

Teorías de la Pena y (Des)naturalización de las Prácticas Restaurativas¹

María T. Doce y Patricio M. Gandulfo.

I.

Existe la creencia que sin la pena la convivencia en sociedad sería inviable. Así, los conflictos inherentes a las interacciones sociales son redefinidos y reinstalados merced a los dispositivos de poder estatales, que tradicionalmente ofrecen una respuesta violenta, produciendo la “suspensión” de los mismos, con aspiración a que la dinámica social termine disolviéndolos. En este sentido **Zaffaroni** sostiene que “*El volumen de conflictos suspendidos por un estado, guardará relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y, por ende, será un indicador de su fortaleza como estado de derecho.*”².

Puede afirmarse entonces que no existe una pena en sí misma, sino diferentes formas de castigo violento, cada uno de ellos con sus propias características. **Beccaria** entendía a las penas como “*...motivos sensibles, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiese sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo ... motivos que inmediatamente*

¹ El presente trabajo integra la *Revista de Derecho Procesal Penal* –dirigida por el Dr. Daniel R. Pablosky– Nro. 15, Mayo de 2019, IJ Editores.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl et al “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 6, 2da. Edición.

hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal...”³ y entendía que su fin “...no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer los demás de la comisión de otros iguales.”⁴.

Tomaremos aquí la propuesta de **Binder**, en cuanto a que resulta impropio e inconveniente ampliar el abanico de sanciones penales mediante la traspolación al derecho penal de instrumentos reparatorios provenientes del derecho civil y, consiguientemente, considerar a la reparación como “una herramienta más”; se impone entonces la necesidad de una respuesta *integral* desde el prisma del proceso penal compositivo como segunda dimensión del derecho procesal penal⁵.

La cuestión, en definitiva, parafraseando a Radbruch, no pasa por *construir el mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal*.

II.

Semánticamente, cabe asignarle al vocablo “pena” diversos sentidos: el griego Πονή corresponde a *venganza*, se aproxima al dolor de *pain* en inglés y, en alemán, *strafe*, *rache* y *zeit* aparecen como palabras enredadas en una idea oculta que explotan en un sonido casi idéntico: *geracht* y *gerecht*, vengado y justo⁶.

³ Bonesana, Cesar – Marqués de Beccaría – “Tratado de los delitos y de las penas”, Sao Paulo, Brasil, 1993, p. 59, 12da. edición.

⁴ *Ibidem*, 80.

⁵ Binder, Alberto “Derecho Procesal Penal. Tomo IV”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018, pp. 113/144.

⁶ Vid Zaffaroni, Eugenio Raúl ¡*Que Pena!* en Zaffaroni, Eugenio Raúl (Dir) “La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales”, Buenos Aires, Ediar, 2012, pp. 23/32.

Se pretende abordar a la pena como sanción jurídica estatal; como respuesta que el sistema penal aplica a quién infringe una norma del derecho penal, desembocando en la pérdida o menoscabo de un bien jurídico.

En torno al concepto de pena, **Nino** expresa que, en general, los autores –contándose entre ellos, Herbert Hart– coinciden al definir la pena jurídica a partir de las siguientes características: a) que implica una frustración o cancelación de derechos normalmente reconocidos; b) que es consecuencia de un delito; y c) que es impuesta por un órgano del sistema jurídico que define al delito en cuestión⁷.

La segunda propiedad es la que distingue a la pena de otras medidas coactivas aplicadas por el Estado que también importan la cancelación de derechos. Así, la distinción entre la pena jurídica y estas otras medidas deriva de que la pena se impone como consecuencia de un delito. En este sentido, **Kelsen** afirma que el delito se distingue de otros tipos de infracciones a las normas jurídicas porque es el antecedente de la pena⁸.

Sin embargo, **Nino** entiende que *la diferencia básica que hay entre la pena y otras medidas coactivas estatales es que, en la pena, el causar algún tipo de sufrimiento, de padecimiento o de privación a la persona forma parte esencial de la razón por la cual la pena se impone (...) el sufrimiento es una consecuencia intencional del acto de imponer una pena. En cambio, las otras medidas (...) si bien conllevan algún tipo de privación o de padecimiento, éste no forma parte esencial de la razón por la cual se imponen.*⁹

⁷ Nino, Carlos “Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia”, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2013 [primera edición], pp.168-171.

