

ESTUDIOS PARA LA PAZ
DESDE EL DERECHO PENAL
Argumentación del hecho jurídico restaurable

FRANCO CONFORTI



*Prologado por
Johan Galtung*

Dykinson, S.L.

**ESTUDIOS PARA LA PAZ
DESDE EL DERECHO PENAL**
Argumentación del hecho jurídico restaurable

FRANCO CONFORTI

*Profesor de Derecho en Técnicas de Expresión,
Argumentación y Negociación. Universidad Oberta de Cataluña*

**ESTUDIOS PARA LA PAZ
DESDE EL DERECHO PENAL**

Argumentación del hecho jurídico restaurable

*Prologado por
Johan Galtung*

 *Dykinson, S.L.*

Para mi esposa Gladys, mi ideal de amistad, amor y amante.

A mi estimado Johan Galtung por su infinita generosidad al obsequiarme su dedicación, tiempo, sus desafíos e incansable estímulo a leer, resumir, reencuadrar, discutiendo cada punto en encuentros de desacuerdo cordial y respetuoso, seguramente mi tozudez ha mantenido algunas líneas argumentales que él no expresaría de esta forma.

Habiéndome beneficiado de los comentarios de varias personas no voy a acometer la tarea de nombrarlos para no cometer un más que posible olvido y con ello una injusticia, pero sí decir que sobre las conversaciones mantenidas en relación con los diversos temas de este estudio las contribuciones de Teresa del Val y Salvador Madrid Fernández me han resultado especialmente valiosas. Todos ellos han sido muy generosos al expresar sus desacuerdos en muchos aspectos de mis planteamientos, además de haber hecho observaciones agudas y sugerencias que me indujeron a realizar numerosas aclaraciones, ampliaciones y cambios en los distintos temas que con ellos discutí.

A mi correctora, Anabella y a mi pequeña Chiara.

Vaya mi agradecimiento

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN.....	17

PRIMERA PARTE

Capítulo I. CONDENADOS A ENTENDERSE Y COMPRENDERSE SOCIEDAD, VÍCTIMA-OFENDIDO Y VICTIMARIO- OFENSOR.....	27
¿Por qué estudiar los tres puntos de vista?	27
1. La Paz Social y el delito desde el punto de vista de la Sociedad.....	28
1.1. La Paz, la conformación de la Sociedad y los derechos fundamentales.....	28
1.2. Sobre las normas jurídicas.....	33
1.3. El quiebre de los derechos	40
1.4. Legislar, perseguir y castigar	43
2. Recuperar la Paz interior desde el punto de vista de la Víctima-Ofendido	47
2.1. Apreciaciones desde la Victimología.....	48
2.2. El bien jurídico protegido.....	50
2.3. La víctima-ofendido en el Derecho penal	56
2.4. El Estatuto de la Víctima.....	57
2.5. Derecho a la restauración, un derecho humano de la víctima-ofendido	59
2.6. El aspecto procesal penal	61

3.	El delito desde el punto de vista del Victimario-Ofensor	64
3.1.	Del redescubrimiento de las víctimas a la victimodogmática	65
3.2.	La victimodogmática.....	66
3.3.	La rehabilitación como un derecho humano y un deber	68
3.4.	El que las hace las paga pero, ¿cómo?.....	69
4.	Un cambio de discurso necesario para alcanzar la Paz.....	75
	A modo de resumen.....	82
Capítulo II.	EL HECHO JURÍDICO RESTAURABLE. DECONSTRUCCIÓN ANALÍTICA DEL DELITO	83
	¿Por qué estudiar los elementos que integran el delito?.....	83
1.	Prácticas Restaurativas vs. Justicia Restaurativa	85
1.1.	Concepto de justicia.....	85
1.1.1.	<i>En el Civil Law.....</i>	85
1.1.2.	<i>En el Common Law.....</i>	86
1.2.	Concepto de Derecho Penal.....	88
1.2.1.	<i>El Delito en el Derecho Penal.....</i>	89
1.2.2.	<i>El Delito en la Sociología.....</i>	90
1.2.3.	<i>Incidencia de la dogmática penal en las prácticas restaurativas.....</i>	91
2.	El conflicto penal.....	93
2.1.	Problema.....	94
2.2.	Conflicto	94
2.3.	Litigio	95
2.4.	Conflicto penal.....	95
2.5.	Otras consideraciones	96
2.5.1.	<i>Restituir.....</i>	96
2.5.2.	<i>Reparar.....</i>	96
2.5.3.	<i>Restaurar.....</i>	97
3.	Tres enfoques ante el quebranto normativo penal.....	98
3.1.	Enfoque retributivo	99
3.2.	Enfoque restaurativo tradicional	104
3.3.	Enfoque dogmático penal de las prácticas restaurativas transformativas.....	114

