - Diciembre 2010

SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. En CRISTHIE, Nils. *et al.* Abolicionismo Penal. Buenos Aires : Ediar, 1989.

SCHMID, Donald. Restorative in New Zealand: a model for U.S. Criminal Justice. Ian Axford Fellow in Public Policy. New Zealand : Wellington, 2001. p. 11

SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal. En : Revista Doctrinal Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires : De Palma, 1989.

SEGUÍ, Luis. Sobre la responsabilidad criminal, psicoanálisis y criminología. Madrid : Fondo de Cultura Económica de España, 2012.

SÉNECA, Lucio Anneo. De la ira. Madrid : Alianza, 1986,

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. La reforma de la prisión preventiva (comentario a la disposición final segunda, Núm. 5,6 y 7 LOTJ 5/1995). En : Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado. Granada : s.n., 1996,

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Dogmática jurídico-política criminal-criminológica. Madrid : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1980.

_____. El costo del delito y sus víctimas en España. Madrid : UNED, 1987,

SHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. En : Anuario de derecho penal y ciencias penales. (1991), vol. 44, no. 3.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona : Bosch, 1992.

_____. El régimen de la minoría de edad penal. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona : Bosch, 1997.

_____. Innovaciones técnico prácticas de la victimología en el derecho penal. En: Victimología. San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1990.

_____. La expansión del derecho penal. Madrid : Civitas, 1999.

_____. La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal. En : Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia 1, Lima, Grijley, 2000.

_____. La victimodogmática en el derecho extranjero. En: Victimología, Servicio Editorial del País Vasco, 2001.

_____. Política criminal y persona. Buenos Aires : Ad-hoc, 2000.

_____. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación. En : Revista del Poder Judicial, (1997), no 45.

SOLE RIERA, Jaume. Intervención de la víctima en las fases de instrucción y juicio oral. En: Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá : Editora Jurídica de Colombia, 2004.

_____. La tutela de la víctima en el proceso penal. Barcelona : José María Bosch, 1997.

SONG, Sang-Hyun. 7th Consultative Assembly of Parliamentarians for the International Criminal Court and the Rule of Law & World Parliamentary Conference of Human Rights, International Human Rights, Rome, 10/12/12.

SORIA VERDE, Miguel Ángel *et al.* La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización. Barcelona : PPU, 1993.

SPROVIERO, Juan H. La víctima del delito y sus derechos. Buenos Aires : Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000,

STANGELAND, Per. Y GARRIDO DE LOS SANTOS, María José. El mapa del crimen. Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. p. 25.

STIRNER, Max. El único y su propiedad. Madrid : Editorial La España Moderna. 1904. Reimpresa por ORBIS, en Barcelona, en 1985

STUBBS, Julie. Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence. Issues Paper 9. 2004. Sidney, Australian. Domestic & Family Violence. Clearinghouse.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. La victimología y el proceso penal. Breves reflexiones victimológicas sobre dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En: Actualidad Penal. No. 19, (1998).

T

T. NEGRI, El marxismo y la cuestión penal en la forma-Estado. Madrid : Akal, 2003, p. 402.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad del Menor. Justicia penal de menores y jóvenes. Valencia : Tirant lo Blanch, 2002.

_____. Ponencia “Causas y consecuencias de la invisibilidad”. La visibilidad o invisibilidad de la víctima Madrid, 29 de febrero de 2008. Conclusiones del Seminario No. 50/2008. Madrid : Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas.

_____. La Justicia restaurativa, aplicación y desarrollo. Granada : Comares, 2012.

_____. La reparación a la víctima en el derecho penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias político criminales). Barcelona : Fundación Jaume Callís, 1994.

TARUFFO, Michele. ¿Verdad Negociada? En : Revista de Derecho, Vol. XXI, No. 1, (julio, 2008).

TAYLOR, Ian. *et al.* La nueva criminología. Buenos Aires : Amorróu, 1990.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Las víctimas del delito en el derecho español. En : Cuadernos de Política Criminal, No. 49.

THAMAN, Stephen C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. In : Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 486, no 493, (2007), p. 1992 y 1993.

TIEGHI, Osvaldo. Tratado de Criminología. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1996. p. 207 y 218.

TORRES DEL MORAL, Antonio. Principios de derecho constitucional español. Madrid : UCM, 2004.

U

UMBREIT, Mark *et al.* Family Group Conferencing. Center Restorative Justice & Peacemaking. Minnesota : University of Minnesota. April. 2000. p. 4

UMPHREY, Carolina Y HUGH-JONES, Stephen. Trueque, intercambio y valor. Aproximaciones antropológicas. Quito, Ecuador : Biblioteca Abya-Yala, No. 38. 1998. p. 5 y 6.

UPRIMMY, Rodrigo. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En : Justicia Transicional: teoría y praxis. Bogotá : Editorial Universidad del Rosario. 2006.

