

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**LA COMPLEJIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO
JURÍDICO PENAL EN MÉXICO**

PRESENTA

AQUILES GARCÍA SALAZAR

DIRECTOR DE TESIS

Dr. MIGUEL ÁNGEL RIVERA LÓPEZ

Ciudad universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, 2020.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
PROGRAMA DOCTORAL



TESIS

**LA COMPLEJIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO
JURÍDICO PENAL EN MÉXICO**

PRESENTA

AQUILES GARCÍA ZALAZAR

DIRECTOR DE TESIS

Dr. MIGUEL ÁNGEL RIVERA LÓPEZ

Ciudad universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, 2020.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Declaro solemnemente que el documento que en seguida presento es fruto de mi propio trabajo, y hasta donde estoy enterado no contiene material previamente publicado o escrito por otra persona, excepto aquellos materiales o ideas que por ser de otras personas les he dado el debido reconocimiento y los he citado debidamente en la bibliografía o referencias.

Declaro además que tampoco contiene material que haya sido aceptado para el otorgamiento de cualquier otro grado o diploma de alguna universidad o institución.

Nombre: _____

Firma: _____

Fecha: _____

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi familia, principalmente a mi esposa y mi hijo, quienes siempre, han estado conmigo, así como a mis padres y mis hermanos, que me han motivado para seguir adelante. Gracias a Dios por sus bendiciones.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a todos mis amigos que han sido parte esencial en la formación como Doctor.

Así también quiero agradecer a las autoridades de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, por todo su apoyo a este proyecto.

Agradezco a mis amigos y superiores de la Fiscalía General de la Republica delegación Nuevo León por todo su apoyo y motivación.

INDICE

CAPITULO I

PARTE METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	11
1.2.1. Hechos	11
1.2.2. Causas	13
1.2.3. Consecuencia.....	14
1.3. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	15
1.4. FORMULACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.5. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.5.1. Tipo de Hipótesis	17
1.5.2. Comprobación de la Hipótesis.....	17
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.5.1. Objetivos Generales	18
1.5.2. Objetivos Específicos.....	18
1.6. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.8. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.8.1. Delimitación espacial	20
1.8.2. Delimitación Social.....	20
1.9. TIPOS DE INVESTIGACIÓN	21
1.9.1. Investigación Teórica.....	21
1.9.2. Investigación Cualitativa	22

1.9.3.	Investigación Descriptiva	22
1.10.	ELECCIÓN DE TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN TÉCNICAS.....	22
1.10.1.	La observación	22
1.10.2.	La recopilación documental y bibliográfica	23

CAPITULO II

EFFECTOS DE LA POLÍTICA REPRESIVA DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1.	INTRODUCCIÓN	24
2.2.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CÁRCEL.....	25
2.1.1.	La sociedad hebrea	28
2.1.2.	El imperio Romano frente a la Cárcel	30
2.3.	LA PRISIÓN COMO CASTIGO Y LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.	33
2.4.	APARICIÓN DE LA PRISIÓN COMO PENA EN EL SISTEMA JURÍDICO.....	35
2.5.	CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA RETRIBUTIVA.....	43
2.6.	BASES DOCTRINALES DEL IUS PUNIENDI.....	58
2.7.	IUS PUNIENDI Y LA FINALIDAD DE LA PENA.....	61
2.7.	LA RESOCIALIZACIÓN FRENTE A LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL.....	79
2.8.	LA VUELTA A LAS TEORÍAS RETRIBUTIVAS.....	81
2.9.	EL NACIMIENTO DE LAS AS TEORÍAS ABOLICIONISTAS	82

CAPÍTULO III

EL NACIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1. EL FRACASO DEL MODELO DE JUSTICIA TRADICIONAL	84
3.2. EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA.....	91
3.3. JUSTICIA RESTAURATIVA: CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS	95
3.3.1. Naturaleza De La Justicia	96
3.4. ALEGATOS CIENTIFICOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	97
3.5. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL	98

CAPITULO IV

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDICACIÓN

PENAL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PROCESO ABREVIADO,

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

4.1. MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	124
4.2. LA MEDIACIÓN PENAL	128
4.2.1. Diferencias entre la Mediación Penal, Arbitraje y Conciliación	134
a) Arbitraje.....	134
b) LA CONCILIACIÓN.....	135
4.2.2 Principios que inspiran los métodos alternos de solución de controversias	136
4.3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	137
4.3.1. El Principio De Oportunidad y a la reforma penal	139
4.3.2. El Principio de Oportunidad y el Principio de Legalidad.....	147
4.3.3. Límites del principio de oportunidad	150

4.4. PROCESO PENAL ABREVIADO: MEDIACION PENAL DENTRO DEL PROCESO	151
4.4.1. El Procedimiento Abreviado.....	151
4.4.2 Fundamentos del Proceso Abreviado	152
a). Fundamento Constitucional	154
b). Fundamento Legal.....	154
4.4.3 Naturaleza Jurídica	155
4.4.4. El Procedimiento Abreviado en México	155
4.5. LA SUSPENSIÓN DE PROCESO A PRUEBA.....	156

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	158
---------------------------------------	-----

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. RECOMENDACIONES	179
6.2. CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	182
BLIOGRAFÍA.....	185

CAPITULO I

PARTE METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En un inicio la justicia restaurativa tiene su origen en las prácticas de las comunidades originarias, las cuales, establecían como mecanismo para la solucionar los conflictos internos, así lo comenta el profesor Kemelmajer De Carlucci, 2004, quien afirma que, este tipo de practicas, se hacia con el fin de reintegran al ofensor a la comunidad; siempre y cuando exista de por medio la reparacion de los daños causados a la victima o a la comunidad. El mismo autor señala que fue en Nueva Zelandia uno de los primeros que autoriza la legislacion de la justicia Restaurativa en los casos de menores de edad. Debido a este gran éxito, manifiesta el autor, el ordenamiento juridico de ese pais amplio a jovenes entre los 17 y 20 años los alcances de la Justicia Restaurativa. (Kemelmajer De Carlucci, 2004). Por nuestro lado, consideramos, que es de mucha importancia los antecedentes de la Justicia Restaurativa en este pais debido a que ha evolucionado paulatinamente, haciendo ciencia en esta materia.

Así también, se entiende como antecedente histórico, que éste tipo de Justicia emergió en los años 60's como una forma de intervención entre afectados y criminales, además, en la década de los 90s se extendió su seguimiento para introducir a las sociedades, con la colaboración de parientes y compañeros de las partes en procesos de cooperación llamados reuniones de reformas y sanación.

En virtud a lo anterior el profesor JACCOUD, 2000, afirma, que también se debe toma en cuenta la legislación penal canadiense, debido a que este sistema fue un poco más allá en la evolución a la Justicia Restaurativa, debido a que toda la legislación penal, fue impactada por programas exitosos inspirados en el denominado “experimento Kitchener” el cual tiene su fundamento en la iglesia Menonita del año 1974, inspirada en los principios de libertad vigilada y jueces. El mismo autor afirma, que ese tipo de programas tuvo relevancia en los jóvenes, ya que una vez que se cumplía la pena de cárcel, estos estaban obligados a reparar los daños causados mediante fórmulas individuales (Jaccoud, 2000).

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Hechos

La justicia restaurativa, es uno de los anhelos de muchos Estados, los cuales, han procurado en diferentes partes del mundo afianzar sus sistemas de justicia penal a los fines que persigue el sistema restaurativo, sin embargo, esta pretensión, han terminado por enfocarse en una justicia más que resocializadora, en una justicia retributiva. Este tipo de justicia, me refiero a la retributiva, tiene como presupuesto fundamental el castigo a quien infringe la ley penal, para luego ubicarlo dentro del tratamiento penitenciario o en su defecto a través de las medidas de corrección; además, este enfoque deja de lado los intereses que persigue la víctima, a pesar que el Código Nacional de Procedimientos Penales en México, ha establecido una relación de derechos de la víctima, en la actualidad queda totalmente superado por los intereses que persigue el estado a través del *ius punendi*.

El sistema retributivo, pareciera, como bien lo afirma HIGHTON, 1990, que tiene efectos retroactivos, debido a que una vez cometido el delito, lo que le preocupa al Estado es establecer la culpabilidad y evitar la impunidad, para ello, se utilizan presupuestos como la ley, tribunales que busquen garantizar el respeto a los derechos humanos, sin embargo, olvidan el tema de la restauración del vínculo que se lesiona entre víctima y victimario, me refiero en estricto a por ejemplo en los delitos de robo, en donde el interés primordial debe ser el resarcimiento del daño más que la pena (Highton, 1990).

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Un delito es un acto en contra del Estado, una violación de La Ley, una idea abstracta.	Un delito es un acto en contra de otras personas y de la comunidad. Es una violación de las relaciones.
Culpabilidad.	Responsabilidad.
Castigo.	Reparación.
Orientado hacia el pasado.	Orientado hacia el futuro.
El castigo se usa para aleccionar al infractor, desalentar-prevenir la delincuencia, disuadir a la sociedad.	La reparación se usa para devolver y recrear el vínculo con la sociedad.
Se denuncia al agresor.	Se denuncia el agravio.
Las necesidades de la víctima no son consideradas.	Las necesidades de la víctima son atendidas.
El juicio divide a las partes.	El juicio busca unir a las partes (diálogo-conciliación-negociación).
El balance es entre el mal causado por el adolescente infractor y el castigo.	Se logra el balance a través de un acto positivo por parte del infractor.
El Estado tiene monopolio para ocuparse del agravio cometido.	Se reconoce el rol del infractor, la víctima y la comunidad.
El sistema de la Justicia Penal contra la delincuencia.	La comunidad es la principal responsable de controlar la delincuencia.

1.2.2. Causas

Estos rechazos, que se le denotan a la Justicia Retributiva, los cuales en los últimos años ha generado gran preocupación en diferentes movimientos sociales, centran su atención en la justicia Restaurativa, como una forma de solución frente al conflicto que se genera, debido a que este nuevo modelo de justicia, busca restaurar en todo momento el daño que se ha ocasionado al momento de infringir la ley penal.

Esta restauración solo es posible si estamos frente a procesos que, busquen en todo momento, a través de la mediación, conciliación, negociación, llegar acuerdos, que satisfagan los intereses de la sociedad. Estos procesos que he mencionado, deben dar a la víctima un papel importante frente al daño que se persigue (Laurrauri, 2004). En el mismo sentido, se inspiró la reforma constitucional de año 2008, debido a la dura crisis que existía, y existe dentro del derecho penal, además, surgió como consecuencia de la incredibilidad social, generada por un el modelo punitivo que no respondía adecuadamente a las expectativas ni necesidades de los individuos sometidos al drama penal.

Y si bien, ya en algunos estados de la república mexicana, se ofertaban incipientes experiencias respecto de la transición que debería darse en el país; es sin duda, hasta el año 2008, que, a nivel federal, se replantearon: fines, instituciones, procedimientos e incluso, se introdujeron nuevos mecanismos de operatividad de un modelo de justicia tendente a paliar los efectos nocivos del anterior sistema de justicia.

Con las futuras reformas a la constitución, en estricto al artículo 17° constitucional párrafo 6. Donde la propia constitución faculta la inscripción de mecanismo alternos de solución de conflictos, entre ellos, el principio de oportunidad, el procedimiento abreviado, etc. Sin embargo, lo que no hay que confundir es, que, no es lo mismo hablar de Justicia restaurativa que mecanismos, debido a que una es el género y la otra, especie. En otras palabras, la justicia restaurativa, es un fin, que opera haciendo uso de los mecanismos alternos de solución de conflictos, para poder arribar a una restauración. En tal sentido, urge preguntarnos qué tan difícil es instaurar la Justicia restaurativa dentro del sistema penal mexicano, como como algo alterno, sino como un fin.

1.2.3. Consecuencia

Con la posterior reforma constitucional federal del año 2011, relativa a los Derechos Humanos y sus Garantías, reflejado en el cumplimiento de los principios de legalidad, presunción de inocencia y debido proceso. Para ello, se establecieron directrices de resolución de estos problemas, consagradas en la Carta Magna mexicana (artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21).

Interesa analizar en este apartado, si un modelo de justicia tan novedoso y a la vez tan complejo, como el que se ha venido practicando en otras latitudes del mundo, pudiese encontrar cabida en México. Lo mencionado significa que, al amparo de este paradigmático modelo de justicia, desde la noticia de un hecho presumiblemente delictivo hasta la etapa de cumplimiento de las sanciones punitivas, debe estar latente la posibilidad de resolver la contienda, con intervención

de las partes conflictuadas preferiblemente a través del diálogo, asumiendo cada una de estas sus responsabilidades.

De implantarse éste modelo, se conseguiría un viraje a la finalidad punitiva estatal, la que habrá de atender, en términos de dignidad humana, a víctimas, infractores y la sociedad; pues como atinadamente sienta ZHER, ante las frustraciones que representa para los intervinientes del conflicto penal, incluso, para los operadores jurídicos, el sistema punitivo tradicional, la llegada de esta justicia representa una señal de esperanza y un camino a seguir.

1.3. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Conviene precisar que el modelo de justicia aludido en ordenamientos y doctrina extranjera (justicia restaurativa), no se encuentra concebida como tal (*nomen iuris*) en el ordenamiento jurídico de más alto rango mexicano (la Constitución Federal).

El primer obstáculo con el cual se enfrenta el estudioso de esta materia es el relativo a la diversidad de conceptos y términos que generan una gran confusión para su comprensión. ¿Cómo entender la esencia de la justicia restaurativa, cuando lo primero que se encuentra quien ahonda en esta temática es la diversidad conceptual? Así, por ejemplo, vemos que se entiende a esta como, justicia alternativa, reparativa, conciliadora, positiva, comunitaria, etc.

La figura de justicia restaurativa se ve reflejado en distintos movimientos que se vienen preocupando por como humanizar el sistema penal y de esa manera, poder aplacar la angustia que produce el delito y sus secuelas. En consecuencia, este modelo de justicia, nos lleva a reflexionar que el conflicto que se presenta entre dos partes, debe observarse desde una óptica positiva, debido a que de llegar a un

acuerdo vamos a encontrar la paz. Lo anterior lleva a la conclusión que el fin de la justicia restaurativa, debe ser el restablecimiento, en lo que sea posible, al estado natural de las cosas. Es decir, se seguirá con lo establecido en la siguiente gráfica.



Sin duda alguna, la justicia ha tenido, tiene y tendrá problemáticas y un sinfín de retos de distintos rubros, creados propiamente por la visión que tiene el sujeto en los marcos históricos y de aplicación que este conlleva, por eso, como se menciona, es importante que la impartición de justicia sea siempre por instancias pacíficas y estas a su vez den saneamiento a las necesidades, no solo, del delincuente y la víctima, sino, apuntando a una visión preventiva hacia la sociedad para evitar que conductas delictivas.

De hi la necesidad de estudiar “LA COMPLEJIDAD QUE SOPORTA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO” con la finalidad de poder avalar una mejor dirección de la justicia en materia penal.

1.4. FORMULACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿QUÉ COMPLEJIDAD SOPORTA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA?

1.5. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

La elaboración de la justicia restaurativa en la justicia penal mexicano, propiciara mejores resultados que la justicia retributiva.

1.5.1. Tipo de Hipótesis

Para la realización de esta investigación, se ha considerado necesario trabajar con una hipótesis plausible, debido a que estas son hipótesis fundamentadas, pero sin contrastar. Es una conjetura razonable que no ha pasado la prueba de la experiencia, pero que, en cambio, puede sugerir las observaciones o los experimentos que servirán para la contratación.

1.5.2. Comprobación de la Hipótesis

Para comprobar está hipótesis, se apuesta por la verificación de los datos que se proporcionen a través de los distintos instrumentos cualitativos de investigación, lo que va a permitir, obtener mejores resultados, puestos en las conclusiones. Además, para lograr la comprobación se ha destinado seguir con tres rubros importantes, PRIMERO. Las proposiciones que se investigan son claras y a la vez comprobables. SEGUNDO. Frente a las proposiciones claras, es necesario, por tanto, someter a la hipótesis a evaluaciones rígidas, con el fin, de hacer fehaciente

el rigor metodológico. TERCERO. Bajo ningún supuesto, se deja sentada la posición que la hipótesis que se presenta no pueda ser negada por futuras investigaciones. Por tanto, la hipótesis se comprobará describiendo el uso de las variables, que los actores doctrinales realicen de las mismas.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivos Generales

Diagnosticar la complejidad que soporta la implementación de la justicia restaurativa como un movimiento filosófico en el ámbito jurídico penal en México frente a los problemas de la justicia retributiva; para de ahí formular precisiones doctrinales que se traducen en recomendaciones.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Categorizar, cual es la complejidad de la implementación de la justicia restaurativa en el sistema penal mexicano; además,
- Conceptuar, definiciones precisas, en cuanto a las variables que se investigan (Justicia Restaurativa, sistema retributivo, sistema penal),
- Sintetizar, a través de los alcances doctrinales, los resultados que se obtengan de la información seleccionada,
- Analizar libros, fuentes de internet, hemerotecas.

1.6. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

En cuanto a las variables encontramos:

- **INDEPENDIENTE**

Políticas retributivas y resocializadoras de la justicia penal en México

1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Los fundamentos que justifica esta investigación, lo encontramos en el desarrollo doctrinal de las variables esenciales de esta investigación, me refiero al sistema retributivo y justicia restaurativa. Lo anterior, es de trascendencia, debido a que, nos va a llevar a investigar, cual es el paso que ha dado ambos sistemas de justicia y la repercusión que va a tener en la administración de justicia después de las reformas constitucionales en México.

Del mismo modo, se justifica esta investigación, dado a que el problema que se investiga puede ser contrastable, por una parte, con la teoría y por la otra con la práctica jurídica de los operadores del derecho, puesto que la hipótesis a investigar y sus variables son precisas, coherentes y claras. Además, permite ser objeto de un análisis científico; es decir, el investigador, tiene la facilidad de analizar la naturaleza jurídica de las variables especificadas en esta investigación, para hallar las coincidencias o contradicciones entre ellas.

En cuanto a la viabilidad de esta investigación, debemos referir que contamos con suficiente material bibliográfico, Sentencias de Cortes Internacionales, doctrina extranjera, las cuales, encontramos en bibliotecas del Estado y el material proporcionado por las páginas web.

1.8. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se usa el mecanismo de la delimitación en la investigación: COMPLEJIDAD SOPORTA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA, debido a que esto, va a permitir reducir cualquier problema relacionado con la estructura de la investigación. Es decir, se enfocará en delimitar el área de intereses, los alcances y objetivos.

1.8.1. Delimitación espacial

El espacio de desarrollo de la presente investigación se llevará en un contexto descriptivo propositivo en el sistema jurídico penal, contemplado en la Constitución Política, Código Nacional de Procedimientos Penales y normas secundarias mexicanas.

1.8.2. Delimitación Social

Esta investigación, traerá impacto social por la relación que existe entre la justicia penal y la sociedad, tomando en cuenta, las implicaciones de una mala regulación jurídica, tienen su repercusión en la forma de vida de la sociedad. Por tanto, dentro del campo de estudio se analizará como sujeto de estudio a la víctima del proceso penal desde un plano doctrinal. A si también, se realizaran entrevistas con autoridades pertinentes, en este caso a operadores del sistema de justicia penal, con el enfoque de encontrar una relación de aproximación con la hipótesis que se analiza.

De lo anterior, se obtendrán utilidades, más aun, en cuanto a los beneficiarios directos a los ciudadanos reconocidos como víctimas, debido a que la investigación busca proponer mejores mecanismos de protección. Del mismo modo creo que existen beneficiarios indirectos, como es, la ciencia procesal penal, criminología, comunidad universitaria y los operadores del derecho; con respecto a los primeros beneficiarios indirectos; esta investigación ayudara a formular bases científicas para posteriores trabajos de investigación.

En cuanto al tercer beneficiario indirecto, esta investigación, servirá de mucha ayuda, tanto a profesores como estudiantes universitarios para comprender mejor por justicia restaurativa, en razón a las reformas suscitadas en el sistema jurídico mexicano, toda vez que se desarrolle bajo un estudio riguroso de las variables descritas en la hipótesis de la investigación.

1.9. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

En el desarrollo de esta tesis, se usará los tipos de investigación que a continuación se detallan:

1.9.1. Investigación Teórica

Para describir los elementos conceptuales de las variables que se exponen en la presente investigación, es necesario recurrir a las diferentes fuentes que escritas con el fin de proponer conceptualizaciones.

1.9.2. Investigación Cualitativa

Dado que en esta investigación se busca describir y explicar un fenómeno o proceso, es decir, descifrar las causas que desatan los hechos dentro de la historia en contexto social.

1.9.3. Investigación Descriptiva

A lo largo de la investigación, se describirán las variables que se enuncian en la hipótesis de investigación.

1.10. ELECCIÓN DE TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN TÉCNICAS

La presente investigación está inmersa dentro de la dogmática procesal, por ello, es necesaria la utilización de la técnica documental que permitirá recabar la información necesaria. Además de:

1.10.1. La observación

Como es uno de los instrumentos más utilizados dentro de las investigaciones, debido a la facilidad y directo al momento de emplearlo, se ha creído conveniente que en la investigación: COMPLEJIDAD SOPORTA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA, sea uno de los pilares al momento de gestionar cualquier problemática al respecto.

Con precisión hoy afirmo, que el trabajo que se presenta a las consideraciones de los lectores, ha sido producto de una observación y análisis del

problema que enfrenta la justicia penal, pese a existir numerosas reformas al respecto;

1.10.2. La recopilación documental y bibliográfica

Además, para lograr los objetivos de esta investigación, se han utilizado, la técnica de la recopilación, como una estrategia de desarrollo de la tesis; para ello, se han revisado documentos orientados a la investigación, libros que versen sobre el tema o nos ayuden a dar un panorama mucho más claro.

CAPITULO II

EFFECTOS DE LA POLÍTICA REPRESIVA DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. INTRODUCCIÓN

En esta parte de la investigación analizaremos las políticas represivas que se implementó desde los inicios de la humanidad hasta nuestros días, tratando de dar un escarmiento a los criminales para generar un efecto de arrepentimiento. Sin embargo, estas políticas criminales no han tenido resultados de ninguna índole, respecto a prevenir, y a reducir los índices de criminalidad.

La pena privativa de libertad, como máxima manifestación de la gratificación, simbolizó, en una etapa, el apaciguamiento de las penas corpóreas, cuyo desenlace es el nacimiento de un derecho penal más humano. En la actualidad se conforma por su exigencia, siento esta necesaria; dejándolo muy en claro el Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares de Derecho Penal, siendo el forjador de la reforma en el ámbito penitenciario de España. (García Valdez, Una nota acerca del origen de la prisión, 1997)

Quizá la razón por la que se aluda a la crisis de la pena privativa de la libertad, y consecuentemente la cárcel, lo podemos encontrar desarrollada años atrás, por intermedio de las palabras de SALILLAS Y PANZANO, la cual hacía referencia que: “la correccional se crea porque a la sociedad la necesitaba, cuya necesidad se ha

visto reflejado en el abandono y que en sus inicios si tuvo resultados positivos, sus huéspedes y guardianes la pervirtieron. (SALILLAS Y PANZANO, 1988). Esta descripción, no se aleja de la difícil situación por la que atraviesan nuestros sistemas penitenciarios.

2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CÁRCEL

En los inicios sobre el estudio basado en la evolución de la pena, nos trasladaremos a los primeros códigos como ordenamiento jurídico que permanecieron en la historia como de toda la humanidad, el llamado código de Hammurabi.

En el Oriente Antiguo, en aquella cultura eran los dioses quien proponían las leyes sobre las conductas de los hombres, es por ello, que a las leyes en esa época se catalogaban como sagradas. Quién hace entrega de las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750 a.C.), es el dios de nombre Samash, considerado dios del sol, de la justicia. Sin embargo, antes de que llegue Hammurabi al poder, quienes ejercían la función de jueces eran los sacerdotes que impartían justicias por intermedio del dios Samash. Pero, en el año 40 durante el reinado de Hammurabi, rey de Babilonia para poder salvaguardar los dogmas educativos sobre la existencia de los habitantes, crearon métodos judiciales que pudieran dar solución por intermedio de un código que en la actual se conoce con el nombre de: El Código de Hammurabi (Manzanera, 2002).

El presente código compuesto por leyes a diferencia de otros, este agrupa los ya existentes de las ciudades del imperio de Babilonia. La unificación, no sólo abarcaba principios sobre derecho civil y penal, también, regulaba aquellas relaciones comerciales y patrimoniales. El propósito del código era que pretendía instaurar leyes que se empleen para todos los casos, y de esa manera, lograr que se impida que hagan justicia por sus propias manos, en consecuencia, lograr impedir que se actuara de la forma mejor conveniente de acuerdo a su parecer. De tal manera, sobre la relación que conlleva un castigo en base a los hechos, RODRÍGUEZ MANZANERA, asevera que el Código Hammurabi, instituía, que:

“Para lograr poder establecer que un hecho sea punible; se consideraba el daño ocasionado y la intensión por parte del sujeto, y para ser atribuible de un delito, tenía que haberse cometido dicha acción de manera consciente; en otras palabras, la casualidad o hecho fortuito y la fuerza mayor no eran punibles” (Manzanera, 2002).

El código de Hammurabi, sobresale de otras leyes que la antecedieron donde se aplicaba la rigurosa ley del Talión donde la equidad estaba dirigida por un sacerdote, de tal forma que Hammurabi retira su apoyo, por un duplo administrativo de justicia; donde un tribunal conformado por el sacerdocio sin capacidad ejecutiva y otro por un grupo civiles conformado por individuos de élite y encaminado por el alcalde, luego de estar constituido dicho tribunal por un número diferente de jueces, en este supuesto únicamente el clero tiene participación en el caso en la etapa acusatoria y en la defensa en el momento de coger juramento. Sobre la discrepancia de una de las partes se encontraba un tribunal superior llamado “Los Jueces del Rey”, la tercera instancia estaba a cargo del mismo Rey.

Sobre el tema que nos ocupa en *supra*, el profesor CÁRDENAS URIBE, sostiene que:

“En las leyes de Hammurabi, la muerte (impuesta para casi cuarenta delitos), podía aplicarse, entre otros modos, por ahogamiento, fuego o empalamiento; los castigos corporales consistían en la mutilación de miembros o de órganos, así como en golpes y azotes; multa en metálico y la composición económica que era el grupo más amplio de castigos, variando su cuantía desde el doble del perjuicio ocasionado hasta el trémulo del mismo. Hammurabi en el prólogo de sus leyes proclamaba el principio de la competencia penal a cargo del Estado, por haber establecido su código para administrar justicia, mediante tribunales facultados para ejecutar los castigos. Además el autor citado agrega que en dicho código no hay indicios de que hubiera, dentro de los castigos, la pena de prisión” (Cardenas Uribe, 1992).

Es importante resaltar que en uno de los imperios más antiguos e importantes como es el de Babilonia, que sirve como fuente de estudio de las instituciones que rigen el sistema jurídico actual, no se contempló el encarcelamiento como sanción tras la realización de un hecho considerado delito.

2.1.1. La sociedad hebrea

Dentro de la evolución de la pena, sus orígenes, es necesario estudiar el derecho hebreo para así tener un panorama más amplio de esta institución jurídica. Partimos afirmando, tal como lo manifiesta GARCÍA RAMÍREZ, que, se encuentran descritos delitos y sanciones en textos divinos, o por lo menos en narraciones estupendas de sucesos sobrenaturales. ¿Cuáles el crimen primigenio? pudiera creerse que la rebelión de los ángeles, combatida, sometida por la primera gendarmería de que se tenga noticia: los ángeles leales, estructura del estado cósmico, finalmente “el estado soy yo”, instrumento de orden público que era un perfecto estado de las cosas y un orden categórico. Y a este crimen, absolutamente insólito, seguiría la primera versión del castigo: la defenestración de los infractores, su caída en el abismo, cadena verdaderamente perpetua (García Ramirez S. , 2003).

Consideramos que los hechos, en este caso sobrenaturales, que no van de acuerdo con el orden de Dios, ya eran merecedores de un castigo; Es decir, que hasta en el ámbito de la perfección y divinidad de Dios se contempló un medio que permitiera tomar una medida de rechazo ante una actitud negativa, haciéndose merecedor a un castigo. Este medio, haciendo un breve análisis, es el poder divino de Dios, vinculado a su justicia. Este poder es semejante al que el Estado ejerce sobre quienes han cometido un hecho ilícito.

Sin embargo, estos acontecimientos celestiales carecerían de una materia prima que los identifican con los delitos y los castigos, que hemos conocido en el cruce

del hombre sobre la tierra, carecerían de sustancia humana. Si no hay hombre puede haber lo que se quiera, pero no existe delito, que es una aportación de aquel protagonista, no de los demonios, y tampoco pena en el sentido en que la entiende la mente y la práctica de la fuerza. Los incidentes entre personajes sobrenaturales escapan de los modestos repertorios que ofrecen los códigos penales, géneros literarios de la más pura extirpe humana (García Ramírez S. , 1982).

Ahora bien, de acuerdo con la Crónicas hebreas, Dios otorgó al hombre ciertas leyes que contemplaban hechos que deberían regularse para alcanzar su justicia. Estos acontecimientos se encuentran dispersos en los cinco ejemplares de la Biblia cuyo nombre es Pentateuco de Moisés o la ley, conformado por el Génesis, donde hallamos el Éxodo, creándose el código de la alianza o levítico, asimismo, el de los números y el Deuteronomio. Comprende, la ley de Dios que el mismo Moisés consiguió directamente de Jehová para su pueblo, posterior a los acontecimientos de huida sobre la sumisión de su pueblo por parte de los egipcios, deambuló por el desierto por un periodo de 40 años hacia la tierra prometida. Los diez mandamientos engloban en principio el amor hacia Dios y hacia su prójimo, respetar a nuestros padres, salvaguardar los días, respetar la vida, y lo demás. Posee las penitencias y la manera de reparar los daños ocasionados.

No se logra hallar castigo alguno que se enlace con el encarcelamiento como una forma de castigo; asimismo, en el nuevo testamento, se comenta sobre los aprisionamientos, pero no se menciona si el objetivo era castigar o privarse su libertad de forma preventiva, mientras se elabora una sentencia de ejecutoriedad.

Uno de los sucesos más resaltantes en el nuevo testamento respecto a un castigo, fue el que se aplicó a Juan el Bautista, dicho suceso se realizó cuando se agasajaba una fiesta de la casa real, siendo asesinado aplicándosele la decapitación con la finalidad de poder condescender a la hija del emperador Herodes. Así mismo, tenemos a Dimas y Gestas que se dice que estaban aguardando la fecha y hora en las que tendrían que ser colgados. Barrabás fue puesto en libertad luego de que un grupo de personas cumpliendo con la costumbre de soltar a un prisionero en la época de pascua, ellos, peticionan en lugar de Jesús, quién con posterioridad se le condena a muerte. (Internacional, 1999)

Si tomamos en cuenta los hechos descritos, se puede deducir, que en el pueblo hebreo en cuanto a la ejecución del castigo, al igual que en el Código de Hammurabi, no se contempló el encarcelamiento como sanción producto de un delito, no obstante, consideramos que es en este momento donde se engendran los primeros vestigios de la figura de la prisión preventiva que tiene que ver esencialmente con la privación de libertad para que posteriormente se ejecute, el castigo que lleva consigo un determinado delito, por ejemplo la pena de muerte.

2.1.2. El imperio Romano frente a la Cárcel

La época Romana, es de suma importancia su estudio, si tomamos en cuenta, que muchos de las instituciones jurídicas que hoy nos rigen, tienen como base el Derecho Romano.

Es necesario que al estudiar el Derecho Romano, nos traslademos a lo que establecía las Doce Tablas del 451 a.C., en esa línea de ideas, lo que regulaba

este cuerpo jurídico, centra su atención en la formación de las normas y la idea que bien expresa JONES, 1993, al pensar que la gran división que existe actualmente de todo el embalaje que es el Derecho ha nacido de la rama civil, y conforme el tiempo se ha ido estructurando hasta llegar a la gran inmensidad (Jones, 1993).

Ante la existencia de delitos, el Estado aplicaba castigos muy severos a quienes lo cometían. Estos castigos, en su mayoría, acababan con la vida de los que lo padecían. Es así que los romanos no tenían la concepción de creer en la corrección del delincuente sino más bien la concepción de aplicarse un castigo de naturaleza vengativa y disuasoria. Como castigo, en cuanto a los delitos graves, La pena de muerte era algo generalizado, aplicándola: al incendiarismo, el homicidio, la calumnia, la corrupción, el falso testimonio, el uso de conjuros, el acudir a reuniones de sedición, la traición y para ciertos tipos de robo y fraude. Las clasificaciones de ejecución incluían la hoguera (para el incendiarismo), la crucifixión para el uso de la magia en el cultivo, la decapitación, el ser lanzado desde la Roca Tarpeya (un lugar elevado en Roma) para sancionar y castigar el falso testimonio y la ejecución por fieras salvajes (una forma de entretenimiento público).

Con respecto a los delitos leves, la pena, era los trabajos obligatorios (en minas u obras públicas), el esclavismo (el ser ofrecido o vendido como esclavo o vender a miembros de tu familia eran los tipos de modos para pagar las deudas), los azotes, asimismo se contemplaron las multas financieras. La pérdida de ciudadanía, de propiedades y el destierro constituían una alternativa distinta a la pena capital.

Dentro de los aportes del Derecho Romano, al derecho penal, encontramos, según Espejo, a:

“Vindicta pública y privada, dando origen a los diversos términos que hasta nuestros días son repetidos, como: delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, damnum, furtum. Todo este material penal se encuentra basado en el derecho positivo y compilado en el Digesto, los Códigos y las Novelas” (Carlos Espejo, 2005).

En cuanto a las prisiones en el Derecho Romano, se debe tomar en cuenta la existencia de un *método penitenciario*, creado con la finalidad de retener por intermedio del hacinamiento a personas acusadas (constituyéndose en un antecedente de la prisión preventiva actual). FIGUEROA OCAMPO, afirma que en este sistema de prisiones:

“Se les retenía a las personas condenadas a la pena capital, siendo aplicada de distintas maneras; como la espada cuyo medio de muerte, la crucifixión, la lucha en el coliseo romano ya sea de gladiadores o lucha con fieras de circo”. Por todo ello, se puede afirmar, que en el Derecho Romano se crearon las prisiones no como castigo, sino más bien para retener a los presuntos culpables antes de su sentencia y evitar de este modo la fuga de quien cometió un delito” (Figueroa Ocampo C. , 2008).

ULPIANO, aseguraba en el digesto, aludiendo a la *carcere ad continendos*, que: “*El centro penitenciario debe servir, para la guarda del hombre y no su castigo*” (Del Pont, 1984). La idea de ULPIANO, no hace más que reafirmar, que la cárcel no estaba constituida como un mero castigo, resaltando que es para la guarda de los hombres que habían vulnerado alguna ley que implicaba algún castigo, sin mencionar cual era el fin real de la pena.

De lo señalado, con respecto al Derecho Romano, se debe tomar en cuenta, que, en cuanto a la evolución del encierro, éste respondía, a una cuestión de guarda, más no, a un castigo interpuesto por haber cometido un delito. Por tanto, el fin del Derecho Penal Romano, no buscaba en ningún momento la posibilidad de una restauración de la persona que ha cometido delitos. Es en momentos posteriores en donde se hace alusión a éste concepto.