4.	Deconstrucción analítica del delito	119
4.1.	Acción	119
4.2.	Evento	120
4.3.	¿El delito como las dos caras de una misma moneda?	121
	4.3.1. <i>El delito de evento y el daño</i>	125
	4.3.2. <i>El delito de acción y la ofensa</i>	126
4.4.	El hecho jurídico restaurable	128
5.	Un sendero hacia la Paz: la Integridad del Derecho Penal	135
5.1.	La Sociedad como máxima expresión del conjunto de personas que la componen, con sus inter-relaciones de deberes y obligaciones para con sus integrantes	136
5.2.	El Estado como máxima expresión del conjunto de la sociedad con sus facultades para prevenir y reprimir el delito	137
5.3.	Algunos testimonios vinculados al perdón	139
	A modo de resumen	142

SEGUNDA PARTE

Breve curso de argumentación jurídica

	De la teoría a la práctica ¿Por qué estudiar argumentación jurídica?	145
1.	¿Qué es la argumentación jurídica?.....	146
1.1.	El proceso argumental	153
1.2.	Persuadir y convencer	156
	1.2.1. <i>Persuadir</i>	157
	1.2.2. <i>Convencer</i>	158
1.3.	¿Por qué se debe analizar el caso?	161
2.	¿Cómo argumentar?	165
2.1.	La justificación externa. Los parámetros de uso	169
	2.1.1. <i>Distinguir claramente entre premisas y conclusión del argumento</i> ..	169
	2.1.2. <i>Exponer las ideas de forma ordenada y con premisas fiables</i>	170
	2.1.3. <i>Exponer las ideas concreta y específicamente, evitando la ambigüedad</i>	170
	2.1.4. <i>Evitar el lenguaje emotivo y emplear un lenguaje asertivo</i>	170
	2.1.5. <i>Exponer más de un ejemplo que sean representativos</i>	171
	2.1.6. <i>Citar las fuentes cualificadas e imparciales</i>	171
2.2.	La justificación interna. Lógica, falacias argumentativas y argumentos	171

2.2.1.	<i>La falacia formal de negación del antecedente</i>	172
2.2.2.	<i>La falacia formal de afirmación del consecuente</i>	172
2.2.3.	<i>La falacia formal del non sequitur (no se sigue)</i>	172
2.2.4.	<i>La falacia material del argumentum ad hominem</i>	172
2.2.5.	<i>La falacia material del falso dilema</i>	173
2.2.6.	<i>La falacia material del argumentum ad ignorantiam</i>	173
2.2.7.	<i>La falacia material del argumentum ad misericordiam</i>	173
2.2.8.	<i>La falacia material del argumentum ad populum</i>	174
2.2.9.	<i>La falacia material de la causa falsa o post hoc, ergo propter hoc</i> ..	174
2.2.10.	<i>La falacia material de la autoridad</i>	174
2.2.11.	<i>La falacia material de composición</i>	175
2.2.12.	<i>La falacia material de la definición persuasiva</i>	175
2.2.13.	<i>La falacia material del enemigo de paja</i>	175
2.2.14.	<i>La falacia materia del argumento circular o petitio principii</i>	175
2.2.15.	<i>La falacia material de la pregunta compleja</i>	176
2.2.16.	<i>La falacia material de la ambigüedad</i>	176
2.2.17.	<i>La falacia material del argumento de las consecuencias adversas</i> ..	176
2.2.18.	<i>La falacia material del argumento o caso especial</i>	176
2.2.19.	<i>La falacia material del error de disponibilidad</i>	177
2.2.20.	<i>La falacia material de la incomprensión de las estadísticas</i>	177
2.2.21.	<i>La falacia material de la pendiente resbaladiza</i>	177
2.3.	Los argumentos	177
2.3.1.	<i>Argumentos rigurosos</i>	180
2.3.2.	<i>Argumentos de probabilidad</i>	181
2.3.3.	<i>Argumentos de ejemplo</i>	183
	A modo de resumen general	194
	Bibliografía	195
	Figuras, tablas, cuadros e infografía	205