V

VALENCIA VILLA, Alejandro. La humanización de la guerra y el derecho de gentes en Colombia. Bogotá : Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes, 1989.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Derecho penal juvenil europeo. Madrid : Dykinson, 2005.

VATTIMO, Gianni. Posmoderno ¿Una sociedad transparente? En ARDITI, Benjamin. El reverso de la diferencia: identidad y política. Caracas : Nueva Sociedad. 2000, p. 15.

WELLMER, Albrecht. Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno. Madrid : Visor, 1993.

VERDE, Claudia. La mediación en el sistema penal de menores: análisis del derecho comparado. En : Anales de Jurisprudencia, No. 264, (2003).

VILLARRAGA, Andrea Padilla. Mediación penal y justicia juvenil restaurativa. Disponible en <<http://www.srpa.org/2011/06/28/hacia-una-justicia-juvenil-restaurativa/>>

VON FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter. Tratado de derecho penal. Buenos Aires : Hammurabi, 1989.

VON HIRSCH, Andrew, *et al.* (ed.). Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2003.

_____. Andrew. Censurar y Castigar. Madrid : Trotta, 1998.

VON IHERING, Rudolf. Estudios Jurídicos. Buenos Aires : Bibliografía Argentina, 1947.

VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. México : Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Valparaiso de Chile. 1994.

_____. La idea del fin del derecho penal. Bogotá : Temis, 1998.

W

WALGRAVE, Lode. Advancing restorative justice as the ground for youth justice. En : World Congress of Restorative Juvenile Justice. p. 10-11. [Online]. <http://www.unicef.org/tdad/2lodewalgrave.pdf>. Accessed. 2013.

_____. Restorative Justice, self-interest and responsible Citizenship. Portland : Willam Publishing. 2008.

WEITEKAMP, Elmar. Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises. In : Restorative justice for juveniles: conferencing, mediation and circles, 2001.

WELSEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires : Roque de Palma, 1956.

WILSON, James Q. y KELLING, George L. Broken windows. Atlantic monthly, (1982), vol. 249, no 3, p. 29-38.

Y

YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical. En Criminología crítica y control social. El poder punitivo del estado. Buenos Aires : Argentina Juris, 1993.

Z

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Abolicionismo y garantías. Jueces para la democracia, 1994. No. 24. p. 24.

_____. El abolicionismo en América Latina. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2012.

_____. El abolicionismo penal de Louk Hulsman (aproximación a algunas observaciones al reciente realismo penal verde). En Doctrina Penal, año 6. Buenos Aires : Depalma, 1983.

_____. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires : Sociedad Anónima Editora, 1998.

_____. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Caracas : Monte Ávila, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, ley, derechos y justicia. Madrid : Trotta, 2002.

ZEHR, Howard. El pequeño libro de la justicia restaurativa. USA : Good Books, 2010.

_____. Justicia Restaurativa. USA : Good Books, 2007.

_____. Retributive Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice. In : Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice. (September, 1985) Issue No. 4.

_____. Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. Scottsdale : Herald Press, 1990.

ZERNOVA, Margarita. Restorative Justice Ideals and Realities. Burlington : Ashgate, 2007, p. 44.

ZULETA, Estanislao. Psicoanálisis y criminología. Bogotá : Hombre Nuevo Editores, 2007, p. 24.

ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Fundamentos de derecho penal. Granada : Comares, 1990,

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Política Criminal. Granada : Colex, 2001.

_____. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Volumen I. Cuenca : Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1424.

_____. El abolicionismo en América Latina. Derecho & Sociedad, Revista de Derecho, año 6. Número 10.

_____. Sobre la resocialización de los presos terroristas. Jueces para la democracia, 1991.

SENTENCIAS RELACIONADAS

SENTENCIAS DE ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Segunda. Recurso de Amparo No. 54/1997. Aprobada el 17/3/1997. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende. Número de Registro 2.100/1993. Publicación BOE: 17/4/1997. Fundamento Jurídico 2.

_____. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Recurso de Amparo No. 220/1993. Cit. Fundamento Jurídico.

_____. Sentencia de constitucionalidad 56/94, de 24 de febrero, fundamento de derecho tercero.

_____. Sala Segunda Recurso de Amparo No. 121/1996. Aprobada el 8/7/1996. Ponente: Don Julio Diego González Campos. Número de Registro 721/1994. Publicación BOE: 12/8/1996. Fundamento Jurídico 2.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. SALA DE LO PENAL. Magistrado Gregorio García Ancos. Sentencia 28079120001997101051. 26 de septiembre de 1997. Fundamento Jurídico X (Recursos sobre la fijación de cuota de los responsables civiles) Segundo. p. 42.

_____. Sentencia 28079120001997101051. Fundamento de Derecho XI (Estudio del Recurso del Abogado del Estado) Tercero A). P.41.

_____. Sala Civil. Sentencia de la Sala Primera de 29 de septiembre de 1986 (art. 4922) y de la Sala Segunda (penal) del 13 de mayo de 1999 (art. 3812).