2.3. LA PRISIÓN COMO CASTIGO Y LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

La prisión como la privación de la libertad por intermedio de una pena, es un concepto nuevo en la Historia. En las civilizaciones antiguas no existían las prisiones, como las que hoy conocemos, al que infringía el orden, simplemente se le mataba o esclavizaba (Molina Céspedes, 2006). No existían lugares de detención para el cumplimiento de una condena, sino más bien lugares provisionales de mera custodia (García Ramírez S. , 2003). En ese sentido se puede afirmar que la cárcel, como sanción no ha sido un fenómeno originario. Históricamente el encierro fue un instrumento de custodia, que anunciaba la próxima ejecución de una sanción.

PEÑA MATEOS, es acertada al afirmar que las grandes civilizaciones, en la antigüedad, observaban a la prisión como una cuestión de encierro. (Peña Mateo, 1997). Así, GARCÍA VALDÉS, estima, que todas las legislaciones antiguas, se establecen, que la prisión, es un lugar de retención, es decir, la cárcel de custodia. La cárcel como penitenciaria se da con posterioridad, se tenía la idea que los reclusos no fomentaban el bienestar, es más, eran parásitos que tenían que ser eliminados.

GARCÍA VALDEZ, al referirse al encierro, afirma que: “La historia de la humanidad es en realidad la historia de la crueldad y de la deshumanización de los humanos” (García Valdez, Una nota acerca del origen de la prisión, 1997); de lo expresado por el citado autor, se colige, que en la antigüedad, las atrocidades que se cometían en el encierro, marcaron hitos de partida, para que hoy en día, en un Estado donde prevalece la democracia y el derecho, mínimamente se respeta el derecho de todos los reclusos en un centro penitenciario.

La deshumanización, que en la antigüedad se daba, en cuanto al encierro se realizaban a través de aislamiento total, los cuales, siempre eran monasterios, lugares, como casas de trabajo; siempre tenían algo en común: lugares reflejados en construcciones totalmente cerradas, teniendo como fin el confinamiento de un grupo social. Se debe tomar en cuenta, que el aislamiento, como medida de seguridad, no busca entre sus fines, la socialización de la persona a la sociedad, por lo que se concluye que la reclusión aparece con la civilización y con las

sociedades estructuradas surgiendo así la preocupación de cómo anular el crimen utilizando el castigo (García Váldez, 1982).

2.4. APARICIÓN DE LA PRISIÓN COMO PENA EN EL SISTEMA JURÍDICO

No es fácil realizar un seguimiento sistematizado de la historia de la prisión, ya que hay una carencia de continuidad normativa. La prisión, como pena en sí misma e institución central de los sistemas penales, no surge hasta mediados del siglo XVIII, aunque los orígenes de su evolución histórica hay que situarlos ya en el siglo XV y XVI.

En ese sentido, es necesario, encuadrar dentro de un contexto histórico, las etapas que han marcado el nacimiento de la prisión como una manifestación de la justicia retributiva, me refiero en estricto y siguiendo a Méndez Paz, a la época feudal, así como los siglos XV y XVI, en específicos en Inglaterra y el sistema holandés, del mismo modo, es importantísimo establecer en ese contexto a la revolución industrial. Estos tres momentos históricos, reflejan el origen del sistema penitenciario en el mundo (Méndez PAz, 2008).

Es necesario, en esta parte de la investigación establecer que, en el sistema feudal, debido a la influencia de la iglesia, no existían instituciones penitenciarias, con los fines que hoy conocemos. Lo anterior, debido a que el castigo, era concebido desde un plano filosófico, muy distinto a la pena como manifestación de la venganza; por tanto, las penas que se establecían, tenían un componente de

correlacionar, siendo el objetivo que la persona recapacite, a través de la reflexión sobre la culpa y logre el arrepentimiento (Ortiz Ortiz, 1993).

El profesor Garrido Guzmán, afirma que en esta parte de la historia (Época Feudal) aparecen, dos formas de encierro que, unas ofrecidas por el Estado y las otras conocidas como prisión eclesiástica, lo anterior, tiene alcances lógicos, sin embargo, en la realidad, afirma el mencionado autor, predominaba las cárceles eclesiásticas (Garrido Guzmán, 1983).

“Las concepciones religiosas buscan justificar sobre la angustia corpórea no sólo en el instante en que la pena se ejecuta, sino, de forma indirecta también, durante el procedimiento” (Cuello Calon, 1958). *“La reciprocidad del delito, falta y pena, penitencia involucrará que no hay mejor que saber si un individuo es culpable por medio de su confesión”* (Vásquez Sotelo, 1984), para así justificar el encierro. De todo esto se puede afirmar que tras la cárcel preventiva llegaría la verdadera Prisión: la punitiva, la penitenciaria, lugar de pena, penitencia- pensada, formulada, construida, administrada, consumada, para escarmentar los yerros.

RUIZ FUNES, asegura que la prisión es un invento del derecho canónico (Ruiz Rufinez, S & Mendoza Bremauntz, 1998).

“En este sentido el modelo penitenciario canónico viene a modificar el camino sobre el régimen del modelo carcelario, dejando como antecedente el aislamiento unitario, arrepentimiento, al igual de la corrección o resocialización del condenado (Se debe tomar en cuenta que la iglesia en esos tiempos era una institución dominante y su

influencia social era muy amplia en todos los aspectos de la sociedad, pero especialmente en el punitivo). Así como algunas tendencias cuya finalidad es la rehabilitación del individuo. Para ello, constituye como precedente importante a la prisión como modelo actual, así como, el lograr disminuir la dureza con un enfoque cruel de un modelo punitivo, haciendo que nazca la pena privativa de libertad, cuyo momento carecía en aquellos tiempos” (Garrido Guzman, 1983).

Este sistema estaba orientado a lograr la corrección moral, y operaba mediante separación de células, trabajo diario, bajo la inmundicia de la regla del silencio y con instrucciones y asilencia religiosa. Se caracteriza este momento histórico, por medio de un incremento en la criminalidad de manera considerable, ello favorece a las penas cuya finalidad son privar de la libertad, teniendo que edificar establecimientos dedicados a albergar vagos, jóvenes rebeldes, mendigos, con el fin de lograr reformarlos.

Frente al problema de la gran masa de gente sin hogar esto se transforma en un problema que se mezcla con los factores económicos y productivos nacientes, exigiendo soluciones radicales. Así las ciudades y naciones de menor tamaño tienden a defenderse mediante instituciones de renombre histórico en el sector penitenciario distinguiéndose como casas de trabajo (Se afirma que las casas de corrección son el verdadero antecedente de la reacción social carcelaria moderna y en ellas está el antecedente directo de las prisiones de los Estados Unidos de América).

Sostiene BREMAUNTZ, que resulta interesante subrayar que la utilización de las casas de corrección coincide con el surgimiento de algunas formas de asistencia social a los huérfanos, enfermos, ancianos y pobres (Méndez PAz, 2008). Si bien es cierto las casas de corrección estaban previstas, para colocar en ellas, a personas capaces de trabajar, pero que no trabajaban y a otros “perturbados sociales”, todos ellos, necesitan de educación para el trabajo y para disciplinar su vida, corrigiendo su modo de vida anterior. De ahí el nombre de casas de corrección, de enseñanza social para toda una caterva de individuos que la organización social de la época generaba (Méndez PAz, 2008).

De las primeras instituciones de este tipo que se tiene noticia, ya con permanencia, son las casas correlacionales inglesas, dedicadas a albergar mendigos, jóvenes de mala conducta, menores rebeldes de mala vida, prostitutas y, en general, personas deshonestas y delincuentes menores, no sancionados con penalidades graves, que eran internados y sujetos a un riguroso régimen de trabajo.

“Los encarcelados abundaban en las prisiones, donde los acusados se encontraban hacinados a la espera que se resuelvan sus juicios, los deudores que no eran solventes, los locos, los que no tenían sentencia aún y estaban a la espera” (Beccaria, 1988).

El arresto no tenía límite de duración, siendo de esa manera arbitraria y a menudo algunos reos pasaban su vida esperando tener su libertad sin que se les diera algún tipo de información acerca de su situación. Acertadamente el maestro BUENOS ARÚS, al referirse a esta crisis afirma “El Derecho penal ha estado en

crisis desde siempre” (Buenos Arús, 2005). ‘Problema que hasta el día de hoy no se han solucionado debido a un sin número de factores (Zaragoza Huerta, 2010).

Con la llegada de la revolución industrial y consigo toda la desocupación, encuentra su fundamento la tesis en donde existe una conexión ya con el modelo capitalista, que ayuda a surgir a la institución penitenciaria que ahora es la reciente. GARCÍA VALDEZ, afirma que: *“con la aparición de la maquina en la historia de la humanidad trae consigo una modernización en los procesos de producción volviéndose estos más ágiles, atravesando un sistema manufacturero, recogiendo como mano de obra un salario bajo, pérdida absoluta sobre la competitividad en base a la producción de estos centros de trabajo con un enfoque fomentado en la desigualdad y destruyendo algunas consideraciones se consiguieron por el proletariado”*. (García Váldez, 1982).

“La desigualdad es el impulso para que pueda resurgir la delincuencia que se reprime sino que es necesaria, por tal motivo, que tener que disminuir el trabajo en la penitenciaria, cuya finalidad es la explotación, la idea de vigilar y controlar, se reduce a castigo, lo que es como ejemplo una organización social cerrada” (García Valdez, 1985).

Afirma, MIR PUIG, que esta nueva concepción de la prisión se encuentra motivada, asimismo, por el pensamiento ilustrado de la época, que considera la pena privativa de libertad una pena racional y ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad (Mir Puig, 1979).

Es necesario en esta parte de la investigación traer los aportes de BENTHAM, quien desarrolló su proyecto desde un punto de vista penológico y arquitectónico, siendo su creación mayor el panóptico (1791). El panóptico era un tipo celular y en esas celdas podían colocarse dos, tres o cuatro presos seleccionados para estar juntos por su carácter y edad, a fin de evitar la contaminación carcelaria.

BENTHAM, “se inclina a las concepciones sobre seguridad, economía y un grado moral; estimando una verdadera estructura basada en la disciplina, con un torre central, con pasadizos absolutamente con la finalidad de mantener el control en el centro penitenciario, basado en el la vigilancia”. (García Váldez, 1982). En esta teoría, BENTHAM, clasifico al delito como el resultado de la falta de disciplina de la gente de clase baja que no se lograron adaptar al sistema industrializado, ya que las cárceles se transformaron en verdaderas máquinas de disciplina, agrandando la idea de marcar la pauta desde la perspectiva disciplinaria en nuevo modelo como este en el tipo social. Este autor considera que los delincuentes eran como niños que carecen de autodisciplina para controlar sus pasiones a través de la razón y que los delitos no son pecaminosos o cometidos por maldad, si no resultado de un cálculo inadecuado de actuar.

Se debería entender que estas aportaciones tuvieron una gran trascendencia, no obstante como afirma CUELLO CALÓN, las ideas penitenciarias de BENTHAM:; *“moldeadas en el panóptico, no logró conseguir una relación pronta que buscaban alcanzar, si primer propósito en Inglaterra era construir una prisión que no llegó a ser próspera por el antagonismo que existía con el creador del modelo y el rey Jorge III”*. (Cuello Calon, 1958).

Debido todas las atrocidades que se cometían en esta época, aparecen filósofos opositores que consideraban que la cárcel debía ser más humana; fusionados por una pasión habitual: *la innovación del método punitivo, sobresaliendo entre ellos: BECCARÍA y HOWARD.* BECCARÍA reconocido por su obra *De los delitos y las penas*, que por intermedio de ello, crear las bases para lograr un cambio humanitario sobre en función de las penas, entendiendo que la finalidad de pena no es Martirizar y afligir al criminal, ni deshacer un delito ya efectuado, sino restringir al recluso de poder generar nuevos perjuicios al ciudadano y apartar a los demás de la misión de otros iguales (Beccaria, 1988). Se prohíbe a la tortura empleada para conseguir la confesión del criminal.

Afirma ORTIZ, que *BECCARIA* propone moderar la prisión, quitar la suciedad y el hambre de las cárceles, promover la compasión y humanidad en las mismas. Por su parte, GUZMÁN, afirma que para *BECCARIA* La pena,: *“se atiende sobre la prevención en general y la ventaja que sería para todos (Garrido Guzman, 1983); asimismo, es indispensable que se tenga que aplicar de manera pronta, cierta y suave, en simultáneo tiempo, declarando partidario de la proporcionalidad que debe concurrir entre el delito y la pena.”* En este sentido se pronuncia *BECCARIA*, que la verdadera justificación de la sanción penal es su utilidad para prevenir delitos.

Los aportes de *BECCARIA* son de suma transcendencia dentro de la evolución de las prisiones a lo largo de la historia, con él se puede encontrar el sentido más humanista de aquellos tiempos a tal grado que nos sirve como principios rectores en esta parte de la historia donde encontramos una cárcel que no deja de ser tan distante de aquellos tiempos, afirma *BECCARIA*, es justa la aseveración de que el propósito esencial de las penas es impedir que se cometan delitos, prevenirlos, y

no satisfacer deseos de venganza por parte de las víctimas, sus familiares o de la sociedad.

Podemos destacar entre los aportes de este autor muchos aspectos del régimen de cárceles moderno, comenzando ahora con una corriente que se llama penitenciarismo, con su base en las formas elementales como es: el aislamiento, trabajo e instrucción; como también se imaginó una cárcel higiénica, para evitar enfermedades y epidemias que hoy constituye el Centro de los sistemas penitenciarios vigentes.

HOWARD, tenía una concepción penitenciaria el cual consistía *en: " un centro cuya función es la reclusión de personas con penas sujetas a un régimen reparador. Es el anhelo de querer cambiar lo que dijo un filántropo inglés quién promovió la palabra penitenciaría por primera vez".* Del mismo el autor señala que la previsión de los gastos relacionados con la ejecución de la pena de prisión, deberá correr a cargo de los gobiernos o con contribuciones de la población del sitio en que estuviese la cárcel (Méndez PAz, 2008). . Aumenta el citado autor, "instaurar una normatividad con un régimen claro y que pueda precisar que tiene que ser objeto de publicidad. Con una postura contraria hacia la privatización de las penitenciarías comprendiendo con gran acierto que siempre va vinculada a un menoscabo para las condiciones de los reclusos."

Al parecer con los pensamientos de estos hombres se pudiera pensar que la situación de las cárceles de aquellos tiempos cambiaría. Al contrario, los centros de reclusión seguían con su característica primigenia que era la crueldad. Es ahí, cuando la figura jurídica, tardó en promedio casi un milenio para lograr formar las

reformas, que inclusive en el siglo XVIII donde la figura de la prisión preventiva nace como un mecanismo de tortura para que logre confesar su delito el inculpado.

Sin embargo, la concepción del pensamiento ilustrado dio tres importantes resultados: primero, da origen a una vertiente entre la postora pública y los gobiernos; segundo, la pena se ejecutaba por intermedio de la norma, contribuyendo con un mayor índice de garantía jurídica para los reclusos; y tercero, se introduce una modificación importante como un sistema progresivo, que sería, el internamiento celular o la restricción de los escarmientos corporales y el uso de instrumentos de terror, como grilletes, esposas, cadenas. (Mapelli Caffarena, 1995)

2.5. CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA RETRIBUTIVA

El modelo de justicia retributiva, siempre ha existido desde la aparición del ser humano; ante un delito cometido hay que retribuir. Ahora bien, a nivel de aplicación de justicia esta palabra se entiende desde una óptica; ha de "pagar", es decir "recibir sanción" por el mal hecho. Para este sistema, la pena es la retribución por el delito cometido; producirle un mal a un individuo que compense el mal que ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. (Villavicencio Terreros, 2006) Ahora bien, en cuanto a este modelo de justicia, han surgido argumentos contrarios, promovidos en el seno del movimiento impulsor de la justicia restaurativa.

Ante el proceso como un punto controversial entre el Estado, como ente que monopoliza la fuerza legítima, legal y victimario, individuo a quién se le identifica con el hecho criminal, se suscita por intermedio del proceso un estadio donde se

encuentran el Estado, el victimario y la víctima. En este tipo de modelo reciente sobre justicia penal, donde el juez toma una postura de decisión, propio del tipo de proceso que se concibe como herramienta para lograr la materialización del iuspunendi estatal, surgiendo de una acción conciliatoria con el fin de poder armonizar un proceso en el que el culpable y la víctima originan, en razón de la igualdad, sobre sus derechos con el objetivo último de alcanzar que se reconozca el hecho y se exija una reparación por los perjuicios ocasionados frente al ilícito penal.

El nuevo modelo de Justicia Restaurativa, se ha visto comúnmente como una nueva figura de la justicia en la esfera penal que se diferencia del sistema sobre la justicia retributiva, entendiendo que, por ejemplo, ZEHR y otros autores valoran el termino de justicia retributiva, identificándolo como el modelo basado en una serie de valores que definen la práctica judicial de castigo que rige las sociedades occidentales. La crítica que se realiza de este modelo por estos autores se basa en esta concepción más que en el castigo propiamente dicho y puesto sobre un ofensor.

La principal actividad de la Justicia Retributiva es fijar la pena y aplicar el daño en cada crimen concreto. Cuando sucede algo malo la finalidad es constituir el castigo personal al autor del crimen. Este modelo está obsesionado con una cuestión: ¿Cómo podemos responsabilizar a alguien por el crimen?; frente a esta interrogante, es que nos atrevemos a dar algunas consideraciones críticas; el infringir castigo refleja una tendencia a seguir un proceso de exclusión de la igualdad en el tratamiento de asuntos importantes, como la determinación de cómo el daño

causado por el crimen debiera ser reparado y cómo se puede, con vistas a un futuro, prevenir nuevas victimaciones.

Estaríamos hablando, en el segundo caso, de los denominados fines de la pena, entendido como prevención general y especial, ¿realmente la pena cumple una función disuasoria para con la sociedad en general y para con el delincuente de cara a actos futuro? Esta crítica constituye la piedra angular del movimiento en contra de la Justicia Retributiva, este modelo está orientado hacia el pasado. Tiende a precluir y marginar la atención sobre el futuro. El modelo de justicia actual está anclado en direccionarse hacia el pasado y se focaliza insuficientemente en el futuro.

El enorme estigma y condicionamiento que produce este enfoque penalizador que domina la legalidad no sólo afecta al propio sistema judicial tradicional, sino que también etiqueta a los criminales. La criminalidad se convierte en una parte inflexible de la identidad social.

El procedimiento para establecer la pena y el castigo es elaborar leyes, definiciones legales y normas, acusar a las personas y promover la salvaguarda de la legalidad. Los acusados de un crimen son frecuentemente advertidos de que serán juzgados con toda precisión y rigor, haciéndoles implacablemente responsables del daño causado. Sus mentes localizan la atención en las formas de obtener una mitigación de su castigo y no en su responsabilidad moral por el daño causado a otra persona. Al hilo de lo anterior, se argumenta que un sistema menos obsesionado con aplicar castigo y dolor a los que causan un daño podría enfrentarse

a éstos mejor, haciéndoles asumir su responsabilidad y encaminarlos a subsanar el daño ocasionado

Se critica que el sistema retributivo se basa en una concepción individualista del castigo que tiende a expresarse a través de ese modelo, basado en que el victimario debe evaluar su propia conducta y como responsable único y último de la misma debe de pagar por ello.

En este sentido, ZEHR, argumenta que esta concepción individualista del castigo choca plenamente con la percepción que muchos victimarios tienen, no viéndose como individuos completamente libres para decidir sobre sus propias vidas. Muchos ven su comportamiento como una forma de actuación determinada por muchos factores que se conjugan, factores socioeconómicos, poca capacidad de control o resistencia, circunstancias, etc. (Zehr, 1990). Muchos de ellos no creen que ellos tengan la libertad que la ley insiste en decir que tienen.

Se trata de pagar ante la sociedad por el daño causado con otro daño igual al causado, se asume que cada crimen genera una deuda para con la sociedad que puede ser medida con precisión y que la cantidad de daño que la sociedad devuelve se calcula y administra con equilibrada precisión.

Antecedentes de estas concepciones son visibles en la Escuela positiva italiana, encabezada por FERRI, GAROFALO y LOMBROSO, quienes se planteaban la posibilidad de que la reparación a la víctima fuera articulada como una modalidad de sanción pecuniaria, considerándola como una sanción de carácter público.

Incluso se proponía que desplazara en algunos casos a otras penas, como las privativas de libertad. En España, Dorado Montero criticaba a GAROFALO por no distinguir de forma clara la pena del resarcimiento del daño. (Gordillo Santana L. , 2007)

Este modelo de justicia, ha llegado a una crisis, a tal punto que el día de hoy se piensa en un abolicionismo del sistema de justicia penal; frente a esta realidad, nos surge una pregunta ¿podría el modelo de justicia restaurativa, superar la crisis del modelo retributivo?

Consideramos que las propias características del modelo de justicia restaurativa. Por un lado, la flexibilidad y agilidad como elementos integradores de la informalidad del proceso comunicacional.

La principal característica de este nuevo modelo es, precisamente, su modo informal e insólito de resolver por un tercero los conflictos. La informalidad en sí constituye la naturaleza misma de éste. Y, por otro, la voluntariedad que requiere, que supone una libertad de la que gozan los sujetos parte del proceso a lo largo del mismo (San Martín Larrinoa, 1997), y la responsabilización de las partes que conlleva todo el proceso de acuerdos.

La Justicia Restaurativa especialmente, la herramienta de la mediación, las cuales analizaremos más ampliamente en capítulos posteriores, a diferencia de otras instituciones utilizadas en la sociedad actual para la regulación o solución de conflictos, parte de posiciones que se distribuyen en un mismo plano y que son transformadas en interés, para con la ayuda de un tercero restablecer los canales de comunicación y generar un tercer espacio donde las partes en conflicto se responsabilicen de sus problemas y participen en la búsqueda de soluciones.

Permite la posibilidad, no dada en por los mecanismos durante el proceso penal, de participar activamente en la adopción de acuerdos desde nuestras emociones, nuestro mundo interno, siendo nosotros mismos los que inevitablemente nos comprometemos a través de la voluntariedad y asumimos los acuerdos a través de la responsabilidad.

Todo esto, en el derecho no es factible por la rigidez y formalización de los procesos judiciales, por la intervención de terceros que manejan exclusivamente nuestro mundo externo (mundo de las posiciones, de los intereses) y por qué la decisión la adopta un tercero desde un plano superior con la aplicación de normas muchas veces ajenas a nuestro conocimiento.

La intervención penal está respondiendo como un sistema sumamente practico para así poder realizar el desempeño de los tratados acordados en la misma, mediante al grado de asistencia, colaboración y responsabilización que en él mismo genera. Prueba de ello es el aplastante bajo número de casos de reincidencia, en este sentido, en Alemania se habla del cumplimiento de los objetivos, archivándose la mayor parte de los casos, en menores se archivaron un 82,2 %, en adultos un total de 87,7%. (Bannenber, Britta & Rossner, Dieter, 1993)

En EE UU, se sostiene que existe un margen de éxito en programas de reparación mediación penal de un 79% - 98% y el indice de reincidencia fue menor que en la justicia tradicional para las mismas muestras (SMITH, 1999). Sin embargo, la Justicia Restaurativa no persigue como finalidad última la reducción de la reincidencia y en consecuencia, no elimina algunas variables criminológicas que han sido tradicionalmente asociadas con la prognosis del comportamiento delictivo,

esto es, la situación de desventaja social económica y la existencia de antecedentes penales.

No obstante, es una realidad que este tipo de programas fomentan la no reincidencia, bien porque existe una concepción de que se te traten con justicia y desenvolver una conducta precisa para el derecho, bien por la carga moral y en último lugar, por la fuerza y activación de mecanismos de control social informal que refuerzan la red social sobre el individuo infractor. (Larrauri, Tendencias Actuales de la Justicia Restaurativa, 2004). Al contrario, el sistema judicial revela en el campo del derecho de familia o penal un alto índice de reincidencia, o ejecuciones de sentencias con modificaciones de medidas, etc. Aspectos que producen el colapso de los juzgados.

Llegados a este extremo, nos planteamos la siguiente pregunta ¿cómo es viable relacionar ambos modelos, sin vulnerar por ello las garantías constitucionales y procesales penales vigentes? La única manera de plantear las relaciones entre ambas disciplinas pasa por la complementariedad de las mismas y no la alternancia en su aplicación.

Pero para ello, para completar dos disciplinas tan diferentes, una cambiante y flexible, la otra rígida y basada en la seguridad jurídica y el principio de legalidad; una con espacios para las partes en la adopción de acuerdos en un mismo plano, la otra desde planos diferentes y en la mayor parte de los casos con espacios solo para los representantes de las partes, es necesario buscar vías de entendimiento que pasan por proceder por parte del Estado a un proceso de legalización y

formalización de la herramienta de la mediación para así no dejarla fuera del derecho. Justicia formal y resolución de conflictos no son realidades diferentes ni procedimientos opuestos o sustitutorios.

Desde la resolución de conflictos aplicada a la justicia no se pretende sustituir a nadie ni a nada, no se pretende sustituir ni prescindir, ni arrebatar ningún contenido ni cometido; simplemente reafirmarlos, mejorarlos, perfeccionarlos. La Justicia Restaurativa no tiene sentido fuera del sistema penal, pero debe de ser llevada dentro del sistema para cambiarlo, para influir en él, tiene cabida como una pieza más del sistema.

Desde este punto de vista, en definitiva, hacer justicia, consiste en reinstaurar una armonía que, racionalmente, resulta conveniente para todas las partes implicadas en la vida en sociedad. Una armonía que es relativa puesto que el conflicto también forma parte de las características vitales y de las posibilidades de progresar. Por lo que vemos, no solo implica una justicia sancionadora y retributiva.

Actualmente se ha dicho que esta teoría no es sostenible por su pesada carga moralista y por agotar el castigo de la pena en un ideal sentido de justicia; empero la doctrina no ha dejado de reconocer que sus postulados de inspiración liberal, representan un límite a la intervención estatal y por tanto una garantía para los ciudadanos. En efecto, según la concepción retributiva de la pena. Pues, como señala HASSEMER «Lo que, sin embargo, caracteriza a las teorías absolutas (...) es el respeto a la dignidad del delincuente.

Según KANT, las teorías preventivas consideran al condenado como un objeto del Derecho de cosas, convirtiéndolo en objeto de estrategias de mejoras en pro del bienestar común. Para HEGEL, la teorías relativas no respetan ni el honor, ni la dignidad del delincuente, sino que lo tratan como a un perro al que se amenaza con un palo» (Hassemer, 1984) .

Como señala HURTADO POZO, esta concepción de persona como fin en sí mismo se conserva hasta la actualidad en el derecho penal moderno, al admitir la imposición de una pena pero sin sobrepasar los límites de la culpabilidad por el acto (Pozo, 2005)

A diferencia de las teorías absolutas que consideran a la pena no puede cumplir ninguna utilidad social, agotándose en sí misma, las teorías relativas de la pena asignan un fin preventivo a la pena, ya sea disuadiendo a los ciudadanos para que no cometan delitos (prevención general) o evitando la reincidencia del condenado (prevención especial). Ahora, esta prevención se puede entender en un sentido negativo cuando su objetivo es intimidar o neutraliza y en sentido positivo cuando la pena está encaminada al reforzamiento de la confianza en la norma.

Por su parte la teoría de la prevención general negativa, quien fue postulada modernamente por Johann Paul Anselm Ritter Von FEUERBACH (1775-1833) con la teoría famosa “coacción psicológica”, mediante la cual el derecho penal representaría la solución a la criminalidad evitando a través de la conminación penal (principio de legalidad) que la colectividad delinca. Lo sustancial para FEUERBACH

era la intimidación mediante la tipificación penal, en tanto que la realización de la pena solo tendría sentido para afirmar la complejidad de la amenaza legal.

No obstante, contra esta teoría se han formulado una serie de críticas. En principio se le objeta por ser una teoría tecnocrática que llevada hasta sus últimos extremos implicaría una instrumentalización del delincuente con fines intimidatorios, atentado de esta manera contra la dignidad de la persona humana. Por tal razón señala HASSEMER: “la teoría de la prevención general, sin referencia al fin de la justa retribución o al principio de proporcionalidad, es insoportable”. También se le objeta la falta de constatación empírica de su efecto intimidatorio, al no poder sostenerse en aquellos casos en los cuales el sujeto no conoce la norma penal prohibitiva ni la posibilidad de la ejecución de la pena, y sin embargo no la vulnera (Hassemer, 1984).

Y aun conociendo la norma, esta teoría parte de una realidad demasiado idealista del hombre, concibiéndolo como un homo economicus, que en cada acción realizada analiza racionalmente los costos y beneficios de su actuar, despreciando así la sobradamente irracionalidad fáctica de las personas, patente sobre todo en el ámbito de la criminalidad patrimonial de escasa gravedad.

No hay que perder de vista la teoría, la prevención general positiva, conocida también con el nombre de “estabilizadora” o “*integradora*” (Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las ciudades postindustriales, 2001). Según esta concepción, la pena no se caracteriza por cumplir una función

negativa de intimidación a la generalidad, sino de un efecto positivo de reforzamiento en la confianza en el sistema social en general y el sistema penal en particular.

A pesar que el mismo JAKOBS le atribuye una función preventiva a la pena, a través del ejercicio de fidelidad hacia la norma, se ha dicho que en puridad no sólo cumple una función preventiva sino también retributiva. LESCH, discípulo de JAKOBS, ha rechazado la denominación misma de “prevención general positiva”, proponiendo en su lugar el nombre de “teoría funcional de la retribución”, que a su juicio expresaría mejor el carácter de esta teoría que oscila entre una fundamentación absoluta y otra relativa de la pena: «sería absoluta ya que se castiga “quia peccatum est” y no “ne peccetur”, pero sería al mismo tiempo relativa porque... no es fin en sí misma, sino que tiene una función, la del manteniendo de las condiciones fundamentales de la coexistencia social» (Jakobs, 1997).

Contra esta teoría se han formulado una serie de críticas que detallamos sucintamente a continuación:

- Se ha dicho que una concepción cuya misión sea la de ejercitar a la ciudadanía en la fidelidad del derecho, de convencerlos de las bondades del sistema, resulta ser más intervencionista que una teoría que sólo busque la intimidación.
- Si esta teoría tiene la misión de integración y estabilización social, desde la perspectiva de la psicología profunda de la sociedad, la pena no hace más que satisfacer la necesidad subconsciente de castigo de la colectividad, canalizando el instinto de venganza (Silva, La expansión del

derecho penal. Aspectos de la política criminal en las ciudades postindustriales, 2001).

➤ También se le ha criticado por instrumentalizar a la persona, pues si lo que prima es el mantenimiento del sistema social, el individuo deja de ser el centro y fin de la sociedad para convertirse en un subsistema físico-síquico (Baratta A. , Criminología y Sistema Penal , 2006).

➤ Se ha objetado su autoritarismo, por considerarla funcional al movimiento expansionista del sistema penal, tanto de extensión como de intensidad (Baratta A. , Integración-Prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, 2006).

➤ También se ha dicho que la vigencia de la norma no puede ser un “fin” de la propia norma y abandonar por completo los posibles efectos de la pena (resocialización del delincuente a la sociedad) (Polaino, 2004).

Así también la prevención especial (negativa y positiva), en su variante positiva, la pena tiene como finalidad la resocialización del condenado, siendo relevante la pena. De lo que se trata es de evitar la reincidencia del delincuente mediante su tratamiento. En tal sentido, las modernas teorías de la resocialización consideran que la reinserción del delincuente le otorga legitimidad y fundamento a la imposición de una pena.

Los ataques al ideal resocializador de la pena han venido desde ángulos diversos. Así, por ejemplo, para extinto BUSTOS RAMÍREZ “la idea de la resocialización parte de la llamada ideología de la diferenciación, de que hay hombres buenos y malos, hombres normales y anormales o peligrosos. De que hay

un orden absoluto verdadero y otros órdenes falsos, de que hay hombres sanos y otros necesitados de tratamientos, que son enfermos” (Bustos Ramirez, Obras completas. Tomo I, 2004).

Nosotros sólo diremos que si bien es cierto la resocialización del delincuente difícilmente se puede alcanzar, al menos es un ideal (no fin de la pena o del derecho penal) que de forma muy limitada importa menos peores condiciones de vida para los internos. En todo caso, lo que sí desde ya rechazamos enfáticamente es que bajo el manto de la resocialización se pretenda utilizar mayor pena como sinónimo de mayor trato resocializador (Garcia A. , 1984)

Es necesario tener en cuenta, las Teorías de la unión o unificadoras, tratando de superar el modelo “puro” de las teorías preventivas y retributivas aparecen las teorías mixtas o eclécticas. Hay de las que parten de una base retributiva, pero arribando a finalidades preventivas y las de base preventiva que tienen como límite la retribución de la culpabilidad. Por otro lado, al interior de las teorías eclécticas cabe hacer mención especial a aquellas teorías que pretenden distinguir los diferentes fines atribuidos a la pena en base al momento de su operatividad (Silva, 1992)

La criminología crítica, sobre la base del “nuevo paradigma” considera que la conducta desviada ya no tiene un sustrato “real” u “ontológico”, sino “definitorial”. Se trata de una atribución a través de ciertos mecanismos y procedimientos sociales de “definición” y “selección”. El delincuente no es aquél que infringe la ley, sino sólo

el que es etiquetado como tal por las instancias criminalizantes y adquiere dicho status.

Desde este enfoque el sistema penal resulta ser un instrumento que responde a una determinada ideología de poder, generador de desigualdad, con altísimos costos sociales, inútil e incapaz de resolver los problemas generados por la criminalidad. De ahí que el sector más radical de la criminología crítica (abolicionismo) haya propuesto su completa abolición (HULSMAN, MATHIENSEN, CHRISTIE). Otro sector de esta corriente, sin embargo, ha sido menos radical y reconociendo las críticas vertidas desde el abolicionismo ha propuesto una reducción del poder punitivo al mínimo postulando un derecho penal mínimo (BARATTA y FERRAJOLI).

No sería necesario indagar más sobre el significado del derecho penal y la pena para los abolicionistas, pues para ellos deben desaparecer. Por el contrario, nos interesa saber cuál es la justificación que los minimalistas atribuyen a la pena y al poder punitivo. A estas reflexiones nos vamos avocaremos en las siguientes líneas. Por nuestra parte consideramos que, aunque estos autores no lo señalan expresamente, la pena (y el poder punitivo) es agnóstica y negativa en cuanto a las funciones y/o finalidades atribuidas por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, útil (positiva) en el estado actual de nuestras sociedades, factor reconocido implícitamente por estos autores cuando optan por no renunciar al poder punitivo, sino por reducirlo hasta donde sea posible, atribuyéndole de esta manera una utilidad positiva.

En otras palabras, desde una concepción agnóstica y negativa, la finalidad de la pena y del poder punitivo, no es renunciable, contrario sensu, todavía sirve para algo, y no precisamente en forma negativa, sino como algo limitadamente útil: hacer tolerable la vida en sociedad. Sostener lo contrario llevaría a plantear inmediatamente la abolición del sistema penal (aboliciónismo radical) sin esperar una sociedad diferente a la actual, cosa no propuesta por estos autores.