PRÓLOGO

Franco Conforti, un reconocido abogado nacional e internacional, combina las cátedras de “Derecho Penal y Justicia Restaurativa” en el Centro Universitario de Baja California, Tijuana, EE. UU.-México y de “Técnicas de Expresión, Argumentación y Negociación” en la Universidad Abierta de Catalunya, España. Estando ubicadas ambas tanto inter-estados —entre dos estados nacionales— como intra-estados —dentro de un estado nación y una nación que aspira a serlo—, Franco Conforti es un académico clave para atender a cualquier persona interesada en el derecho, la paz y su relación.

La ley penal que prohíbe la violencia directa de actos-hechos, y la violencia estructural y cultural como delitos, nos lleva a la paz como paz negativa, es decir, ausencia de la violencia de hacer cosas malas el uno al otro. Este planteamiento se aleja de la paz positiva que consiste en hacer cosas buenas entre sí.

Un delito es una “mala acción”, es causar el mal el uno al otro. Pero ¿qué es lo contrario de un delito? Un “no delito” es cómo definir a una mujer como no-hombre; hay puntos intermedios, y además un concepto positivo. Evidentemente, la “buena acción” no se encuentra en el discurso del derecho penal.

Como ejemplo, tenemos la conducción en una rotonda*: pero conducir girando alrededor de una rotonda no está hecho para los conductores españoles, como tampoco los signos de limitación de velocidad. Sus ojos se centran en el espacio circular al que se aproximan: puede suponer un ataque de nervios, pero no necesariamente un accidente de auto. Conductores competentes, sin accidentes.

¿Entonces, cuál es el problema? Me estoy perdiendo el aspecto positivo, la conducción respetuosa en la que los conductores estadounidenses son maestros. Además del castigo penal, echo en falta el enfoque de la recompensa.

* Nota traducción: broma del autor por el juego de palabras. En inglés roundabout (rotonda), está formado por el verbo “round”, girar, y la preposición “about”, alrededor. En original: “But “round”, an “about” are not for Spanish drivers”.

Se necesita el policía que sancione la mala conducción, pero ¿dónde está el policía que te concede puntos por una buena conducción? Por ejemplo, canjeables por combustible.

¿Y la “restauración”? ¿Volvemos al *status quo* que nos ha dado tan malos resultados? No, danos una nueva realidad de conducción, por favor, por ejemplo como en Estados Unidos.

Alfaz del Pi, España, Julio 2019
JOHAN GALTUNG
(traducido por Ana Picazo)

INTRODUCCIÓN

La co-construcción de Paz es perfectible.

«[...] La Paz tiene dos aspectos bien diferenciados y a la vez absolutamente interdependientes, por un lado, como ausencia de conflicto, conlleva la deconstrucción del mismo, y del otro lado, implica fortalecer la colaboración, integración, cohesión y armonía de todos los integrantes de la sociedad [...]» (Conforti 2018, 10).

No es correcto pensar que hay un estado de Paz «pública» que «alguien» se encargará de *crear o construir*, pues el Estado solo puede «garantizar» Paz imponiendo una pena a los ciudadanos que alteran dicho estado, *solo existe la Paz que crea y co-construye cada persona*.

Debemos asumir como la verdad más absoluta que nuestra *expectativa* de vivir en Paz está en directa relación con el grado de *participación colaborativa, integración, cohesión y armonía* que *cada persona* le aporta a la sociedad.

El estado de Paz Social, esa armonía en la convivencia que tanto deseamos, se ve frecuentemente alterada con el quiebre del equilibrio que provocan los delitos.