⁸ *Ibidem*, p.169.

⁹ *Ibidem*, pp.169-170.

Tal distinción aparece compatible con las teorías tradicionales de la justificación de la pena: la absoluta (retribucionista) y la relativa (prevencionista).

Nótese, sin embargo, que el sentido de la pena se encuentra en crisis, sea por la ausencia de justificación de la sanción penal, por la descalificación de los fines retributivos o por la ineficacia disuasoria de los fines preventivos¹⁰.

La deslegitimación de tales discursos punitivos ha dado lugar al paradigma restaurativo, superador de cualquier sanción que en la actualidad pudiera contemplarse como pena, pues anhela una “reparación integral”, tanto en la faz material como en la emocional, alcanzando el consenso a través del diálogo. **Conforti** distingue el *enfoque restaurativo tradicional*¹¹ -donde víctima y victimario aparecen como protagonistas y destinatarios de las prácticas, encontrándose la sociedad escasamente representada- del *enfoque restaurativo transformativo* -único abordaje que contempla los aspectos dinámicos del delito, intangibles, no alcanzados por la mera indemnización económica-¹².

III.

a.- Según la *teoría de la retribución* el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, con miras a un ideal de *justicia*. Concurren en ella la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana.

¹⁰ Vid. Yacobucci, Guillermo J. “El sentido de los principios penales”, Buenos Aires, Abaco, 2002, pp. 50/52.

¹¹ Que a su vez se divide en programas transicionales, terapéuticos o de sanación y alternativos.

¹² Conforti, Franco “El hecho jurídico restaurable”, Madrid, Dykinson S.L., 2019.

Así, la pena no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma: tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia.

En este orden de ideas, para **Kant** el contenido de la pena era el tali3n (“si ha matado, debe morir”) mientras que **Hegel** interpreta el hecho punible como algo negativo, como ‘vulneraci3n del Derecho’, y la pena aparece entonces como una ‘vulneraci3n de la vulneraci3n’ y como el ‘restablecimiento del Derecho’¹³. El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el Derecho lesionado.

Roxin considera que esta teor3a ya no puede sostenerse cient3ficamente, pues “...*el Estado, como instituci3n humana, no es capaz de realizar la idea metaf3sica de justicia ni est3 legitimado para ello ... la idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), solo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo...*” y que “...*Una ejecuci3n de la pena que parte del principio de la imposici3n de un mal no puede reparar los da3os en la resocializaci3n, que a menudo constituyen la causa de la comisi3n de delitos...*”¹⁴.

Asimismo, el referido autor asevera que esta teor3a no explica en absoluto *cu3ndo* se debe penar ni bajo qu3 presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar; ello se traduce en una debilidad te3rica merced al peligro pr3ctico que implica. Tambi3n postula que resulta insatisfactoria en la

¹³ Vid. Jakobs, Gunter “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teor3a de la imputaci3n”, Madrid, Marcial Pons, 1997, 2da. edici3n corregida.

¹⁴ Roxin, Claus “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Madrid, Civitas, 2000, p. 84.

justificación de la sanción penal mediante la compensación de la culpabilidad, pues la posibilidad de culpabilidad humana presupone el libre albedrío y su existencia es indemostrable¹⁵.

A su turno, **Jakobs** enseña que “...desde el adiós definitivo al Talión con el paso de Kant a Hegel, ya no cabe afirmar que el peso de una pena se pueda determinar sin consideración a la concreta experiencia valorativa social, es decir, que sea independiente del estadio evolutivo de la sociedad...” y que “...deviene imposible comprobar y controlar la determinación de la pena...”¹⁶.

b.- De acuerdo con la *teoría de la prevención especial*, se concibe que la justificación de la pena debe prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del autor.

La génesis de esta teoría se remonta a los orígenes del pensamiento penal¹⁷, fue perfeccionada durante la Ilustración e insuflada de vida a fines del s. XIX. Su partidario más importante fue Franz Von Liszt.

Según sus postulados, se puede actuar corrigiendo al corregible (resocialización); intimidando al intimidable e inocuizando mediante el encierro a quienes no sean corregibles o intimidables.