Por tanto, lo primero que debemos reconocer es que el poder punitivo no cumple en el plano real las funciones de prevenir los delitos o de resocializar al delincuente; antes bien los efectos son totalmente contrarios. En tal sentido, es recomendable una teoría agnóstica y negativa de la pena, liberadora de los mitos de las teorías preventivas.

En segundo lugar, tampoco podemos aceptar una pena con funciones sólo inocuizantes que concibe al ser humano como un enemigo social, pues perdería total legitimidad en un modelo de estado que pretenda ser democrático y de derecho.

En tercer lugar, debemos aceptar que el derecho penal sólo se justifica en la medida en que se encuentre limitado por los derechos humanos, y como mecanismo legítimo de defensa de estos mismos derechos, a falta de respuestas capaces de resolver los problemas sociales. En otras palabras, el poder punitivo es irrenunciable en la medida en que carecemos, por el momento, de otro instrumento menos lesivo de protección de los derechos humanos.

Finalmente, saber reconocer que en cuanto el derecho a la seguridad es un derecho humano, pero no en el sentido ideológico de las teorías preventivas de la pena que sólo beneficia a unos pocos afortunados, sino en el sentido de una teoría crítica de la sociedad, esto es, enfocando el derecho a la seguridad de nuestros derechos humanos y esta tutela no viene dada por la política criminal sino por una vasta política social y una absoluta desmitificación de la utilidad de la pena.

2.6. BASES DOCTRINALES DEL IUS PUNIENDI

En opinión de MÁRQUEZ PIÑERO, los pilares fundamentales en los cuales descansa el concepto material del delito por el cual existe el poder sancionador del estado son: “El desvalor de la acción, el desvalor del resultado y el desvalor de la actitud interna” (Marquez Ipiña, 1991). FIGUEROA OCAMPO, comenta y se refiere a lo dicho por Márquez y señala que “la reprobabilidad o reprochabilidad, son los que convierten a una conducta en merecedora de pena”. (Figueroa Ocampo C. , 2008) En efecto, tomando en cuenta la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, podemos decir que el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable merecedora de una sanción contemplada en las normas penales, para efectos de salvaguardar el orden legal, además de prevenir las conductas delictuosas.

En este sentido DAZA GÓMEZ, señala que, en cuanto a la concepto de delito; referida a: *“toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable, y según la línea de dichos elementos iniciando con la tipicidad del hecho que se puede valorar y comprobada su adecuación se comprobara lo antijurídico, con lo que se tendrá por integrado el injusto, asimismo, la culpa del autor a partir de su imputabilidad como sujeto, arribaremos a la tipicidad.”* (Daza Gómez, 2006). En este orden de ideas,

para definir, atendiendo a la opinión de FIGUEROA OCAMPO, si una determinada conducta, que implica una acción o una omisión, tendrá que ser castigada, el estado ha inventado el origen legal para salvaguardar los intereses o bienes jurídicos, así como declarar el derecho; por lo tanto, éste orden legal tiene que ser protegido por el mismo Estado (Figueroa Ocampo C. , 2008). Es decir, el poder judicial, está facultado de sancionar o absolver una conducta considerada delictuosa posterior al ofrecimiento de los medios probatorios que el ministerio público o el abogado defensor haya creído conveniente según su investigación correspondiente y que debieron desahogar en juicio oral.

En este sentido, en cuanto a el criterio que tiene que tener el juez al momento de emitir una sentencia, JIMÉNEZ DE AZÚA afirma: *“debe aclararse por el Juez la voluntad de la Ley, considerada objetivamente, pues, lo que en verdad busca el Juez es el espíritu, propósito y razón de la Ley; esto es, su voluntad”* (Jimenez de Asúa, 1990). En tal virtud, el Juez no es un mero aplicador legalista en un sentido literario de los preceptos sino más bien, como afirma FIX-ZAMUDIO: *“el proceso no está reducido a un mero procedimiento regulado por cuerpos legales y leyes ordinarias, sino más bien se traduce en el derecho fundamental a la justicia que todos los seres humanos tenemos, dejando de lado a un simple acceso a la pretensión jurisdiccional ”* (Fix - Zamudio, Hector y Cossio Díaz, Jose Ramon, 2004). Por lo tanto, entrando en una conceptualización de "ius puniendi" ROCCO lo define como "aquella potestad que posee un Estado para proceder en armonía con la normatividad que se dispone como derecho (Perspectiva objetiva) en un sentido

objetivo) que apoyan el logro de su propósito punitivo para intentar con otro lo que exige la propia norma. " (Rocco, 1932)

Ahora bien, a mi comprender, no hay algún improcedente para usar algunas de estas designaciones para hacer referencia a una cosa semejante, ya que, si estamos dialogando de capacidades para poder realizar ciertas funciones de persecución y sanción en el ámbito criminal, está claro que estamos hablando de la presencia de un dominio que solo puede ejercitar el Estado.

El profesor español, MIR PUIG, en distintos estudios sobre el tema, afirma que, esta figura se trata, de una de las formas que cuenta el Estado en para el control social, con suficiencia en la importancia de la materia, que se hace imposible pensar que el Estado la halla monopolizada y además, afirma el citado autor, constituye una expresión de poder por parte del Estado, como herencia de la revolución francesa, en donde esta institución se le dio un carácter de garantía de todo ciudadano. (Mir Puig, 1979)

En tal sentido el Derecho Penal objetivo, como manifestación del poder punitivo del Estado, se puede definir como aquel: "Conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica. Para MUÑOZ CONDE, el tema de la legitimidad del Derecho Penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, una cuestión superflua, pero en cierto modo, está más allá del Derecho Penal propiamente dicho" (Muñoz Conde, Francisco & García Aran, Mercedes, 1998). En

tal sentido, la tan mencionada legitimidad del sistema penal, no puede estar distantes, de los poderes político, así como lo social, económico y jurídico, es por ello, que se argumenta, que la legitimidad del Derecho Penal, del *ius puniendi*, encuentra su fundamento en la constitución política, y en los tratados que versen sobre derechos humanos o la materia en específico. Lo anterior, se ha establecido como un lineamiento para que el Estado no se extralimite en sus funciones, amén, así ha quedado reflejado en las últimas reformas constitucionales después del año 2008.

Otros autores, como PESCE LAVAGGI, reflexionan desde los puntos de vista político y técnico; desde la óptica política, consideran El derecho atravesado sin duda varias etapas de adecuaciones a las necesidades sociales, ejemplo de ello, son las etapas en las cuales el castigo era el fin de la pena y posterior se buscan alternativa, hablando de lo anterior podemos recordar la función del modelo disuasorio-clásico en el cual todo el sistema punitivo cae en castigar al infractor y no visualiza más allá de este, el siguiente enfoque es el resocializador, en el cual se plantea posturas que atiendan a la víctima y no solo al delincuente, pareciera increíble pensar que en tiempos actuales son cosas meramente comunes, pero este tipo de pensamiento en tiempos del siglo XVII causaba una revolución intelectual” (Pesce Lavaggi, 2003).

2.7. IUS PUNIENDI Y LA FINALIDAD DE LA PENA

Debemos partir de la idea que cuando estamos frente a un derecho subjetivo, estamos frente a un derecho sobre otra persona, lo cual, tiene una dimensión de carácter absoluto, debido a que se opone frente a cualquier ciudadano, pero cuando estamos frente a cualquier acción, se convierte en una dimensión relativa. Claro que

el derecho de actuar por parte del Estado frente a cualquier reo, e el reo, no solo se centra en la persona, sino que va un poco más allá, es decir, al interés público, en la protección de bienes jurídicos protegidos. El interés público, como fundamento en el derecho penal, como sentido objetivo, se oriente a “la protección, a través de normas legales de bienes humanos e intereses en la existencia individual y social, contra acciones humanas ofensivas.

Pero llevar a cabo este poder no es opcional, es más bien forzado, debido al interés público que recae en este. En este caso, al estado al otorgársele un derecho a castigar es también un deber legal, que el Estado tiene que establecerse de manera obligatoria.

Esta obligación del Estado es sólo moral o ética en la medida en que no puede ser exigida en modo alguno por alguna entidad jurídica, pero se transforma en un deber jurídico a manera contraria; es decir, cuando el sujeto es afectado por un delito que afirma que la entidad Estatal actúa por el castigo del acusado por el cual es reconocido.

Esta legalidad a la protección jurídica, mediante sanción, de los bienes o intereses lesionados que pertenece. Su propósito es una presentación positiva del Estado (el poder ejecutivo). Y, por último, concluimos que el derecho cívico no aplica como un derecho subjetivo particular para castigo de los culpables, porque sólo corresponde al Estado.

Puede referirse al derecho de la norma general del Estado y a la retención general de los sujetos al Estado. Comenta que esto debe de formularse como: a)

La autoridad que tiene el Estado para decretar normas penales que son una cualidad de la autonomía del Estado, y b) un poder punitivo que corresponde al juez: "la autoridad de castigar es un poder legal, es decir que está regulado por la ley" (Binder, Diez tesis sobre la reforma de la Justicia Penal en América Latina núm.3, 1996).

KELSEN es uno de los juristas que critica la teoría de los derechos públicos subjetivos. Es de conocimiento, que en gran medida ha sido superada, teniendo como presupuestos filosóficos; sin embargo, es de suma importancia las portaciones de este autor, para poder distinguir una teoría de los derechos subjetivos más acordes a los fines del Derecho y con ello, la protección de todo el ordenamiento jurídico. Y es que ese poder absoluto que tiene el Estado para perseguir el ejercicio de la acción penal se ve superado, según Kelsen, cuando estamos a estados absolutos o en tiempos de la monarquía (Hans, 1974).

Se ha afirmado en supra que Kelsen, es uno de los autores que critica a la teoría de los derechos subjetivos y es que, este autor, extrae conjeturas jurídicas en cuanto a la sumisión del Estado de derecho, como límite, para cualquier intervención, debido a que el Estado queda en igual posición que los ciudadanos cuando se refiere a derechos subjetivos, es decir, ambos se someten al Derecho.

El derecho subjetivo debe ser entendido como aquellos atributos que otorga la ley a las personas, traducidos en facultades e inherentes para obrar en intereses particulares y colectivos. Sin embargo, es menester establecer que cobran importancia este tipo de derechos cuando existe una restricción por parte de un

tercero, que puede ser el estado o un particular, denegar las facultades conferidas a todos. Por ello en atención a lo anterior, traigo a colación lo establecido por el profesor Ocampo, cuando establece que los derechos subjetivos forman parte de aquellas limitaciones que tiene el estado frente a cualquier ejercicio legítimo de su actuar (Figueroa Ocampo C. , 2008).

Algo que se hace importante mencionar es que los derechos subjetivos siempre requieren que no sean una simple ilusión o una mera expectativa de exigencia, si no por el contrario encuentren un fundamento para poderlos reclamar frente a los demás. Por ejemplo, no podemos exigir algo, por la mera voluntad, si no está prescrito por una ley, por tanto, es necesario tener presente que para reclamar algo necesariamente tiene que estar muy bien definido el objeto por el cual vamos a imponer una decisión frente a los demás.

García Pablos afirma que, para estar frente a un derecho subjetivo es necesario que este cumpla con tres condiciones *sine qua non*, es decir que este tenga un objeto, una garantía y una tutela; en cuanto a la primera (Objeto) necesariamente se está refiriendo a una cuestión ideal o a una conducta descrita por la ley; en cuanto a la segunda (Garantía) se requiere que este deber jurídico obligue a todos, incluso al estado a la satisfacción de los intereses ajenos; en cuanto a la tercera (Tutela), el profesor afirma que el derecho subjetivo es una situación jurídica que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión o el peligro de un interés (García Pablos, 2014).

Pasará (2014), afirma que los derechos subjetivos públicos, surgen en Europa, precisamente, en Alemania, en donde se consideraba desde una óptica doctrinal, que estos derechos, se consideran como la potestad que tiene todo ser humano, la cual está reconocida por el ordenamiento jurídico, relacionado hacia un bien o un interés público (Pasará, 2004). En tal sentido lo que se busca regular a través de estos derechos es aquella facultad inherente que le pertenecen al hombre, en su cualidad de ser humano y en respeto a su dignidad humana.

Esta voluntad o facultad del ser humano, al momento de ser parte receptora del estado, este la convierte en derecho subjetivo público, dando origen a la capacidad de exigir el reconocimiento y el actuar del estado, siendo este último en su calidad de potestad jurídica en tal sentido las exigencias individuales de toda persona, convertidas en derechos, hacen posible que el estado, como garante actué frente alguna lesión opuesta en jurídico de alguna libertad o derecho en un determinado caso.

Hernández Valle los derechos subjetivos públicos, tienen una doble connotación, por un lado, desde un ámbito formal, estos derechos, establecen pretensiones jurídicas, que derivan directamente de las cualidades de las personas sujetas de derecho. Y, por otro lado, desde un enfoque material, estos derechos constituyen o pertenecen a los individuos, en su condición por ser parte de un estado. De lo que se entiende que una de las fuentes que da nacimiento a los derechos subjetivos es el estado, y así como los instrumentos jurídicos que dan forma y validez a los derechos objetivos. (Hernández Valle, 1990).

Los derechos subjetivos, se convierten en la capacidad de poner en movimiento las normas jurídicas, en cualquier campo del derecho, las cuales pueden ser civiles, penales, laborales, mercantiles, etc. Como consecuencia de ese ejercicio de las normas el estado actúa como un garante, en su relación entre individuos y estado. Por tanto, no podríamos hablar de intereses particulares, sino más bien de intereses públicos, en su relación dinámica estado-individuo.

Los derechos subjetivos públicos, reaccionan bajo la idea de la teoría de Autolimitación del Estado, es decir, que el estado no solo reconoce las facultades de las personas, sino que, se autoimpone el deber jurídico de actuar con el fin de garantizar los derechos individuales a través de instrumentos jurídicos, como la constitución y las demás leyes que dan armonía al ordenamiento jurídico nacional. En México después del año 2008, considero que el estado ha pasado a ser más garante que antes, debido que ahora impone al actuar de toda autoridad, como límite los derechos humanos y las garantías constitucionales que se protegen a nivel supranacional.

Contrario a lo establecido en el párrafo anterior, me queda una reflexión a la autolimitación que tiene el estado, por la satisfacción de los intereses públicos de sus ciudadanos. Esta preocupación se debe a que es el mismo estado quien se auto limita por su propia voluntad, sin presión de algún ente externo, por lo tanto, en cualquier momento puede eliminar por voluntad propia esas autolimitaciones. Es lo que, en algunos países tipo Venezuela, en donde se a desprotegido los intereses sociales, por los intereses políticos que percibe el gobierno del presidente Nicolás Maduro.

Los derechos subjetivos públicos, se extienden en la normatividad del derecho positivo, es decir aquellos derechos que se les reconoce a los hombres, dentro de la clasificación de los derechos humanos, como derechos civiles y políticos, reconocidos ampliamente por la constitución y otros cuerpos legales. De ahí que los cuerpos policiales, deben asumir el compromiso de hacer posible la eficacia de los derechos subjetivos.

Esa relación que hace referencia Kelsen, se deriva de innumerables deberes jurídicos introducidos en las normas de carácter penal. En tal sentido, con necesidad de establecer un mejor criterio, se cita textualmente a Kelsen cuando afirma que: "La persona-Estado no está obligada a cuando ellos los quieran, sino cuando sea necesario llamarlos a legislar; y debe necesariamente cumplir con estos deberes, siempre y cuando estos hombres no los revoquen, de acuerdo a su plena y libre voluntad."

Asimismo, para Kelsen, considera que es imposible ubicar al Estado, tomando en cuenta el poder que ostenta, individualmente en preponderancia, con respecto a cualquier, sujeto de derecho, como el caso de un ciudadano de a pie. Si tomamos en cuenta que el Estado como una persona jurídica, de la cual, se derivan la titularidad de derechos y deberes, sólo puede ser considerado como obligado en cualquier relación jurídica, eso delimita el actuar del Estado, frente a los demás, como una cuestión de coordinación, en su relación con los sujetos de derechos, quitándole toda superioridad (Hans, 1974).

En el discurso criminal positivista influyó notoriamente en el desarrollo del sistema relacionado a los derechos públicos subjetivos. Veamos, primeramente, en KARL BINDING. En consecuencia, la subordinación desigual del residente a la entidad estatal, todas las faltas según BINDING, llevan a la desobediencia; son desprecio o falta de respeto por parte de los sujetos. Además, los crímenes se consideran un perjuicio tanto a un derecho o al deber; un perjuicio al derecho de la entidad estatal a ser cumplido y un perjuicio a la obligación de sumisión que los sujetos tienen para él. Aunque propiamente dicho, los crímenes no constituyen un daño al sistema jurídico ni al Estado, aunque considere que van en contra de las normas que los prohíben y, por lo tanto, son ilegales (Laurrauri, 2004).

Si un crimen afecta a otro derecho subjetivo diferente al de la obediencia al Estado (como, por ejemplo, el derecho de propiedad intelectual), el inconveniente penal no se refiere al derecho subjetivo individual ni a los derechos jurídicos. Sin embargo, los comportamientos antijurídicos usualmente dañan y en riesgo los derechos legales vinculados a los mencionados anteriormente, como objetos de comportamiento principalmente antijurídicas frente al sujeto que ha cometido un crimen, el derecho a la mansedumbre que tiene.

Este derecho se concede como un derecho subjetivo del Estado a la pena, "con el fin de diferenciarla del derecho punible de una manera material u objetiva, considerado como un grupo de propuestas legales" (Rechtssätze) "que un presunto hecho" (Tatbestand) se relaciona a una sanción.

Traducido al sistema jurídico penal, el derecho penal subjetivo, como poder estatal, forma parte de la indemnización. El Estado delimita los derechos jurídicos mediante una sanción basada en la ley, se sanciona al infractor como indemnización por su violación irreparable de la ley, a fin de restablecer la autoridad de la ley violada. Al mismo tiempo, es una expresión y medida de la importancia del Estado en la observancia de la ley, a la que está obligado; por lo tanto, sobre la base para que se lleve a cabo la ley, el deber de sancionar al Estado. Las sentencias son nepeetur, a disimilitud de las sanciones por crímenes quia peccatum. De hecho, esto acredita el acopio de castigos disciplinarios, bis in idem. El Estado es el único sujeto del derecho natural para ejercer las penas.

Como compensación por la violación de la ley, sentencia se distingue de un castigo correctivo que es, principalmente, el sistema de enseñanza correctiva. Un castigo correctivo no aplica en las sanciones, más bien aplica en las transgresiones de las prácticas sociales asimismo a los asociados de colegios de abogados, entidades religiosas, estudiantes universitarios, etc.

El Estado tiene el derecho exclusivo de ejercer el derecho subjetivo de castigar al culpable. Con respecto a esto, la posición de BINDING está totalmente garantizada, ya que asimila el hecho de que el castigo de una persona inocente está completamente fuera de la ley positiva; sea el castigo de un inculpado de manera errónea, de la familia o de los relacionados del responsable. Tal posición de garantía es contraria a las corrientes de su tiempo: de la misma manera no admite el castigo del "delincuente nacido", ni del delincuente que nunca ha cometido un crimen, dado que son declaraciones aterradoras que ningún sistema legal debería contener.

Conceptualmente, el derecho penal subjetivo ayudo en primer lugar a restablecer la relación legal entre el Estado como legislador penal y el Estado capacitado para imponer sanciones; Posteriormente, basándose únicamente en el Código Penal, mostró la relación a través del Estado autorizado para la sanción y el infractor.

En realidad, BINDING dirigió su interés después de ver la aplicación de la Ley, sólo tendría que considerar la asunción de hecho y castigo, es decir, el derecho penal, así como BINDING. En consecuencia, la LISZT lo criticó por limitar el delito a un acto de desacato, dejando de lado el derecho legal. La perspectiva de LISZT era extensa, incluía el momento anterior de la decisión política, ya que es allí donde se considera si es apropiado dar a conocer alguna norma criminal, por lo tanto, a diferencia de BINDING, entendía que "el derecho legal no proviene de la Ley, sino de los hombres.

El fundamento de la pena ha sido meritorio de auténticos tratados, todos intentando justificarla y adecuarla a la realidad en cuanto al desarrollo socio/jurídica que se viva en su tiempo y momento, en el que se organiza y convive una sociedad determinada, lo que BOTTKKE denomina contactos sociales, de los que se puede derivar: "Contenido comunicativo de la violación de la norma a través de su presunta o expresa violación, o confirmación de ella, a través de su observancia", siendo el caso, que identifica como delito "ese estado de cosas que, en hechos concretos, permite presumir violaciones de la norma punible ", que deriva" para ser procesado en el marco de un proceso penal".

Buscando el fundamento del derecho a penar los delitos, se encuentra que los individuos se vieron en la necesidad de ceder parte mínima indispensable de la propia libertad, siendo el caso, que el cúmulo de esas libertades, forma el derecho de penar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho, y, mientras las penas estén apegadas a derecho, así como en cuanto a la seguridad, se a mayor su observancia e inviolabilidad mayor será la libertad que el soberano conserva a sus súbditos; haciendo énfasis, en que siempre será mejor prevenir los delitos que castigarlos (Bassedas, 2012).

El profesor alemán, C. ROXIN, al referirse a la legitimidad de la pena, afirmaba, que ésta solo sólo tiene carácter de legítima, si de justificaba en su necesidad social, y al mismo tiempo, se apareje a lo justo, evitando así, cualquier perjuicio de otra índole, que sobre pase los estándares de la culpabilidad, frente a los intereses protegidos por la constitución.

En tal sentido, ROXIN se muestra en contra de la pena absoluta sin finalidades preventivas, ya que dice ello no es propio de una Constitución democrática; así mismo, difiere en cuanto a que la pena tenga solamente un fin preventivo, ya que la pena en sí, contiene un reproche personal contra el autor, aunque para que sea justa, debe ser comprendida por quien haya delinquido, como merecida (ROXIN C., 2001).

Ya MONTESQUIEU indicaba que *“es esencial que las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar más bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso”*. Con lo

anterior, MONTESQUIEU dejaba en claro que era partidario de la proporción en las penas, pensamiento al que se une Baratta, al manifestar que *“si se establece una pena igual para todos los delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si encuentran que a éste va unida una mayor ventaja”* (Baratta A. , Criminología crítica y crítica del Derecho Penal, 1989).

De manera tradicional y generalizada, la doctrina distingue tres clases de teorías: Las absolutas, las relativas y las eclécticas (Ávila Aguirre, 2011). Es así, que la idea de la pena como mero castigo o retribución está vinculada a una determinada concepción filosófica del Estado y del hombre; y lo mismo puede decirse de la idea que ve en la pena un medio para la enmienda o resocialización del delincuente, posturas filosóficas que se mueven entre el jus naturalismo y el jus positivismo, con mayores o menos abstracciones (Alcalde Rodriguez, 2003).

I. Las teorías absolutas son retribucionistas, tienen como base valores absolutos y, por tanto, su función es en materia de metafísica: la realización absoluta de la justicia. Estas corrientes ven al crimen con un fin en sí mismo, en un sentido retribucionista: imposición de un mal por un mal cometido, que buscan infligir al delincuente un mal semejante o equiparable al que cometió. En este sentido, la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido (Islas De Gonzales Mariscal, 2010).

JULIO MAIER asegura que las teorías absolutas derivan *“la idea de la pena como expiación o retribución del crimen, que legitiman el castigo sólo como mal inferido a quién había obrado mal (retribución) y lo*

prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos”. (Maier J., 2004)

La retribución no es una finalidad "pero si la esencia misma del castigo. Cuando una persona comete un delito (daños o amenaza intereses legales), como respuesta a ese comportamiento nocivo, el poder público realiza funciones para llevar a cabo la privación o restricción de la propiedad del autor del delito. Esta privación o restricción de bienes es una retribución " (Islas De Gonzales Mariscal, 2010).

Por ello, ALESSANDRO BARATTA asegura que “la pena satisface también la necesidad de castigo de la sociedad mediante su inconsciente identificación con el delincuente, por lo que considera que la concepción retributiva y la preventiva, no son sino racionalizaciones de fenómenos que hunden sus raíces en el inconsciente de la psiquis humana” (Baratta A., 2004).

De acuerdo al doctor VIDAURRI ARÉCHIGA, que las teorías absolutas (retributivas) se justifican de manera exclusiva como consecuencia del delito cometido, aplicándose simplemente porque se delinquirió y no teniendo ningún fin específico, derivando a que al mal que representa el delito, se opone el mal que representa la pena. En el caso de la prevención general, debe entenderse que se identifica el fin de la pena con las intimidaciones que se causa a los miembros de la sociedad, pretendidamente para que eviten la comisión de delitos (Vidaurri Arechiga, 2012).

Es así, que las teorías absolutas son una especie de justicia retributiva, que como acertadamente lo manifiesta la doctora MÁRQUEZ ALGARA, se fundamentan en dar un mal por otro mal, en retribuir al delincuente con un castigo, es la venganza institucionalizada por el Estado (Márquez Algara, 2012); donde los efectos secundarios, con frecuencia más que casual lo son la maculación y la desocialización del penado (Bottke, La discusión actual sobre los propósitos del castigo, 1997).

Es de considerarse, que las penas retributivas apegadas a los principios de legalidad y de proporcionalidad, así como a la dignidad humana, no se suponen contrarias a la libertad, ya que el Derecho penal en sí, resulta esencial para la convivencia en una sociedad democrática apegada a su Constitución, entendiendo que es desde la propia Constitución que se ordena salvaguardar la dignidad humana y privilegiar la libertad en todo su sentido democrático, por lo que la pena retributiva debe ser considerada , aunque como última ratio.

II. Las teorías relativas sostienen de manera general que el castigo cumple una función socialmente útil de prevención del delito. Por lo cual, el criterio legitimador del castigo es utilitario. Dentro de estas teorías se encuentran "las que postulan como fin del castigo la prevención general (negativa o positiva) y las que afirman que dicho fin es especial (negativo o positivo)", (ISLAS DE GONZALES MARISCAL, 2010).

a) Prevención general negativa; tienen como representante más significativo a Feuerbach. Señalan que la funcionalidad del castigo es la de disuadir los impulsos delictivos de sujetos indeterminados; en otras palabras, es desalentar a la generalidad de las personas a la comisión de delitos. De acuerdo a estas ideas, se podría pensar que mientras más graves sean las penas, más fuerte será su efecto intimidante, idea que sería sumamente negativa (Islas De Gonzales Mariscal, 2010). Por su parte, BOTTKE considera que "la prevención general negativa o intimidatoria es un efecto secundario, sustentable especialmente de la descripción jurídico-penal de los delitos y consecuencias asociadas al desarrollo del proceso" (Bottke, La Actual Discusión Sobre Las Finalidades De La Pena, 1997).

Prevención general positiva. -Considera que la pena refuerza la conciencia jurídica en general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico; "refuerza los mecanismos de control de la valoración, relacionados con la confianza en el sistema jurídico" (Islas De Gonzales Mariscal, 2010).

De acuerdo a JAKOBS GÜNTHER, se denota que:

"La teoría de la prevención general positiva, no debe denominarse "prevención general" porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino

porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma” (Jakobs, 1998).

BOTTKE simpatiza con este razonamiento y formula la tesis de que "el propósito de la pena (y los actos procesales que la preceden) es la conservación de la norma", es decir, la prevención general positiva (Bottke, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, 1997). Aunque cabe agregar que la conservación de la norma no es en sí mismo un objetivo final, sino, que lo significaría la convivencia en sociedad organizada, con derechos y obligaciones, lo cual es fundado en la norma.

c) Prevención especial negativa estima que la función de la pena es inhibir al sujeto que ya llevo a cabo un ilícito, para no recaer en ello. Es prácticamente, una coacción psicológica. En este caso, la función de la pena se orienta sobre el autor de un delito, para evitar la reincidencia. Al respecto, habrá quienes, a pesar de la pena, no desistan de sus propósitos delictivos; por tanto, será necesario combinar “los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías, empíricamente formuladas” (Islas De Gonzales Mariscal, 2010). Sin embargo, BOTTKE afirma que "la prevención negativa especial no puede ser el propósito general de los costos retributivos y los actos procesales que la preceden" (Bottke, El debate actual sobre los propósitos de la sanción, 1997).

d) Prevención especial positiva. - La función del castigo es "el refuerzo del valor positivo de la persona, la mejora de los atrasos de quienes han delinquido” (Islas De Gonzales Mariscal, 2010). Destacando que, corregir en lo posible al delincuente

y reinsertarlo en la sociedad, es un objetivo particular de “las teorías de la prevención especial”.

La "prevención especial positiva", para BOTTKE, "no es ningún propósito de la pena que se puede solicitar", ya que constituye, "la misión, el desafío de la privación de libertad y los menores", y considera que esto es "Lo que su ejecución debe aspirar", enseñando al autor del delito, que "debe responder a la sociedad mediante el castigo, por el mal uso de su libertad a pesar de su accesibilidad normativa" (Bottke, La discusión actual sobre los objetivos de la pena, 1997).

BECCARIA repele la noción de la pena como retribución y expiación, al asegurar que *“el fin de la pena no es otro que impedir que el delincuente cause nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo que él hizo. Por tanto, indica que las penas y el método de infligirlas deben ser elegidos de modo que, guardada la proporción, produzca una impresión más eficaz y más duradera en los ánimos de los hombres, y menos atormentadora del cuerpo del reo”* (Beccaria, 1988); con lo que, a la vez, deja en claro que coincide con las teorías relativas.

Es el caso, que” las teorías de la prevención especial y general” son “relativas”, esto es, teorías vinculadas a fines, que pretenden conseguir con la pena efectos sociales, influyendo sobre el autor o sobre la generalidad con el objetivo de la evitación del delito (Roxin C., 2001).

III. Las teorías de la unión. Éstas pretenden combinar los principios relativos a la función de la pena (principios que legitiman la pena); es decir, se busca combinar la retribución con la prevención, tanto general como especial. “la pena será legítima

para estas teorías en la medida que sea a la vez justa y útil”, sin embargo, bajo consideración de OLGA ISLAS, estos dos criterios difícilmente pueden coincidir, y en ocasiones son hasta antagónicos, por lo cual algunos autores seguidores de estas teorías ponen más énfasis en la justicia (retribución) y otros en la utilidad (prevención) (Islas De Gonzales Mariscal, 2010).

ROXÍN en cambio, considera que una teoría de la unión que vincula prevención y justicia no es una confusión ecléctica de enfoques heterogéneos. Antes bien es ella, en su insistencia por una justificación acumulativa, la única posibilidad aceptable de justificar suficientemente el poder punitivo del Estado, propio de una democracia. En este sentido, manifiesta que “no solamente la pena requerida preventivamente se encuentra limitada por la culpabilidad y su medida, sino también que la pena adecuada a la culpabilidad únicamente puede imponerse dentro del marco de lo preventivamente indispensable, o sea, la pena debe quedar por debajo de la medida de la culpabilidad si ello es preventivamente razonable” (Roxin C., 2001).

BOTTKE distingue en el campo teórico, lo que él llama "tres consecuencias negativas que pueden acompañar el proceso": I.-) La "naturaleza conductiva de las ventajas del hecho", que "suprimir el beneficio de los beneficios del delito señalados por el acto punible "; II. -) Los de carácter restaurativo, que "vienen a reparar los daños causados por el delito"; III. -) Consecuencias consistentes en la producción de costes, en forma de pérdida de libertad. Explica que las dos primeras "(conductivo y restaurativo) encontrar su modelo en las consecuencias pre-penales", son "medidas accesorias de carácter restaurativo, por ejemplo, la

imposición de una indemnización por el daño o una conciliación entre el autor y la víctima" que las consecuencias productivas se identifican como retributivas, estas últimas sujetas al principio de proporcionalidad (Bottke, El debate actual sobre los propósitos de la sanción, 1997).

Con la anterior triple clasificación de BOTTKE, éste discrepa de la tradicional distinción entre penas y medidas, mismas que ambas las identifica como retributivas, ya que las penas son impuestas de acuerdo a la proporcionalidad del hecho y de la peligrosidad, mientras que las medidas en sí, las identifica como costes de producción preventivos, las cuales son semejantes a la pena, ambas ligadas al principio de proporcionalidad (Bottke, La discusión actual sobre los propósitos del castigo, 1997).

Se insiste en que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se debe privilegiar al máximo la libertad y dignidad del individuo y, como consecuencia, esto debe reflejarse en la pena, misma que debe ser orientada desde las propias disposiciones constitucionales, encontrando que la adopción del sistema penal acusatorio, así como los principios y disposiciones elevadas a rango constitucional en México, nos permiten considerar que se debe privilegiar los medios alternativos de resolución de conflictos y la propia justicia restaurativa, antes de imponer una pena, dentro de lo que, para lograr tal objetivo, cobra especial relevancia el principio de oportunidad

2.7. LA RESOCIALIZACIÓN FRENTE A LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL

De las grandes críticas que ha sufrido un sistema resocializador es la falta de

atención pos-penitenciaria, la cual no se planteaba un seguimiento al sujeto una vez que regresaba a su vida, razón por la cual la rehabilitación del sujeto quedaba solo dentro de los muros de una prisión la cual ya enfrentaría varios cuestionamientos en su déficit de control y administración.

Al igual de la imperante necesidad de contar con mecanismos jurídicos que le faciliten su reintegración a la sociedad sin dañar los fines generales de la prevención. Ahora bien, la idea de tratamiento ha de asociarse con la idea de oferta y nunca con la de imposición.

Es relevante que dichas estrategias no han logrado su principal fin, reinsertar, así como encaminar al sujeto que ha delinquido y se encuentra en prisión. En opinión de GIMÉNEZ-SALINAS, “Recientes investigaciones, en nuestro país, han demostrado que existe una correlación entre la edad de entrada en prisión y la reincidencia” (Gimenez Salinas E. , 1999). Así RUFINEZ & MENDOZA acen la demostración dentro del análisis, “cuantos más jóvenes ingresaban a un centro penitenciario, mayor número de reincidencias posteriores tenían”. (Ruiz Rufinez, S & Mendoza Bremauntz, 1998)

Se tiene la noción amplia que acredita y afirma que en sistemas penitenciarios ha causado que los individuos recaigan.; en el cual se considera como una noción donde se generan organizaciones, asociaciones del delito, donde entre los prisioneros encuentran la idónea afinidad para sucesivos delitos. Por lo que el establecimiento penitenciario, constituye un factor criminógeno, creando una genuina subcultura, con propio reglamento ético, sus códigos, su lenguaje, sus aspectos, con intereses propios, etc. En resultado no se puede excluirse la subsistencia, no puede ser ignorada la prevalencia de una victimización, del

delincuente. La prisión se mantiene al margen del método de reeducación social y la variable actual está entre su rechazo y su reaparición como instrumento represivo.

Surgen los movimientos que muestran la tendencia a favor de una mejor protección de los derechos de toda persona y además ofrecen gamas de buscan las alternativas a la prisión, debido a los graves cuestionamientos que se le da a la prisión. Todo lo anterior, basado en argumentos sólidos de la teoría del etiquetaje (Teorías del Labelling Approach). Se buscan métodos preventivos para aplicar penas diferentes a la privación de la libertad hablándose, en algunos casos, de los trabajos en beneficio de la comunidad como suspensión, sustitución o condición de la pena privativa de libertad (Varona Rodriguez, 2014).