Si bien el Derecho es un medio para garantizar la Paz Social, el Derecho Penal y el derecho procesal penal han nacido específicamente para «garantizar» un orden social¹ armónico, el estado de Paz, y deberían emplearse solo de forma circunstancial para tratar los litigios que generan ciertas maldades o patologías individuales; sin embargo, tristemente, ello no es así.

El Derecho Penal se ha centrado en estudiar al delito desde la dogmática con un claro enfoque retributivo, poniendo su atención en una multiplicidad de aspectos como ser finalidad de la pena o medidas de seguridad, la reedu-

1 El tema del *control social* está ligado a las diversas *visiones* de orden social y a la relación entre el orden social y el control social. Cohen Stanley. 1988. *Visiones de control Social*. Barcelona: PPU. Pegoraro explora, desde la sociología, cinco opciones para abordar el tema de la relación entre el orden social y el control social: *i)* el control social de la Sociedad o del Orden Social, *ii)* el control social como una ética o como una política; *iii)* el control social como expresión de la Soberanía o del sometimiento; *iv)* el control social para la defensa social o para el garantismo individual y *v)* el control social como respuesta a la desviación social o como iniciativa de censura social. Juan S. Pegoraro. 2003. La violencia, el orden social y el control social penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n° 45 outubro-deseembro 2003.

cación y reinserción, etc. Desde los estudios para la Paz siento que es posible y deseable evolucionar el estudio del delito.

El presente trabajo está decididamente enfocado a alcanzar dicho objetivo y, al igual que en el libro anterior, *El hecho jurídico restaurable. Nuevo enfoque en Derecho penal*, a mejorar el Derecho Penal y el mundo social, si se quiere, sin perjuicio y a sabiendas de que es un objetivo alcanzable casi exclusivamente en el largo plazo.

Mi paradigma es el de la *resolución de conflictos* por vía de la *transformación*.

Esto merece una breve explicación: entiendo que *resolver* significa solucionar, deshacer o disolver algo, mientras que *transformar* significa hacer cambiar de forma a alguien o algo, transmutar algo en otra cosa y/o mudar o convertir algo en otra cosa. Siendo que el *delito* genera una mutación en la realidad y que dicho cambio o alteración afectan a la sociedad, la víctima y el victimario, estoy convencido que, desde el punto de vista dogmático penal, hablar de *resolución* no cubre las expectativas de las realidades subjetivas y empíricas que determinan las necesidades y expectativas de los afectados por el delito, mientras que si pensamos en términos de *transformación* sí que daremos respuesta a esas realidades.

En el Derecho Penal el *delito* es un «hecho jurídico» que recibe respuesta a través del Código Penal garantizando dar a cada quien lo que corresponde, imponiendo una *pena*, obligando a la *restitución*, la *reparación del daño* y a la *restauración de la ofensa* haciendo «Justicia».

Desde los estudios para la Paz, *el delito es una manifestación de la violencia* (que puede ser física, patrimonial, psíquica, etc.) cuyo estudio debe comenzar por el *problema*, el cual puede (o no) ser el germen del *conflicto*, que a su vez puede (o no) estar mal gestionado, no transformarse y escalar hasta llegar a la *violencia*, porque, desde la dogmática penal, el delito es un acto de violencia.

En otras oportunidades he definido al *problema* como un hecho objetivo en el que no intervienen las emociones y/o los sentimientos. Un problema es una situación concreta donde pueden reconocerse dos niveles: determinado o indeterminado (Conforti 2017, 68).

También he definido al *conflicto* como una relación social de interdependencia entre dos o más actores que, incluso en coaliciones, orientan sus conductas en función del poder del que disponen para no reconocer al otro y no legitimar la pretensión de sus intereses y objetivos [éstos son (o no) percibidos como total o parcialmente incompatibles y pueden (o no) ser filtrados en conciencia a través de sus marcos de referencia y de sus emociones] (Conforti 2017, 55).

En Entelman (2005), el conflicto tiene una dimensión dinámica y otra estática; en Galtung (2010), el conflicto reconoce cinco niveles: micro, meso,

macro, mega y meta; y en Conforti (2016, 58; 2018, 129), el conflicto se divide en tres categorías: interpersonal, intrapersonal y estructural.