Roxin se erige como uno de sus detractores de este enfoque esgrimiendo que suscita problemas prácticos, pues no permite una correcta delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido; tampoco consigue delimitar temporalmente la intervención estatal mediante penas fijas (lo condiciona a la definitiva corrección), habilitando la posibilidad de aplicar penas indefinidas;

¹⁵ Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 12/14.

¹⁶ Jakobs, Gunter, op. cit. (1997), p.24.

¹⁷ Séneca (-/65 d.C.), Protágoras (485/415 a.C.), Platón (427/347 a.C.).

por último, no brinda una solución para los individuos que no precisen resocialización¹⁸.

Jakobs sostiene que la objeción principal contra estas teorías es que vulnera el principio del hecho: el hecho no es sino *motivo* para el tratamiento; agregando que los conflictos típicamente sociales no pueden eliminarse efectivamente mediante la prevención especial¹⁹.

c.- De acuerdo con la *teoría de la prevención general* el sentido y fin de la pena radica en los efectos intimidatorios que posee ya no sobre el autor, sino sobre el resto de la sociedad.

Paul Johann Anselm Von Feuerbach la desarrolló, derivando su doctrina de la prevención general de la teoría de la coacción psicológica -de su propia elaboración-. Al decir de **Roxin**, se trata de una teoría de la amenaza penal, pero también una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena²⁰. Puede encontrarse, además, en Freud.

Entre sus deficiencias teórico prácticas pueden enumerarse las siguientes: 1) no es una agravación de las amenazas penales sino, antes bien, la intensificación de la persecución penal, de lo que depende el éxito de la prevención general, 2) no incluye ninguna medida para la determinación de la pena, 3) la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta a la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial, 4) no se ha podido probar en muchos grupos de delitos y delincuentes, p.ej. delincuentes profesionales e impulsivos ocasionales, 5) no puede justificarse el

¹⁸ Roxin, Claus, Op. cit. (2000), pp. 87/89.

¹⁹ Jakobs, Gunter, op. cit. (1997), p. 33/34.

²⁰ Roxin, Claus, Op. cit. (2000), p. 90.

castigar a un individuo, no en consideración a sí mismo, sino en consideración a otros²¹.

d.- Por último, las *teorías unificadoras*, eclécticas, que combinan las tres teorías anteriormente explicadas, pueden dividirse en *teorías unificadoras retributivas* y *teorías unificadoras preventivas*.

Muñoz Conde expresa que *queriendo contentar a todos, no se satisface totalmente a nadie*²².

Al referirse **Roxin** a las teorías unificadoras preventivas, se refiere a una teoría “dialéctica” en la cual, si bien el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar, la prevención general domina las conminaciones penales y justifica por sí sola la pena²³.

Como directriz teórico penal, sintetiza el autor que “*la pena debe quedar por debajo de la medida de culpabilidad si ella es preventivamente razonable*”²⁴.

A su vez, el maestro alemán pone el acento en los distintos estadios de la realización del derecho penal, postulando que: 1) en tanto no haya tenido lugar un delito, las conminaciones penales tienen una función exclusivamente preventivo general, 2) en la sanción, tanto prevención general como prevención especial surte efecto en común, de manera escalonada conforme a la gravedad del delito, 3) en la ejecución penal debe aspirarse a la resocialización y, por ende, ha de tenerse en cuenta la dimensión temporal de la pena, extendiéndose

²¹ Aut. Cit., Op. cit. (1976), pp. 17/19 y Op. Cit. (2000), 89/93 .

²² Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, casa Editorial Bosch, 1975, p. 35.

²³ Roxin, Claus, Op. cit. (2000), p. 98.

²⁴ Roxin, Claus *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena* en Lascano (h), Carlos et al “Nuevas Formulaciones en las ciencias penales”, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2001, p. 214.

desde la pura prevención general, pasando por la combinación de prevención especial y general en la imposición de la sanción, hasta la evidente primacía de la prevención especial en la ejecución de la pena y en las sanciones no privativas de libertad²⁵.