La aplicación del internamiento penitenciario muestra las secuelas de este y la tensión entre los fines declarados de la pena y la realidad de su aplicación. Particularmente preocupantes cuando afecta a los sectores más jóvenes, ha impulsado lo que se ha denominado “movimiento descarcelatorio” y de “derivación” sobre cómo contener la conducta antisocial en instituciones que no han sido contempladas dentro de sociedad. *“El error de la prevención especial en la justicia juvenil da como resultado el modelo de Justicia Restaurativa.* (Perez Cepeda, 2014). A diferencia de lo ocurrido en épocas anteriores, es necesario que en la actualidad, se busquen alternativas científicas a la prisión, que se inspiren en la tendencia de la justicia restaurativa; esta es una tarea fundamental, más aún cuando entramos a los albores de un Estado moderno (Hornle, T & Reyna Alfaro, Luis Miguel, 2003).

2.8. LA VUELTA A LAS TEORÍAS RETRIBUTIVAS

El Derecho penal sancionador permanece sobre quien ha cometido una transgresión a las leyes: cuya finalidad retribucionista destina a quien recibe el daño

(víctima) y es ajena a él, a una postura marginal en el seno del mismo.

Dado a ello, en el proceso penal impera la inquietud por el papel que desempeña el inculpado, así como el de sus garantías y derechos sobre los de la víctima. Lo que debe promoverse es una política integral de protección para satisfacer los derechos humanos de todos. (Baratta A. , Seguridad, 2001).

2.9. EL NACIMIENTO DE LAS AS TEORÍAS ABOLICIONISTAS

Los planteamientos abolicionistas tuvieron, inicialmente, un gran peso en el nacimiento del movimiento de Justicia Restaurativa. En un escrito resaltante difundido por CHRISTIE: ¿De quién son los conflictos?, hace referencia su cuestionamiento a la apropiación que genera el Estado cuando plantea el delito como una relación de un vínculo entre el Estado y delinciente, dejando de lado a la victimado cuanto, a la determinación del problema en cuestión, y opta por enfrentarla con su agresor. Declara que los profesionales del derecho se adueñan de los problemas, incluidos los delitos, dando como consecuencia el rezago de los individuos en los que tuvo origen tal problema.

Estas teorías son de la concepción de que el Derecho penal, más allá de resolver los conflictos, crea otros nuevos, a la vez que es tremendamente injusto y selectivo en quienes hace caer su peso. Básicamente, persigue lo que podríamos denominar la devolución a la a sociedad civil del poder en la resolución de sus propios conflictos. Defienden el postulado de que una sociedad sin derecho penal tendría muchos más visos de funcionar mejor y, sin duda, prueba de ello son las encuestas de autodenuncia y de victimación donde se sigue reflejando una alta cifra oscura que demuestra que todo sigue igual que siempre y que la criminalidad no disminuye.

Parte de un paso más allá en la justificación de las teorías y de la criminología crítica. No obstante, tal postulado se enriquece con las críticas hacia las diferentes vertientes de la Criminología relacionada a la reacción social, dado que su primer postulado se refiere a la necesidad de cambiar la idea de lo que significa el delito y el papel en que juega el Derecho penal.

Como afirma POLITOFF: “La gran revolución del pensamiento abolicionista no significa que de un momento a otro se cierran las cárceles y se envían los códigos penales para que queden de evidencia en los museos. Lo que se plantea es la separación del universo del sistema penal y la separación sistemática en la vía de reconocer cada conflicto. (...) (Politoff, 1984). Se trataría más que de un paradigma de una perspectiva incompleta frente al control social en las sociedades modernas y pasa por ser la alternativa más radical, ya que persigue la erradicación del Derecho penal (Neuman U. , 2014).

Podemos señalar, a pesar de todo, que algunos de los planteamientos de la Teoría abolicionista ponen el dedo en la llaga, especialmente con su respuesta por excelencia, la cárcel. Inevitablemente, estemos o no a favor del citado movimiento, es evidente que hoy por hoy se torna utopía, aun así ha abierto caminos de interés y entre ellos favorecer el nacimiento de una “justicia restaurativa”, para poder resolver sus propios conflictos en la mediación entre víctima y victimario” (Pavarini, 1987).

CAPÍTULO III

EL NACIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1. EL FRACASO DEL MODELO DE JUSTICIA TRADICIONAL

El Derecho, como institución que ha evolucionado a la par de la sociedad y como creación del hombre, no siempre ha estado ligado a la concepción de pena, o amenos a la que conocemos en la actualidad; y es que el concepto de pena, tiene sus orígenes en el siglo XI, es ahí donde aparecen los primeros estudios. En el mismo sentido, igual se puede afirmar que tampoco se hacía una distinción entre Derecho civil y derecho penal.

Si nos remontamos a los orígenes de la pena, esto se puede dividir, en cuatro etapas bien señaladas, entre ellas, en un inicio se concibió la idea del nacimiento del delito, separado del daño y pecado, las cual, se observa las consecuencias de la transgresión directamente contra el Estado y la sociedad; en la segunda etapa, es decir, una vez identificado los afectados, es necesario, establecer el nombramiento de instituciones encargaran de investigar, acusar, imponer castigos a todos aquellos, que se consideraban que habían cometido algún delito. Ya en la tercera esfera, se establecieron las funciones de los órganos; y en la última, se les ofrece un estatus social y jurídico permanente a estas personas y con ello, también se establecieron algunas decisiones en cuanto al delito y el alcance de las penas.

El Derecho, como más alto mecanismo de control social formal, domina las relaciones sociales en las sociedades modernas, especialmente, tras la etapa de la Ilustración y la codificación, conforme al denominado pacto social de ROSSEAU, por el que los gobernados autónomamente , conocedores de sus defectos en sociedad (se ha pensado y se piensa todavía que en el fondo existe una maldad humana

de carácter congénito, sin embargo, ceden el poder al Estado para que, en nombre de éstos, regule las relaciones sociales, los conflictos surgidos en sociedad, estableciendo normas de obligado cumplimiento “ius cogens” y normas de subsidiaria aplicación para la no existencia de acuerdo entre partes.

Resulta evidente que la experiencia vivida en el sometimiento al orden constitucional desde la entrada en vigor de nuestra Norma fundamental nos ha conducido a la obtención de una suficiente cultura democrática que nos permite ya no sólo la internalización de los principales valores democráticos sino, en especial, el adiestramiento en el correcto ejercicio de nuestros derechos y libertades cuando éstos resultan vulnerados, lo que encuentra su máxima expresión en la aceptación de las reglas básicas de la Justicia formal.

No obstante, este hecho, unido altísimo número de conflictos existentes en la actualidad, nos ha transportado a tal cultura de la litigiosidad que resulta harto difícil disponer de todos los medios requeridos para atender a la totalidad de la demanda con la conveniente calidad.

El continuo avance respecto al descubrimiento y utilización de nuevas tecnologías plantea constantemente nuevos retos a nuestro Sistema de Justicia, éste, por razones de debida prudencia, va integrando lenta y cuidadosamente los posibles adelantos que pudieran ab initio poner en peligro las conquistas históricas que con tanto esfuerzo han ido asentando los pilares básicos de un Estado de derechos y garantías. Pero ello no es óbice la necesidad de adaptarse a las demandas de los ciudadanos, dotando a la función jurisdiccional de la naturaleza de auténtico servicio público agotando hermenéuticamente los principios y preceptos que encierran el espíritu de nuestros últimos constituyentes.

Todas estas razones han generado un movimiento en la sociedad civil, que hoy vuelve a recuperar protagonismo, con la cada vez más incipiente crisis del Estado del Bienestar y de legitimidad del sistema penal. Se reclaman soluciones dinámicas a los problemas que surgen en el seno de la misma, soluciones ágiles que generen la participación de la ciudadanía.

El empleo de instrumentos de resolución de conflictos, enmarcados en la nueva corriente de Justicia Restaurativa, puede no sólo paliar o reducir parte de estos problemas, sino además proporcionarnos niveles satisfactorios de prevención de conflictos interpersonales y adecuar el grado de la demanda ciudadana con el nivel de oferta debida por parte de Estado.

Crisis que, por un lado, tiene que ver, de modo directo, con el fracaso de la ideología de la resocialización, aspecto que ya hemos tratado con anterioridad, en el seno de la ejecución de las penas privativas de libertad que, tras una época de euforia, se empezó a dejar sentir a finales de la década de los setenta y se fue incrementando hacia los años ochenta. Y con el fracaso, también, del sentido de retribución identificada como fundamentación absoluta de la pena, teniendo como consecuencia del delito cometido y el sentido retributivo del mismo.

Sin embargo, este modelo, aunque idealmente mayoritario, no es unánimemente vigente. Por un lado, el racionalismo liberal no es llevado siempre hasta las últimas consecuencias. De una u otra manera se busca un cierto lugar para que las víctimas puedan presentar algún papel en la implementación de la respuesta estatal que el delito impone.

Especialmente, en algunos ordenamientos, como los de origen latino, se da cierta relevancia a intervención de la víctima en el proceso penal, entendida de una

forma global, las cuales abarcan desde el inicio de la intervención policial en cualquier averiguación, hasta llegar a la ejecución de la pena.

Fiel reflejo de ello son instituciones como la regularización específica de la denuncia, la parte civil, la acusación popular o privada, el perdón del ofendido o la petición de indemnización por parte de la acusación en pro de la víctima. Pero pesar de ella, la víctima queda al margen del proceso penal y el gusto que pudiese obtener por haber padecido los resultados más o menos directos de una infracción punitiva.

Si a ello añadimos que como principal reflejo del modelo continental de interpretación del Derecho surge “el concepto de seguridad jurídica”, que se entiende como una interpretación del concepto de seguridad basado en la manera que se comportan los entes sociales y públicos, así como los gobernados.

En nuestra legislación constitucional la garantía de seguridad jurídica es premisa fundamental de nuestras leyes ya que vincula a los poderes públicos, sin embargo, no es considerado como derecho subjetivo. A nuestro parecer la “seguridad jurídica” representa la última ratio de aquellos derechos plasmados en la legislación.

Como consecuencia de ello, la confianza ciega en la ley como fundamento y sustento del Estado del Derecho entra en crisis y asistimos a un doble proceso, por un lado, los derechos fundamentales se van vinculando con las fuentes jerárquicamente inferiores del Derecho positivo. Y, por otro, se produce un deterioro en la credibilidad de la ley y de las fuentes jerárquicamente inferiores del Derecho positivo. Y, producto de ello, el Derecho y su aplicación no satisfacen los principios de seguridad y certeza, que, en última instancia, aseguran la libertad e igualdad ante la ley.

Esta crisis se manifiesta “a diferentes niveles; en la representatividad política; en

la progresiva autonomía de los aparatos burocráticos del Estado respecto de los centros del control y dirección política; en la subordinación del Estado a las propias leyes internas y autónomas de desarrollo del capital; y, por último, en un proceso de desmitificación de la ley como soporte y garantía del Estado del Derecho”. Propiciando formas autoritarias de intervención estatal y la desvirtuarían del sistema judicial y procesal, poniéndose en entredicho el principio de legitimación (Serrano Piedecasa, 2004).

Este fenómeno aparece ante la imposibilidad propia de los sistemas penales de encarar cuantitativamente y cualitativamente las demandas que plantea la sociedad con sus variados y crecientes conflictos. Ello, porque se está produciendo un fenómeno de ralentización del sistema judicial que llega a dar soluciones en la mayor parte de los casos tarde y, sobre todo, adoptando soluciones lejanas a las verdaderas demandas de las partes en conflicto.

En este contexto, el Estado del Derecho tiende a institucionalizar los instrumentos adecuados para gestionar la crisis, gestión que sólo puede llevar a cabo mediante la negación de los derechos y garantías pensadas para la normalidad. Y se desarrolla una línea de actuación marcada por la seguridad como un valor supremo, el enemigo adquiere un relieve fundamental, lo importante es neutralizar comportamientos nocivos y el consenso sólo es requerido por aquellos que no cuestionan el sistema. De esta forma, se consigue o se pretende conseguir devolver al ciudadano al deseado estado de apatía y obediencia de forma que la democracia pueda seguir adelante sin ningún tipo de intromisión ciudadana.

El Derecho está sufriendo un “proceso de instrumentalización” a manos de las políticas sociales. El Derecho no se muestra ajeno a los procesos de transformación

que tienen lugar en el modelo de Estado. Con el Estado social y, más tardíamente, con el Estado de Bienestar se produce la “socialización del Estado” y la “estatalización de la sociedad”.

El Estado, por medio del Derecho, fija las líneas de intervención políticas con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses sociales que deben orientar las relaciones sociales. La forma que el Estado adopte condicionará cualquier estrategia de control, hacia un engrosamiento legislativo con la imposición de leyes que intenten prever todos los posibles hechos antijurídicos y puedan ofertar un tratamiento. La segunda, de orden cualitativo, porque esa legalización de todos los aspectos de la vida social implica un proceso de juridificación, esto es, de colonización de la sociedad civil.

Las transformaciones del Derecho producidas por la utilización del sistema jurídico con fines de política social conllevan la superposición del capital burocrático sobre el capital jurídico y el desarrollo del juego con la regla del campo jurídico. Sobre la racionalidad formal de la norma que opera el sistema jurídico pasa a imponerse la racionalidad material del funcionamiento político-administrativo. La premisa de la actividad ya no son reglas a cumplir, sino recursos a utilizar desde el punto de la adecuación a sus tareas. Para ello, se necesita confeccionar un tejido jurídico que sea lo suficientemente amplio como para poder abarcar todos los rincones de la vida social y flexible para permitir que esa aproximación e incidencia en la realidad social sea dinámica y ágil en virtud de las circunstancias.

La materialización del ordenamiento jurídico conduce a la ruptura de la centralidad de la figura del experto jurista en la configuración del orden dogmático de la ley y su aplicación. Por ello, urgen transformaciones en el derecho penal, lo

que ha generado pérdida en la autonomía en esta materia, las voces del desencanto se expresan en la ciudadanía. Los últimos años, una de las instituciones con menos credibilidad es el poder judicial; es decir, existe muy poca legitimidad social. Los nuevos expertos, cuyo saber procede de las ciencias del hombre y las ciencias sociales, cuestionan la legitimidad absoluta de los juristas para determinar la aplicación de la ley.

Aparecen así los nuevos operadores jurídicos y la necesidad de formación complementaria de los juristas con factores no estrictamente jurídicos. Se produce, en consecuencia, la colaboración de los poderes sociales y la interdisciplinariedad en la aplicación de la norma. Se produce lo que podríamos definir como la «ortopedia social», se desarrollan fines y actividades correctoras y aparecen nuevas disciplinas que generan nuevas capacidades de dominio y determinan que los medios de control social pasen a ser administrados por los expertos.

En este marco, una de las consecuencias es que la promulgación de las leyes generales que para su implementación particular requieren de leyes diferentes de desarrollo son completadas por vía dispositiva gubernamental. La actividad estatal se convierte en simple administración sin autorización legal alguna o con una débil autorización. Resultando que las viejas garantías jurídicas del Estado liberal democrático pierden su operatividad: la separación de poderes y la supremacía del legislativo han quedado desvirtuados, el principio de legalidad se ha visto desmentido por la autonomía de los aparatos burocráticos, la publicidad de los actos de gobierno ha cedido ante el secreto y, por último, la intrincada maraña de organismos administrativos interfiere en el adecuado control jurisdiccional.

3.2. EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

En relación con la gran mayoría de los compendios de Historia del Derecho comprobamos lo que la víctima decía en la antigüedad con un protagonismo excesivo en el interior del proceso penal. Como ejemplo de ello, en la ley hebraica, la ley del talión o en el Derecho romano, se observaba el modelo de la *actio vindicationis* que concede a la víctima tomar parte en cuanto al castigo (jurídicamente permitido) que debe imponerse a su agresor, así como la proporcionalidad del mismo. O incluso los ordenamientos de raíz germánica tenían un sistema de compensación donde las víctimas, el agresor y sus respectivas familias negociaban una compensación en dinero o bienes.

Nos referimos a *“una etapa en la que el Derecho era eminentemente privado y donde la propia víctima se toma la justicia por su mano. Evidentemente, no se trata de retroceder en el tiempo y perder las garantías que el Estado de Derecho nos proporciona”*. (Silva Sánchez J. M., 1997).

Como superación de lo anterior aparece el éxito que la etapa de la Revolución se da en las sociedades occidentales, a consecuencia de ello el poder es desglosado en el poder legislativo, judicial y ejecutivo, teniendo como supremacía el principio de legalidad como mayor eje del ordenamiento jurídico continental, de este modo nadie podrá ser enjuiciado por conductas no tipificadas en la ley, no podrán ser procesados por lo que no se encuentre enmarcado en la misma, ni aplicarse una infracción no prevista en la ley. De esta manera la sociedad obtiene el derecho básico de seguridad jurídica para su adecuada interacción.

Es exactamente en este pacto social por medio del cual los individuos libremente, en beneficio una convivencia pacífica dentro del seno social, deciden ceden al Estado la atribución de aplicar el ius puniendi o el poder de ejercer coerción cuando el gobernado comete una infracción en contra de las normas sociales para la convivencia. En cual, “el propio Estado el que se apodera del conflicto social y lo toma, en nombre de la sociedad, para aplicar y distribuir justicia en ejercicio de su potestad”.

HASSEMER afirma que, precisamente, la condición para que pueda establecerse el Derecho penal moderno es que la víctima sea excluida de su posición natural junto al delincuente. Es el Estado quien monopoliza la reacción social (Hassemer, W & Muñoz Conde, E., 1989).

A partir de ese instante el problema surge entre el Estado y el gobernado transgresor de las leyes establecidas, el delincuente. La persona afectada pasa a segundo plano quedando olvidada del sistema de justicia que lleva a cabo el Estado. No olvidando las raíces llegamos a la conclusión de que lo mismo sucede con el conflicto. Hay que hacer la mención que “el conflicto antes de pasar a ser del Estado, es de la víctima y el victimario”. En este sentido, KAISER expresa que el papel de la víctima no se ha convertido en problema de la literatura hasta tiempos relativamente recientes, habiéndose investigado de una manera sistemática sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial (Kaiserg, 1994).

En 1985, SHAPLAND aborda el problema, haciendo notar que la víctima del delito era un personaje olvidado y en Italia, por ejemplo, la primera monografía sobre

víctima apareció en 1975. Las sociedades actuales están sufriendo un cambio rápido y brusco, que supone una transformación en casi todas sus áreas.

En estas sociedades los conceptos de riesgo y daño han ido gradualmente reemplazando los clásicos conceptos de malicia, perversidad, crueldad y se han ido (convirtiendo en conceptos centrales en las políticas sociales y criminales. Las políticas futuras de control del crimen están basadas en la valoración, dirección y cobertura, reducción y prevención del riesgo. La medición del daño: psíquico, material y mental, se está convirtiendo en el componente central de la reacción social.

Se ha generado una variedad de distintos puntos de opinión a nivel social tanto como científico sobre la necesidad de que la víctima, sea entendida como parte activa en el hecho criminal; en cual debe ser considerada e integrada dentro del proceso penal y del sistema penal como una parte más del mecanismo, de igual forma el inculpado, con un cúmulo de derechos sobre el mismo. Sobre quien recae la acción antijurídica no debe ser considerado un factor perturbador del proceso penal; por qué, no solo es un elemento de entrada al mismo, sino dueño de él.

La cuestión clave que debemos preguntarnos cuando ocurre el hecho criminal no es qué deberíamos hacer con el victimario, sino qué deberíamos hacer con la víctima. CHRISTIE comenta que para que la víctima recupere el papel central se debe atender sus “derechos de propiedad”, concretados cuando se aplica un tratamiento al “delito”, de su “conflicto”. Implicando así que el Estado le quite la opción de intervenir y opinar que legítimamente se le confiere, sino también que esta participación pueda desarrollarse de forma comprensible, superando los

artificios técnicos del lenguaje experto configurado a medida de las categorías jurídicas, pero extraño para el profano (Christie, 1997).

La víctima del delito necesita también que se reconozcan sus derechos cuando se ve inmersa en un proceso penal, y no sólo entonces, sino que necesita apoyo desde el momento en que acude solicitándolo a los órganos de justicia penal. Se pretende apuntar hacia una regulación de la víctima, pero no observan con claridad los enormes espacios de riesgo de cambios que pudieran hacerse, esto se debe a que a pesar que hay una orientación en los conceptos víctima-imputado no se debe considerar sólo aspectos teóricos sino también el renacimiento que tiene la víctima en estos procesos, poniendo en énfasis el sentido de justicia dentro del cual debería de existir un proceso de sensibilización que conlleve a reconocer a las partes en el proceso” (Bovino, 2003).

El proceso criminal se presenta como el más resistente al cambio, el sistema clásico retrata a la víctima como vengadora, vindicativa y retributiva, los propios abogados que hablan en nombre de sus víctimas promueven una visión errónea de las víctimas, ésta y el resarcimiento de su daño invariablemente requiere una sanción punitiva. Parece como si los mecanismos tradicionales no hubieren resultado suficientes para satisfacer las necesidades de las víctimas.

Sin embargo, como ya comentamos con anterioridad, diferentes organizaciones internacionales despliegan una profunda relación dialéctica “a escala nacional e internacionalmente deviene la redacción de decisiones, conferencias, sugerencias, aclaraciones y dictámenes”, relativos a las víctimas y sus derechos.

Pero, como afirma NELKEN al hablar de lo que él llama el “problema de la grieta” (gap-problem), “... *aun y cuando los convenios ratificados cuentan con el efecto*

vinculante en nuestro derecho, la mayoría de la normativa internacional en esta materia no tiene sino una repercusión jurídica relativa, sin perjuicio de una cierta obligación moral y un carácter orientativo para la Política criminal. De cualquier forma la profusión de normas internacionales contrasta con el escaso impacto en la práctica” (Varona Rodriguez, 2014).

GARCÍA PABLOS, al hablar de la situación de la víctima, afirma que “protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podría reflejar el status de la víctima del delito a lo largo de la historia”. Debemos de tener presente el papel de la persona sobre la que recae la conducta anti jurídica en el sistema penal llama la atención en el mundo jurídico; en la cual resurge una victimización, la cual, no se intenta decir que “es la razón de ser de la Justicia Restaurativa”, por ello JOHNSTONE menciona que “las víctimas se han convertido en el centro de la preocupación política por la misma capacidad que se tiene del sistema de justicia penal para lograr algo, referente al delito”.

3.3. JUSTICIA RESTAURATIVA: CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS

Se establece sobre otros argumentos, tales como que la Justicia Restaurativa “debería ser entendida como un modelo de justicia en el que las personas afectadas directamente por un delito o infracción víctima o imputado logren mediante un proceso reparativo y deliberativo, alcanzar la solución del conflicto y la restauración de esa relación social quebrantada por la comisión de un hecho ilícito particular; tomando en cuenta las condiciones tanto de la víctima como del agresor atiende cualquier necesidad y ambición de las partes en el proceso, debe de ser vista, simplemente, como un nuevo método para controlar el crimen, como un nuevo mecanismo de control social” (Varona Rodriguez, 2014).

Sin embargo, no compartimos con la definición que manifiesta las Naciones Unidas, puesto que se usa la terminología “delincuente” etiquetada por la sociedad como un término referido a lo más detestable de los seres humanos, lo cual estaría en contradicción, a nuestro criterio, con la naturaleza de la Justicia Restaurativa, la cuales tratar al infractor de una ley penal, como una persona sujeta de derechos que es merecedora de una segunda oportunidad para reinsertarlo a la sociedad, y no tratarlo como un delincuente, o etiquetarlo como tal como lo hace las Naciones Unidas.

3.3.1. Naturaleza De La Justicia

Para comprender a toda su extensión a que nos referimos con justicia Restaurativa, antes debemos adentrarnos a escudriñar que es la justicia y que es lo que implica desde su naturaleza esencial.

Según la perspectiva del gran filósofo Aristóteles definía a la justicia como la cualidad más alta y perfecta. *“La virtud es la mejor disposición, modo de ser o facultad de todo lo que tiene un uso o función; Ser justo es la cualidad I de obrar conforme a las leyes, lo que tiene y no que hacerse determina, en específico el vínculo a la comunidad. Y por eso, en cuanto a los delitos y los actos justos, son dos las formas como debe incurrir injusticia o a su vez hacer acciones justas, Este es el sentido general de justicia, pero hay un sentido particular que es el que se refiere a la justicia distributiva y rectificatoria”.* (Rómulo Ramírez, 2016)

Ser Justo requiere de conducirse proporcionalmente ante los iguales y desiguales; la segunda implica restaurar la proporcionalidad que se ha visto alterada por la conducta anti jurídica o por el incumplimiento de contratos. La justicia

particular de una responsabilidad es el nexo entre los dos extremos constituidos por el cometer una injusticia y por el sufrirla.

Al igual de lo que menciona el filósofo Aristóteles, Tomás de Aquino sostenía que todo acto humano tiene una ejecución, se tiene una dirección a algo que es aprehendido como bueno. La voluntad humana se dirige obligatoriamente hacia el bien último del hombre para perfeccionar plenamente su naturaleza. Asimismo, como individuo se tiene la potestad llamada *sindéresis*, en cual le permite detectar los principios más generales de justicia establecidos en el derecho natural.

3.4. ALEGATOS CIENTIFICOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

En una primera fase, la Criminología positivista (La etapa de la Criminología positiva supone la consolidación de la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinar. Se basa en el utilitarismo, cientifismo y racionalismo. Concibe el delito como un ente jurídico abstracto, el delito es un hecho real, concreto, se concibe como una agresión a las condiciones de vida social) trató de explicar la criminalidad en base al estudio del “comportamiento delictivo” que gira alrededor del criminal.

Sobre el proceso cíclico mencionado por AERTSEN, se refiere a las fases en donde se definen las posiciones de partida y el problema, con aportación activa de todos los interesados. En la segunda fase se esclarecen los significados recíprocamente y se vuelve a interpretar y analizar el problema. En la tercera fase se aborda la planificación de la acción, implementación, reajuste y evaluación. Precisamente, es en el ámbito de la Justicia Restaurativa donde se lleva a cabo un tipo de investigación en acción que cobra un protagonismo incipiente por varias razones.

3.5. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL

El Derecho penal y la evolución del mismo, nos lleva a considerar al Estado como el poseedor del poder sancionador, *iuspuniendi*. Dado a esto se fortifica el control social formal, lo que sin duda es un logro habida cuenta de que el Estado es controlado democráticamente.

Por tanto, el Derecho penal es el elemento jurídico con mayor energía del que cuenta el Estado para las conductas más indeseadas e insoportables socialmente, pero no es el único mecanismo de control social formal. Con la evolución de la edad moderna, el Derecho penal le desprende de su acepción moral y pasa a cimentar su poder punitivo en el poder del Estado y el carácter democrático de éste” (Berdugo, I & Bobbio, A., 2004).

En este sentido, conviene recordar el argumento de ROXIN que fundamenta esta nueva visión en “la naturaleza del listado y en el origen del poder estatal en el pueblo”. Por ello, “los fines a afrontar por un Estado social y democrático” se dirigen a llevar acabo el modelo de en el que se encuentre en libertad de condiciones la sociedad; y sólo en (unción de esa meta ha de ser considerado el Derecho en general y el Derecho penal en particular.

Al existir un Derecho penal moderno tiene, no solamente que resaltar por el respeto de la dignidad y derechos elementales de quien ha delinuido, también debe salvaguardar las necesidades e intereses de las personas que se encuentran involucradas en el conflicto. Ya que la interpretación de la salvaguarda de las garantías y derechos en el proceso penal afecta con una misma intensidad a la víctima y al victimario, por ello debe observarse a ambas partes en un mismo plano. Un Derecho penal moderno orienta sus fines a un sistema social bajo los siguientes

fines:

La evocación de formas de actuar que puedan perturbar la evolución, así como el mantenimiento del respeto social al que constitucionalmente se desea a llegar. En segundo lugar, se concreta cuál es la finalidad que tiene la garantía misma que se enlaza íntimamente con el “modelo personalista de sociedad”.

Siguiendo con la exposición, “el sistema de justicia criminal está basado, desde hace tiempo, en una convicción de transgresión moral según la cual se deben asignar culpas, la persona culpable debe cambiar y el resto de la sociedad no necesita cambiar”.

De manera filosófica la pauta de la pena reflejaba la obligación de retribuir a la sociedad el mal causado por la ofensa y esta visión teológica del castigo va unida a infringir el daño y sufrimiento acorde con la conducta para expiar el daño moral.

Es verdad que el Derecho penal ha ido incrementando en cuanto las posturas absolutamente retribucionistas hacia posturas resocializadoras que ponen el apunto sobre la i en la prevención especial, para, por último, desplazarse el centro de gravedad, de nuevo, hacia la prevención general pero interpretada como una prevención general desde el punto de vista de la colectividad.

Sin embargo, el comportamiento criminal no es cualitativamente distinto del comportamiento ilegal no punible. La falsa premisa de la dicotomía entre los llamadas crímenes y los daños civiles fundamenta el modelo retributivo, y ello lleva en muchas ocasiones al exceso de criminalización de conductas con el equívoco afán y convicción de que ello hará que el crimen se reduzca. La razón filosófica de la pena refleja la obligación de retribuir a la sociedad el mal causado por la ofensa y esta visión teológica del castigo va unida a infringir daño y sufrimiento acorde con

la conducta para expiar el daño moral.

Se atribuyen funciones y derechos sociales al derecho penal, la mayoría de los cuales solo representan deseos de los gobernados, más no realidades. Por consiguiente, por una parte, se encuentra “la discusión teórica sobre la coerción penal” y por otro lado “el procesamiento real del sistema represivo”. En el momento que se caracteriza al Derecho penal se afirma que la función social de cumplimiento es doble, por un lado, aseguradora, ya que protege bienes jurídicos esenciales para el grupo, y, por otro, la defensa social.

El motivo de la existencia del derecho penal es dar respuestas justas no violentas a las partes integrantes del delito, la acción delictiva representada por la violencia, por un lado, y la represalia que se ejerce en el delinciente, por otro. Ya que ninguna de estas dos formas de respuesta frente al fenómeno de victimación son legitimadas por un Estado democrático. Pero también corresponde al Estado esta labor de “proporcionalización” de la respuesta al injusto, sin embargo, la mayor parte de las veces es de mayor importancia restaurar los intereses de aquellos que fueron perjudicados que imponer la pena como resolución inmediata y uniforme del problema.

En esta línea, el Derecho penal, como Derecho público y principal exponente del principio de legalidad y seguridad jurídica, establece un régimen tasado y definido de los principios que lo inspiran conforme al respeto de los valores constitucionalmente preceptuados, especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Y, dentro de su aspecto material, se inclina hacia la protección de los bienes jurídicos en vez de buscar la reparación del mal causado a la víctima y, en su aspecto formal, no ha puesto el acento en los derechos de las víctimas dentro del

proceso, sino en los derechos de los acusados como delincuentes (Estaríamos ante un sistema penal clásico basado en el paradigma de la Justicia Retributiva que se caracteriza por los siguientes elementos: El crimen se define como una idea abstracta, por la violación contra el Estado y sus leyes; El delito constituye un acto individual, con la consiguiente responsabilidad individual; etc.)

Por ello, con más recelo que en ninguna otra rama del Derecho, en el Derecho penal clásico, basado en la teoría retributiva se ve con tremendo temor (Existe el temor generalizado en cierto sector de la doctrina de que el hecho de devolver protagonismo a la víctima dentro del sistema penal significa la vuelta a una Justicia privada, a la venganza pura y simple.

Pero, como ya hemos indicado a lo largo del presente capítulo, determinadas conquistas del Derecho penal son incuestionables, tales como los principios, tanto sustantivos como materiales que le sirven de inspiración) y escepticismo la potencial aplicación de una figura, la mediación penal, que presenta amplias susceptibilidades sobre la injerencia que pudiera suponer sobre los principios y garantías formales, inspiradores del sistema penal, entre ellos, el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad de la pena, la tutela judicial efectiva, etc. La Justicia Restaurativa, según esta línea de pensamiento, debería sólo aplicarse como mecanismo para crear relaciones sociales no violentas, pero no debería inmiscuirse en el ámbito del Derecho penal.

En cuanto a uno de los principios importantes dentro del sistema de justicia penal, es el de presunción de inocencia este se toma en cuenta como un principio rector dentro del proceso penal, siendo una regla necesaria por la mis autoridad judicial

(teniendo en cuenta que el Ministerio Público debe respetar en ambas etapas de la investigación), que es aquella autoridad encargada de la persecución del delito, incluida además las policías que por disposición constitucional están bajo el mando de aquel, en otras palabras, dicho principio se refiere a que la persona imputada por supuestamente haber cometido una infracción de carácter penal debe, desde el inicio del procedimiento penal, ser considerada como inocente, condición que no debe perder hasta en tanto la autoridad judicial, una vez transcurrido el proceso penal, establezca que es culpable cuando se emite la sentencia.

La máxima garantía del procesado es la presunción de inocencia y a su vez uno de los principales pilares del proceso penal acusatorio, permitiendo que toda persona pueda preservar un estado de inocencia mientras no se logre una resolución judicial firme en su contra que permite a toda persona conservar un estado de inocencia mientras no se demuestre lo contrario a través de una resolución judicial firme (sentencia). Por lo tanto, toda persona es inocente mientras judicialmente no se declara su culpabilidad, siendo esta una de las más importantes en materia procesal penal.

El acusado goza, según un estudio realizado por escritores penalistas, se entiende que tiene a su favor las garantías constitucional de su inocencia, situación que habrá de destruirse con la aportación de los datos, de prueba, medios de prueba y de las pruebas que sostengan todas y cada una de las acusaciones, en otras palabras, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ser así, en todos los casos sería verdaderamente difícil, casi imposible, aparte de que constituiría un atentado contra la concepción racional del proceso, dicho principio

de inocencia nos garantiza todo lo contrario, ya que en base a éste son los acusadores que solicitan la condena los que deben demostrar la responsabilidad del acusado y bajo este esquema, a falta de prueba, conduce a la absolución del acusado, pues se insiste, éste no está obligado a probar (Penalistas, 2017).

Ahora bien, la existencia de pruebas que destruyen la presunción de inocencia del acusado, asimismo de incriminar, debe ser suficiente, legal y lícita, pues puede darse el caso que la prueba de cargo, si no inculpa, puede favorecerlo, quedando además prohibidos los indicios, a lo que habrá de agregarse que debe ser obtenida con obediencia a los derechos fundamentales y con escrupuloso respeto a la norma, ya que solo cumpliendo con estas condiciones sirve para comprobar el hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

Dicho principio se encuentra sustentado en la dignidad de toda persona humana, y a como se encuentra estructurado es poco probable que pueda vulnerarse durante un proceso, máxime que se encuentra ampliamente protegido por la constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, sin embargo, se ha considerado que, si puede existir una excepción muy delimitada al mismo en la ley, a efecto que no ocurran lesiones a la dignidad humana, lo cual ha sido ampliamente cuestionado.

Un estudio realizado por TAJERA, entiende que la razón del derecho de toda persona a la presunción de inocencia, se convierte en la seguridad de todo procesado y a la vez la necesidad de garantizar por medio de los órganos judiciales que existan pruebas que contravengan la situación jurídica de presunción de inocencia (Tajera, 2012).