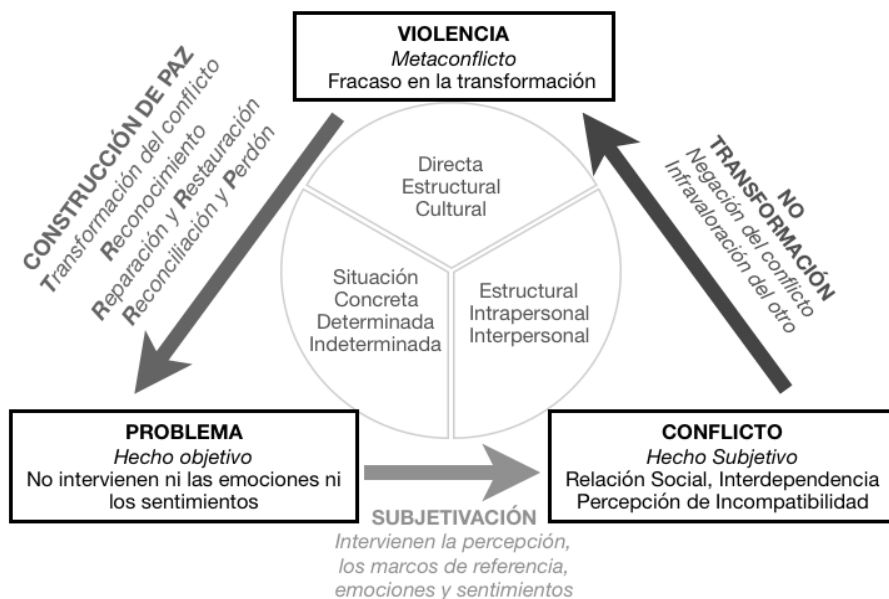
Además, hay que apuntar que es posible, siguiendo a Dahrendorf (1957), Schelling (1960), Coser (1961), Schellenberg (1996), Kriesberg (1975), Deutsh (1977), Moore (1995), Lederach (2005), reagrupar a los conflictos según la percepción en diversas categorías².

Finalmente, he definido a la *violencia* como la conducta que surge cuando no se es capaz de transformar un conflicto. Para Galtung (1996), la violencia se pone de manifiesto cuando la realización personal de las personas está por debajo de sus realizaciones potenciales y pueden reconocer tres niveles de violencia: directa, estructural y cultural (Conforti 2017, 186).

Una de las claves que permite tanto evitar la escalada hacia la violencia, como la superación de dicha violencia en la búsqueda de la Paz, es el abordaje y la transformación del conflicto. Ya veremos, a lo largo del libro, cómo y de qué forma opera la transformación en el ámbito del Derecho Penal.

Propongo que veamos una figura que he denominado «*La rueda triangular: problema, conflicto y violencia*» para facilitar la comprensión del planteamiento del tema.

Figura 1. La rueda triangular: problema, conflicto y violencia.



Fuente: Conforti, 2019.

2 Para todos estos autores véase Conforti 2017.

La pregunta que se impone entonces es: «¿Cómo recuperar el estado de Paz?».

Debo reconocer que he sido muy crítico con quienes piensan y se centran en: a) perfiles profesionales de los operadores, y b) programas cortoplacistas e inespecíficos en cuanto a los cambios, profundidad de esfuerzos y compromisos.

El conflicto es un proceso y no un producto, por lo que debe ser estudiado y analizado como tal en la profundidad correcta para lograr determinar sus elementos y así poder trabajar con cada uno de ellos en el nivel y dimensión adecuada.

En el proceso de construcción de un conflicto intervienen una multiplicidad de elementos que interactúan entre sí de forma muy diversa, por tanto su deconstrucción ha de ser minuciosamente diseñada.