Por último, y de particular relevancia a los efectos del presente trabajo, considera **Roxin** que a la luz de los nuevos métodos de sanción, el condenado ya no es un mero objeto de castigo sino que posee más y más chances de convertirse en sujeto y co organizador de la realización de la sanción; advierte así un gran potencial especial-preventivo que puede dar a la resocialización un empuje motivacional y, asimismo, considera la importancia en términos preventivo generales el compromiso del penado que se empeña en una reconciliación con la víctima, lo cual hace a la paz jurídica²⁶.

e.- A partir de su *teoría consensual de la pena*, **Carlos Santiago Nino** propone rescatar los aspectos positivos del utilitarismo o prevencionismo como un instrumento de protección de la sociedad –protección que, destaca, ha de ser prudencial, en las condiciones de necesidad, eficacia y minimización de los males- y combinarlos con un principio de distribución adecuado, basado en el consentimiento.

El principio del consentimiento que postula exige tres requisitos: 1) debe haber un acto voluntario del agente; 2) ese acto debe implicar, necesariamente, ciertas consecuencias normativas, es decir, asumir determinadas obligaciones o

²⁵ *Ibíd*em, pp. 221/224.

²⁶ *Ibíd*em, pp. 224/226.

la pérdida de ciertos derechos; y, por último, 3) ese acto debe ser realizado con conocimiento de que implica esas consecuencias normativas.

Basta, entonces, para que haya consentimiento respecto de la consecuencia normativa en cuestión, que la persona realice un acto voluntario y conozca que dicho acto implica aquella consecuencia normativa. Ese saber, al mismo tiempo, es lo que hace que esa consecuencia sea normativa y necesaria; y así la asunción de tal consecuencia es consentida por el agente.

A la luz del escenario que plantea, resulta irrelevante la actitud del individuo acerca de la ejecución de la consecuencia normativa: más allá de que intente evadirla o sea adverso a su ejecución, si realiza un acto voluntario, y lo hace a sabiendas de que tiene como consecuencia normativa necesaria la asunción de cierta responsabilidad penal, consiente la asunción de esa responsabilidad penal.

Como esta teoría consensual de la pena requiere el conocimiento de que la responsabilidad penal es una consecuencia necesaria de una acción voluntaria, no permite la punición de un inocente, como tampoco, la aplicación retroactiva de la ley penal –excepto, claro está, que la ley anterior resultara más benigna. Como lo garantizan todas las Constituciones de los Estados democráticos, se exige una ley anterior al acto (principio de legalidad).²⁷

Al respecto, enseña **Hassemer** que la idea de la codificación, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del Derecho Penal,

²⁷ Nino, Carlos, *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2013, pp. 184/187.

influida por el pensamiento de la Ilustración, pues el principio de legalidad *nulla poena, nullum crimen sine lege* es el criterio fundamental que inspira al Derecho penal del Estado de Derecho.²⁸

La tesis de Nino, expuesta en los párrafos precedentes, ha sido objeto de crítica por parte del profesor y jurista **Eugenio Raúl Zaffaroni**, en el marco de un debate mantenido por ambos²⁹.

Zaffaroni propicia un derecho penal mínimo que busca reducir, en la mayor medida posible, la violencia y selectividad del sistema penal³⁰ y desconoce el presupuesto de que la pena tenga algún efecto preventivo general. En esta inteligencia, asevera que Nino no repara en la selectividad del sistema penal que únicamente alcanza a las “operas toscas”, a los conflictos burdos, y que las cárceles se encuentran repletas de delincuentes fracasados; y el privar de la libertad a tales “torpes” en nada disuade al resto de la población. Así, declama que con ello “...*No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que le podamos hacer los treinta millones que andamos más o menos libres, sino que, simplemente, se tiene encerrados a los 15.000 ladrones más torpes y rudimentarios de todo el país (...)*. Termina por afirmar que *Es claramente inmoral la legitimación de la pena sobre el más torpe y vulnerable como precio para tranquilizar al resto y darle una sensación de seguridad falsa.*”³¹.

²⁸ Hassemer, Winfried *Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1n8d1>, consultado el 02/04/19.

²⁹ Nino, Carlos-Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El debate Nino-Zaffaroni*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43072.pdf>, consultado el 02/04/19.

³⁰ Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, segunda reimpresión.

³¹ Ver Debate Nino-Zaffaroni ya citado, Capítulo 2 *¿Vale la pena?*.