La figura jurídica de la inocencia, popular por todos como la “*presunción de inocencia*”, siendo este un elemento esencial que compone la garantía procesal. Es una condición del derecho de la persona frente al “*ius puniendi*” del Estado, la cual ha venido siendo presentada por autores sobre el estudio de dicho “*principio de inocencia*” y de sus consecuencias en las distintas esferas de la justicia penal, siendo aquel principio el fundamento más pronto y que junto a él constituyen una de las primordiales pautas de un modelo de enjuiciamiento criminal moderno.

Ahora bien, en relación al “*principio de presunción de inocencia*” implica que no se podrá sancionar al inculgado en tanto no existan los elementos suficientes para acreditar su participación en el hecho delictivo que se le imputa y en caso de duda por parte del juzgador se le aplicará el principio *indubio pro reo*; dictándose la sentencia respectiva dejando en libertad por no acreditarse su responsabilidad.

El *in dubio pro reo*, a más de ser una valoración de la prueba, puede ser un principio general de interpretación de la ley penal, sustantiva u adjetiva, (Sentis Melendo, 1971) con lo cual estoy completamente de acuerdo, y dicho principio se encuentra contemplado en el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales mismo que establece que valorará el Tribunal de enjuiciamiento sobre la prueba de modo libre y con una base lógica, la cual tendrá que hacer referencia sobre la motivación que se aplique, sobre las pruebas presentadas, aun así, aquellas pruebas que se hubieran excluido, señalando la debida razón que se tuviera para hacerlo.

Así mismo, la motivación logrará que lo enunciado posea la razón adecuada y utilizada para lograr dichas conclusiones plasmadas en la resolución jurisdiccional. Únicamente se llegará a condenar al imputado si la culpabilidad de este es convincente más allá de cualquier duda razonable. Sin embargo, al darse esa figura de la duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento tendrá que absolver al individuo que se le imputa un delito.

La doctrina no es unánime, cuando se trata de establecer una definición de principio, y es que se forman varias hipótesis, que hacen posible una serie de respuestas a los alcances de los principios generales del derecho, en los cuales no se determina alguna exactitud del término de manera general, por lo que no es tan específico ya que cada autor tiene la forma de interpretarlo mediante sus argumentos.

Y es que la aplicación o no de los principios generales del derecho se ubican, como tales, en el derecho positivo, es decir, en el derecho escrito, lo que implica que se requieren de una interpretación, sin embargo, cuando hablamos de los principios generales del derecho que se obtienen por inducción o en los que encuentra sustento el origen de la norma jurídica, mismos que, aunque son conocidos por la generalidad, pero que no están positivizados, provoca incertidumbre e indeterminación.

Al respecto, ÁVILA AGUIRRE asegura que hay casos en los que se utiliza un determinado principio sin ser mencionado expresamente, en otros casos, aunque sea obligatorio promover un fin, el principio no se utiliza como fundamento, lo que

nos obliga a la búsqueda del estado de cosas y de los comportamientos considerados necesarios para su realización, lo que, con el objeto de superar la mera exaltación de valores a favor de una delimitación progresiva y racionalmente sostenible de comportamientos necesarios para realización de los fines de la Constitución Federal. (Ávila Aguirre, 2011)

En la actualidad, se entiende que la legitimación de todo de sistema jurídico y especialmente el derecho penal, de acuerdo con el entendimiento moderno de derechos humanos, nos indica, que los principios generales del derecho deben orientar toda norma, que es creada por el propio ser humano y se refleja en el orden positivo, hacia el máximo respeto y protección de la dignidad de la persona, por ello, el profesor Díaz Couselo afirma que los principios generales del derecho constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del Derecho, aunque asegura que la normatividad no es la realidad última del Derecho, ya que éste está formado por tres aspectos: hecho, valor y norma. (Díaz Couselo, 1971)

Se entiende que los principios generales del Derecho, sean considerados como fuente o como guía de aplicación de la ley, ofrecen sentido a todo un sistema jurídico, así como a un hecho en particular, aunque con el propósito de profundizar en cuanto a su conocimiento, es menester acudir al pensamiento de diversos tratadistas.

De acuerdo con ENRIQUE ALCALDE, los principios generales del Derecho tienen *per se*, un determinado valor normativo, en cuanto a que conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita, y por ende, afirma con propiedad que

ellos son Derecho, lo cual, es compartido por Humberto Ávila al indicar que los principios no solo explicitan valores, sino que, indirectamente establecen especies precisas de comportamientos, entendiendo que los valores y comportamientos a que se refiere, son los jurídicos. (Alcalde Rodríguez, 2003).

Prosiguiendo con el autor ÁLVAREZ LEDEZMA, se señala que él también se refiere a criterios para referirse a principios, sin embargo, después acertadamente reorienta sus reflexiones asegurando que por principios generales del Derecho, debe entenderse toda directriz que hace que el derecho se más armonioso con la idea de justicia. (Álvarez Medina, 2008)

DÍAZ COSUELO afirma que los principios generales del derecho son el soporte de las normas jurídicas, que los desarrollan y especifican subsecuentemente, hasta llegar a la norma individual, es decir, a ellos como los principios supremos a todo derecho, los cuales pueden o no haber tenido consagración positiva, pero que en el segundo supuesto son de igual manera aplicables, mientras estos no sean opuestos con el ordenamiento, dado que éste debe ser un todo homogéneo. (Díaz Couelo, 1971) Con ello, advierte que la norma superior lógicamente contagia con los principios con que fue creada a las leyes secundarias, por lo que se sigue un proceso de inducción.

La jurisdicción mexicana armoniza los conceptos al afianzar que a los principios generales del derecho como aquel fundamento general sobre la estructura de sus valores en la actual aplicación del derecho. Su ocupación es únicamente en la integración de aquellos vacíos legales o lagunas; logra la tarea de interpretar la ley

y como se debe aplicar en el derecho, de allí parte la función de los tribunales que deben estar unidos y, en varios casos, se encuentran en la obligación de tomar decisiones que son indispensables debiendo tener en cuenta, aparte de lo que expresa la ley en sus limitaciones por su propia estructura general y abstracción, las proposiciones de los elementos primordiales y generales del derecho, esos son aquella expresión única, antigua, de los anhelos de la justicia que busca la comunidad.

Por tanto, los principios generales del Derecho no siempre son fehacientes, en ocasiones hay que descubrirlos, obtenerlos progresivamente por inducción consecuencia del estudio de la propia norma. Los principios generales del derecho, desde cualquier perspectiva que se les observe, son emanados de la sociedad misma y en no pocas ocasiones son contemplados directamente por la propia Constitución Mexicana, lo que, en tal consecuencia, deben aplicarse en la mayor medida posible, además, para el caso que nos ocupa, deben inspirar a todas las partes que participan en un proceso y no solamente al legislador y al juzgador.

A lo que respecta al sistema nacional de justicia penal, se puede inferir que a raíz de la reforma constitucional que, en materia penal, se ha llevado a cabo en el año 2008 en México, vincula a un cambio de paradigma radical del sistema procesal penal, de igual forma que denota como tarea principal el abandono de un sistema mixto con una etiquetada tendencia inquisitiva, para dar abrirle camino a uno acusatorio y oral. Esta reforma modifica a sustancia los fines rígidos, positivos y tradicionales del proceso penal, ablandándose de tal manera, que llega desde la propia Constitución, generando nuevas opciones tendientes a ofrecer soluciones

anticipadas y señalando a la reparación integral como auténtica solución de conflictos.

Respecto a lo señalado en el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el proceso penal será de carácter acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Siendo éstos los cinco principios los rectores del proceso penal, ya que expresamente se establecen en dicho precepto Constitucional.

Es el caso, que el artículo 20 Constitucional se subdivide por tres apartados: el apartado A. De los principios generales; B. De los derechos de toda persona imputada y, C. De los derechos de la víctima o del ofendido. Es importante denotar que ciertos principios que lesionan directamente al proceso penal son identificados como tales por la propia Constitución, por lo que éstos son los primeros en afrontar. Aunque existen otros de los que también se ocupa, los cuales que no están enunciados de forma explícita, sino, que son obtenidos indirectamente. Efectivamente, en ocasiones son enunciados de forma implícita por la propia Constitución, aunque con una interpretación eminentemente garantista y protectora, se les debe conceder total valor.

Adicionando, que estos principios los recibe el Derecho procesal penal fundamentalmente del Derecho Constitucional y no trastocan o derivan del Derecho penal material. (Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco, 1989) Independiente de la relación que se encuentra por la jerarquía de las normas en

cuanto a la supremacía Constitucional que ordena el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por medio de dichos principios se crea un nexo muy estrecho y directo entre la Carta Magna y el Derecho procesal penal. De la misma manera, observaremos que cada principio tiene conexión con otro, corresponden entre sí y consolidándose, denotando con ello, para el caso que nos ocupa, que estos principios se encuentran vinculados precisamente por relaciones de fundamentación y derivación, o sea; no actúan separados uno de otro.

Al plantear estipuladamente a los principios del proceso penal, CHOWELL ARENAS opina que no solo se apuntan al proceso penal en sí, sino a todas esas actividades que son desarrolladas desde que percata de las noticias de la comisión de un delito hasta que se le determine las sentencias de las consecuencias del bien jurídico violentado. (Chowell Arenas, 2008)

Como afirmamos en las líneas que anteceden, justificamos la razón de ser del Derecho Penal fundamentado legítimamente en la tutela de bienes jurídicos: interviniendo a través del *iuspuniendi*, sólo será legitimada cuando imperiosamente sea utilizada para proteger dichos intereses. Teniendo como resultado que, el legislador solo podrá adecuar conductas al tipo, a aquellas que infrinjan daños o arriesguen un bien jurídico penal. Este concepto de delito es justamente al que la doctrina moderna acude (concepto material) plasmando así la garantía "*nulle crimen sine injuria*" (Alastuey Dobón, 2014)

Estimo que el bien jurídico tiene una doble función material, ello, con independencia de su conceptualización, ya que por una parte señala el derecho o

bien que el derecho penal considera relevante y es necesaria su protección, y por la otra, limita la intervención estatal en las relaciones personales de los particulares de conflicto.

La postura que no es muy controversial de esta entidad, posterior al análisis planteado sobre cuán importante puede ser, cabe la lógica para cuestionar ¿qué es un bien jurídico. La refutación por la incógnita no se relaciona, es más, todo lo contrario, pues vienen a ser muy complejas y sólo basta con la teoría sobre el delito mismo. En base al bien jurídico que se plantea, únicamente no se explica sobre su importancia en realidad, sino por su característica ética y el valor que envuelve a dicha institución.

La incapacidad es la causa del tema en su amplitud, sin embargo, es importante ya que en ello se determina como llegar a una terminación sobre el objeto de la presente investigación, donde diseñamos teorías en base a la proporción y el contenido de un bien jurídico en específico, cuya finalidad es que en dichas condiciones poder responder al cuestionamiento que se trazado. Pues la tesis designadas por autores como: Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (2006), al igual que la categorización planteada por Hassemer - le corresponde: “teorías que trascienden sobre un bien jurídico”, la cual se diferencia por la búsqueda del principio de la presente institución, yendo más allá de lo descrito por la norma, asimismo, el derecho y sus intenciones por parte del legislador (Hormázabal Malarée, 2006)

Elegimos estas posturas, por los aportes al concepto y lo relacionado a las postulaciones en el momento de investigar sobre la legitimidad de aquellos intereses macro-sociales, se logra idear una teoría sumamente dinámica la cual revela una concepción sobre el bien jurídico con relación a la realidad social, averiguando que los supuestos en el objeto y en su contenido el cual está protegido en la norma jurídico en base a la diligencia de un sistema que socialmente se encuentra determinado, en consecuencia, dicho conflicto donde tienen que existir intereses de por medio al igual que las necesidades que son opuestas, estas se deben desarrollar en su mismo seno. (Bustos Ramírez y Horanzábal Malarée, 1999).

Tal como mostramos antes, la ciencia penal moderna ha sido unánime en el consenso que, dentro de la justicia procesal penal, debe estar orientada en todo momento en proteger los estándares mínimos de protección; lo que implica o justifica la idea de tipificar ciertas conductas, entre ellos la responsabilidad médica siempre y cuando se estén por lesionar o poner en riesgo lo tutelado por el Estado. En tal sentido la existencia de los bienes jurídicos viene a ser una manifestación expresa de garantía frente a cualquier ciudadano por parte del Estado.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el especialista en derecho penal, el profesor Hormazábal Malarée (2006), cuando afirma que los bienes jurídicos se relacionan directamente a la protección jurídica del Estado frente a cualquier individuo. Con más precisión se cita textualmente lo establecido por el profesor español: una política criminal por parte del estado que no tome en cuenta la protección de los bienes jurídicos o no aclare el alcance, nos dejaría indefensas a la sociedad, debido a que no cumple una función moderadora del sistema penal;

esto significa que cualquier estado estaría en una situación de ventaja frente a sus ciudadanos, lo que se significaría la criminalización de cualquier conducto sin importar el límite del bien jurídico.

Por tanto, contar con derecho penal irracional, caeríamos en una aberración, en donde el estado se convierte en un estado de policías, persecutor de todas las conductas, imponiendo penas sin tener en cuenta los alcances de los bienes jurídicos. Es un sometimiento común de la población democrática contar con un derecho penal moderado que sigue solo el perjuicio de los bienes jurídicos en forma de control social, llamado a garantizar el nivel fundamental de la convivencia social.

De todas las opiniones vertidas a favor del bien jurídico, es importante mencionar que históricamente, sirve para hacer de la política criminal, un poco más humana, a lo que el profesor BECCARIA, entendía como la humanización de las penas. Es más, le ha servido de legitimador en cuanto a los intereses que persigue el estado, me refiero a la protección de la salud como bien jurídico, en donde el estado cumple una función garante y a la vez sancionador. El profesor DIEZ RIPOLLES, sobre este punto, ha entendido que la función del dominio jurídico, ha servido para que a lo largo de la historia se justifiquen la pena, entendiendo a la pena como una legitimación de actuar por parte del estado en la protección de bienes.

Hemos tenido a la vista, y de manera regular, muchos casos en los cuales las sociedad, o más bien, el poder político buscando ganar aceptación, ha castigado comportamientos que no son trascendentes, o más bien, pueden ser solucionadas a través de normas no penales, como ejemplo podemos citar el de considera a la

culpa grave como delito de prisión preventiva oficiosa, y agravar sus penas, específicamente el causar la muerte de una o más personas por accidentes automovilísticos en los que el activo del delito conduce en estado de embriaguez, esto a causa de múltiples accidentes con ciclistas que circulan por las carreteras del estado.

En estos casos se privilegió en juzgar al conductor con penas más rigurosas, incluso que aquellas dispuestas para los delitos dolosos, que encontrar otro tipo de normas no penales, tales como el prohibir que los ciclistas transiten por las carreteras.

Por tanto, a través "*nulle crimen sine injuria*", también se convierte en una limitación para el legislador y para el poder persecutor del Estado y es que no se pueden perseguir penalmente aquellas acciones que no se subsumen en la lesión de bienes jurídicos, así como también el legislador no puede legislar en el caso que no se protege un interés social. Lo que se conoce doctrinalmente como función garantista, la cual es una expresión de control y está justificada penal y democráticamente por el Estado.

En ese orden de ideas afirmamos que los elementos subjetivos y objetivos se valoran de acuerdo con el precepto penal que entrañan, ya que así serán conducidos al bien jurídico que protegen. Entre las cuales sobresale la que lo coloca como límite al poder punitivo del Estado y fuente de legitimación. En efecto, según PUIG (1994), es de la idea que al *iuspunendi* se le imponen restricciones que van desde la misma doctrina, como en la práctica, me refiero en estricto a la posición

que tiene la protección de los bienes jurídicos. Por lo que, a idea del mismo autor, entiende que el derecho penal, solo busque el castigo cuando se pone en peligro o se lesione el bien jurídico, dejando de lado toda cuestión ética y además aspectos que tengan que ver con la fe (Mir Puig, 1979).

En los Art.426° y 428° establecen en lo medular en la aplicación de la ley penal, se toma necesariamente, ésta le corresponde según el sistema acusatorio al Ministerio Público. El mismo código establece que en los delitos que se persiguen por querrela, es decir, aquellos que atentan contra la honra de una persona, en estos casos necesariamente le corresponden a la víctima, lo que implica estar frente al ejercicio de la acción penal privada.

Es importante señalar, que la función metodológica que cumple el bien jurídico, desde un punto de vista dogmático, decimos metodológico, porque desde este punto podemos decir que se ofrece un mejor entender del objeto de la tutela legal, es aquí donde se ofertan las claves para una mejor interpretación , siendo la base para entender toda la formación del derecho penal parte especial (delitos) de todos los códigos que rigen el sistema punitivo, en consecuencia, como lo afirma Puig (2003), todas estas vertientes, desentrañan el rol desde un enfoque filosófico, en tanto, como ya reiteradamente, lo hemos dejado sentado, la interpretación que se le ofrezca a la norma, debe basarse desde el propio bien jurídico.

BUSTO RAMÍREZ (1997), afirma, en cuanto al bien jurídico protegido que este determina la funcionalidad de la pena, dimensionando los aspectos valorativos, es decir, lo subjetivo y lo objetivo de la ley penal. En este sentido el profesor español,

ha sido categórico al afirmar que: “esa es la función en un estado que se hace llamar democrático, la importancia que se le da a la función de interpretación de la ley penal, de ahí, que el Estado, debe ofrecer todo un abanico de posibilidades en el derecho penal especial, de selección de lo que le interesa proteger al Estado (Bustos Ramirez, Manual de Derecho Penal, 1989).

Las razones filosóficas del bien jurídico hacen suponer que esta institución se apoya sobre la idea de valor intrínseco de la norma expresada en la ley penal. Establecido en otras el bien jurídico tiene relación directa con el valor de la vida humana protegida por el derecho, de la cual se desprenden todos los derechos entre ellos el derecho a la salud y todas aquellas figuras que le deriven al atenderse a la salud como concepto y como derecho.

Además, aquellos papeles que la doctrina asigna por tradición, me refiero a los bienes jurídicos protegidos, parece importante agregar la función crítica no debemos sólo reconocer lo que protege a la norma, debemos tomar en cuenta la conceptualización sistemática de lo que se entiende por bien jurídico, en todos los alcances de la ley. En tal sentido, el profesor BUSTO RAMÍREZ al referirse a este tema, afirma: que un abogado no solo debe identificar lo que el Estado protege a través del derecho penal, sino que es necesario, establecer las dimensiones del bien jurídico protegido, en este caso, refiriéndonos a nuestra investigación, identificar las relaciones entre lo que se afecta y lo que se protege (Bustos Ramirez, Manual de Derecho Penal, 1989).

Como reacción, a todo ello, existen una renovada preocupación por la víctima,

como sujeto interactivo del proceso criminal, que ha devenido en el desarrollo de la Victimodogmática y la Victimología, cuyas aportaciones están produciendo una revisión de los parámetros tradicionales de justicia, introduciendo, de un lado, modificaciones en el texto legal que adecúan ciertos tipos penales a la participación de la víctima en el éter criminis y, por otro, promocionan una mayor participación y protección de los derechos de la víctima tanto dentro del proceso penal como en la sociedad.

Resulta importante, en relación con las víctimas, advertir del fenómeno que en nuestro país se está produciendo con la diferenciación de víctimas de primera y de segunda clase. Este peligroso fenómeno se ha manifestado principalmente en dos tipologías específicas, el ámbito de la violencia doméstica y de género y la relativa a terrorismo.

En ambos casos, la excusa de la alarma social ha sido recogida a nivel del poder ejecutivo como una justificación de una nueva Política criminal basada en la seguridad por encima de los derechos y libertades individuales, argumentándose en una presunta seguridad jurídica de la sociedad. Se produce un proceso de rentabilidad política por el que los gobiernos en curso, bajo la excusa de solidarizarse con las víctimas de determinados delitos con más alarma social, generen políticas criminales bajo el gran argumento de la seguridad, que revierten en un recorte de derechos fundamentales.

Otro aspecto que ha motivado la aparición del movimiento de Justicia Restaurativas es el de la crisis que el modelo de resocialización del infractor ha tenido en el ámbito penitenciario, generando una expectativa frustrada y, en algunos casos, el endurecimiento de la norma penal como contrarrespuesta de una nueva

neocriminalización defendida por las nuevas corrientes neorretributivas. En este orden de cosas, como afirma BOBBIO:

Se vende seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas. Se produce una vulneración de la estabilidad y generalidad de la ley penal bajo la excusa del fracaso del Derecho penal para conseguir el descenso de la criminalidad, la reincidencia y la defensa de la víctima, reconvirtiendo a éste en un alegato de restricciones de derechos en pro de una engañosa seguridad.

Otra razón de la aparición de este movimiento se encuentra en las teorías abolicionistas, si bien desde una visión utópica han fomentado el impulso de este nuevo modelo, que, a diferencia de éstas, no propugna la erradicación del sistema criminal sino su mejora. Y, por último, el estudio de dispositivos alternos de regulación de polémicas en la esfera de la práctica internacional ha generado un profundo cuestionamiento del sistema penal clásico y de los modus operandi tradicionales que el Estado utiliza en la regulación de las relaciones interpersonales.

Existe una reflexión general de que el Derecho penal está aquejado de una profunda crisis (Fattah, 1997). Aquellos que creen en la indispensabilidad del sistema criminal de justicia basado en un modelo de punición y castigo no ven que es siempre el resultado del mismo relato. Un gran porcentaje del crimen, especialmente crimen de gravedad, no llega al sistema judicial. La Justicia Restaurativa, en contraste, es una justicia que repara a la víctima tanto si el victimario ha sido o no detenido, arrestado o encarcelado. Es una obligación social que ésta proteja a las víctimas y se reparen los daños causados a las mismas.

Hablando del modelo de Justicia Restaurativa entiende que en lugar de juzgar si

se debe repartir responsabilidades, se debe dar solución al problema; en vez de esperar el cambio de quien es culpable, prevé deben encontrarse soluciones múltiples, y en lugar de encontrar que el resto de la sociedad no necesita cambiar, cree que todos son responsable de encontrar la solución.

Este movimiento y sus técnicas son más que una simple técnica o una alternativa mensurable y represora nacida como reacción al comportamiento del delincuente. Representa, en comparación con el sistema tradicional, una visión que aplica sus propios puntos de partida en la definición del crimen y la forma del responder a éste. Se busca definir y atender a las necesidades reales de la víctima, el victimario y la comunidad.

En definitiva, la Justicia Restaurativa es sencilla, más informal, más personal, más privada, menos técnica y más flexible para solucionar los problemas humanos tanto graves como simples. Es un sistema adecuado para conseguir la contribución de la víctima en el proceso, y así brindarle voz, para contemplar a sus necesidades. Por tanto, es la mejor garantía para eludir la revictimación ya que va a la raíz del problema re introduciendo la paz y la armonía en los vínculos sociales truncados. Da la oportunidad de regresar los problemas a las personas que los tienen y convierte el curso en menos adversarial, más democrático, participativo y amigable.

Es un método más personal y más humano para resolver los conflictos sociales y criminales. Ofrece la posibilidad de ser usada en diferentes momentos del proceso del conflicto criminal, puede ser usada como mecanismo de «diversión» (antes del proceso penal), dentro del propio proceso judicial como elemento para reparar a la víctima, como elemento para reducir las sanciones condicionales, reduciendo el coste de los sistemas penitenciarios.

Además, puede ser usada como una técnica efectiva para sensibilizar al victimario del daño causado, generando una activación y despertar de las emociones del mismo que le acercan al dolor del otro. De hecho, nada es más efectivo para la rehabilitación del victimario que éste confronte la gravedad de sus actos injuriosos y la realidad del daño causado conociéndolo de primera mano desde la propia víctima. Es lo que denominarías la “etización del Derecho penal”.

Por ello, el reconocer la ineficacia del actual sistema de penas y medidas previsto para resolver conflictos penales y la impotencia del sistema frente a los efectos de la perpetuación del conflicto que él mismo genera contrastan con la práctica de este nuevo modelo, ya que éste contribuye a la previsión y aquietamiento de los conflictos, a la rehabilitación del ofensor y a la satisfacción tanto moral como material de los intereses de la víctima. Y ello sin que en ningún caso se sitúe ante una modalidad de justicia privada o corra riesgo el principio de prevención general pretendido por el ordenamiento jurídico-penal.

Las nuevas vías que se abren con la incorporación de la Justicia Restaurativa en el ámbito de la Justicia penal han de ser fundamentadas desde un enfoque de una nueva modalidad de Justicia más redistributiva, más integradora, la Justicia Restaurativa, que abre una nueva tendencia de interpretación del Derecho criminal moderno.

Sin obviar la legitimidad garante constitucional y penal existente en un Estado de Derecho, desde el cuestionamiento de la viabilidad de la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos analizando la teoría de los .es del Derecho, al cuestionarse por un sector de la doctrina la finalidad preventivo general que pudiera

representar. Y, además, no olvidar, también, la compatibilidad o incompatibilidad de esta figura con los fines de la pena.

Es necesario, en consecuencia, admitir que el actual sistema de justicia no atiende a las demandas reales de la ciudadanía, pero a pesar de ello, el propio proceso de homeostasis genera resistencias respecto a la posibilidad de aplicar un nuevo modelo de Justicia, principalmente basadas en incomprensión, prejuicios infundados y miedo, amparándose en el argumento de que la aplicación de este nuevo modelo puede dar al traste con los logros constitucionales y las garantías materiales y formales (Gordillo Santana L. F., 2005).

La pena debe ser implementada cuando se tiene un modelo de Justicia Restaurativa fallido. No es posible, de repente, hacer obvia la finalidad con que la misma cuenta en el proceso penal, por lo que no podemos negarnos a nuevos métodos que hagan que las relaciones sociales sean mejores y regulen a las mismas, a nuevas opciones de castigo, que hagan del Derecho penal un Derecho que sea capaz de esclarecer las dudas sin se ponga en duda la capacidad pública o coactiva.

El derecho penal cuenta con un amplio reconocimiento doctrinal y que persigue la consagración del Derecho penal en asuntos realmente trascendentes y derivar las conductas menos dañosas a otras ramas del Derecho. Se pregunta GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER: “¿No sería más lógico y menos costoso emocional y económicamente que evitásemos desde un principio la entrada en el sistema y buscar otras fórmulas para responder al conflicto? Predicamos un Derecho penal mínimo mientras vamos criminalizando conductas para luego inventar la desjudicialización que permita la salida del sistema de aquellos que no deberían de

haber entrado nunca”.

Quizás sea el momento de pararnos a reflexionar qué está ocurriendo dentro de un sistema penal presidido “por el principio de intervención mínimo” que por el contrario no hace sino incluir en el mismo nuevos tipos delictivos, criminalizando conductas que en sí no deberían estar recogidas en el mismo, sino desviadas a otros ámbitos del Derecho (Gimenez Salinas C. E., 2014).

Desde la perspectiva del sistema jurídico penal, se relaciona el intento de reducir la intervención punitiva a los límites estrictamente necesarios, materializándolo en el principio de última ratio, la concreción de la respuesta ante el hecho delictivo. La máxima de la última ratio se proyectaría más allá del campo de “límite del iuspuniendi” para el legislador y afectaría a la decisión jurisdiccional sobre la respuesta ante el delito, caminando hacia un Derecho penal mínimo.

Dentro de este marco de Derecho penal mínimo que explica que no siempre se protegen derechos fundamentales, se introduce la despenalización de hechos de poca relevancia social para sustituir el castigo penal por formas más eficientes, menos costosas y de menores consecuencias sociales.

Surge así la sanción penal como ultima ratio a la que el régimen legal debe recurrir solamente a falta de otro tipo de soluciones frente a comportamientos desvalidos, en tanto que el entorno punitivo no respeta ni responde las necesidades de los penados ni tampoco atiende las necesidades de las víctimas... Se entiende que un Estado de Derecho debe garantizar los derechos humanos y, por lo tanto, las medidas coercitivas deberían aplicarse en la menor medida factible.

El principio de subsidiariedad vendría a legitimar la posibilidad de la renuncia de la pena en la medida en que se vieran satisfechas las necesidades preventivas a

través de la realización de una prestación positiva orientada a la superación de las consecuencias del delito, pese a la existencia de la amenaza abstracta de la pena, extendiendo sus límites más allá de los contornos tradicionales en los que el sistema penal le había confinado. Viene a fundamentar la posición de la reparación en el seno del sistema de consecuencias jurídico- penales, ya que, conforme a este principio, la reparación precede a la pena allí donde la renuncia a la reacción ya no es posible y la exigencia coactiva de la responsabilidad aún no es necesaria O sólo lo es de forma atenuada.

CAPITULO IV

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDICACIÓN PENAL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PROCESO ABREVIADO, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

4.1. MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

debido a que una de las formas en cómo se manifiesta la justicia restaurativa son estos mecanismos, los cuales se regulan desde la propia constitución, hasta llegar a leyes secundarias. En sentido, a estos instrumentos jurídicos, se les conoce como instrumentos extrajudiciales, surgidos al margen del proceso jurisdiccional, los cuales en su gran mayoría se vinculan al aparato del Estado o por órganos que se alejan de ellos, bajo las mismas condiciones. En ese sentido el profesor Touzard, entiende que estas se dirigen a posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas, esto quiere decir que se busca que se llegue a acuerdo sin recurrir a los tribunales, lo que impactaría en gran medida al desahogo de procesos; así también se busca en todo momento reducir los costos que se generan del proceso y aunado a ello, la dilación que se producen dentro de las sedes (Touzard, 1981).

La crisis por la que atraviesa el sistema de justicia penal en cualquier país. Ha permitido la entrada en vigencia de los métodos alternos, los cuales en los últimos años ha generado gran preocupación en diferentes movimientos sociales, centran su atención en restaurar al estado normal de los hechos, como una forma de solución frente al conflicto que se genera, debido a que este nuevo modelo de

justicia, busca restaurar en todo momento el daño que se ha ocasionado al momento de infringir la ley penal. Esta restauración solo es posible si estamos frente a procesos que, busquen en todo momento, a través de la mediación, conciliación, negociación, llegar acuerdos, que satisfagan los intereses de la sociedad. Estos procesos que he mencionado, deben dar a la víctima un papel importante frente al daño que se persigue. (Larrauri, Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, 2004).

Lo anterior es el sentido que inspiró al legislador en el año 2008, en donde se produjeron profundas reformas al sistema de justicia penal; lo anterior como una forma de hacer frente a la crisis de legitimidad que existe dentro del derecho penal, además, surgió como consecuencia de la incredulidad social, generada por un el modelo punitivo que no respondía adecuadamente a las expectativas ni necesidades de los individuos sometidos al drama penal. Y si bien, ya en algunos estados de la república mexicana, se ofertaban incipientes experiencias respecto de la transición que debería darse en el país; es sin duda, hasta el año 2008, que, a nivel federal, se replantearon: fines, instituciones, procedimientos e incluso, se introdujeron nuevos mecanismos de operatividad de un modelo de justicia tendente a paliar los efectos nocivos del anterior sistema de justicia.

Con las futuras reformas a la constitución, en estricto al artículo 17° constitucional párrafo 6. Donde la propia constitución faculta la inscripción de mecanismo alternos de solución de conflictos, entre ellos, la mediación, etc. Sin embargo, lo que no hay que confundir es, que, no es lo mismo hablar de Justicia restaurativa que mecanismos, debido a que una es el género y la otra, especie.

En otras palabras, la justicia restaurativa, es un fin, que opera haciendo uso de los mecanismos alternos de solución de conflictos, para poder arribar a una restauración. Si bien, es un esfuerzo en conjunto la implementación de la justicia como un fin de la sociedad, dentro de cualquier proceso, ya sea de corte civil, laboral, penal, etc. Sin importar el sistema jurídico a cuál pertenezca, también es necesario mencionar que no es un trabajo sencillo, debido a muchos factores, los cuales en su mayoría se ha estudiado en esta investigación.

Obedeciendo a este razonamiento, hago referencia a la paz social, es lo que pretende la justicia restaurativa, utilizando la vía del dialogo, en lugar de la imposición del castigo, a través de la retribución, propia del derecho penal. Por tanto, considero que la Fiscalía, como persecutor del delito, debe, en todo momento, brindar el abanico de posibilidades, para resolver una controversia, asentando un compromiso entre victima u ofendido y quién ha delinquido, sin recurrir en primera instancia al proceso penal, dando como resultado un desahogo en la carga de trabajo de Jueces y Ministerios Públicos, otorgando a su vez una mayor fluidez para los casos que solo se pueden resolver mediante un proceso penal.

Frente a cambios tan profundos en materia constitucional, los cuales impactan en la justicia penal, la mayoría encaminados a instaurar el sistema acusatorio, los fiscales y en especial referencia la institución del Ministerio Público en su conjunto, no deben mantener una actitud indiferente, pueden eludir la reciente postura que la víctima e investigado ocupan en el proceso penal, así como en el escenario social.

Por tanto, se debe desechar la función expropiadora, transformándola en aquella herramienta que logre contribuir la incautación de los problemas. Para ello, los

encargados de administrar justicia deben orientar su actuación hacia el respeto de la víctima como procesado, no únicamente para lograr una mejora en la eficacia de las investigaciones, sino para procurar de manera contundente una cultura de solución de conflictos sin recurrir al sistema de justicia penal.

Poniendo atención en satisfacer integralmente las exigencias en su conjunto siendo la víctima y la sociedad, superar lógicamente la investigación en la que el Ministerio Público queda atrapado limitando el éxito de la misma. Se necesita efectuar un nuevo planteamiento con el que se desarrollen determinadas posturas no jurisdiccionales, y se mejore la tarea sobre las posturas jurisdiccionales, incluyendo novedosas prácticas, asimismo, descartando por abandono aquellas que son innecesarias.

La perspectiva sobre satisfacción integral que la sociedad interpone, logra superar la investigación desde un enfoque lógico desde el punto de vista de la investigación y la sanción, en la que se encasilla el Ministerio Público, las cuales tienen un arraigo en el sistema de justicia inquisitiva, donde este posee mínimas posibilidades de poder ser exitoso frente al reclamo social. Por tanto, la restauración socio criminal, si es una alternativa frente al fracaso de las políticas retributivas y resocializadoras de la justicia penal en México.

El objetivo de esta propuesta con sustento inherente a la filosofía del derecho, busca que se restablezca la paz social, sin avivar sentimientos negativos entre la sociedad, y quien trasgrede el ordenamiento jurídico, a través de una conducta que encuadre dentro de los requerimientos típicos del delito; lo cual resulta lastimoso en ocasiones por las lesiones ajenas a todo ordenamiento jurídico. Y es que el proceso penal, tal como está establecido, no ofrece los mecanismos necesarios para

entablar diálogos directamente, claro que los espacios de diálogos deben hacerse dentro del parámetro de los derechos humanos, respetándose la dignidad de los intervinientes. La dignidad humana que para muchos autores se convierte en piedra angular de todo proceso como protección del derecho a la justicia efectiva.

4.2. LA MEDIACIÓN PENAL

Bajo este tenor, y abordando esta temática relativamente reciente en México, encontramos que en las últimas décadas se localizan doctrinas que es comparada es común, mencionar los cambios importantes que van en crecimiento sobre la distribución de los procesos penales latinoamericanos y europeos, en el marco de la reforma de sus legislaciones.

Podríamos decir que “de sistemas procesales que encuentran su fundamento, las directrices de los principios inquisitivo y acusatorio, sobre los elementos que los componen han venido desarrollándose de manera progresiva instalándose un tercer tipo de referencia: sustentado en el consentimiento; diciéndolo de otra forma, se confirma que el método inquisitivo ya no es tan significativo para poder dar cabida a las formas procesales que incorporan los elementos acusatorios y consensuales” (Horvitz, Mario; López Jaramillo, L., 2017).