«Deconstruir un conflicto implica trabajar todos y cada uno de los elementos que integran el conflicto [1) los sujetos, 2) los intereses y objetivos, 3) el poder, 4) la conciencia, 5) los marcos de referencia, 6) las emociones, 7) las relaciones, 8) las coaliciones, 9) el reconocimiento, 10) la intensidad del conflicto, 11) la dinámica de la interacción y 12) las dimensiones del conflicto] en dos niveles (estático —según se analice un momento determinado, una fotografía del conflicto— y dinámico —según se analice el conflicto a lo largo de su vida, su historia—)» (Conforti 2017, 55).

Aunque esto no quiere decir que todos los elementos deban necesariamente estar presentes en todos los conflictos.

No voy a entrar aquí en el desarrollo del análisis de todos los elementos constitutivos del conflicto, trabajo que ya he realizado en los libros *Construcción de Paz. Diseño de intervención en conflictos* y en *Integridad. El aporte de Organizaciones y Empresas a la construcción de Paz*, a los que me remito en honor a la brevedad.

El *hecho jurídico restaurable* está presente en ambos aspectos de la Paz, aunque se hace más visible en el segundo cuando hablamos de *colaboración, integración, cohesión y armonía de todos los integrantes de la sociedad*.

Construir Paz, por tanto, y respondiendo a la pregunta que formulé *ut supra*, implica que se deba *crear un espacio de calidad para trabajar a largo plazo* sobre los siguiente cuatro tópicos:

1. La transformación del conflicto (resolución o disolución)
2. El reconocimiento
3. La reparación y restauración
4. La reconciliación y el perdón

Como se aprecia, no solo pondero la creación de un espacio de calidad, sino que además hago especial hincapié en que se debe trabajar a largo plazo, porque aquí (en relación con los delitos) la transformación de conflictos

está (como veremos más adelante) directamente relacionada con un profundo cambio Social y el compromiso personal de cada uno de los integrantes de la sociedad. Estos parámetros son en los que se sustenta el programa que he diseñado para la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos —DNMyMPRC— del Ministerio de Justicia de Argentina³, y al hablar de *diseño de programa* lo hago en el sentido que refleja Ignacio Noble al explicar: «Cuando nos referimos a la palabra *diseño*, evocamos una tarea compleja que implica actividades tan diversas como la selección entre distintas opciones disponibles, el armado coherente y sistematizado de los elementos elegidos y la forma en que se espera se ejecuten las tareas o actividades planificadas. Innumerables son las posibilidades de armado en un programa de mediación, múltiples son las categorías susceptibles de integrarlo, pero es precisamente en la tarea de diseño, en que todos esos elementos pueden funcionar en forma coordinada para la consecución de los objetivos que se han fijado en el proyecto [...] En consecuencia, la tarea de diseño implica algo más que la acción de replicar programas de probada eficacia, implica la inmersión del responsable del proyecto en la realidad cultural, social, política y económica del territorio que se trate.» (Noble 2017, 37-8).

Dos son los niveles en los que hay que desarrollar el tema de la *incorporación de las Prácticas Restaurativas en la égida del Derecho Penal a través del Hecho Jurídico Restaurable*. Por un lado, se requieren conocimientos en *gestión de conflictos* desde la teoría y práctica de los distintos métodos que integran las Prácticas Restaurativas, y además, por el otro lado, el operador de conflictos deberá poseer conocimientos de *dogmática penal*⁴, pues solo así alcanzará el objetivo deseado.

El delito deja tras de sí una serie de consecuencias innumerables que, desde el punto de vista de la dogmática penal, se podrían agrupar de la siguiente forma conforme afecten a: *i*) la Sociedad, que ve afectado el bien jurídico Paz Social debido al quiebre de confianza que el delito provoca, ya que ésta le otorga, *prima facie*, dicho voto de confianza a todos sus integrantes; *ii*) la víctima material, que ve afectados sus intereses jurídicos; y *iii*) el victimario, en tanto y en cuanto no se le recupere, socialmente hablando.