Frente a ello, **Nino** dice no sentirse *tranquilo por las 15.000 personas que están en prisión: en todo caso, lo que [lo] hace estar menos intranquilo ... es la obvia existencia de millones de personas que tratan de no formar parte de ese grupo de 15.000 personas evitando cometer delitos que de otro modo cometerían [ello] depende de que hayan consentido perder su inmunidad contra la pena al realizar el acto constitutivo del delito en cuestión*³².

Zaffaroni a su turno la idea de prevención especial de la pena pues expone al “torpe” a intentar perfeccionarse para evitar su reingreso a la red penal, ello sin soslayar las irregularidades existentes en el sistema carcelario.

Nino se opone a la generalización de que toda pena es inherentemente ineficaz, a que se ignore que la pena puede ser un medio de protección de los derechos humanos, a que se desconozca el efecto preventivo general de algunas penas y, en definitiva, a que no se distinga suficientemente entre un orden jurídico legítimo, pero parcialmente injusto, de uno ilegítimo, como realiza Zaffaroni al insistir en asimilar las penas a secuestros³³.

Finalmente, **Zaffaroni**, quién se proclama como un agnóstico del sistema penal, estima que resulta una utopía considerar que la pena pudiera llegar a cumplir función preventiva alguna y, consecuentemente, propone un profundo debate jurídico con relación a la implementación de otros mecanismos de solución de conflictos más eficaces, que incorporen a la víctima, a los que concibe como “auténticos”, pues serían pacificadores y no meramente tranquilizantes³⁴.

³² Ver Debate Nino-Zaffaroni ya citado, Capítulo 3, *Se acabó el debate*.

³³ *Ibídem*.

³⁴ *Ibídem*.

IV.

a.- Frente al panorama expuesto, a la crisis del derecho penal y al descrédito de la institución carcelaria, en virtud de la convergencia de muy diversos aportes (filosofías de la justicia, la victimología, el feminismo, la aparición de nuevos modelos de justicia criminal y justicia juvenil, y un renovado interés en los modos de solución de conflictos de las comunidades aborígenes) hace aproximadamente treinta años surgió en diversas partes del mundo –Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, y varios países de Europa– un movimiento restaurativo cuya génesis se remonta a prácticas ancestrales.

Desde este prisma, **Kemelmajer de Carlucci** hace un relevamiento del debate doctrinario en torno a la “reparación”: si reparar *es* punir o si se repara *para* no punir (“Pena alternativa” vs. “Alternativa de pena”). Así, afirma que para Roxin la idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto de la pena, o cuanto menos para su disminución, no es extraña al derecho penal alemán; pero sostiene que en la práctica su utilización se minimiza en tanto sirve solo como *reacción adicional* o como *reacción evasiva*, y tales dificultades se vinculan a la estricta separación de Derecho Penal y Derecho Civil.

Destaca la autora que el catedrático alemán no comparte ninguna de las tres posturas doctrinarias, a saber: la composición privada del conflicto -a los que tilda de casos de despenalización parcial-, la incorporación de la reparación como una sanción penal – ergo, la condena jurídica civil al resarcimiento del daño sería, por su contenido material, una pena criminal–, y el reconocimiento de la reparación como un nuevo fin de la pena –toda vez que, en el Derecho Penal moderno el fin de la pena es, racionalmente, evitar preventivamente el delito–. Explica también que para otros autores (Walgrave, Daly, Archibald, Johnstone, etc.) la justicia

restaurativa no tiene carácter punitivo puesto que la punición está teñida de factores retributivos, debiendo abandonarse esta perspectiva (“cambiar los vidrios de los lentes” al decir de Howard Zehr) y adoptar la visión general reparadora³⁵.

b.- Roxin ha propiciado que la reparación y la conciliación han de ser consideradas como una tercera vía del derecho penal, pues con ellos se sirve a los intereses de las víctimas en mayor medida que con una pena privativa de libertad o de multa, asignándoles un efecto resocializador y contribuyendo considerablemente a la “paz jurídica”³⁶. En consecuencia, tal como el *principio de culpabilidad* reclamara la sustitución de la pena por la medida de seguridad, el principio de subsidiariedad viene a reclamar el trocambio de la pena por la reparación del daño³⁷.

c.- Angela Ledesma sostiene que la incorporación amplia de la reparación del daño en el derecho penal integra el denominado movimiento de racionalización de los procesos penales, atendiendo de mejor manera los intereses de la víctima, implicando la reparación un aporte esencial para el logro de los fines de la pena en tanto importa que el autor se enfrente a las consecuencias de sus actos, propicia la reconciliación entre los protagonistas del conflicto y, en definitiva, lograr el restablecimiento de la paz social brindando una respuesta más sensata, racional y humana³⁸.

³⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida “Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, pp. 162/170.

³⁶ Roxin, Claus, Op. cit. (2000), pp. 108/110.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ledesma, Angela “Sobre las formas alternativas de solución de conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf>, consultado el 02/04/19.

d.- A su turno, **Maier**³⁹ ha analizado la cuestión distinguiendo las propuestas de la privatización del conflicto social base del caso penal (integral, en la que la reparación es distinta a la pena como sanción estatal) y de la composición entre autor y víctima a lo cual sobreviene la *reparación*, que conlleva la despenalización de ciertos comportamientos; asimismo, entre las críticas esbozadas contra tales posturas indicó que: **1)** esta solución privada deja un “plus” de injusto sin remediar, el cual determinó su ingreso a la faz penal, **2)** existe el peligro de regresar al imperio de los poderosos.

En esta inteligencia, el referido autor hace hincapié en que “...*no se trata, en principio de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho Penal, sino que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho Penal...*”⁴⁰ y concluye que puede rendir frutos a modo de **alternativa de reemplazo de la reacción penal estatal** “...*ya no como tercera vía, sino, antes bien, como ‘cambio de vía’, para sustituir la pena o resolver el conflicto con ahorro de esfuerzo estatal en la persecución penal...*”⁴¹; de no ser así, destaca la utilidad de la reparación dentro del ámbito de la determinación de la pena e incluso durante la etapa de la ejecución de la pena⁴².

e.- **Alberto Binder**, quién hace más de veinte años hiciera referencia a la labor de reducir, simplificar y humanizar la justicia penal, quitando de su ámbito

³⁹ Maier, Julio B. J “Antología. El proceso penal contemporáneo”, Perú, Palestra Editores, 2008, p. 822/824.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 827.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 837.

⁴² Los programas restaurativos pueden ser aplicados en diferentes oportunidades; por ejemplo, para ciertos casos que no llaman la atención del sistema de justicia penal pueden realizarse remisiones informales, cuando ya existen cargos previos –o sea, el caso ha sido captado por las agencias de criminalización secundaria– la remisión puede ser policial o judicial, de manera previa a la sentencia, esta puede ser efectuada por el Ministerio Público Fiscal o por el órgano de juicio, luego de la sentencia y durante la ejecución de la pena, en el marco de institutos tales como la libertad condicional o bajo otros tipos de supervisión comunitaria, y tras su reintegro al medio libre, a través de organizaciones no gubernamentales. (cfrme. Gandulfo, Patricio “Justicia Restaurativa: La sociedad como protagonista del conflicto”, ponencia presentada en el “Primer Encuentro de Áreas Penales de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”, 11/10/2018)

todos los conflictos ‘reparables’ y confiándole, específicamente, aquellos que objetiva y subjetivamente no admitieran reparación⁴³, critica en la actualidad el paradigma de la tercera vía.

En efecto, las recientes reivindicaciones de la víctima⁴⁴, teñidas de “populismo penal”, aunque potencian su rol en el proceso no bastan para empoderarlas de modo tal que eleven su voz y expresen sus necesidades en punto a lograr un consenso para alcanzar una mejor respuesta al delito.

Así las cosas, **Binder** -siguiendo el razonamiento de Roxin en cuanto a que la *reparación* es la verdadera *compensación*, para lo cual es necesario un *acuerdo* entre autor y víctima- entiende que ello debería conducir a un retroceso del derecho penal y no, por el contrario, a nuevas respuestas punitivas; y concluye que la afirmación de un sistema de sanciones de tres vías implica la desnaturalización de la idea de la reparación⁴⁵. Manifiesta su coincidencia con la posición de Maier, y propicia mediante el mecanismo de la “relocalización” el abordaje del conflicto desde otras lógicas de intervención no penales, desarrollando una teoría del proceso compositivo y elaborando con mayor precisión las reglas del juego⁴⁶.

f.- El aporte de **Conforti** merece también ser destacado pues, en su más reciente obra, elabora la categoría de “*hecho jurídico restaurable*” frente a la necesidad de contemplar aspectos que escapan al derecho penal; así, aspirando a la “integridad del derecho penal”, brinda un andamiaje desde la ciencia penal, y escinde lo punible de lo reparable (tangibles) y lo restaurable (intangibles).