A pesar de los muchos esfuerzos, antes de las reformas constitucionales, tenía serios problemas en la impartición de justicia debido a que la aplicación de justicia para en el sistema denominado inquisitivo, se tornó obsoleto e ineficaz, fue necesario quitar de raíz el sistema penal mexicano y verse en la necesidad de cambiarlo totalmente para sustituirlo por el sistema penal acusatorio, reformas que fueron surgiendo de manera gradual y se vieron aterrizadas en el año 2008 y en las subsecuentes reformas constitucionales.

El respeto por la dignidad humana, por hacer cumplir los estándares internacionales de protección de los Derechos humanos y además, para empezar con un sistema de justicia, en aras de una mejor impartición de justicia en beneficio de la totalidad de las personas que se encuentra en territorio nacional, han hecho posible que poco a poco se vaya perfeccionando. En tal sentido, considero que se debe ahondar, un poco más con instrumentos, como la justicia restaurativa, como una forma de hacer posible el alcance a la justicia.

Con motivo de las reformas en las entidades federativas, y la posterior entrada en vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, se ha podido implementar el sistema penal de corte acusatorio, para la impartición de justicia de manera eficiente, y evitar tanta trasgresión a los derechos humanos. Estar dentro del proceso de justicia penal, implica una obligación al cambio de mentalidad y, sobre todo, de actuación de los intervinientes en el sistema de justicia, en aras de lograr una mejor equidad en la impartición de justicia, como fin del Estado.

La envergadura de la reforma constitucional en materia penal, representa no sólo un hito en los sistemas de procuración e impartición de justicia, sino un verdadero cambio de paradigma que todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho que debemos asumir con responsabilidad y compromiso.

Claro que, para tener un panorama más amplio, sobre lo que se busca dentro del proceso penal, es necesario tener conocimiento sobre el objeto del proceso penal en sí. En tal sentido, se puede afirmar, que se puede discutir que, se coincide en que se debe dar a conocer el delito y la responsabilidad del inculpado con la finalidad de imponer las medidas de seguridad, penas, o, ya con la reforma Constitucional en materia penal, intentar resolver el conflicto a través de los medios alternos que la

propia ley establezca. En lo cual con esto se establecería el resultado hacia lo que se impone el proceso penal.

Claro que la justicia penal debe considerarse como el último recurso que cuenta el Estado para la protección de los bienes jurídicos, es decir, aquellos intereses que se protegen a la parte afectada y el segundo es aquel que protege los derechos del imputado con el propósito de que no sea castigado sin motivo y se le establezca bien el debido proceso o en su defecto por mandato constitucional, que se le aplique los métodos alternos de solución de controversias.

Cualquiera que sea la estructura del proceso penal, éste persigue dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y la protección o tutela de los inocentes. (HORVITZ LENNON & LOPEZ MASLE, 2003) Al Derecho procesal penal le corresponde determinar y realizar la pretensión penal estatal; aunque en este doble aspecto de tutela jurídica que se menciona. (BAUMANN, 1973)

El profesor QUINTERO OLIVARES estima que la función esencial del derecho penal es establecer, a través de la protección de bienes jurídicos, el mínimo social ético necesario para la convivencia, aunque agrega categóricamente, que una de sus funciones lo significa el combatir la criminalidad, aunque no es la única. Así mismo, indica que es necesario establecer un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de los individuos. (Quintero Olivares, Represión Penal y Estado de Derecho, 2018).

Quedando claro que cualquiera que sea la función del Derecho penal, ésta solamente puede cristalizarse a través del Derecho procesal penal. En este sentido

se manifiesta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Se estima que el propósito del proceso penal queda claramente establecido en la Ley fundamental anteriormente citada, la cual fue creada libremente en el orden positivo por el órgano de poder competente para ello, basados en determinadas pautas axiológicas, premisas, directrices éticas, valores, principios que ofrecen, vigencia, sentido, estructura y legitimidad a la norma jurídica que prevalece en un lugar y tiempo determinado, respetando en todo momento los principios que inspiren a cada uno de los elementos procesales.

En tipo de sociedad que sea civilizada conllevan esos principios que le caracterizan en su fin de conducta; siendo éstos la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia. Por lo que se entiende que existen distintos principios como los morales, jurídicos, éticos, etcétera, que estos se establecen como aquello que por simple lógica es lo que puede o más bien lo que se puede diferenciar una sociedad ya sea por los principios que se derivan de ella. (BAUMANN, 1973)

Se considera que un principio en lo general muestra el camino a seguir en cierta dirección, establecen lo que es debido, aunque no exige o no obliga a decidir en forma determinada, o sea; los principios en sí no son innegables e independientemente de que se apege a ellos o no, éstos se mantienen intactos,

aunque no prevalezcan en la decisión, éstos no ofrecen respuestas concretas en lo general, sino, que siempre se debe tener en cuenta el caso concreto.

Ahora bien, es importante precisar que los principios interactúan de la forma que pueden combinarse entre sí. Así, se cuenta con principios jurídicos, procesales, de política criminal, organizacionales, y todos ellos tienden a facilitar o garantizar, en su caso, la realización de determinado orden u objetivo.

Así también, desde la aplicación del método comparado e histórico, vemos que los cambios procesales penales acontecidas en Latinoamérica y Europa a finales del siglo XX prueban un cambio interpretado en ese momento, aceptando explícitamente o tácitamente los convenios pactados sobre el procedimiento o la pena.

Así en Europa, “Esta vertiente se propone de forma clara en el Código Procesal penal italiano de 1988 o en el portugués de 1987, donde se antepone a algunos procedimientos de estructura especial orientados a resolver de manera sumaria evitando el juicio sobre el respaldo acordado por los intervinientes”. “ el fundamento sobre la tendencia se enmarcan, la dificultad de poder llevar a juicio a todos los casos de acuerdo al reglamento de procedimiento ordinario” y, la necesidad de “sintetizar los procedimientos penales, con la finalidad de lograr obtener que se le reconozca el derecho del acusado de ser juzgado en un plazo sensato” (Horvitz, Mario; López Jaramillo, L., 2017).

En este orden de ideas, en el Código Procesal Penal italiano hace referencia a un par de dispositivos procesales donde ambas partes por intermedio de su voluntad, estos desempeñan un preciso papel en la decisión del caso. No obstante

dichos instrucciones especiales del proceso que conjuntamente con la prontitud en el mismo procedimiento, pero no el desistimiento a un juicio oral, aunque en ellos puede existir una significativa participación sobre la aceptación voluntaria del imputado o con los designados procedimientos monitorios, donde la pena no es tan severa o su origen pecuniario sobre la sanción que pueda decir el juez, considerablemente dispuestos a reducir un procedimiento escrito, la posee iniciativas de forma de recompensa, que comprenden una sanción menor sobre la pen, hasta una reducción de la mitad si el imputado no se opone al pago. Estos tipos de procedimiento se incluyen con el fin de reducir el tiempo de duración de los procedimientos.

Bajo este tenor, en el ordenamiento italiano el patteggiamento inicia con la petición que formaliza el ministerio público o puede ser por intermedio del imputado cuando el delito que se imputa se encuentre asignado a una sanción que es reemplazada por una suma pecuniaria incluso la pena que produce la privación de su libertad. En el giudizio abbreviato, se requiere la solicitud de la parte imputada, por intermedio de un acuerdo con el ministerio público, donde el proceso se defina en la etapa preliminar, cuya finalidad sería garantizar que se dicte una pena de un tercio, y la cadena perpetua únicamente por treinta años de prisión.

Para algunos autores estas instituciones procesales de reciente creación trabajan con elementos de defensa social asegurando el castigo de los culpables que se efectuará en tiempo corto y donde se tendrán que indultar a los inocentes.

“Una restante sección de la doctrina, desecha aquellas posibles soluciones que al ser negociadas en la esfera penal donde fundamentalmente acude a las teorías o principios”

“LANGBEIN critica a la institución norteamericana del pleabargaining, la cual el autor piensa en base a las garantías sobre las infracciones del imputado. En resumen, existe pleabargaining cuando se le plantea al acusado que confiese su culpa, hecho realizado por intermedio del fiscal, con la finalidad de que desista al juicio, asimismo, poder tener una sanción menos penosa para el imputado la cual se le impondría en el juicio, siempre y cuando aceptara su culpa”.

La instauración en países como Chile, el procedimiento abreviado tuvo que contar con un medio económico, el enjuiciamiento cuya finalidad es poder beneficiar lo importante que es la aumento de los casos, en otros términos reducir los gastos y el tiempo, en cuyos casos no tener que aplicar un juicio oral donde no coexista la controversia como elemento esencial entre el agraviado e imputado sobre los hechos donde establecen las penas en razón de la materia en la que se lleva el proceso.

“La base fundamental de este tipo de procedimiento especial, reside en aquellas sistematizaciones presupuestales del nuevo método procesal penal, edificados sobre la base que únicamente una proporción de los casos donde preexista una imputación se les llevará a juicio oral”. Tomando en consideración lo anterior, la forma abreviada representa gran parte del ahorro de caudales donde es rentable sobre la relación en base a los costos que representa realizar el juicio.

4.2.1. Diferencias entre la Mediación Penal, Arbitraje y Conciliación

a) Arbitraje

El profesor Santos Balandro, considera que el arbitraje consiste en una forma de arreglo de conflictos por el que las partes enfrentadas abandonan a favor de un tercero, que designan de común acuerdo, el poder de imponer

una decisión que se comprometen de antemano a respetar. El proceso es resuelto por el árbitro como en el proceso lo es por el juez **Fuente especificada no válida.** así también, en cuanto a las diferencias con la mediación penal, se pueden distinguir que existe una limitación del objeto de la mediación. Así como la voluntariedad de acceso a la mediación. También debemos tomar en cuenta Elección directa o indirecta del mediador por las partes.

b) LA CONCILIACIÓN

El término conciliación expresa a la vez la acción y el resultado. Supone que las partes están animadas por el deseo de darse recíprocamente lo que es justo. Se basa en la combinación de voluntades privadas y, en muchas ocasiones, en la autoridad de un tercero. En otras palabras, la conciliación es una forma de solucionar un problema entre dos o más partes imparciales (conciliador o conciliadores), quienes asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos. Por tanto, las partes realizan todos los esfuerzos con la asistencia de un tercero para Lograr su propia solución, mejorar la comunicación entendimiento y empatía, mejorar sus relaciones, minimizar evitar y mejorar la participación del sistema judicial, trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mismo para resolver un problema o conflicto, por ultimo resolver conflictos subyacentes (Fierro Fernández, 2010).

4.2.2 Principios que inspiran los métodos alternos de solución de controversias

Los principios están basados en el respeto a la dignidad de todas las partes afectadas por el hecho criminal. En este movimiento se da una prioridad máxima a las necesidades humanas de participación y comunicación de sentimientos y necesidades reales. Como consecuencia de lo anterior, estamos frente a la reparación nace del movimiento a favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal. Por ello, la reparación y la restauración para muchos significa volver a la situación previa al surgimiento del Derecho penal.

La reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto a la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del Derecho penal. Aporta el restablecimiento de la paz jurídica a través del retorno a la situación concreta perturbada. Un Derecho penal orientado a la reparación es un Derecho penal orientado a la resocialización, a la pacificación.

Un acto de reparación implica no solamente la reparación a la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso hacia la interiorización de la responsabilidad por el hecho cometido. La reparación desde el punto de visto preventivo especial se valora como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, además de superar los peligros del tratamiento, y supone la aceptación de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva.

La voluntariedad en la reparación es un punto crucial y un cambio en los esquemas clásicos del sistema penal donde parece que punición y consentimiento no son muy compaginables. La reparación forma parte de un concepto de justicia negociada pero no por ello más rápida. En este sentido, aun cuando esto no siempre es así, en la mayor parte de los casos la aplicación de programas de mediación genera una reducción de costes y de medios significativos.

La Justicia Restaurativa es un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en reparar las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. Es colaborativa e inclusiva, genera y supone la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y la armonía rota. El principal propósito de la intervención social es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la revictimación, bajo un paradigma construido bajo los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación.

4.3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Para comprender en que fases o etapas de un proceso penal se puede desarrollar o se desarrolla los principios de la justicia restaurativa, previamente debemos definir ciertos conceptos que nos amplíen el panorama; en este apartado el principio de oportunidad.

Para MAIER el principio de oportunidad es “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o

definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivo de utilidad social o razones político-criminales”. (Maier J. B., 2004). Además, CHANG PIZARRO lo formula como la “facultad discrecional otorgada al órgano requirente para prescindir de la persecución penal, en aquellos supuestos expresamente previstos por la misma ley, bajo el control formal del órgano jurisdiccional competente” (Pizarro Guerrero, 2004).

Asimismo, ROXIN, afirma que “el principio de oportunidad autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible” (Roxin, 2000).

Para GIMENO SENDRA el principio de oportunidad consiste en una “facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado” (Gimeno Sendra, 1987). De acuerdo al profesor GÓNGORA MERA “consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción” (Gongora Mera, 2004).

En los ordenamientos como el caso de Alemania, se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por la falta en el interés público de la persecución penal. Así la normatividad introduce el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad por tal motivo toda actuación debe estar sujeta al principio de legalidad,

el ministerio Público, trata de monopolizar el hecho punitivo particular, ni la acción popular, aunque la persona afectada lograra adherirse a la acción formulada ministerio Público (Gongora Mera, 2004).

Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En este país, el Ministerio Público, goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídica política en la institución, a pesar de que depende del Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía.

Italia, en comienzo, y para impedir los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de liberación, se instauró el denominado "pateggiamento", retirado en el presente art.444 del CPPI (Codice de Procedura Penale) de 22 de septiembre de 1988, introducido por Estatuto de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, el juez, a previo compromiso del Ministerio Público, podía imputar alguna penalidad sustitutiva (semi-prisión, recargo) a la de ausencia de liberación, extendiéndose con la nueva medida a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por consiguiente, a la mayor tramo de los procesos penales. (Gongora Mera, 2004).

4.3.1. El Principio De Oportunidad y a la reforma penal

Administrativamente la justicia penal no resulta capaz de resolver las mínimas necesidades de la población a las que debe sudar solución: En respuesta a los casos incorporados al sistema; a dar respuesta fundamentada a conflictos sociales que presenten, en mínima parte, más dificultad que los casos comunes procesados

por el sistema, dar respuesta a los delitos más graves, dar respuesta a los nuevos tipos de criminalidad, es poder dar respuesta al legítimo interés de la persona afectada por el delito y así poder brindar soluciones alternativas a las sanciones penales o a la pena privativa de libertad; asimismo ante la crisis de la administración de la justicia procesal penal en la mayoría de los países de nuestra región y a diversos factores culturales, sociales, políticos , se ha realizado un proceso de reforma que hoy ha alcanzado a casi todos los países de América Latina.

El principio de oportunidad se abre paso imponiéndose en la mayoría de sistemas jurídicos, ello en razón de que los sistemas penales desde tiempo atrás sean desbordados, por el incremento de casos que superados en múltiples ocasiones por la esperanza de que el aparato penal pueda darles solución.

Lo cual no es culpa solo del endémico trato que dan a la administración de justicia por cuenta del poder central, que es mantenido como un residual sector de la administración pública, a la cual se otorga un bajo presupuesto, a la cual se maneja demagógicamente con finalidades electorales o de desigualdades del sistema social creadas por represivas políticas de la misma forma la prevalencia del procedimiento penal escriturario con proclividad a formalismos estériles.

Entre los cambios estructurales que la justicia penal viene aceptando se encuentran: una serie de pasos habituales en el cual en el juicio está constituido en la etapa central del proceso penal; en la cual queda la contemplada la estricta división de funciones requerientes en nuestra actual organismo descentralizado el cual es Ministerio Publico, de las funciones decisorias propias de la función judicial y las pertinentes simplificaciones de las etapas de investigación, así como la regulación o cambios estructurales mecanismos alternativos a la aplicación del

procedimiento común y a la sanción punitiva, adecuación a las normas y principios sobre derechos fundamentales del imputado del condenado, y de la víctima, debe considerarse no solo para satisfacer el requerimiento de respetar los derechos de quien interviene en el proceso penal como imputado de la comisión de un delito, haciendo énfasis y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en instrumentos convencionales de derechos humanos.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad como una de las formas de los criterios de oportunidad que inspira la nueva corriente procedimental en la simplificación del proceso penal. El principio de oportunidad se conceptualiza como la facultad del Ministerio Público de no ejercer acción penal en los casos concretos, y si ya se hubiese producido, a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por la ley.

En este sentido el modelo que sigue la reforma pertenecería a un modelo continental europeo (Alemania, España e Italia). “El principio de oportunidad no aparece como un instituto de aplicación libre, sino de aplicación reglada”, se analiza cómo el Estado ejercita la acción penal. El problema es determinar la libertad de iniciativa, “los códigos establecen causales taxativas, en cuya aplicación el juez de control o de garantías interviene para ejercer su función de garante de los derechos fundamentales”; el principio de legalidad establece que el ejercicio de la acción penal es siempre obligatorio.

El principio de la oportunidad faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercerla en aquellos casos en que el ejercicio de la acción penal resulte inoportuno,

contrario a la paz social o al fin del derecho penal u otro criterio semejante, sobrevive como deber de buscar y dar solución a os casos de presunta o real trasgresión de la ley penal, un sistema acusatorio requiere de mecanismos que impidan que no todos los procesos lleguen al tribunal por el colapso que provocaría con la salvedad de aquellos casos que la ley prevea (Gimeno Sendra, 1987).

En este contexto, oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda que prescindan de ella, respecto de la necesidad de una organización racional de la persecución penal susceptible de una investigación exitosa en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive frente a la prueba, más o menos completa de su perpetración (Maier J. B., 2004). En forma extensiva podríamos catalogarla como una medida que deja de lado el control penal y en parte toma en cuenta los hechos y el acuerdo de las partes, teniendo como objetivo alcanzar una justicia penal menos desigual y menos represiva.

Como ocurre en todos los sectores del Estado, muchos criterios de oportunidad ofrecidos por la doctrina, a los que se incorporan innovaciones procesales a diversas legislaciones Latinoamericanas. El cambio en las pautas de movilidad social y las asimetrías inherentes a los procesos de modernización regula la culminación anticipada del procedimiento o los beneficios por contribución eficiente, permiten prever que esa brecha entre conductas a reprimir y recursos disponibles se acentuará en el futuro inmediato. En los hechos todo sistema penal es inevitablemente selectivo. Sostiene que estos criterios no responden al apuro de persistir enfrente la infracción, sino remediar problemas de saturación de los procedimientos penales.

Lo seguro es que el principio de oportunidad encuentra su soporte en pensamientos político criminales de prevención específico, para resolver en base a la regla en espera que el imputado que se acoja a estos criterios no vuelva a incidir en alguna violación punible. En resumen, los fundamentos del principio de oportunidad se encuentran en la utilización de una teoría de justicia restaurativa o reparadora, podría verse como una respuesta sistemática al delito, pero se presenta como la proposición de la evolución de justicia de Uso público o utilidad social: la pronta reparación del afectado.

El principio de oportunidad en nuestros países, no es un principio absoluto como sucede en el sistema anglosajón, dentro de la reforma procesal penal hemos recogido el modelo europeo continental y por ello se justifica la aplicación del principio de oportunidad en este modelo, en las teorías utilitarias de la pena (teorías preventivas) al reconocer la vigencia del derecho penal no como un imperativo metafísico de justicia, sino por el contrario, como un instrumento orientado a la prevención de aquellos hechos sociales considerados desvalidos.

Las funciones que el proceso penal está llamado a desempeñar en un gobierno socialista y demócrata de derecho en el cual conviven los principios de justicia y oportunidad, atienden fundamentalmente a la utilidad público actual, en la utilización del iuspuniendi estatal, y responde al modelo propio de un Estado de Derecho, donde la pena tiene asignada una función retributiva y/o de prevención general. La explicación de los ordenamientos procesales penales del principio de oportunidad, como excepción al de legalidad, sirve por lo tanto, fundamentalmente al beneficio público en la resocialización del imputado y argumenta a las exigencias del innovado Estado social y a la ejercicio de prevención específico que la castigo y el derecho

punitivo asume.

En resumen, los fundamentos y finalidades del principio de oportunidad son: el interés social, la utilidad pública, la eficiencia de la administración de justicia, la descongestión judicial en lo referente a la pequeña y mediana criminalidad, evitar efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad, la reinserción social del delincuente, la pronta y justa reparación a la víctima y la economía procesal. La finalidad trascendental de este principio es lograr una solución pacífica al conflicto interno de una sociedad a bajo costo para el Estado, así el principio de oportunidad está ligado al derecho responsabilizado, es decir un derecho no separado de la sociedad y sus reales necesidades (Cappelletti, 1973).

El principio de oportunidad se legitima entonces en los postulados sociales consagrados en la Constitución Política y los fines de la pena, por lo cual las objeciones derivadas de un formalismo jurídico excesivo, no tienen validez desde la teoría del Estado y de los fundamentos legitimadores del Derecho Penal. Hemos apuntado acerca de los criterios para oportunidad se aplican en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, delitos bagatela, injustos que por su poca significancia antijurídica merecen un tratamiento punitivo procesal diferenciado.

Nuestro modelo procesal toma para sí los criterios de oportunidad tal como se generan en la práctica de un derecho penal mínimo, haciendo retroceder el crecimiento vertiginoso del derecho penal, promoviendo las reparaciones efectivas y prontas a la víctima, evitando la estigmatización de los autores de delitos y propiciando la proporcionalidad y modos humanitarios de sanción (Angulo arana, 2004). Se advierte todo un conjunto de temas que importan la humanización dentro el proceso penal, vía el reconocimiento de la dignidad humana y la voluntad de

devolver protagonismo a la víctima de los ilícitos, no por un criterio meramente demagógico, sino para que ella vea realmente reparado su derecho con prontitud.

Los criterios de oportunidad, tienen la virtud también, de posibilitar el racionalizar la selectividad de las infracciones penales, dejando de lado todas aquellas en donde sea innecesaria la aplicación del *iuspuniendi*, contribuyendo a la eficacia del sistema, dado que si se excluyen las infracciones de menor cantidad entonces se fortalece el sistema de justicia penal para que intervenga efectivamente en los casos infracciones de mediana y grave criminalidad. *El principio de oportunidad constituye, además, un dispositivo de reducción del procedimiento punitivo, respetado como una excepción al principio de legalidad que exige el seguimiento de los delitos y el castigo a las personas que lo han realizado.* (Sánchez Hurtado, 2005).

Respecto al sistema anglosajón necesitamos ser reflexivos en cuanto a que el principio de oportunidad cuenta con absoluta aplicación donde es el fiscal quien cuenta con una amplitud de facultades discrecionales respecto a la persecución penal, ignorando el principio de legalidad, no admitiendo siquiera que pueda obligársele a perseguir el delito en un caso concreto En el modelo norteamericano se excluye el principio de legalidad; *“estimar si debe proceder o no a incoar la acción penal queda en manos del fiscal”*.

En el sistema anglosajón, el principio de oportunidad a la par del criterio pragmático de la cultura norteamericana, se observaba la desproporción en aspectos penales, cuando se estimaba que no se justificaba la aplicación de los recursos públicos a un determinado caso, o cuando sopesaban que la acusación no tendría éxito por deficiencia probatoria, caso este último subsanable prosiguiendo las pesquisas probatorias. En el origen electoral de los fiscales, se retribuyen a

quienes colaboraron en alguna campaña de elección del funcionario (Chang Pizarro, 2000).

Realmente la mayoría de críticas realizadas al sistema anglosajón en el uso absoluto de los principios de oportunidades deben ser consideradas para la mejoría de su aplicación; es innegable la marcada desigualdad económica y cultural que existente, por ello se entiende que la aplicación del principio de oportunidad se debe reglamentar para evitar la supremacía de una parte sobre la otra, pues es sabido que los arreglos reparatorios favorece la condición de quien más tiene y ello a su vez implica una evasión de la administración de justicia por parte de quien tiene, mientras quien no tiene no puede abrigarse al amparo de estos institutos.

En realidad es un acierto afirmar que la aplicación de este principio significa una mayor y mejor justicia para la víctima, porque en muchos de los delitos donde es dable su aplicación, para la víctima del hecho delictuoso poco o nada importa la sanción del delincuente, sino la restructuración del daño de manera pronta o de la reposición de sus bienes, a ello debe sumarse el disuasivo calvario de la ejecución de las resoluciones judiciales fuera del ya agotador y tormentoso proceso penal para alcanzarlas; todo ello suprimido o superado por el principio de oportunidad, reflejando al menos en parte un verdadero esfuerzo por alcanzar de la paz social.

Por ello, no debe perderse de vista que se sacrifica en aras de conseguir los objetivos deseados, el principio de oportunidad elevando la administración de justicia sirviendo así no solo a fines administrativos, sino también a la mejora y satisfacción de la persona a la que ha dañado la conducta anti jurídica cumpliendo eficazmente el fin del castigo, donde se pueda experimentar jurídicamente, más que

justicia retributiva, una justicia restaurativa.

4.3.2. El Principio de Oportunidad y el Principio de Legalidad

Este principio es vinculado a la significación de Estado de legalidad y han considerado algunos autores su acepción más generalizado, hace enlace al compromiso de todos los órganos de las ramas del poder público del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, y sus representantes de dirigir sus actuaciones conforme al derecho vigente.

El Maestro GARCÍA CAVERO da su opinión acerca de este principio y menciona que:

“Fue constituido en el Derecho penal liberal como un dispositivo para actuar a la vanguardia a los abusos de los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas mediante la ley impedía abusos por parte de los detentadores del poder, de manera tal que constituye un seguro frente a la Administración de Justicia”. (Garcia Cavero, 2007).

Delimitando el campo de nuestro estudio, nos atañe indicar que internamente este principio cuenta con dos niveles. El primero de ellos es condensado con la siguiente máxima “nullum crimen, nullapoena sine lege”, lo que significa que no podrá imponerse una pena a un delito tipificado como tal sin que exista con antelación una ley donde éste se encuentre, (asimismo se garantiza además un alto a la arbitrariedad del poder del Estado en la utilización del iuspunienti).

ENRIQUE BACIGALUPO, expresa que “los efectos prácticos de este principio es

la consiguiente: ningún dictamen condenatorio puede dictar aplicando una penalidad que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con una pena” (Bacigalupo, 2004).

Se ha concretado en el segundo nivel el “deber de seguimiento penal” o igual llamado “principio de obligatoriedad”. Dado el valor de estos dos aquellas autoridades que son llamadas a ejecutar la función penal (perseguir) si es que la ley lo dispone tienen el deber de intervenir, si es que existen vestigios de que se ha efectuado un delito. Esto ocasionaría que inevitable y automáticamente el fiscal utilizando los medios a su alcance ejerciera la acción penal y de esta manera lograr iniciar un proceso penal.

Contrario al segundo nivel se formula una crítica que afecta al principio de legalidad. Arremeten en contra de la gran demora para resolver los problemas: muchas personas iniciaban el proceso penal Gracias a este principio de legalidad y como resultado se obtuvo que la mayoría de veces era innecesaria accionar el mecanismo de justicia estatal una crisis que llegó a su punto más alto cuando se hizo la proclamación de la no generalidad de este principio, dado que existieron hechos que no se llevaron en un proceso penal por diversas razones. En este punto un cúmulo de autores opina que debido a la ya mencionada crisis se tiene un hambre de “permeabilidad del principio de legalidad” y “todo se ha logrado al principio de oportunidad

Se configurado a éste como una excepción, o como así lo ha analizado GARCÍA VALDEZ, como un instrumento que ha constituido volverse y reajustar al principio de legalidad” (Angulo Arana, 2007). A lo anteriormente señalado válidamente contra argumentamos lo siguiente: A) La constitucional existencia de límites a la obligación

de persecución penal por lo que el principio de legalidad no debe contrariar los derechos fundamentales, dando ejemplo de lo en este caso no es posible iniciar una persecución degradando a la persona humana. B) “El principio de oportunidad es la expresa la “finalidad especial político-criminal” por ningún motivo debe considerarse contraria a la legalidad.

Es por ello que este principio no vulnera ni se contrapone a la legalidad, ya que es esta misma la que les otorga el poder a los operadores jurídicos de abstenerse a perseguir delitos solo en casos determinados. C) Pensamos finalmente, unido con MUÑOZ NEIRA, que “en verdad el principio de oportunidad no choca con el principio de legalidad sino a alguno que va más allá de este principio y que ha sido llamado por este escritor como principio de totalidad”, comprendiéndolo como un deber que tiene el Estado de “darlo todo”, encontrándose en la imperante necesidad buscar y resolver todo y cada uno de los delitos que se cometan actualmente que reúne el monopolio de justicia”. Únicamente de ocupar este principio completo, o considerarlo como un anexo del principio de legalidad o como el propio principio, podemos incidir en el descuido de contemplar al principio de oportunidad como una excepción a la justicia.

También es necesario mencionar que el principio de oportunidad, también, responde a la última ratio punible o principio de mínima mediación, como alguno de los límites al iuspuniendi del Estado y lo cual tiene como significado que el Derecho penal conformará la final manera que tenga el miembro estatal paralizar las sanciones de unas determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos. las cual está conformada por dos principios: a) subsidiariedad, por lo tanto, únicamente se castigarán aquellas acciones que violen los bienes jurídicos más importantes; y b)

fragmentariedad, de todas las conductas lleguen a afectar a un bien jurídico principal únicamente serán castigadas las conductas más intolerables.

“El principio de oportunidad es un claro ejemplo de la efectiva utilización de este término, por tanto, el Estado podrá reunir todos sus medios para el seguimiento de los delitos con resultados graves. En resultado, únicamente al querer remediar el problema a través de métodos alternos y de no solucionarlo (SILVIA SANCHEZ, 2010), debe aplicarse finalmente el Derecho penal.

4.3.3. Límites del principio de oportunidad

Luego de que el Régimen incorpora a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional humanitario plantear la problemática sobre si dicho principio, con respecto a la acción penal, debía considerarse como un tema a introducirse en el ámbito sustantivo, el principio de oportunidad fue limitado por el legislador al prohibir su aplicación cuando los hechos de los que se trate puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

Si se admitiera la aplicación del principio de Oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales. De otro modo, podría invocarse el artículo 1.1. De la Convención Americana, que impone a los Estados Parte la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Tratado a toda persona.

Del punto de vista criminológico la justicia restaurativa es aquella en la que busca

una sanción mínima para aquella persona que comete algún tipo de delito, basándose en una solución de conflicto penal, esto quiere decir que se apoyara con la mediación y conciliación, con la finalidad de llegar a un acuerdo donde ambas partes, y estas satisfechas con los resultados establecidos dentro del conflicto penal.

4.4. PROCESO PENAL ABREVIADO: MEDIACION PENAL DENTRO DEL PROCESO

Previo al análisis de la mediación penal dentro de un proceso penal abreviado es menester, enfocarnos en el procedimiento abreviado e donde también los principios de la justicia restaurativa se pueden hacer efectivos en un caso concreto.

4.4.1. El Procedimiento Abreviado

Dentro de la justicia restaurativa se podrá percibir que es una manera de sancionar un delito, ya que el conflicto es intersubjetivo y así mismo puede causar un daño a un tercero. Cuya finalidad es la establecer una paz social en la cual restaura las relaciones sociales en donde se ha violentado por un hecho delictivo, de tal manera se observa la participación de una víctima, victimario y la sociedad para la resolución de un conflicto.

El Procedimiento Abreviado es un mecanismo procesal estructurado para no utilizar la misma cantidad de recursos que se disponen para la persecución de delitos de mayor importancia, con él no solo se logra que el costo del servicio judicial sea menor, sino que también se materialice el ideal de pronta y cumplida justicia, pues nadie concibe como acciones justas aquellas en que por una mínima

infracción se deba tramitar todo un proceso ordinario que se toma largos costos y complicados”. (Trejo M. , 1994)

4.4.2 Fundamentos del Proceso Abreviado

Los autores del Derecho unifican criterios al sostener que el fundamento del procedimiento abreviado es resultado del impedimento que tiene la administración de justicia para resolver los casos debido a la carga procesal, y teniendo que emitir sentencia en plazos establecidos y relativamente cortos, resultado que se da por la eliminación del debate al igual que, ahorrar recursos judiciales llamados economía procesal, con la finalidad de poder materializar un rápido cumplimiento de justicias.

“La idea de lograr sentencia en un lapso razonable, con fuerte ahorro de energía y recursos jurisdiccionales y sin desmedro de la justicia, tradicionalmente aceptada para delitos leves, se ha extendido últimamente también para el tratamiento de ilícitos de mayor entidad. Respecto a estos, ahora se admite alternativas para evitar el juicio oral y público, cuando él no sea imprescindible para arribar a una sentencia que resuelvan el caso, con respecto de los principios de legalidad y verdad” (Cafferata Nores J. , El Juicio Penal Abreviado, 1996).

El autor citado ha establecido seis de tipo de objetivos que comprenden lo necesario que promete el juicio abreviado en materia penal:

- 1) Obtener una distribución razonable sobre los recursos que por intermedio del Estado aqueja al proceso penal;
- 2) Llegar a cumplir con las condenas judiciales, donde son muchos los proceso que no tienen aún condena con aquellos que ya están cursando una;
- 3) Acelerar los procesos en materia penal

- 4) Disminuir los costos elevados del juicio penal;
- 5) Aplaca la labor de los tribunales saturados que se desenvuelven oralmente y que la numerosa cantidad de casos que deben solucionar; y
- 6) Tener en cuenta la postura del acusado, mediante su colaboración con el compromiso de lograr tener una reducción en la pena, de acuerdo a los términos de escala". (Cafferata Nores J. , Proceso Penal (mixto) y Sistema Constitucional. Reflexiones a partir del artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional Argentina, 1997).

De conformidad con lo expuesto en líneas que anteceden, el procedimiento abreviado es convertido positivamente en respuesta a los problemas presentados hoy en día por la administración de justicia, por motivos como "los motivos de la política criminal, privaciones de recurso humano o material, siempre y cuando el procedimiento se transforme en una actividad intensiva que pueda permitir ahorrar esfuerzos donde la jurisdicción realmente no lo requiera, sin el deterioro sobre la garantía procesal y constitucional, de tal manera que el esfuerzo es orientadas a otra causa, donde si se requiera de una atención mayor conjuntamente una dedicación constante por parte del tribunal de justicia".

Asimismo, expresa "que el conocimiento que sustenta la anexión de este cuerpo institucional se concentra en lo primordial de las ansias de apresurar aquellos mecanismos penales con beneficio para las partes. En virtud a lo comentado anteriormente sobre el imputado, suprime el desconcierto que puede existir ante un escenario procesal. Asimismo, evita la pena adicionada que tiene todo juicio oral público, para el perfil social que conserva".