De este «*macro-contexto*» se desprende una problemática jurídica actual, cual es la de brindar a la víctima del delito una atención que no recibe hasta ahora por parte del derecho penal y, de forma añadida, sostiene parte de la doctrina por comportar un perjuicio para éstas, derivado de su paso por la Administración de Justicia Penal (la denominada victimización secundaria)

3 Para más información: <http://www.hechojuridicorestaurable.com/>

4 Parafraseando a José, González Cussac. 2015. Los antiguos y nuevos horizontes de la Dogmática penal. *Cuadernos De Derecho Penal*, n.º 13 (enero). <https://doi.org/10.22518/20271743.456>. Sostengo la idea de que la función de la doctrina penal ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos.

que no solo agudiza los efectos del delito, sino que además profundiza la estigmatización de la víctima.

Desde el «*micro-contexto*» de la dogmática penal⁵, con punto de partida en el garantismo como doctrina filosófico-política, llega la crítica hacia el enfoque restaurativo como institución jurídico-positiva, siguiendo el criterio de la clásica y rígida separación —propia del positivismo— entre derecho y moral o entre validez y justicia.

La legislación ha resuelto una cuestión liminar que no es baladí, esto es, recoger parte de las observaciones de diversos autores en relación al concepto de víctima. Me refiero al Estatuto de la Víctima⁶, que impulsa la mejora de la protección de la víctima-ofendido partiendo del reconocimiento de la dignidad de las personas. En línea con la normativa europea en la materia, plantea la defensa de los bienes materiales y morales de las víctimas tratando así de satisfacer la demanda social al respecto y pudiendo, tal vez, ser considerado como un primer paso hacia ese nuevo modelo de Justicia deseado.

Se ha adoptado un concepto de víctima omnicomprendivo que contempla a la víctima-ofendido como aquella que ha sufrido algún daño físico, emocional, moral o económico a consecuencia de la comisión de un delito.

El nuevo concepto de víctima es más amplio que el de sujeto pasivo del delito, pero más limitado que el de perjudicado por el mismo. La víctima abarca dos supuestos especiales de perjudicados (u ofendidos): de un lado, el sujeto pasivo del delito, y de otro, los terceros perjudicados directamente en los delitos con resultado de muerte o desaparición de una persona. Solo la persona física puede ser víctima y el daño ha de ser causado directamente por el delito.

Desde siempre el Derecho Penal se contempló bajo el enfoque retributivo por ello se llama penal, contemplativo de conductas prohibidas.

5 Ferrajoli entiende por dogmática jurídica «el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso.» Francesco Ferrajoli. 2004. *La semántica de la teoría del derecho. Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México: 17-52.

6 Estatuto de la Víctima del delito Ley 4/2015, de 27 de abril, BOE de 28 de abril que transpone, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, derogatoria de la Decisión marco 2001/220/JAI; Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

Hay una cuestión preliminar, que se podría ubicar tanto en el ámbito de las Prácticas Restaurativas como en el de la Dogmática Penal, que tiene que ver con la idea de evolucionar y/o mejorar el Derecho Penal.

Aspirar a mejorar el Derecho Penal es aspirar a alcanzar la *Integridad* del mismo, para ello es menester que éste, además de ofrecer mecanismos o procedimientos que permitan tanto la restitución como la reparación, contemple la restauración de los hechos jurídicos que se definen como restaurables, dan lugar al conflicto penal y son asimilables a «los componentes intangibles del acto ilícito» (Conforti 2019).

Podríamos ahora avanzar un paso más y ampliar nuestras reflexiones y estudios a nivel de la ciencia penal, es decir, podríamos preguntarnos si tal vez no sea necesaria una reorientación en el campo de la problemática jurídica actual señalada *ut supra*. Convencido de ello, el presente libro profundiza en la solución a dicha problemática, propuesta antes que ahora, dentro del ámbito de la dogmática penal.

Para ello, veamos cómo el Hecho Jurídico Restaurable permite la incorporación de las Prácticas Restaurativas de acuerdo a la dogmática de la ciencia penal, permitiendo así que se pueda alcanzar la Integridad del Derecho Penal.

Hablar de la Integridad del Derecho penal, significa quizás, hablar de un concepto completamente diferente del mismo, donde la pena la restitución y la reparación se complementan con el concepto de la restauración, el Derecho de la restauración.