⁴³ BINDER, Alberto “Política Criminal: De la formulación a la praxis”, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 151.

⁴⁴ A modo de ejemplo cabe citar la Ley 27.372 “Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” y la Ley 27.375 –modificatoria de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad–.

⁴⁵ Binder, Alberto, op. cit. (2018), p126.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 136/143.

Con base en la idea de que “*un juicio pone fin al ‘litigio’ pero no resuelve el conflicto*” asume el autor que, al trasvasar sin más los postulados de la justicia restaurativa al ámbito del derecho penal, se incurre -lógicamente- en su desnaturalización; ello así pues los aportes de otras ciencias precisan ser examinados desde los principios *proprios* de la ciencia jurídica⁴⁷.

V.

A modo de conclusión, debe insistirse en la insuficiencia de las teorías clásicas sobre la pena (retribucionistas y prevencionistas) y, consiguientemente, en la tradicional respuesta estatal de excluir al victimario de la sociedad valiéndose para ello de su encierro en “jaulas” que, asépticamente, denominamos instituciones penitenciarias y a las que asignamos una utópica función resocializadora.

La coexistencia entre los paradigmas retributivo y restaurativo no es novedosa; en cambio, sí lo es la búsqueda de una solución integral del conflicto que contemple todas sus facetas, que permita a los verdaderos protagonistas la restauración del tejido social a través del diálogo, procurando la participación de la comunidad toda y la responsabilización del autor, y su aplicación a la mayor cantidad posible de casos (el “*programa mínimo de lo irreparable*” al que alude Binder).

El progresivo abandono de las prácticas retributivas encorsetadas en el ritual judicial penal, valiéndose para ello de los diversos programas restaurativos en cualesquiera que fueran las oportunidades que pudieran tener lugar, sea en una instancia pre-judicial o judicial, y dentro de esta última, en las diferentes

⁴⁷ Conforti, Franco, Op. cit. (2019), pp. 165/167.

etapas del proceso penal –con anterioridad o posterioridad a la sentencia e, incluso, durante la ejecución de la pena⁴⁸– implica un importante aporte a la humanización de la administración de justicia penal.

Sin embargo, la consecución de tal fin no habrá de ser obtenida por cualquier medio; los *programas restaurativos* y la idea de la *reparación* responden a una lógica distinta a la de las ciencias penales, y la pretensión de incorporarlas sin más al ámbito penal acarrea el riesgo de amplificar el aparato punitivo retornando a rémoras inquisitoriales, entre ellas, la idea del perdón “gratuito” y “por precio” del derecho penal castellano⁴⁹, totalmente ajena a los principios de voluntariedad, comunicación, responsabilización, respeto, honestidad, empatía, ecuanimidad, igualdad, sanación, inherentes al paradigma restaurativo.

Por todo lo expuesto, si lo que se pretende es restaurar el conflicto en toda su multidimensionalidad, deviene necesario nutrirse de muy diversos saberes los cuales, conjugados con conceptos connaturales al ámbito del derecho penal y procesal penal, desemboquen en nuevas respuestas, constructivas, pedagógicas, que integren los distintos fines de la pena tal como los conocemos, o –quizás- que procuren nuevos horizontes de proyección, alejadas de las nociones de violencia y venganza, y más próximas a la idea de proporcionalidad, la “*restitutio in integrum*” y el retorno al “*status quo ante*”, fruto de una comunicación real y del aprovechamiento de la situación de conflicto como una oportunidad para arribar a una verdad consensuada.

⁴⁸ Cfrme. Binder, Alberto, op. cit. (2018)

⁴⁹ Cfrme. Valiente, Francisco Tomás “El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (Siglos XVI, XVII y XVIII)” disponible en: <https://dialnet-ElPerdonDeLaParteOfendidaEnElDerechoPenalCastellano-2049077.pdf>, consultado el 03/04/19.