El Estado es el beneficiado, ya que debe cumplir con las tareas de

administrar justicia en menor tiempo, y así poder reducir los costos que significa la tramitación completa de un juicio oral y público, ante una resolución de un caso penal en mínimo tiempo, donde el imputado y la víctima u ofendido encuentran respuesta rápida a su queja de justicia, proporcionándole utilidad al principio constitucional de justicia rápida, completa e imparcial.

a). Fundamento Constitucional

Este mecanismo acelerado se encuentra expresamente reconocido en el nuevo texto constitucional, en la fracción VII del Apartado A del Artículo 20 y establece textualmente lo siguiente: “Una vez iniciado el proceso penal siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”.

b). Fundamento Legal

El Código Procesal Penal vigente en el Estado en su Libro Tercero se ocupa de los Procedimientos Especiales y en el Título II establece el Procedimiento Abreviado, que hace mención a la del artículo 404 al 409 del citado ordenamiento se regula lo relacionado con el procedimiento especial denominado “Procedimiento Abreviado”.

4.4.3 Naturaleza Jurídica

El procedimiento abreviado dentro del código nacional de procedimientos penales lo establece como una figura jurídica en la cual está al frente del sistema penal acusatorio. Por lo que con lleva a dar solución de una manera más factible. Este procedimiento es un beneficio que tiene el acusado en el cual el imputado acepta su culpabilidad ante la máxima autoridad y de esta manera su proceso es digerible.

Dada la naturaleza del proceso resulta innecesario fundamentar sobre la prueba, tratándose de un mecanismo simplificado, foque se funda al admitir la culpa, se enunciarán las antes mencionadas pruebas obtenidas en la investigación, sin necesidad de producirlos en audiencia (de producirlas, la audiencia se convertiría en una audiencia de juicio, lo cual elimina la calidad de “abreviado” al procedimiento). Sin embargo, es importante recalcar que el hecho de no tener que reproducir la prueba no implica no tener ninguna prueba más que la declaración del imputado declarándose culpable” (Loenzo Lama, 2012).

4.4.4. El Procedimiento Abreviado en México

Estas instituciones lo vemos reflejado en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. ...”.

Por su parte el artículo 2 del Código vigente en el Estado (Código Procesal

Penal para el Estado de Nuevo León), establece que: “No podrá imponerse una consecuencia jurídica del delito de las previstas en el Libro Primero Título Cuarto del Código Penal, sino mediante una sentencia firme obtenida luego de un juicio tramitado con arreglo a este Código”.

Como lo expresa CAMPOS BIDART “Nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio durante el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal. Estas etapas en el juicio penal son: acusación, defensa, prueba y sentencia” (Bidard, 1997).

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece dentro de las garantías judiciales, en su artículo 8 el derecho de “toda persona a ser oída... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial... en sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella...” (Bidard, 1997).

4.5. LA SUSPENSIÓN DE PROCESO A PRUEBA

Uno de los mecanismos que se utilizan para aplacar la dureza del derecho penal es la suspensión del proceso a prueba, en donde deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Dichos requisitos de procedencia son:

1. Que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito no grave.

2. Que el inculpado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso en los últimos tres años.
3. Que no exista oposición razonable del Ministerio público ni de la víctima u ofendido; y
4. Que la solicitud contenga un plan de reparación del daño causado por el delito y un detalle de las condiciones que el inculpado esté dispuesto a cumplir.

Que, de cumplirse estos requisitos, como en el caso de los dos procesos estudiados, se suspende el proceso a efectos que la persona sometida cumpla con las exigencias de la justicia penal.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Durante el desarrollo del marco doctrinal se estudió y analizo por separado en capítulos, la investigación que busca entre otras cosas demostrar a través de una hipótesis plausible si la restauración socio criminal que propone la justicia restaurativa, tiene como fundamento la inclusión del procesado, víctima y la sociedad, con el fin de buscar la paz social, utilizando la mediación penal como mecanismo restaurativo. Lo antes descrito sustenta la necesidad de un cambio en las políticas resocializadoras que se han convertido en meramente retributivas y castigadoras en México.

Todo lo anteriormente analizado bajo la óptica de la investigación que lleva por nombre “LA COMPLEJIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN MOVIMIENTO FILOSÓFICO EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO”. Para ello, se trazaron objetivos específicos con el deseo de demostrar la hipótesis de la investigación, primero, describir los antecedentes del castigo, cárcel y pena; así como también estudiar el sistema retributivo dentro de la justicia penal en la doctrina; claro, el estudio de esta investigación se centra sobre un estudio de la justicia restaurativa; de ahí la necesidad de analizar esta institución a profundidad.

Nada de lo anterior, refiriéndome a la implementación de la justicia restaurativa, tendría sentido, sino se estudia la crisis del sistema de la justicia penal retributiva y

resocializadora en los últimos años. Así también describiendo el funcionamiento de la justicia en México.

En este orden de ideas, el despliegue de los capítulos, se realizó, analizando en primera instancia los EFECTOS DE LA POLÍTICA REPRESIVA DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. Con el objetivo de escudriñar el recorrido que ha tenido la represión por parte del Estado, por ello, se hacía necesario que dentro de éste estudio se utilizara una figura llamada cárcel, como resultado de la represión. Es así que respetados tratadistas afirman que la cárcel formada por una necesidad social se ha desenvuelto en el abandono, siendo buena en un principio, la hicieron mala tanto sus guardianes, así como sus huéspedes. Claro que la cárcel como institución que hoy conocemos difícilmente se acerca a una necesidad social, en otras palabras, se ha convertido en una preocupación la difícil situación por la que atraviesan nuestros sistemas penitenciarios como forma de represión por parte del Estado.

Otra de las variables que se investigan es EL IUS PUNIENDI Y LOS FINES DE LA PENA: FUNDAMENTOS DOCTRINALES. El Estado como institución abstracta, ostenta facultades, entre ellas, la potestad de perseguir y sancionar toda conducta que se subsuma en un tipo penal, y con ello, la imposición de una pena.

Para lo descrito en el párrafo anterior, el Estado ha creado un orden legal para salvaguardar los intereses o bienes jurídicos de todos aquellos que conforman la sociedad, así como declarar el derecho en cada conducta que se asemeje a un delito. El mismo Estado encomienda dicha función al Poder Judicial, quien acorde

a fórmulas jurídicas castiga o indulta conforme a la responsabilidad del sujeto. Es decir, el poder judicial, está facultado de sancionar o absolver una conducta considerada delictuosa posterior al ofrecimiento de los medios probatorios que el ministerio público o el abogado defensor haya creído conveniente según su investigación correspondiente y que debieron desahogar en juicio oral.

De ahí la necesidad de analizar en este capítulo de la investigación de toda esa potestad del Estado, al tiempo que se analizan los fines de la pena dentro de la doctrina especializada.

Una vez estudiado lo anterior, alcanzamos una óptica con mayor claridad para desarrollar el siguiente capítulo; “CRISIS DE LAS POLÍTICAS POLITICAS CRIMINALES RESOCIALIZADORAS” llegando a concluir que “en su mayoría la responsabilidad en la creación del modelo de Justicia Restaurativa, pues se tiene una resistencia sobre el paradigma kantiano retributivo, cuyo tratamiento es resocializar”. Como consecuencia de los paradigmas antes mencionados, se crea la necesidad de la prisión, como el máximo castigo que se puede ejercer sobre cualquier ciudadano. Sin embargo, es necesario mencionar los diversos cuestionamientos que se realizan en esta investigación al principio de resocialización desde la perspectiva empírica, demostrando el fracaso total de las prisiones en el cumplimiento de estos postulados.

El fracaso antes mencionado, ha PROMOVIDO LA APARICIÓN DE POLITICAS CRIMINALES RESTAURADORAS: es decir lo que conocemos como JUSTICIA RESTAURATIVA. Y es que debemos crear conciencia, que cualquier conflicto que

tenga consecuencias jurídicas, resulta un error al desarrollarnos como personas. De ahí que debemos primero procurar el dialogo entre las partes, siempre y cuando sea factible, antes de asistir a la estructura de un proceso judicial.

La justicia restaurativa, dentro del sistema de justicia penal, puede establecerse como un fin, a través de la mediación como su principal herramienta restauradora, y es que, en principio, podríamos entender por mediación, un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones, esto significaría solucionar un conflicto sin llegar a un proceso penal.

Con respecto a alguna definición de mediación, estamos seguros de la existencia de las múltiples corrientes sobre la misma, consecuentemente de la pluralidad de definiciones conceptuales.

Por último, para dar paso a las conclusiones se analizan ALGUNAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PROCESO ABREVIADO, con el objetivo de comprender en que fases o etapas de un proceso penal se puede desarrollar o se desarrollan los principios de la justicia restaurativa, es necesario comprender los alcances del principio de oportunidad y el proceso abreviado. Frente a esa necesidad se ha realizado un estudio profundo de estas dos variables.

Después de haber analizado la discusión de los resultados en la investigación; Se ha llegado, a comprobar la hipótesis de investigación, lo que significa que; la restauración socio criminal que propone la justicia restaurativa, si funciona entre del procesado, víctima y la sociedad, alcanzando la paz social, a través de la mediación.

En los países latinoamericanos, en general, representan democracias en formación y, por tanto, endebles. En este contexto, es lógico que el control penal en los últimos cincuenta años haya sido de carácter oportunista, supra-represivo y discriminatorio, impropio de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

En ese contexto la política criminal, en los últimos años se ha convertido exclusivamente penal draconiana, enfocada exclusivamente en la creación de nuevos delitos y en el incremento desmedido de las penas en la mayoría de delitos comunes, prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena (delitos funcionales) y la prohibición de beneficios penitenciarios. Olvidando de alguna manera lo que se ha establecido en la Constitución Federal, pareciera que en los últimos años el legislador busca criminalizar cualquier conducta con el objetivo de hacer frente a los problemas sociales.

Desde luego esto responde a la confluencia de una serie de factores de diversos órdenes que tiene un origen común: la mitificación del poder punitivo como único mecanismo de lucha eficaz contra el crimen. Los medios de comunicación alimentan una continua demanda social de mayor represión contra la delincuencia; así para la sociedad ha llegado la hora del “enfrentamiento”, la “lucha”, la “enemistad” contra la delincuencia (especialmente con un determinado tipo de delincuentes), en menoscabo de conceptos tales como “solidaridad”, “comprensión”, “tolerancia”, incluso las relaciones sociales en estado de “normalidad” en las complejas sociedades han perdido cualquier signo de solidaridad. Estos reclamos vindicativos tienen inmediato eco en el político oportunista que convierte la venganza en ley penal.

Por su parte, los dogmáticos del derecho penal, en su afán de describir y/o legitimar esta forma especialmente represiva de la ley penal, bajo teorizaciones como “derecho penal de tercera velocidad derecho penal del enemigo” “derecho penal de la seguridad ciudadana”. Consideramos entonces que urge teorizar sobre la finalidad y utilidad del poder punitivo del Estado, pero desde una concepción crítica que nos permita reinterpretar un modelo auténtico de seguridad ciudadana o mejor dicho de un modelo de seguridad entendido como seguridad de los derechos fundamentales que hagan posible una sociedad democrática.

Las teorías que a lo largo de la historia han buscado precisamente legitimar o justificar el poder punitivo del Estado; en contraste se hace una especial mención en aquellas teorías críticas que son compatibles con un real modelo de Estado que busque garantizar la protección normativa de derechos de los ciudadanos como muestra de protección de los derechos fundamentales de las personas y por defecto menor represión penal del Estado.

Desde este enfoque el sistema penal resulta ser un instrumento que responde a una determinada ideología de poder, generador de desigualdad, con altísimos costos sociales, inútil e incapaz de resolver los problemas generados por la criminalidad. De ahí que el sector más radical de la criminología crítica (abolicionismo) haya propuesto su completa abolición (HULSMAN, MATHIENSEN, CHRISTIE).

Otro sector de esta corriente, sin embargo, ha sido menos radical y reconociendo las críticas vertidas desde el abolicionismo ha propuesto una reducción del poder

punitivo al mínimo postulando un derecho penal mínimo (BARATTA y FERRAJOLI). No sería necesario indagar más sobre el significado del derecho penal y la pena para los abolicionistas, pues para ellos deben desaparecer. Por el contrario, nos interesa saber cuál es la justificación que los minimalistas atribuyen a la pena y al poder punitivo. A esta reflexión nos vamos avocaremos en las siguientes líneas.

Dentro de las reacciones al derecho penal, encontramos al profesor de la Universidad de Roma, quien empieza su estudio tratando de responder a la pregunta ¿por qué castigar? Para tal efecto, considera que tal interrogante se atiende sobre en dos sentidos opuestos:

- a) La necesidad de explicar porque es necesario mantener la pena o en sentido más restrictivo porque se castiga, y,
- b) En sentido más filosófico, por qué debe existir la pena.

Entender el por qué la necesidad de la pena, en la actualidad, deviene en un problema de corte científico, empírico o a veces de hecho, tema ampliamente explicado en cuanto al ius punendi del Estado, lo que permite que se le dé respuestas de toda índole que van desde lo sociológico, hasta lo jurídico. Por el contrario, el de porqué debe existir la pena es un problema filosófico, lo que engloba una filosofía de alcances moral o política, haciendo un poco más complicado su admisión. Lo anterior, genera conflictos que van desde la aceptación del problema o no, pero necesarias desde un punto de vista axiológico.

Si bien el utilitarismo penal es un presupuesto necesario en la medida que permite excluir penas socialmente inútiles, es una doctrina ambivalente, pues de

ella se pueden extraer dos versiones, que giran sobre el fin que se asignado a la pena y por ende al derecho penal:

a) Una primera versión del fin ajustada a la máxima utilidad posible para la mayoría de los no desviados. Aquí el fin sólo responde a los intereses de la seguridad social, diferente de aquellos a quienes les es aplicada la pena y, por tanto, sin la seguridad de ofrecer garantía alguna sobre los límites de la intervención punitiva del Estado.

b) Una segunda versión cuyo fin se sustenta a un mínimo sufrimiento que se le infligirse a la minoría de los desviados, o que el sistema los considere así. El fin se encuentra en relación con los intereses de a quienes se les va aplicar la pena, quienes, en ausencia de la pena, cabe la posibilidad que sufran otros daños alejados al derecho, es decir, de alcances extra-penales. Este modelo limita la intervención penal estatal sólo al mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros.

Bajo estas premisas, y adoptando el segundo modelo, según FERRAJOLI, podemos evitar confusiones que hasta ese momento se habían presentado en la discusión entre “abolicionistas” y “justificadores” del derecho penal. En el significado del «porqué» se debería utilizar dos palabras distintas: la palabra función para indicar los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos.

En síntesis, para FERRAJOLI el derecho penal está dirigido a cumplir una doble finalidad: la prevención de los delitos y la prevención de las penas privadas,

arbitrarias o desproporcionadas, dentro de un programa de un derecho penal mínimo (mínimo de penas y mínimo de prohibiciones). Por esta razón para el citado profesor italiano “la historia del derecho penal y de la pena puede ser leída como la historia de una larga lucha contra la venganza”.

Por su parte el profesor, Alessandro BARATTA, como es conocido, en cada uno de sus estudios dirige certeras críticas contra el derecho penal y la pena. Sin embargo, no se le podría calificar como un abolicionista en el sentido de HULSMAN, antes bien lo que propone es un derecho penal mínimo, a través de la reducción de la política penal y la ampliación de una política criminal alternativa. Desde esta perspectiva, BARATTA, considera que el derecho penal debe quedar en un triple sentido reducido a una actitud de defensa.

a) Defensa, ante todo, del derecho penal de los ataques llevados en nuestros días contra las garantías liberales asignadas por las constituciones de los Estados de derecho.

b) Defensa, en segundo lugar, frente al propio derecho penal, en lo que signifique contención y reducción de su campo de intervención tradicional y sobre todo de sus efectos negativos y de los costos sociales que pesan particularmente sobre las franjas más débiles y marginales del proletariado y que contribuyen de esta forma a dividirlo y debilitarlo material y políticamente.

c) Defensa a través del derecho penal en la medida en que, por el momento, puede ser aún considerado como una

respuesta legítima ante la falta de alternativas para resolver los problemas sociales en el marco de un modelo integrado.

Por otro lado, desde el punto de vista de las prohibiciones, BARATTA, estima que el derecho penal puede quedar reducido a la protección de los derechos humanos. Así, el concepto de derechos humanos cumpliría una doble función:

- a) Una negativa, al señalar los límites de la intervención penal, la cual no debe sobrepasar estos derechos y,
- b) Una función positiva, en cuanto los derechos humanos pueden constituir un objeto posible, pero no necesario, de tutela por medio del derecho penal.

Como acabamos de señalar, para BARATTA el derecho penal sólo se justifica en la medida en que se encuentre limitado por los derechos humanos, y como mecanismo legítimo de defensa de estos mismos derechos, a falta de respuestas capaces de resolver los problemas sociales. En otras palabras, el poder punitivo para BARATTA es irrenunciable en la medida en que carecemos, por el momento, de otro instrumento menos lesivo de protección de los derechos humanos. Aclarada la irrenunciabilidad de BARATTA hacia el control penal, que con tanto ahínco criticaba, ahora, queda por indagar, en su concepto, el sentido de la pena de prisión.

Sobre la pena de prisión el ex-profesor de la Universidad de Sarre (Alemania) en un estudio publicado en 1982, partiendo de la selectividad y estigmatización del derecho penal y del fracaso histórico de la cárcel como centro de resocialización (produciendo efectos contrarios), señalaba críticamente, que la institución de la

cárcel, en principio, sirve para mantener la escala vertical de la sociedad, influyendo sobre todo en los sustratos sociales más desprotegidos, impidiendo el ascenso social; y en segundo lugar, sirve a la impunidad mediante el encubrimiento de un número mayor de comportamientos ilegales cometidos por aquellos inmunes al derecho penal.

Por tanto, a su juicio, desde un análisis real y radical, se debe arribar a la abolición progresiva de las instituciones carcelarias. Para tal efecto, señalaba una serie de políticas diferenciadas como, por ejemplo, la ampliación de las medidas alternativas, la suspensión condicional y libertad condicional, la extensión de sistemas de permiso; medidas agrupadas bajo la denominación “apertura de la cárcel a la sociedad”, a fin de superar el mito positivista de la resocialización del condenado. (Baratta A. , Seguridad, 2001)

Años más tarde, en un estudio denominado «Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado», el citado profesor desarrolla su tesis “apertura de la cárcel a la sociedad”. En principio, buscaba superar los dos polos de la discusión: el realista, que parte del reconocimiento de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar, y el idealista que sin desconocer los efectos negativos de la cárcel la considera finalmente como el sitio y medio de resocialización, evitando dar cabida a las ideas de retribución y neutralización.

La primera de estas consideraciones está relacionada con el concepto sociológico de reintegración social, la misma que puede ser alcanzada a pesar de

la cárcel, pues la mejor cárcel para el condenado es la inexistente. No obstante, cualquier mejora que pueda hacer menos dañinas y dolorosas las condiciones de la prisión debe ser aceptada, siempre y cuando provenga de la voluntad de un cambio radical y humanista, y no de un reformismo tecnocrático, pero con el límite de que sea parte de una estrategia reduccionista a corto y mediano plazo, y abolicionista a largo plazo.

Para tal fin es imprescindible insistir en el principio político de la apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la cárcel; para lo cual se debe abandonar los conceptos de “resocialización” y “tratamiento”, por ser residuos anacrónicos de la criminología positivista, reemplazándolos por el de “reintegración social”. En su opinión, no se trata de un mero cambio terminológico sino de perspectiva, pues no implica un papel pasivo de detenido y activo de las instituciones, sino la superación misma de los muros de la cárcel.

La segunda consideración está relacionada con el concepto jurídico de reintegración social del condenado. Desde este punto de vista, la reintegración del condenado a la sociedad debe ejercerse no “por medio de”, sino “no obstante” la cárcel. Esta nueva concepción de resocialización y tratamiento puede ser alcanzada de acuerdo a dos núcleos importantes.

En suma, para BARATTA el derecho penal debe quedar reducido al mínimo, cumpliendo una actitud de defensa de los derechos humanos, mientras no haya otra alternativa posible. En tanto que la cárcel debe ser reducida a corto y mediano plazo, transitando hasta su abolición total en un largo plazo; pero en este periodo de

transición se deben mejorar sus condiciones con la voluntad radical de prescindir de ella en el futuro.

En todo caso, lo insoslayable es la voluntad de reincorporar al condenado a la sociedad, pero no bajo los conceptos tradicionales de resocialización y tratamiento, sino sobre una base diferente: reintegración social del condenado a la sociedad. Para tal fin se requieren dos condiciones fundamentales: mediante un cambio en la estructura social que permita superar los mecanismos de marginación social, y una redefinición del concepto jurídico de resocialización y tratamiento, bajo la óptica de la reconstrucción de los derechos para los detenidos emergen los principios y normas constitucionales sobre la prisión.

No podemos dejar de lado las expresiones del profesor de la Universidad de la Plata, Eugenio Zaffaroni, quien centra su atención, sobre los fines del derecho penal. Para poder entender esta teoría se hacen necesarias dos consideraciones previas. La primera consiste en diferenciar entre derecho penal y poder punitivo.

Según estos autores, se entiende por derecho penal a “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”. Mientras que poder punitivo viene a ser el ejercicio real del poder (punitivo) que ejercen las agencias ejecutivas del Estado encargadas de ejercer la coerción. En segundo lugar, esta postura parte de la infructuosa función útil del poder punitivo, pues ni siquiera es

capaz de resolver los conflictos, antes bien, en muchos casos impide una solución, siendo lo único esperable la mera suspensión de éstos.

Aclarado lo anterior, para estos autores no se trata de la función (para nosotros fin) que deba cumplir la pena, entendida como manifestación de poder político, sino la finalidad que debe cumplir el derecho penal entendido como el discurso científico elaborado por los juristas destinado a acotar y reducir el poder punitivo. Los citados profesores argentinos, después de una revisión crítica de las diferentes teorías positivas sobre la pena, concluyen que ninguna de ellas puede superar las críticas provenientes de las ciencias sociales y por lo tanto todas son falsas. Este panorama incierto los lleva a señalar una plurifuncionalidad desconocida del poder punitivo: “no se sabe cuál es la función del poder punitivo”; pues a la luz de los datos de las ciencias sociales, el poder punitivo unas veces sirve para unas cosas, otras veces para otras.

Esta plurifuncionalidad impide a estos autores extraer una definición positiva de la pena; antes bien, debido a su defecto ético (engañar a la población como función latente) sólo impone la necesidad de construir un concepto negativo y agnóstico de la pena, obtenido por exclusión. El concepto negativo de pena, a juicio de estos juristas, se debe construir considerando a la pena como: «a) una coerción, b) que impone una privación de derechos o un dolor, c) que no repara ni restituye y d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes».

Es agnóstica (en sentido metafórico, pero con toda intención), porque se parte del desconocimiento en cuanto a su función, siendo su presunta utilidad positiva un

mero acto de fe: La fe en un Dios omnipotente se desplazó en parte a la fe en la omnipotencia del poder punitivo del estado. Y ante la imposibilidad de explicar la pena como un hecho racional, la conclusión sería, en opinión de estos profesores argentinos, que la pena es un acto irracional del Estado, un fenómeno extra jurídico, meramente político, equiparable a la guerra.

Siendo esto así, el derecho penal tiene una función teleológica de seguridad jurídica, en la medida que cumple una tarea acotante y contentora del poder punitivo. La carencia de esta función de seguridad jurídica implicaría un gravísimo peligro para los bienes jurídicos individuales y colectivos, pues se inclinaría la balanza hacia el Estado de policía en detrimento del Estado de derecho. Los bienes jurídicos a que se hace referencia no están relacionados a las víctimas de delitos, sino a todos los habitantes que se encuentran constantemente amenazados por el poder ilimitado de las agencias del sistema penal.

Aclarada la función correspondiente al derecho penal, ¿qué hacer con la pena y el poder punitivo?, ¿deben ser abolidos? A juicio de estos profesores argentinos, una respuesta afirmativa debe interpretarse como una deducción apresurada; pues, en el estado de cosas, tanto el abolicionismo como el minimalismo penal, más que propuestas político criminales, son proyectos de sociedades diferentes. No obstante, a pesar de las certeras observaciones de los profesores argentinos, la teoría agnóstica de la pena, al igual que las anteriores, no ha estado exento de críticas.

Se ha dicho que incurre en la misma falacia normativista o vicio lógico de las demás teorías al enfrentar la dimensión empírica de la agencia policial versus la versión ideal normativa de la agencia judicial, cuando lo correcto hubiese sido comparar cómo son realmente las agencias policiales y judiciales, por un lado, y como deben ser esas mismas agencias en el plano ideal. Otra de las críticas formuladas consiste en el sabor a retribución que conserva en el plano de la culpabilidad, al reprochar el esfuerzo personal por alcanzar el estado concreto de vulnerabilidad, según el grado de autodeterminación del sujeto.

Por nuestra parte consideramos que, aunque estos autores no lo señalan expresamente, la pena (y el poder punitivo) es agnóstica y negativa en cuanto a las funciones y/o finalidades atribuidas por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, útil (positiva) en el estado actual de nuestras sociedades, factor reconocido implícitamente por estos autores cuando optan por no renunciar al poder punitivo, sino por reducirlo hasta donde sea posible, atribuyéndole de esta manera una utilidad positiva.

En otras palabras, desde una concepción agnóstica y negativa, la finalidad de la pena y del poder punitivo, no es renunciable, contrario sensu, todavía sirve para algo, y no precisamente en forma negativa, sino como algo limitadamente útil: hacer tolerable la vida en sociedad. Sostener lo contrario llevaría a plantear inmediatamente la abolición del sistema penal (abolicionismo radical) sin esperar una sociedad diferente a la actual, cosa no propuesta por estos autores.

Desde luego, en este escenario ideológico es fácil la imbricación de tendencias autoritarias -más o menos escudadas en la demagogia- en el discurso de la seguridad ciudadana. Lamentablemente, el contexto mostrado líneas precedentes enrumba la seguridad ciudadana hacia escenarios antidemocráticos, donde soplan fuertes vientos de autoritarismo, cuyo sendero conduce hacia una “CONTRAILUSTRACIÓN”.

Por ello necesitamos un cambio de paradigma en relación al derecho humano a la seguridad. No se puede combatir una inseguridad ciudadana sin más con el poder punitivo. Como señala Alessandro BARATTA la noción de la “política de seguridad” desde un punto de vista abstracto puede tener dos direcciones opuestas: puede estar orientado al modelo del derecho a la seguridad, o al modelo de la seguridad de los derechos, sin olvidar la pretensión que tiene la víctima frente a los intereses que esta persigue dentro del proceso penal. Sin embargo, en la actualidad, pese a que existen enormes reformas, que buscan darle a la víctima un papel preponderante en el proceso penal, esto se aleja de la realidad; la víctima ha sucumbido en el olvido del Estado e incluso en las mismas organizaciones gubernamentales.

Al respecto se ha pronunciado La Corte Interamericana de Derechos humanos, quien afirmo, con respecto a las reformas en cuanto a la víctima:

La víctima es la persona humana victimada en los derechos que le son inherentes qua persona. La conceptualización de víctima, al igual que la de persona (supra), tiene también raíces

históricas a lo largo de los siglos. Etimológicamente, el término víctima (del latín *victima*) fue empleado originalmente en relación con la persona que era sacrificada (en rituales) o destinada a ser sacrificada. (Corte Interamericana De Derechos Humanos (Caso La Cantuta Vs. Perú) Sentencia De 30 De noviembre De 2007 (Interpretación De La Sentencia De Fondo, Reparaciones Y Costas)

Por tanto, debemos seguir siempre una valoración, no solo de perjudicada en cuanto a lo concerniente al Derecho Penal, sino también en cuanto los intereses extrapenales, que van desde un enfoque psicológico, familiar, social, etc. En tal sentido, la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, estipulada por la asamblea general en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, define que debe entenderse por víctima:

“las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violenten la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida que la proscriba el abuso de poder...”.

Por su parte, JOACHIRN HIRSCH señala que la víctima “Se verá como un personaje secundario”. A diferencia con los procedimientos civiles, donde el

ofendido toma un papel de gran notoriedad como demandante en los procesos penales el ha sido expuesto en mayor parte por el Ministerio Público.

En el mismo sentido, se pronuncia CASANUEVA REGULART, cuando, con precisión, señala que víctima al ofendido con motivo de la comisión de un delito; más, específicamente, aquella persona que ha sufrido menoscabo a sus derechos esenciales, con el consecuente daño a la naturaleza humana, es decir, las víctimas son aquellas personas ofendidas por un delito. El mismo autor alude a la víctima al concepto de “Son aquellas personas que individual o colectivamente han sufrido violación a sus derechos fundamentales emanados de la propia naturaleza humana., todo ello independientemente del daño causado.

Aterrizados en la normativa penal que rige al sistema jurídico mexicano, y a la realidad, muchas veces superada, lo cual lo podemos constatar con las entrevistas a asociaciones encargadas de velar por la protección de la víctima, en donde por unanimidad, establecen que no hay un interés por parte del Estado para velar por la víctima en los hechos consecuencia del crimen organizado.

Debemos partir de la idea que esto, ha repercutido incluso dentro del proceso penal, debido a que se ha olvidado el papel fundamental que debe tener en el proceso penal la víctima. Por tanto, esta situación no nos llevaría a establecerse el derecho penal moderno, debido a que la víctima no tiene posición exclusiva junto al delincuente, por tanto, tampoco está siendo escuchada. Además, se debe considerar que la razón de ser de un Estado constitucional es la satisfacción de todos y cada uno de los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad

que los caracterizan. A ese respecto, está latente, un sistema de protección de la víctima, una deuda histórica con las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos. La razón de lo anterior puede ser sencilla, lograr un mejor respeto a la víctima nos llevaría a la modernidad del sistema de justicia penal y con ello, la armonización del sistema de justicia a nivel nacional.

Lo anterior implicaría, entre otras esferas, que el en este sistema acusatorio, instaurado en México después de la reforma constitucional del 2008, sea más categórico al momento de salvaguardar los intereses favor de la víctima u ofendido, pues es evidente que son ellos quienes resienten los efectos del delito.

No contar con garantías al Derecho al acceso a la justicia, genera muchas veces, un re victimización de las personas que han sufrido alguna vejación. Se debe entender que la victimización, es la que se genera cuando la persona que ha vivido una situación traumática, y al entrar en contacto con las autoridades competentes, es acreedora de una mala atención o inclusive, puede ser criminalizada por el mismo acto del que fue receptora. Esto debe ser considerado en nuestros tiempos debido a que si bien, todos somos propensos a sufrir de alguna conducta que nos convierta en víctima, pero las autoridades tendrán entonces la obligación de hacer la reparación del daño y no volver a vulnerarnos.

Bajo esta misma línea se pronuncia Bezanilla, que la victimización, se debe entender como una variable que consolida la cronificación de las secuelas psicológicas de la Violación de Derechos Humanos (VDH) o el acto violento, derivada directamente del choque entre las expectativas de la víctima y la realidad

institucional con que se encuentra, por lo que en general se considera que produce efectos más dañinos que el evento victimizante primigenio. Siguiendo la línea de Bezanilla, debemos entender que existe una inmensa dimensión entre la realidad y lo que se espera, pues bien, el Estado debe de tener tipificado en qué casos se debe considerar víctima y por consecuencia cual será el proceso para apoyar al afectado, puesto que el ofendido, estará velando por sus intereses propio y c a su vez rea que debe tener más de lo que ha perdido.

La Corte entiende que lo debe buscar todo proceso es alcanzar rasgos de la verdad procesal o histórica, en tal sentido insta a los Estados a establecer procedimientos que permitan garantizar los derechos que tienen todas personas. Sin embargo, como se mencionó supra el proceso actual dista mucho de alcanzar los fines que persigue la propia constitución, así como instrumentos internacionales.

No podemos estar frente a una reparación de ningún tipo a favor de las víctimas, sino garantizamos un acceso a la justicia, si se desconoce la verdad, sino ofrecemos los medios suficientes para que sea tratada en el proceso penal; por lo que aún estamos lejos de estar frente a estándares internacionales que protejan a todas aquellas personas que han sido vejadas por conductas descritas en el Código Penal. La postura del Estado intervencionista, asume el conflicto entre particulares, y a víctima se convierte así en un vehículo para llegar a la verdad, es solo un testigo, que facilita la identificación del autor del delito, único objetivo de la investigación criminal. A la víctima, realmente llamada para entonces el sujeto pasivo del delito, se le imponen obligaciones, debiendo asumir cargas procesales, pero se le niegan o no se le reconocen sus derechos.

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. RECOMENDACIONES

La justicia restaurativa que, inicialmente surge como un movimiento filosófico, pero se adopta normativamente en otras latitudes para finalmente receptarse en México. En nuestro país la perspectiva es que se expanda a la totalidad de los ámbitos del derecho por las bondades que representa no solo en materia punitiva.

Para efectos de esta investigación, en estricto estudio al ámbito del derecho penal, en cuanto a su finalidad, en este nuevo paradigma se realiza una transición en la solución de los conflictos para realizar un viraje de la confrontación al dialogo que oferta mejor resultados. Asimismo, operativamente se optimiza la actuación de los fiscales persecutores de los delitos, poder potenciar la justicia alternativa a los conflictuados. En este orden de ideas, la satisfacción de las demandas sociales, resalta la razón inquisitiva desde la investigación, la sanción retribucionista, en la que se ubica al fiscal, antes denominado ministerio público.

Nuestra propuesta detenta como sustento la esencia misma del derecho, es decir, la búsqueda del restablecimiento de la paz social, sin avivar sentimiento de justicia. Si bien, es un esfuerzo en conjunto la implementación de la justicia como un fin de la sociedad, dentro de cualquier proceso, ya sea de corte civil, laboral, penal, etc. Sin importar el sistema jurídico a cuál pertenezca, también es necesario mencionar que no es un trabajo sencillo, debido a muchos factores, los cuales en su mayoría se ha estudiado en esta investigación.

Obedeciendo a este razonamiento, hago referencia a la paz social, es lo que pretende la justicia restaurativa, utilizando la vía del dialogo, en lugar de la imposición del castigo, a través de la retribución, propia del derecho penal. Por tanto, considero que la Fiscalía, como persecutor del delito, debe, en todo momento, brindar el abanico de posibilidades, para resolver una controversia, asentando un compromiso entre victima u ofendido y quién ha delinquido, sin recurrir en primera instancia al proceso penal, dando como resultado un desahogo en la carga de trabajo de Jueces y Ministerios Públicos, otorgando a su vez una mayor fluidez para los casos que solo se pueden resolver mediante un proceso penal.

Frente a cambios tan profundos en materia constitucional, los cuales impactan en la justicia penal, la mayoría encaminados a instaurar el sistema acusatorio, los fiscales y en especial referencia la institución del Ministerio Público en su conjunto, no deben mantener una actitud indiferente, pueden eludir la reciente postura que la víctima e investigado ocupan en el proceso penal, así como en el escenario social. Por tanto, se debe desechar la función expropiadora, transformándola en aquella herramienta que logre contribuir la reincautación de los problemas.

Para ello, los encargados de administrar justicia deben orientar su actuación hacia el respeto de la víctima como procesado, no únicamente para lograr una mejora en la eficacia de las investigaciones, sino para procurar de manera contundente una cultura de solución de conflictos sin recurrir al sistema de justicia penal. Poniendo atención en satisfacer integralmente las exigencias en su conjunto siendo la víctima y la sociedad, superar lógicamente la investigación en la que el Ministerio Público queda atrapado limitando el éxito de la misma. Se necesita efectuar un nuevo planteamiento con el que se desarrollen determinadas posturas

no jurisdiccionales, y se mejore la tarea sobre las posturas jurisdiccionales, incluyendo novedosas prácticas, asimismo, descartando por abandono aquellas que son innecesarias.