El Derecho puede entenderse como un instrumento para dar tratamiento integral a cierto tipo de problemas y conflictos sociales. Son muchos los cambios que estamos experimentando en nuestro sistema de derecho, por lo que creo no equivocarme si digo que estamos incorporando las *rationes decidendi* (una mínima explicación), es decir, la idea de que la justicia es hacer lo correcto y que lo correcto incluye los aspectos morales propios del *Common Law*, siendo todos ellos cambios transcendentales.

A priori, la Paz Social solo es imaginable en un mundo de individuos que conviven en un espacio sin escasez alguna y no tienen ni ambición ni avaricia para pretender alcanzar nuevas metas u objetivos; ello viene a decir que los juristas debemos, desde nuestro campo, realizar aportes significativos para alcanzar dicha meta: la Paz Social.

La idea de una sociedad sin conflictos no es una utopía, es alcanzable a partir del entendimiento y contemplación del mundo bajo un prisma realista. A la hora de la verdad, la evidencia se impone: la Paz excede a la coexistencia pacífica.

La paz no se gana, sino que se co-construye entre todos, incluso con los que piensan diferente.

Primera parte

Muy de acuerdo con la obra y la crítica razonada a la "Justicia Restaurativa" en el ámbito penal y la propuesta de "El enfoque dogmático penal restaurativo transformativo".

El Estado pretende la llamada expropiación del conflicto penal, más que la expropiación del delito, de su castigo, de su tratamiento, prevención, reparación. El delito en sí mismo causa un conflicto social porque rompe las reglas de convivencia. El Estado estaba obligado a expropiar, regular y a auxiliar a la víctima, en su papel de garante de los derechos individuales y sociales; pero parece que en esta expropiación no se llegó a pagar el "justiprecio" y se relajó ese control dictatorial para dar cierto protagonismo a la víctima, haciéndole participe del tratamiento del delito y sus consecuencias.

El Estado lo que hace es establecer reglas para penalizar el delito, que primero son individuales por medio de la venganza y luego las asume como propias y las codifica. El derecho penal nace con el Estado. Y el Estado necesita del derecho penal.

¿Qué voluntad debe primar: la individual del ofendido o la del Estado? El Estado responde al interés general, que está por encima del interés individual, y solo le interesa la reparación individual de forma que se traslade al interés general.

Dice el autor: "Hablar de «Justicia Restaurativa» en el ámbito penal no corresponde". Esta afirmación es muy fuerte y además es completamente revolucionaria y disruptiva, lo cual me fascina. Tiene razón al decir que habría que maizar bien lo que se entiende por derecho penal restaurativo como tendencia hacia una justicia restaurativa.

No procede sostener que se trata de un proceso alternativo al procedimiento penal. El proceso penal de momento es insustituible, o el proceso restaurativo se confunde en el proceso como una parte de este, o es independiente, como una fórmula ajena a los principios del derecho penal, que contendría tintes de readaptación y tratamiento de los afectados del delito.

Los elementos de la restauración. Existirían dos niveles, uno oficializado, o estatalizado que es el que reconoce la ley como exigible, reparable, y otro individual, de corte íntimo de la persona ofendida. Esa restauración es personal y puede ser diferente para cada persona. Algunos necesitan el arrepentimiento de su ofensor al margen de la ley, otros el olvido, el perdón propio.

En este sentido, el Estado nunca se podrá apropiarse de los sentimientos de la víctima, ni aunque quisiera colmar sus aspiraciones de reparación lo lograría, porque el sentimiento de la víctima es individual de cada persona.

Excesivo culto a la víctima. A pesar de legislarse el Estatuto de la Víctima, la sensación es que queda inerte en el código, expectante a que la saquen de los códigos y pueda ejercitar en forma sus derechos.

El derecho penal no va a pacificar el mundo, ni siquiera lo va a hacer más tolerable o educado. El derecho penal, pena.

Actualmente, los programas restaurativos son un ex-post del procedimiento penal, comienzan cuando existe la condena.

Y la pregunta es: ¿solo es posible centrarse en la víctima desde la ejecución de sentencia, es decir, cuando el ofensor ya es un condenado y debe pagar su culpa y su reparación? ¿Antes no debería ser misión del paradigma restaurativo?

Salvador MADRID FERNÁNDEZ
Abogado Penalista