SENTENCIAS DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 8-02-99. Ponente: doctor Ricardo Hoyos Duque. Radicado 10731.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-828/10.

- _____ . Sentencia de Constitucionalidad 228/02.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-454/06.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-1086/08.
- _____ . Sentencia de Tutela T-109/2012
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-318/08.
- _____ , Sentencia de Tutela. T-293/13
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-293/95, p. 22.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-059-10.
- _____ . Sentencia de Constitucional C-805/02
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-979-05.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-1195-01.
- _____ , Sala Plena, Sentencia C-823/05
- _____ . Sentencia de Tutela T-275/94.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-516/07.
- _____ . Sentencia de constitucionalidad C-757-14.
- _____ . Sentencia de Tutela T-025/04.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-134/93.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-197/93.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-228/02.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-516/07.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-516/07.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-209/07.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-228/02.
- _____ Sentencia de Tutela T-275/94,
- _____ . Sentencia de Constitucional C-228/02.
- _____ . Sentencia de Tutela 275 de 1994.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-591 de 2005.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad. C-046 de 2004
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-1154/05.
- _____ . Sentencia de Constitucionalidad C-1177 de 2005.

_____, Sentencia de Constitucionalidad. C-209 de 2007.
_____, Sentencia de Constitucionalidad C-293/95.
_____. Sentencia de Constitucionalidad C-209/08.
_____. Sentencia de Constitucionalidad C-396 de 2007.
_____, Sentencia de Constitucionalidad C-004/03.
_____. Sentencia de Constitucionalidad C-148/05.
_____. Sentencia de Constitucionalidad. C-122/11.
_____. Sentencia de Constitucionalidad SU-747-98.
_____. Sentencia C-879/08.
_____. Sentencia de Tutela T-434/14.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Niños de la Calle. Sentencia 26 de Mayo de 2001. Fondo de Reparaciones y Costas. (43). Voto Razonado de CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto.

_____. Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala (Fondo, 2000). Voto Razonado CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. (párrs. 15-16).

_____. Caso Loayza Tamayo versus Perú. Voto razonado de los jueces A.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI.

_____. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. p. 63.

_____. Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie CNo. 158, párr. 128.

_____. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

_____. Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales. Washington, D.C., 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP3427-2015. Radicado 44900 (17-06-15)

_____. SC 27263 (29-07-08).

_____. Sala Penal, radicado 28872(15-07-08).

_____. Sala Penal. AP 1541-2015 (43904)

_____. Sala de Casación Penal. SC 35946(13-04-11)

_____. Sala de Casación Penal. Radicado 34145 (13-04-11) punto 2.4.

_____. Sala de Casación Penal. Auto AP6547-2014 (22-10-14).

_____. Sala Penal. Sentencia de Tutela STP9081-2014 (8-07-14).

_____. Sala de Casación Penal, Radicado No. 39815 (12-1212).

_____. Sala de Casación Penal. SP13939-2014(42184).

_____. Sala de Casación Penal. Radicación 25724 (19-10-06).

_____. Sala de Casación Penal. SC 35946(13-04-11)

_____. Sala de Casación Penal. Radicado 34457 (05-08-10).

_____. Sala de Casación Penal. SP11726-2014 Radicado 33409 (03-09-14).

_____. Sala Penal AP 37596(07-12-11).

_____. Sala de Casación Penal. Radicado 13939-2014 (radicado 42184).

_____. Sala de Casación Penal 27014(09-05-07).

_____. Sala Penal. Radicado 29861(17-09-08).

_____. Sala Penal. Radicado 24468(30-03-06).

_____. Sala Penal. CSJ SP13939-2014(42184).

_____. Sala Penal. Radicado 33254 (27-02-13).

_____. Sala Penal, radicado 21954 (23 de agosto de 2005).

_____. Sala Penal, sentencia 33039(16-12-10).

_____. Sala Penal, radicado 25724 (19-10-06)

_____. Sala Penal, SP16258-2015(45463).

_____. Sala de Casación Penal. Radicación 25724 (19-10-06).

_____. Sala Penal. Radicado 29861(17-09-08)

_____. Sala Penal AP 37596 (07-12-11).

_____. Sala Penal Radicado 39025 (15-05-13).

_____, Sala Penal. Apelación radicado 40160 (29-05-13).

_____, Sala Penal Radicado 30299 del 17-09-08

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de noviembre de 1998, Expediente 5002; M. P. Rafael Romero Sierra.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala de decisión mixta de adolescentes. Sentencia de Segunda Instancia. Radicación 11001 6000 714 2015 01288 01. entrevista de Azriel Bibliowicz a Manuel Reyes Mate en El Espectador (Bogotá, 27 de mayo de 2000).

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RISARALDA, radicado 20012600.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA. Sala Penal. Sentencia de Segunda Instancia, radicado 2010-00905.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Sala Penal. 2011 08063.