La perspectiva sobre satisfacción integral que la sociedad interpone, logra superar la investigación desde un enfoque lógico desde el punto de vista de la investigación y la sanción, en la que se encasilla el Ministerio Público, las cuales tienen un arraigo en el sistema de justicia inquisitiva, donde este posee mínimas posibilidades de poder ser exitoso frente al reclamo social. Por tanto, la restauración socio criminal, si es una alternativa frente al fracaso de las políticas retributivas y resocializadoras de la justicia penal en México.

El objetivo de esta propuesta con sustento inherente a la filosofía del derecho, busca que se restablezca la paz social, sin avivar sentimientos negativos entre la sociedad, y quien trasgrede el ordenamiento jurídico, a través de una conducta que encuadre dentro de los requerimientos típicos del delito; lo cual resulta lastimoso en ocasiones por las lesiones ajenas a todo ordenamiento jurídico. Y es que el proceso penal, tal como está establecido, no ofrece los mecanismos necesarios para entablar diálogos directamente, claro que los espacios de diálogos deben hacerse dentro del parámetro de los derechos humanos, respetándose la dignidad de los intervinientes. La dignidad humana que para muchos autores se convierte en piedra angular de todo proceso como protección del derecho a la justicia efectiva.

Sintetizando las propuestas, se esbozan de la siguiente manera:

PRIMERA: Se debe dar prioridad a la justicia restaurativa a través de los diferentes mecanismos regulados en la propia constitución como en las leyes secundarias, para ello se es necesario que se establezcan criterios bien definidos y que, además,

estos cuenten con una uniformidad, que no quede una cuestión de confusión o intereses por judicializar todos los procesos, para ello se exhorta a los tribunales a establecer directrices más precisas. Solo de esa manera se podrá armonizar los alcances de la justicia restaurativa dentro del proceso penal.

SEGUNDA: Considero que existe una deficiente comunicación entre las partes que intervienen en el proceso, en cuanto a los mecanismos alternos de solución de conflictos y eso se agrava cuando existe una cultura por la judicialización de los procesos; lo que pareciera que el proceso es más eficiente en la medida en que llenemos los juzgados de expedientes. Lo anterior denota un desconocimiento o falta de cultura de paz que permite los mecanismos aludidos, en ese tenor se debe establecer políticas que procuren una difusión de los beneficios que trae la Justicia restaurativa frente a la dureza de la justicia penal.

TERCERA: Se recomienda que, dentro de las diferentes instituciones, ya sea del poder judicial de la federación – estatal, Ministerio Públicos defensorías públicas, debe existir una suerte de incentivos económicos a los sujetos que procesal que procuren realizar la justicia restaurativa como un fin dentro de un proceso tan complejo como es el proceso penal.

6.2. CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

PRIMERA

La justicia restaurativa entendida como el movimiento que pretende dar respuesta a la crisis punitiva del derecho penal, para privilegiar el dialogo, la empatía de las partes del conflicto y satisfacer la demanda social incrédula de la eficacia del ius puniendi mexicano. Por una parte, se potencian las salidas alternas al proceso

penal y, por la otra, a los ojos de resocializadores del postulado constitucional se atiende la necesidad requerida por la víctima, asimismo, el victimario y el grupo social.

SEGUNDA

Conviene precisar que la justicia restaurativa se encuentra latente en toda la secuela del proceso penal mexicano; esto es, desde que se presenta una denuncia hasta que se ha cumplido una sanción penal; en definitiva, los métodos alternos sobre la solución de conflictos, en el ámbito penal, los demás mecanismos de deflación penal, así como los propios fines que persigue la privación de la libertad están orientados a la justice reorative.

TERCERA

La justicia restaurativa se centra en el cumplimiento de asistir a las partes que intervienen bajo las condiciones de los derechos humanos en el ámbito penal, consagrados en la constitución federal además de los relativos a los procedimientos que se orientan a esta, y que pueden corroborarse en los numerales, 14, 16, 17, 18, 20 y 21.

CUARTA

Por los efectos eficaces que tiene la realización de los diversos procedimientos restaurativos en materia penal, entendemos pertinente expandir este modelo a otras latitudes jurídicas en México, lo que redunda en la construcción de nuevos paradigmas de solución de conflicto sociales de toda tipología normativa.

QUINTA

Se concluye que la justicia restaurativa siendo su fin primordial alcanzar la paz social; sin embargo, en el transcurso de la restauración sobre relación social, que han sido infringidas por los delitos, toma importancia la donde la víctima tiene intervención y el culpado, asimismo, la sociedad como parte de la solución en el problema penal.

SEXTA. -

Se fije un objetivo en México, el tener que establecer derechos que garanticen el principio de reserva legal; asimismo, el principio donde se presume la inocencia y el debido proceso, siendo estos estrechamente enlazados. Los cuales fácilmente se pueden lograr haciendo uso de los programas restauradores, antes de la persecución penal, ejercida por el Ministerio Público.

BLIOGRAFÍA

- Gorjón Gómez Francisco Javier, Steele Garza José Guadalupe. . (2012.).
Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. México: Editorial Oxford.
- Acale Sánchez, M. (s.f.). *del código penal de la democracia al código penal de la seguridad*.
- Aertsen, L & Peters, T. (2016). *Investigación de acción y justicia reparadora*.
Madrid.
- Agudelo Ramirez, C. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona:
Gedisa.
- Alastuey Dobón, M. C. (2014). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Caracas.
- Albacete, A. (2019). *Sin seguridad no hay libertad*. Madrid, M. Obtenido de
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pGN78GSWIHcJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3345560.pdf+&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=mx>
- Alcalde Rodriguez, E. (2003). *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Chile: Universidad Católica de Chile.
- Aldao Zapiola, C. M. (1990). *La negociación : un enfoque integral con específicas referencias a la negociación laboral*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Alvarado Velloso, A. (1997). . *Introducción al estudio del derecho procesal*.
Argentina .
- Álvarez Medina, M. (2008). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Angulo arana, P. (2004). *El Principio de Oportunidad en el Peru*. Lima, Peru: Palestra.
- Angulo Arana, P. (2007). *La Funcion del Fiscal*. Peru: Jurista Editores.
- Anitua, G. I. (2005). *“Historia de los pensamientos criminológicos”*. Buenos Aires.
- Antón Oneca, J. (1986). *Derecho Penitenciaria*. Madrid: Civitas.
- Arana, J. R. (1993). *Principios de ética pública*. Madrid, España: Montecorvo.
- Araya, T. F. (19 de 01 de 2019). *Universidad de Chile*. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139844/Factores%20reincidencia.%20T%20Fuentealba.pdf?sequence=1>
- Armenta Deu, T. (2003). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Arriaga, Irma / Lorena Godoy. (2018). *“Seguridad ciudadana y violencia en América Latina”*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Arriagada, Irma / Lorena Godoy. (1999). *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina*. Santiago: Cepal.
- Arteaga Suárez, L. (2019). *Seguridad nacional e inteligencia en México*. México : Unam.
- Asamblea Legislativa. (1997). *Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal y Derechos Humanos en el Salvador*. El Salvador.
- Ávila Aguirre, H. (2011). *Teoría de los principios*. Barcelona: Traavis.
- Azcona Sanchez, J. (1975). *NORMATIVA SOCIAL - Ensayo de Sociología Jurídica* (primera ed.). CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO DISTRITO FEDERAL, MÉXICO: PORRÚA. Recuperado el 17 de julio de 2019
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal*. Peru: Ara Editores.

- Bannenberg, Britta & Rossner, Dieter. (1993). *Täter-Opfer-Ausgleich*.
- Baratta, A. (1989). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Baratta, A. (2001). *Seguridad*.
- Baratta, A. (2006). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires : Editorial B de F.
- Baratta, A. (2006). Integración-Prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En A. Baratta, *Criminología y Sistema Penal* (pág. 16). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Barbero Ruiz, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Barrón Cruz, M. (2004). "Dilemas de la seguridad pública en México. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*, 16.
- Bassedas, M. (2012). Génesis y evolución de la expresión de la seguridad humana. Barcelona, España. Obtenido de <https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/55706/64992>
- Baumann, J. (1973). *Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema*. Buenos Aires: De Palma.
- BAUMANN, J. (1973). *Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema*. Buenos Aires : De Palma.
- BAZAN, L., GOTTHEIL, J., & SCHIFFRIN, A. (1996). *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós.
- Beccaria, C. (1988). *De los delitos y las penas*. Madrid: Delva.
- Beltri Aguirre, F. (2001). *Aprender a negociar*. España, Paidós.
- Berdugo, I & Bobbio, A. (2004). *Curso de Derecho Penal*.
- BERISTAN IPIÑA, A. (2003). *Justicia Restaurativa*. Diario El País.

- Bernal Mesa, C. & Restrepo Serrano, C. (2007). *Arbitraje y mediación en las Américas*. Monterrey, México.
- Bidard, C. (1997). *El Juicio Abreviado en el Proceso Penal*.
- Binder, A. (1994). *Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal*. Chile: Fundacion Paz Ciudadana y escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- Binder, A. (1996). Diez tesis sobre la reforma de la Justicia Penal en América Latina núm.3. *Revista Cubana*.
- BINDER, A. (1996). *Diez tesis sobre la reforma de la Justicia Penal en América Latina núm.3*. Revista Cubana.
- BINDING, K. (1975). *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Alemania: Scientia Verlag.
- BLANCO CORDERO, I. y. (2001). *The status of Criminology in the framework of the criminal sciences*. Estados Unidos: Prision Fellowship International.
- Borja Jimenez, E. (2003). *Curso de Política Criminal*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Borja Jimenez, E. (2008). *Curso de Política Criminal*. . Valencia : Tirant lo Blanch.
- BOTTKE, W. (1997). *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*. Barcelona: Jesus Maria Sanchez.
- BOTTKE, W. (1997). *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*. Barcelona: Jesus Maria Silva Sanchez.
- Bovino, A. (2003). *La composición como reparación en los delitos de agresión sexual*. Argentina.
- Buenos Arús, F. (2005). *La ciencia del Derecho Penal: Un modelo de inseguridad jurídica*. Barcelona: Civitas.

- BUJOSA VADELL, L. (2007). *Derecho procesal penal* . Salamanca.
- Bustelo Elicabe, D. (1995). *La Mediación Familiar Interdisciplinaria*,. Madrid: BMS Ediciones.
- BUSTELO ELICABE-URRIOL, D. (1995). *La Mediación Familiar Interdisciplinaria*. Madrid: BMS Ediciones.
- BUSTELO ELICABEURRIOL, D. (2002). *Panorama actual de la Mediación Familiar*. España: Revista de servicios sociales y política social del colegio de diplomados en trabajo social.
- Bustos Ramirez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, S.A.
- Bustos Ramirez, J. (2004). *Obras completas. Tomo I*. Lima: ARA Editores.
- Caballero Sosa, C. (2007). *Diagnóstico de Negociación Presupuestaria*. Fundar.
- Cabana, G. (2001). *Los 10 secretos del negociador eficaz*. España: Sirio .
- Cafferata Nores, J. (1996). *El Juicio Penal Abreviado*.
- Cafferata Nores, J. (1997). *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Cafferata Nores, J. (1997). *Proceso Penal (mixto) y Sistema Constitucional. Reflexiones a partir del artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional Argentina*. Buenos Aires: Del Huerto.
- Cappelletti, M. (1973). *Las Cuatro Dimensiones de la Justicia Contemporánea*. Buenos Aires: Editorial Ejea.
- CARBONELL, M. (2012). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (166a Edición ed.).
- Carbonell, M. (2012). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 166a Edición*. México: Porrúa.

Cardenas Uribe, F. (1992). *Panorama del Derecho Antiguo en el Próximo Oriente*.

México. Barcelona: Civitas.

Carlos Espejo, M. (04 de junio de 2005). *Penas Corporales y torturas en Roma*.

Obtenido de <http://perso.wanadoo.es/cespejo/torturas.htm>

CARRANZA, V. (1917). *Constitucion Politica de los Estados Unidos de Meixo*.

Mexico.

Carrillo Prieto, I. (2016). *Policía y Estado Democrático de Derecho*. México: Porrúa

Carrión Juárez, C. (2017). *Técnicas de negociación*. Alicante - España:

Universidad de Alicante.

Chang Pizarro, L. A. (2000). *Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal*.

San Jose: Editorial Juridica Continental.

Chanona Rojas, A. (2010). *La comunidad de seguridad en América del Norte, Un*

Análisis desde la Perspectiva Mexicana. México : Porrúa.

Chowell Arenas, D. F. (2008). *Los Principios del Proceso Penal. Su Regulación en*

el Estado de Guanajuato. México: Universidad de Guanajuato.

Chrlistie, N. (1997). *Conflict as Property*. British Journal of Criminology.

Código Nacional de Procedimientos Penales. (2014).

Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León. (s.f.).

(s.f.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Cruz Parra, J. A. (2014). *La Mediación Penal: Problemática y Soluciones*. España:

Autopublicacionlibros.com.

CRUZ PARRA, J. A. (2014). *La mediación Penal: Problemática y soluciones*.

España: Autopublicacionlibros.com.

- Cubero, C. (02 de Julio de 2019). La Seguridad en el Estado de Nuevo León .
Milenio, pág. 13.
- Cuello Calon, E. (1958). *La Moderna Penología. Barcelona*. Barcelona: Civitas.
- CUELLO CALON, E. (1974). *La moderna Penología*. Madrid: Bosch.
- Cuevas, C. A. (2000). El sentido de la investigación en Trabajo Social: Desafíos
Epistémicos y Políticos de la acción social. Santiago, Chile: Paper.
- Daza Gómez, C. (2006). *Teoría general del delito: sistema finalista y funcionalista*.
Mexico: Flores Editor y Distribuidor.
- DE LEON VELASCO, H. A. (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco,
General*. Guatemala: Impresos Industriales S.A Guatemala.
- De Oliveira Muñiz, J. Y Proenca Junior, Domicio . (2017). *Bases conceptuales de
métricas y patrones de medida del desempeño policial”, en: Red de policías
y sociedad civil*. México: Porrúa.
- DEL GIUDICE, P. (1885). *Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras*. Madrid,
España.
- Del Pont, M. (1984). *Derecho Penitenciario*. México: Porrúa.
- Díaz Couselo, J. M. (1971). *Los Principios generales del derecho*. Buenos Aires:
De palma.
- Díaz Madrigal, I. N. (2013). *La Mediación en el Sistema de Justicia Penal: Justicia
Restaurativa en México y España*. Obtenido de
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3392/1.pdf>
- Díez Ripollés, J. L. (2004). *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*.
Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- Edgar Hallet, C. (2012). *Introducción al Concepto Seguridad* . Bogota : Temis .

- Elias Nordenstahl, U. C. (2005). *Mediación penal de la práctica a la teoría*. .
Buenos Aires.
- Estrada Rodriguez, C. (1990). *Asertividad para negociar*. México.
- Estrella Ortega, L. (2008). *Criterios Relevantes, segunda edición, México, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato*.
Guanajuato: Porrúa .
- Fattah, E. A. (1997). *Criminology: Past, Present and Future*. London: Macmillan.
- FENECH, M. (1982). *El proceso penal*. Madrid, España.
- Fernando, G. D. (2004). *El proceso penal: tratamiento jurisprudencial*. Oviedo:
Forum.
- Ferri, E. (1985). *Socialismo y ciencia positiva*. Buenos Aires: Imprenta de La
Nación.
- Fierro Fernández, A. E. (2010). *Manejo de conflictos y Mediación*. México: edit.
Oxford.
- Figuroa Ocampo, C. (2008). *La Juridización de ejecución de sentencias en el Sistema Penal Mexicano*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México.
- Figuroa Ocampo, C. (2008). *La Juridización de ejecución de sentencias en el sistema penal mexicano*. Mexico: Instituto de obras publicas de Mexico.
- Fiscalía Federal de Justicia del Estado Nuevo León. (01 de 2019). *Fiscalía Federal de Justicia del Estado Nuevo León*. Recuperado el 26 de 02 de 2019, de <https://fiscalianl.gob.mx/estadisticas/semaforo-delictivo/>
- Fix - Zamudio, Hector y Cossio Díaz, Jose Ramon. (2004). *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. Mexico: Fondo de Cultura Economica.

- FLETCHER, G. P. (1997). *Las víctimas ante el jurado*. Tirant lo Blanch.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1996). *La Mediación: La Resolución de Conflictos sin Litigio*. México: Limusa.
- FOLGER, J., & BARUCH, B. (1997). *Nuevas direcciones en mediación : investigación y perspectivas comunicacionales*. España: Paidós.
- Fucito, F. (1993). *Sociología del Derecho*. Buenos Aires, La Plata, Argentina: Universidad S.R.L. Recuperado el 27 de marzo de 2019
- Gabriel Liceaga. (2013). *El concepto de comunidad en las ciencias sociales latinoamericanas: apuntes para su comprensión*. México, México: Cuadernos Americanos 145. Recuperado el 25 de marzo de 2019, de <http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca145-57.pdf>
- GARCIA ARAN, M. (1995). *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal Económico*. Piura, Perú: Jurídica Grijley.
- García Cotarelo, R. (1986). *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. Madrid.
- García Pablos, A. (2014). *Tratado de Criminología*.
- García Ramírez, S. (1982). *Estudios de derecho penitenciario*. Madrid: Tecnos.
- García Ramírez, S. (2003). *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. México: Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2003). *El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales*. México : Fondo de Cultura Económica México.
- GARCIA RIVAS, N. (s.f.). *El poder punitivo en el Estado democrático*.

- García Váldez, C. (1982). *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid: Tecnos.
- García Valdez, C. (1985). *Teoría de la pena*. Madrid: Trotta.
- García Valdez, C. (1997). *Una nota acerca del origen de la prisión*. Madrid: Trotta.
- García, A. (1984). *Problemas actuales de la criminología*. Madrid : Edersa .
- García, A. (2008). *Problemas actuales de la criminología*. Madrid : Edersa .
- Garrido Guzman, L. (1983). *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- Garrido Guzmán, L. (1983). *Manual de ciencia penitenciaria*. Madrid: Edersa.
- Gimenez Salinas, C. E. (2014). *La mediación: una visión desde el derecho comparado*.
- Gimenez Salinas, E. (1999). *La mediación: una visión desde el derecho comparado*. España: Salamandra.
- Gimeno Sendra, J. V. (1987). *Los procedimientos simplificados (principios de oportunidad y proceso penal monitorio)*. Madrid: Justicia.
- GIMENO SENDRA, V. (2007). *Derecho procesal penal*. Madrid.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. (2002). *El proceso penal*. Oviedo: Forum.
- Gómez Pantoja, J. (1999). *HISTORIA ANTIGUA (GRECIA Y ROMA)*. EDITORIAL ARIEL, S.A.
- Gongora Mera, M. E. (2004). *El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia*. Obtenido de <http://menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>
- GONZALEZ HIDALGO, B. (2001). Obtenido de www.larioja.org/ofivictima.

- GONZALEZ VIDASOA, E., & JORGE MESAS, L. (1998). *Mediación, experiencia con adultos en España*. Cuadernos de Política Criminal.
- Gordillo Santana, L. (2007). *La justicia restaurativa y mediación penal: análisis de una experiencia*. España: Reus.
- Gordillo Santana, L. F. (2005). *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia, Tesis doctoral*. Universidad de la Rioja.
- Gorjón Gómez. (2008). *“Los MASC como parámetros de modernización de Justicia Penal* . México : Elsa G.
- Gorjón Gómez, Gonzalo Quiroga, & Sáenz . (2011). *Metodos Alternos de Solucion de Conflictos* . Madrid .
- Gorjón Gómez, F. J. (2009). *Mediación y Arbitraje*. México: Porrúa.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. (2009). *Mediación y arbitraje*. México: Porrúa.
- GROOM, A. R. (marzo de 1991). Sim compromisos. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 127, 35.
- GUERRERO AGRIPINO, L. F. (2004). *Fundamentos de la Dogmatica Penal*. Guanajuato: Yussim.
- Hans, K. (1974). *Esencia y Valor de la Democracia*. México: Editorial Nacional.
- Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W & Muñoz Conde, E. (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal* . Barcelona: Editorial Bosh S.A.

HASSEMER, W. y. (1940). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*.

España: tirant lo blanch .

HAYNES, J. M. (2000). *Fundamentos de la Mediación Familiar*. Gaia.

Highton, E. (1990). *Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Hill.García, Mc & Galvez, Gómez. M. . (2001). *Negociar para convencer*. Madrid.

HIPPEL, R. (1971). *Deutsches Strafrecht*. Alemania: Scientia Verlag.

Hornle, T & Reyna Alfaro, Luis Miguel. (2003). *Distribución de pena: el papel de una perspectiva de la víctima*. Lima, Perú: Ara Editores.

HORVITZ LENNON, M. I., & LOPEZ MASLE, J. (2003). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Horvitz Lennon, María Inés / Lopez Masle, Julián. (2003). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Horvitz, M & Lopez, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*. Chile: Juridica de chile.

Horvitz, Mario; López Jaramillo, L. (2017). *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*. Chile: Juridica de chile.

Humana, C. d. (2009 de junio de 2005). *Tesis doctoral*. Obtenido de https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/d540f1cb-719b-4b49-95b1-f61a7faa7ab2.pdf

Humanos, C. I. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Obtenido de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Informe_sobre_el_uso_de_la_prisi__n_preventiva_en_las_Am__ricas.pdf

Ibidem. (s.f.).

Ignacio., A. G. (2005). *“Historia de los pensamientos criminológicos”*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Internacional, N. V. (1999). *La Biblia., Estados Unidos*. Nueva York: S/E.

ISLAS DE GONZALES MARISCAL, O. (2010). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Mexico: Porrúa.

Jaccoud, M. (2000). *Justicia Restaurativa*. Madrid: Trotta.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal- Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo* . Madrid : Marcial Pons Ediciones Juridicas .

JAKOBS, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Bogota: Cuadernos de conferencias y artículos .

JELLINEK, G. (1973). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatraos.

Jimenez de Asúa, L. (1990). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Jones, H. (1993). *L'ordre pénal de la Rome Antique*. Latomus.

Kaiserg, G. (1994). *La víctima frente al sistema jurídico-penal, análisis y valoración,*. Serlipost.

KELSEN, H. (1946). *La teoría Pura del Derecho*. Madrid: Losada.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (s.f.).

<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>.

Kemelmajer De Carlucci, A. (2004). *Justicia Restaurativa. Posibles propuestas para delitos cometidos por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Kessler, G. (2004). *Sociología del delito amateur*. Cordova : Paidó.

- Larrauri, E. (2004). *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*. Salamanca.
- Larrauri, E. (2004). *Tendencias Actuales de la Justicia Restaurativa*.
- Laurent, L. (1992). *Las Negociaciones profesionales y empresariales*,. Madrid.
- Larrauri, E. (2004). *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*. Salamanca.
- Lederman, D., Menéndez, A. M. (2016). *Reflexiones sobre agendas de investigación y políticas públicas en tema de seguridad* . México .
- Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León*. (s.f.).
- LISZT, F. (2008). *Tratado de Derecho Penal*. (L. J. Asua, Trad.) Madrid: Reus.
- Loenzo Lama, M. (2012). *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Lozano Tovar, E. (2012). *Política Criminológica Integral*. México. México: Ed. Universidad Autónoma de Tlaxcala.
- MACKAY, R. (2000). *Ethics and good practice in restorative justice* .
- MAIER, J. (1982). *La Ordenanza Procesal Penal Alemana su comentario y comparacion con el Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires: De la Palma.
- Maier, J. (1982). *La Ordenanza Procesal Penal Alemana su comentario y comparación con el Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires: De la Palma.
- MAIER, J. (2004). *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos* (2nda ed.). Editorial Del Puerto srl.
- Manzanera, R. (2002). *Criminología*. México: Porrúa.
- Mapelli Caffarena, B. (1995). *La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso*, *Derecho Penitenciario, Madrid*. Madrid: Trotta.

- MARKUS, M. (2001). *La narrativa en las mediaciones*. Obtenido de www.mediadoresen-red.ar
- Marques Cebola, C. (2013). *La Mediación*. Madrid : Ediciones jurídicas y sociales, S.A.
- MARQUEZ ALGARA, M. G. (2012). *Justicia restaurativa y mediación penal*. Mexico: Ubijus.
- Marquez Ipiña, R. (1991). *Criminología*. MEXICO: Trillas.
- Martínez Corts, Inés; Guerra, José Manuel; Mundiante, Lourdes. . (2005). *Poder y Procesos de influencia en la negociación*. . Madrid: Pirámide.
- MATURANA, H. (2006). *Ponencia en Foro Iberoamericano de Justicia Restaurativa y Colaborativa*. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia.
- Mena Vazquez, J. (2012). *Seguridad económica, Desarrollo Humano y Pobreza* . México : Porrúa .
- Méndez PAz, L. (2008). *Derecho Penitenciario*. México: Oxford.
- MERKEL, A. (1955). *Derecho Penal*. (D. Montero, Trad.) Madrid: La España Moderna.
- Meza Fonseca, E. (11 de Septiembre de 2014). *Hacia una Justicia Restaurativa en México*. Obtenido de Meza Fonseca, Ema. Hacia una justicia restaurativa en [Mhttp://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZADA/bardales/Hacia%20una%20Justicia%20Restaurativa%20en%20M%C3%A9xico%20Emma%20Meza.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZADA/bardales/Hacia%20una%20Justicia%20Restaurativa%20en%20M%C3%A9xico%20Emma%20Meza.pdf)
- MEZGER, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal*. España: Revista de Derecho Privado .

- Mir Puig, S. (1979). *Función de la pena y teoría del delito del Estados social democrático de derecho*. Barcelona: Bosch.
- Molina Céspedes, T. (2006). *Derecho Penitenciario*. Bolivia.
- Moloeznik, M. P. (2017). *Estudios sobre la Seguridad en México* . México .
- MONTESQUIEU, C. L. (2010). *Del espíritu de las leyes* (18 ed.). Mexico: Porrúa.
- MOORE, C. (1995). *El proceso de mediación*. Granica.
- MORENO HERNANDEZ, M. (2010). *La ideología político—criminal de la legislación penal mexicana*. Mexico: Porrúa.
- Muñoz Conde, Francisco & García Aran, Mercedes. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte General* (2nda edicion ed.). España: Tirant lo blanch.
- NEUMAN, E. (2005). *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Mexico: Porrúa.
- Neuman, E. (2005). *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. México: Porrúa.
- Neuman, U. (2014). *Alternativas al Derecho Penal*. Barcelona.
- NietoMartinez, A. (2003). *Dogmática penal y política criminal desde una perspectiva europea*. Cuenca: Colección de estudios, Ed. de la Universidad de Castilla.
- Nikc Gerard, L. (1994). *El negociador completo: conozca las técnicas y habilidades de la primera autoridad mundial ierenbergen negociación*. México: Editorial Limusa.
- Ortiz Nishihara, F. R. (2010). *Conciliación extrajudicial* . Lima Perú: Jurista Editores.
- Ortiz Ortiz, S. (1993). *Los fines de la pena*. México: Inacipe.
- Ovalle Favela, J. (2014). *Teoría general del proceso*. México: Editorial Oxford.

- Pasará, L. (2004). *En busca de una justicia distinta*. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pavarini, A. (1987). *El sistema del Derecho Penal entre el abolicionismo y el reduccionismo*.
- Penalistas, A. (17 de Julio de 2017). *Abogados Penalistas*. Obtenido de <http://consultas-abogados.es/presuncion-inocencia-carga-prueba-proceso-penal/>
- Peña González, O. (2010). *“Mediación y Conciliación extrajudicial”*. México: Editorial Flores Editor y Distribuidor.
- Peña Mateo, J. (1997). *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. Madrid: Teorías Economicista.
- Perez Cepeda, A. (2014). *La víctima ante el Derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación*.
- PEREZ SANZBERRO, G. (1999). *Reparacion y conciliacion en el sistema penal* . Madrid: Comares.
- Pesce Lavaggi, E. (2003). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. 1). Montevideo: Carlos Alvarez Editor.
- Pesquera Leal, ,. p. (2005). *Sistema Jurídico y Justicia alternativa y sistema penal*. México.
- PETERS, T. (2000). *Victim-offender mediation: reality an challenges*. Leuven: Leuven University Press.
- Pizarro Guerrero, M. (2004). *El error en el Derecho Penal*. Bogota.
- Polaino, M. (2004). *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Editorial Grijley.

- Poliano Navarrete, M. (2004). *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmaticas*.
España: Salamandra.
- Politoff. (1984). *Sistema Penal*.
- Pozo, J. H. (2005). *Manual de Derecho Penal -Parte General I. .* Barcelona :
Editorial Juridica Grijelely .
- Quintero Olivares, G. (1976). *Represión Penal y Estado de Derecho*. Barcelona:
Tecno.
- Quintero Olivares, G. (1976). *Represión Penal y Estado de Derecho*. Barcelona:
Tecno.
- Quintero Olivares, G. (2018). *Represión Penal y Estado de Derecho*. Barcelona:
Tecno.
- Raúl Sáenz Gutiérrez. (2001). *Introducción a la Ética. 3ed.* México: Esfinge.
- RAWLS, J. (1995). *La Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- REDORTA LORENTE, J. (1996). *Mediación: Una transformación en la cultura, .*
Argentina.
- Reyes Reyes, V. (1999). *JURÍDICA Anuario del Departamento de Derecho de la
Universidad Iberoamericana*. México: Themia, S.A. de C.V.
- Ríos Martín, J. C. (2008). *La mediación penal y penitenciaria*. Madrid: Editorial
Colex.
- Ripol-Millet, C. (2001). *Familias, trabajo social y mediación*. Barcelona : Editorial
Paidós.
- Rocco, A. (1932). *Teoria della violazione di un diritto subiettivo pubblico dello Stato
(diritto all'obbedienza), unico e costante nella sua qualità (Teoria del
BINDING)*. Italia: Societa Editrice del 'Foro Italiano'.

- Rojas Aravena, F. (2002). *“Seguridad Humana: concepto emergente de la seguridad del siglo XXI”*. Santiago: UNESCO.
- Romera Antón, C. (2008). *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial.
- Rómulo Ramírez, D. (2016). *Análisis de Ética Nicomaquea, Libro V*. Guajalajara.
- Roxin, C. (2000). *El derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROXIN, C. (2001). *“Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*. Argentina: La Lectura.
- Ruiz Gaytan, Cristóbal y Vélez Barajas, José Agustín. . (2015). *“La seguridad pública en México México”*. Porrúa: México.
- Ruiz Rufinez, S & Mendoza Bremauntz. (1998). *Derecho Penitenciario*,. México: MrGraw – Hill.
- SALILLAS Y PANZANO, R. (1988). *La prisión penal en España*. Madrid.
- SAMPEDRO, J. A. (2002). *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis.
- San Martín Larrinoa, M. (1997). *La Meditación como respuesta algunos problemas jurídicos – criminológicos: Del presente francés al futuro español*.
- Sánchez Álvarez, M. P. (2008). *“La entrevista individual. Técnicas de intervención”, La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Madrid.
- Sánchez Hurtado, P. (2005). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima, Perú: Ideosa.
- Sánchez Sandoval, A. (2017). *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- SCHOCH, H. (1992). *Sanktionen ohne Freiheitsentzug*.

- SEGOVIA BERNABE, J. L. (2006). *LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LAS VICTIMAS: PISTAS ÉTICAS PARA HUMANIZAR EL SISTEMA PENAL*. Madrid: La Revistilla.
- Sentis Melendo, S. (1971). *"In Dubio Pro Reo"*. Buenos Aires: diciones Jurídicas Europa América.
- Serrano Piedecasa, J. R. (2004). *Consecuencias de la crisis del Estado social*.
- Serrano Piedecasa, J. R. (2004). *Consecuencias de la crisis del Estado social*.
- Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo 2da Edición*. B de F (Buenos Aires- Montevideo).
- Silva Sánchez, J. M. (1997). *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*.
- Silva, J. M. (1992). *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor S.A.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las ciudades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones.
- SILVIA SANCHEZ, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo 2sa Edición*. Buenos Aires: B de F.
- SILVIA SÁNCHEZ, J. M. (1996). *Eficiencia y Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales.
- SMITH, S. (1999). *Mediación Víctima-*. Madrid.
- Soler Mendizábal, R. (2013). *"La Justicia Alternativa en Panamá"*. Panamá: editorial Cultural Portobelo.
- SUARES, M. (1996). *Conduccion de disputas, comunicaion y tecnicas*. Buenos Aires: Paidos.

- SUARES, M. (2001). *Preguntas para realizar en mediación*.
- Suarez Moretti, C. (1996). *Conducción de disputas, comunicación y técnicas*.
Buenos Aires : Paidós.
- Szabo, D. (1980). *Criminología y política en materia criminal*". México.
- Tacora Fernando, L. (2008). *Política Criminal Contemporánea*. Colombia: Temis .
- Tajera, S. (Junio de 2012). *Contribuciones a las ciencias sociales*. Obtenido de
www.eumed.net/rev/cccss/20/
- Touzard, H. (1981). *La mediación y la solución de los conflictos*.
- Trejo, M. (1994). *En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*. El Salvador:
Centro de Investigacion y Capacitacion Proyecto de Reforma Judicial.
- Trejo, M. (1994). *En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*. El Salvador.
Universidad Peruana Cayetano Heredia, Facultad de Educación. (2000).
www.une.edu.pe. (M. Incio Barandiarán, Ed.) Recuperado el 14 de 05 de
2019, de
<http://www.une.edu.pe/docentesune/jjhoncon/Descargas/Fasciculos%20CTA/Los%20Hidrocarburos.pdf>
- Vanderschueren, E. (2012). *Seguridad ciudadana, participación social y buen gobierno*. Santiago.
- Varona Rodriguez, G. (2014). *La mediación reparatoria como estrategia de control social. Una perspectiva de criminología*.
- Vásquez Sotelo, J. (1984). *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Madrid: BOSCH.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, A. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Lima:
Griljei.

- VIDAURRI ARECHIGA, M. (2012). *Introducción al derecho penal*. Mexico: Coleccion Textos Juridicos Universitarios.
- Villabella Armengol, C. (S/F). *Los Métodos en la Investigación Jurídica. Algunas Precisiones*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Autónoma de México.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. España: Comares.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley.
- VINYAMATA, E. (1999). *Manual de Prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación y negociacion* . Ariel.
- VON FOERSTER, R. (2001). *La Teoria del Observador*. Obtenido de www.geocities.com
- WATZLAWICK, BAVELAS, B., & JACKSON. (1995). *Teoria de la comunicacion humana, interacciones, patologias y paradojas*. Herder.
- WEITEKAMP E., G. M. (s.f.). *Research on victim-offender mediation. Findings and needs for the future*. Victim-offender mediatiion in Europe, making Restorative Justice Work.
- Wiler, I. (1997). "La prevención del delito: la nueva esperanza de las políticas de urbanismo", en *Delito y seguridad de los habitantes*,. San José: Editores.
- Zaragoza Huerta, J. (2010). *Escritos de Derecho*. México: Elsa Lezcano.
- Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: Anew Focus Fo Crime And Justice*. Estados Unidos: Scottdale, PA, Heral Press.
- Zipf Heinz, L. (2005). *ntroducción a la política criminal*. Madrd.

